



Definiendo la inversión en el CIADI:

Por qué el Desarrollo Económico Debería ser el Elemento Fundamental

por Omar E. García-Bolívar



¿Tendencia Pro-Inversor o Pro-Estado en el Arbitraje sobre Tratados de Inversión? Estudio en curso Presenta Motivos de Preocupación por Gus Van Harten

Venezuela se retira del CIADI: Qué logrará y qué no por Sergey Ripinsky

El Arbitraje de White Industries: Implicancias para el Programa de Tratados de Inversión de India por Prabhash Ranjan

Las Negociaciones sobre las Disposiciones de Transparencia de la CNUDMI Llegan a un Punto Crítico por Nathalie Bernasconi-Osterwalder y Lise Johnson

También en este número: BG Group Plc c. Argentina; White Industries Australia Limited c La República de India; ICS Inspection and Control Services Limited c. La República Argentina; Vito G. Gallo c. El Gobierno de Canadá;

contenido

- 3 Artículos**
Definiendo la inversión en el CIADI:
Por qué el Desarrollo Económico Debería ser
el Elemento Fundamental
por Omar E. García-Bolívar
- 8** ¿Tendencia Pro-Inversor o Pro-Estado en el
Arbitraje sobre Tratados de Inversión? Estudio
en curso Presenta Motivos de Preocupación
por Gus Van Harten
- 11** Venezuela se retira del CIADI:
Qué logrará y qué no
por Sergey Ripinsky
- 13** El Arbitraje de White Industries:
Implicancias para el Programa de Tratados de
Inversión de India
por Prabhash Ranjan
- 15** Las Negociaciones sobre las Disposiciones
de Transparencia de la CNUDMI Llegan a un
Punto Crítico
*por Nathalie Bernasconi-Osterwalder y Lise
Johnson*
- 16** Monografía:
Cómo el caso Chevron c. Ecuador está
presionando los límites de la autoridad arbitral
por Lise Johnson
- 18** **Noticias en Breve:** Australia rechaza arreglo
de diferencias entre inversor y estado en
TPPA; Gobiernos apelan a una interpretación
limitada del Trato Justo y Equitativo bajo
el TLC entre la República Dominicana,
Centroamérica y los Estados Unidos; Empresa
farmacéutica canadiense lanza nuevo caso
del TLCAN contra los Estados Unidos;
Estudio jurídico alemán considera caso por
reestructuración de deuda soberana; El 2011
llegó a su pico en casos del CIADI;
- 20** **Laudos y Decisiones:** BG Group Plc c.
Argentina; White Industries Australia Limited
c La República de India; ICS Inspection and
Control Services Limited c. La República
Argentina; Vito G. Gallo c. El Gobierno de
Canadá;
- 23 Recursos y Eventos**

Investment Treaty News Quarterly
es publicado por
el Instituto Internacional para el Desarrollo
Sostenible
International Environment House 29,
Chemin de Balxert, 5th Floor
1219, Chatelaine, Ginebra, Suiza

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

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

Gerente del Programa de Inversiones para el
Desarrollo Sostenible
Nathalie Bernasconi

Redactor
Damon Vis-Dunbar

Redactor edición francesa
Henrique Suzy Nikema

Traductora edición francesa
Isabelle Guinebault

Redactor edición en español
Fernando Cabrera

Traductora edición en español
María Candeli Conforti

Diseño
The House London Ltd.
Web: www.thehouselondon.com

Definiendo la inversión en el CIADI: Por qué el Desarrollo Económico Debería ser el Elemento Fundamental por Omar E. García-Bolívar

artículo 1

La jurisdicción del Centro de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) se extenderá a una disputa solo si esta surge directamente de una 'inversión' entre un Estado Contratante y el nacional de otro Estado Contratante, tal como lo dispone el Artículo 25 (1) del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (Convenio del CIADI)¹. Sin embargo, este Convenio no solo no brinda una definición sobre lo que constituye una 'inversión', sino que, de hecho, los redactores del mismo tomaron la decisión expresa de no incluir una definición como tal. Esta omisión ha planteado cuestiones interesantes de interpretación mientras los tribunales del CIADI han intentado llegar a un acuerdo sobre la forma más apropiada de entender el término 'inversión' a los fines del Convenio del Centro.

Se han propuesto varios elementos para definir lo que es y no es una inversión bajo el CIADI. En este breve ensayo se alega que el elemento más importante debería ser el objetivo de favorecer el desarrollo económico del Estado anfitrión.

Intención de los Estados en el Derecho Internacional de las Inversiones

El régimen de la protección internacional de la inversión extranjera se basa en dos corrientes. Por un lado, se otorga protección internacional a los inversores* extranjeros y sus inversiones a través de Acuerdos Internacionales sobre Inversiones (AIIIs). Por otro lado, el régimen se encuentra informado por principios del derecho consuetudinario internacional y los principios generales de derecho que han evolucionado a lo largo del tiempo. Difiriendo algo del proceso de formación del derecho consuetudinario internacional y de los principios generales de derecho, los AIIIs contienen una manifestación expresa de las intenciones de los Estados.

Existen, sin embargo, en estos acuerdos suposiciones tácitas. Por ejemplo, está claro que los Estados celebran AIIIs con la expectativa de que éstos aumenten sus posibilidades de atraer capital, y que esto, a su vez, promoverá el desarrollo económico.

De hecho, el desarrollo – generalmente entendido como el bienestar general de un pueblo² – es una meta clave de los Estados, y el capital no es más que un medio para financiarlo. Tradicionalmente, la trayectoria de desarrollo de muchos Estados se ha auto-financiado a través de ingresos obtenidos ya sea de la explotación directa de los recursos de cada país o cobrando impuestos a aquellos que han conducido negocios dentro de sus fronteras. A lo largo del tiempo, las fuentes de capital se han expandido para incluir la obtención de crédito y el otorgamiento de asistencia internacional. Y más recientemente, los países han tenido la correcta apreciación de que la inversión extranjera también podría ser un medio importante para el financiamiento y la promoción del bienestar de los pueblos.



Teniendo esto en mente, se torna evidente que es importante considerar, en la interpretación de los AIIIs, la intención de los Estados cuando celebran estos acuerdos. En algunos casos, esta interpretación es relativamente directa ya que en el mismo AII se identifican las intenciones de los Estados Parte, y se establece el objeto y propósito del acuerdo. Pero en otros casos, las intenciones de los Estados no se incluyen de manera expresa. Cuando este es el caso, se sugiere que el enfoque a ser adoptado por los árbitros sea el de observar todas las circunstancias reinantes, no sólo en el preámbulo y el trabajo preparatorio, sino también en la *raison d'être* de los Estados en sí mismos y sus razones para celebrar un acuerdo como tal — en otras palabras, la promoción del bienestar y el desarrollo de las comunidades del Estado anfitrión**.

“ El desarrollo – generalmente entendido como el bienestar general de un pueblo – es una meta clave de los Estados, y el capital no es más que un medio para financiarlo. ”

El Desarrollo Económico como Objetivo de los Instrumentos Internacionales Relevantes

El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones

El apoyo a esta postura puede encontrarse en una cantidad de instrumentos internacionales. En particular, en el Convenio del CIADI se aborda la cuestión del propósito de los AIIIs mediante una referencia textual al desarrollo económico en su preámbulo, donde se establece que: “Considerando la necesidad de la cooperación internacional para el desarrollo económico

y la función que en ese campo desempeñan las inversiones internacionales de carácter privado”³. Si bien en el informe de los Directores Ejecutivos se establece que el propósito principal del Convenio es estimular el flujo de inversiones internacionales, también se subraya el deseo del organismo de atender los intereses tanto de los inversores como de los Estados:

‘12. ... [l]a adhesión de un país al convenio proporcionaría un incentivo adicional y estimularía un mayor flujo de inversiones privadas internacionales hacia su territorio, lo que constituye el propósito principal del convenio.

13. ... [s]us disposiciones mantienen un cuidadoso equilibrio entre los intereses del inversionista y los de los Estados receptores’⁴.

También hay un claro vínculo entre el CIADI y el Banco Mundial, el cual posee firmes objetivos de desarrollo en sus prácticas de préstamo. Por ejemplo, el fin del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRF), una de las entidades que componen al Banco Mundial, es, entre otros, el de facilitar y fomentar la inversión internacional para: (a) fines productivos; (b) el desarrollo de las fuentes productoras de los países participantes para aumentar la capacidad productiva, a elevar las normas de vida y a mejorar las condiciones de trabajo en sus territorios.⁵

Además, el CIADI, por supuesto, es parte del Grupo del Banco Mundial, junto con el BIRF y otras instituciones multilaterales. Tal como se muestra en el sitio web del Grupo del Banco Mundial, el CIADI es un complemento de la misión general del grupo ayudando a las “[p]ersonas a ayudarse a sí mismas y a su medio ambiente brindándoles recursos, compartiendo conocimientos, capacitando y entablando relaciones en el sector público y el privado”.⁶

El nivel de cooperación entre el CIADI y el Grupo del Banco Mundial va más allá del mero hecho de compartir oficinas. De entrada hay un vínculo financiero, ya que todo exceso en los gastos que no pudiese ser cubierto por el Centro debe ser asumido por el Banco⁷. También hay un vínculo de carácter operacional ya que el Presidente del Banco también es el Presidente del Consejo Administrativo del CIADI⁸, y tiene la autoridad, entre otras cosas, de nombrar a los árbitros en determinadas circunstancias⁹. Quizás resulte de mayor importancia que existe un enfoque cultural compartido. Insertar el CIADI dentro del marco del Banco Mundial inherentemente lo coloca dentro de un contexto de considerar los flujos de capital como un medio para un fin, en lugar de ser un objetivo en sí mismo. En particular, esta configuración contextual requiere un énfasis sobre los beneficios para el desarrollo del flujo de las inversiones a los Estados receptores.

En resumen, el CIADI no solo es un centro de arbitraje más. Es una sede única de arbitraje con un fin que va más allá del arreglo de diferencias entre inversores y Estados. No solo posee un rol institucional designado por las partes del Convenio del CIADI, sino que también tiene una misión que debe ser coherente con las entidades multilaterales con las que se encuentra asociado— y ese fin no puede estar separado de la promoción del desarrollo económico de los Estados anfitriones.

Acuerdos Internacionales sobre Inversiones

En el preámbulo del Tratado sobre la Carta de la Energía¹⁰, un tratado multilateral que contiene disposiciones sobre la promoción y protección de las inversiones, se establece expresamente que las medidas de la Carta para liberalizar el sector de la energía están destinadas a incitar el desarrollo económico comparado con el crecimiento económico: “Deseando aplicar el concepto básico de la iniciativa de la Carta Europea de la Energía, que consiste en catalizar el crecimiento económico mediante medidas de liberalización de la inversión y el comercio en energía.”¹¹

A diferencia del TCE, sin embargo, la mayoría de los AIs no contienen ninguna referencia al desarrollo económico, o usan lenguaje ambiguo para definir su objeto y propósito, o limitan su propósito a la promoción y protección de la inversión extranjera, lo cual requiere que aquellos que deseen interpretarlos, realicen una interpretación teleológica más profunda.

El tema de la interpretación a menudo es más complicado en el caso de las disposiciones sobre inversión dentro de los tratados de libre comercio. Por ejemplo, el Capítulo 11 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) aborda las inversiones pero no menciona el desarrollo económico¹². Por esta razón, se sugiere que el propósito, objetivo y preámbulo del TLCAN como un todo se aplique al capítulo de inversión. En particular, varias declaraciones del Preámbulo indican que las obligaciones del tratado deben ser consideradas en un contexto más amplio. Esto es evidente al observar lo que los Estados parte resolvieron:

‘CONTRIBUIR al desarrollo armónico, a la expansión del comercio mundial y a ampliar la cooperación internacional;...

ASEGURAR un marco comercial previsible para la planeación de las actividades productivas y de la inversión;...

EMPRENDER todo lo anterior de manera congruente con la protección y la conservación del ambiente;

PRESERVAR su capacidad para salvaguardar el bienestar público;
PROMOVER el desarrollo sostenible;

REFORZAR la elaboración y la aplicación de leyes y reglamentos en materia ambiental; y

PROTEGER, fortalecer y hacer efectivos los derechos fundamentales de sus trabajadores’.¹³

En conjunto, estas declaraciones apuntan a un enfoque de gran alcance, tendiente a informar la implementación del TLCAN, que posee un foco amplio en lugar de la mera promoción del comercio y la inversión.

Similarmente, el Modelo de TBI de 2004 de EUA también enfatiza el acuerdo implícito entre los Estados que exportan capital y los Estados receptores, reconociendo que el “acuerdo sobre el trato a ser otorgado a tales inversiones estimulará el flujo del capital privado y el

desarrollo económico de las partes” y establece que los signatarios acuerdan que “un marco estable para la inversión maximizará la utilización efectiva de los recursos económicos y mejorará los niveles de vida”¹⁴. La interdependencia entre el otorgamiento de un tratamiento protector para la inversión y el estímulo del desarrollo económico quizás no ha sido expresada de la manera más clara, y esta falta de un vínculo expreso dentro del texto operativo del tratado podría dar lugar a diferentes interpretaciones. Sin embargo, el hecho de que el preámbulo del Modelo de TBI haga una referencia específica al desarrollo económico, debería ser considerado como expresión que el propósito de los acuerdos que siguen este modelo es de proteger las inversiones extranjeras para atraer capital y fomentar el desarrollo de los Estados parte involucrados.

Otros TBIs también incluyen referencias a la promoción del crecimiento económico en las economías de los Estados parte. El TBI entre Cuba y el Reino Unido, por ejemplo, destaca el deseo de las partes de crear condiciones favorables para la inversión extranjera mientras se reconoce que el acuerdo “contribuirá al estímulo de la iniciativa comercial y aumentará la prosperidad en ambos Estados”¹⁵. Otro objetivo común de muchos AIs es la intensificación de la cooperación económica. Por ejemplo, el propósito indicado en el TBI entre Suecia y Venezuela es la intensificación de la cooperación económica para el beneficio mutuo de ambos países y para la creación de condiciones conducentes para la inversión.

En general, no obstante, la manera en la cual los AIs tienden a definir su propósito deja bastante lugar a una interpretación contraria a los intereses y objetivos no mencionados de los Estados parte cuando se protegen las inversiones extranjeras. Esto es claramente insatisfactorio, pero si las interpretaciones arbitrales de los AIs reflejaran con exactitud las intenciones implícitas de los Estados anfitriones, se reduciría el potencial efecto negativo sobre su desarrollo económico.

Desarrollo económico tal como se encuentra considerado en la jurisprudencia de los tribunales arbitrales

La mayoría de los casos sobre la relevancia del desarrollo económico en el derecho internacional de inversiones han tratado este tema en el contexto de una inversión protegida en el marco del CIADI. Dado que el Convenio del CIADI no define el término ‘inversión’, los tribunales han considerado si hay criterios contenidos en sus disposiciones para determinar cuando una inversión ha sido realizada a los fines del Convenio del CIADI, siendo este un asunto que, en principio, es muy importante por razones jurisdiccionales.

Hasta la fecha, el caso más emblemático ha sido el de *Salini*, que dio lugar a lo que ahora se conoce como la ‘prueba *Salini*’. En el caso *Salini Costruttori SpA y Italstrade SpA c. Marruecos*¹⁶, el Tribunal consideró los criterios generalmente identificados por los comentaristas de la Convención, e indicó que eran: “una contribución económica, cierto tiempo de duración y participación en los riesgos de la transacción”¹⁷. El tribunal también remarcó, después de considerar el preámbulo del tratado, que “se puede incluir la contribución al desarrollo económico del Estado receptor de la inversión como una condición

agregada”¹⁸. El tribunal prosiguió a identificar al menos dos de los criterios necesarios para que una inversión contribuya al desarrollo económico del Estado receptor: (a) la inversión debería beneficiar el interés público; y (b) debería haber alguna forma de transferencia de conocimientos técnicos (*know-how*)¹⁹.

La prueba *Salini* ha sido utilizada en muchas disputas posteriores, en algunos casos completamente, en otros en parte y en algunos con cambios sutiles²⁰. Otros han adoptado un enfoque diferente en relación con el cuarto criterio. Un caso como tal es el de *Malaysian Historical Salvors Sdn Bhd c. Malasia* (‘*MHS*’)²¹. En este laudo, posteriormente anulado por un Comité *ad hoc* de Anulación, el único árbitro concluyó que una contribución positiva y significativa al desarrollo económico del país anfitrión era un requisito para que la inversión recayera bajo la protección del Convenio del CIADI. Significativamente, el tribunal sostuvo que aumentar el Producto Interno Bruto (PIB) de la economía local fue el factor que determinó el criterio de desarrollo económico²². El tribunal luego calificó esto, y señaló que el aumento del PIB debería ser mayor a una módica suma para que la inversión sea protegida por el Convenio del CIADI.

En un caso anterior, *Ceskoslovenska obchodni banka, a.s. c la República de Eslovaquia (CSOB)*²³, también se concluyó que la inversión debía tener un impacto positivo en el desarrollo del Estado receptor. El tribunal consideró que el preámbulo del Convenio del CIADI “permite la inferencia de que una transacción internacional que contribuya a la cooperación destinada a promover el desarrollo económico de un Estado Contratante puede ser considerada como una inversión tal como se entiende este término en el Convenio”²⁴.

De esta manera, si uno combina los criterios para determinar una contribución al desarrollo económico tal como se encuentran aplicados por los Tribunales del CIADI en los casos *Salini*, *MHS* y *CSOB*, puede concluirse que la inversión debe: (a) ser realizada para el interés público; (b) transferir conocimientos técnicos; (c) aumentar el PIB del Estado receptor; y (d) tener un impacto positivo en el desarrollo del Estado receptor.

En contraste directo, otros tribunales que consideraron el término ‘inversión’ dentro del significado del Convenio del CIADI han adoptado un enfoque remarcablemente diferente al elemento de una contribución al desarrollo económico. Más significativamente, la mayoría de estos casos poseen un elemento en común — han rechazado o restado importancia al criterio de desarrollo económico debido a la dificultad percibida o a la imposibilidad de determinar con precisión su alcance.

A un extremo del espectro, el Comité *ad hoc* de Anulación en el caso *Patrick Mitchell c. la República Democrática del Congo* atenuó la importancia del criterio, afirmando que:

[I]a existencia de una contribución al desarrollo económico del Estado receptor como una característica esencial, aunque no suficiente, o un criterio incuestionable de la inversión, no significa que esta contribución siempre deba ser de proporciones considerables o exitosa; y, por supuesto, los tribunales del CIADI no

tienen que evaluar la contribución real de la operación en cuestión. Resulta suficiente que la operación contribuya de una manera u otra al desarrollo económico del Estado receptor, y este concepto de desarrollo económico es, en todo caso, extremadamente amplio y también variable dependiendo del caso²⁵.

Una desestimación más explícita del criterio puede encontrarse en el caso *L.E.S.I. S.p.A. et ASTALDI S.p.A. c. Algeria*. En este laudo, el tribunal consideró que no parecía ser necesario que la inversión contribuyera al desarrollo económico del país; esta era una condición que el tribunal consideraba muy difícil de determinar, y que estaba implícitamente cubierta por los otros tres elementos de la definición de 'inversión'.²⁶

Otros tribunales han observado el propósito de los AII, no tanto para limitar la exploración de la definición de desarrollo económico, sino más bien para considerar el objetivo de proteger los intereses de los inversores. Por ejemplo, en el caso *Siemens, A.G. c. Argentina*²⁷, el tribunal analizó el propósito del TBI entre Alemania y Argentina para concluir que el acuerdo estaba destinado a promover la inversión y a crear condiciones favorables para los inversores. El Tribunal falló que el TBI debería ser interpretado de esta manera, afirmando que: "El Tribunal debe guiarse por el propósito del Tratado como se expresa en su título y preámbulo. Es un tratado 'para proteger' y 'para fomentar' inversiones... La intención de las partes es clara. Es la de crear condiciones favorables para las inversiones y estimular la iniciativa privada"²⁸.

Cuando las diferencias entre inversor y Estado son determinadas en otros foros que no son el CIADI, la defensa de falta de desarrollo económico para objetar a la jurisdicción de un tribunal probablemente no sea posible, a menos que en el AII pertinente se haga referencia al desarrollo económico como la razón para que las partes otorguen protección internacional a las inversiones extranjeras. Pero en una situación hipotética, es muy probable que los tribunales consideren la defensa en la fase de méritos. Por ahora, parece ser que los casos bajo el CIADI dominarán el debate sobre el análisis del desarrollo económico como un límite exterior de una inversión protegida.

“ Los árbitros y jueces tienen la importante tarea de definir el desarrollo económico de la inversión extranjera y su relevancia. ”

Desarrollo económico: un concepto medible

La divergencia de opiniones sobre el grado en que la contribución al desarrollo económico sea determinante para que una inversión esté facultada para recibir protección bajo los AII parece provenir de las dificultades asociadas con la manera de definir y medir

el desarrollo económico y de determinar con precisión lo que constituye una contribución relevante al mismo. Sin embargo, en lugar de restar importancia a este criterio colocándolo en "el cesto de los temas difíciles", tal como parecen haber hecho varios tribunales, un mayor trabajo intelectual sobre este concepto es lo que, de hecho, se necesita.

En particular, se sugiere que a futuro los tribunales brinden un análisis comprehensivo de cuestiones tales como: (i) la manera en que debería definirse el desarrollo económico dentro del contexto de los AII; (ii) qué califica como una contribución al desarrollo económico; (iii) cómo puede medirse una contribución positiva al desarrollo económico; y (iv) si cualquier factor 'negativo' relativo a la inversión o a la conducta del inversor (tales como violaciones a los derechos humanos, corrupción o daño al medio ambiente) es relevante.

El desarrollo económico ciertamente es un concepto que puede ser muy amplio y, potencialmente, puede abarcar muchos elementos distintos. Sin embargo, a partir de la revisión de documentos y casos pertinentes, han surgido varios factores que apuntan a determinados criterios no exclusivos para determinar cuándo una inversión ha realizado una contribución al desarrollo económico del país anfitrión. La jurisprudencia indica que se realizará una evaluación de las siguientes cuestiones: (a) el grado en que la inversión beneficia al interés público; (b) si se ha producido alguna transferencia de conocimientos tecnológicos o 'know-how' del inversor al Estado receptor; (c) el grado en que la inversión ha aumentado el PIB del país receptor; y (d) si la inversión ha tenido un impacto positivo en el desarrollo del Estado receptor. Un análisis hermenéutico del Convenio del CIADI y de los instrumentos constitutivos del Banco Mundial también refuerzan este enfoque, acentuando que las inversiones deben ser conducidas para: (a) fines productivos en oposición a fines especulativos; y (b) para el desarrollo de los recursos de los países a fin de incrementar la productividad, los niveles de vida y las condiciones de trabajo.

La redacción de documentos del Banco Mundial también debería ayudar a delinear a qué se refiere el 'desarrollo económico' en el contexto de los AII, y en particular, en las Directrices sobre el Tratamiento de la Inversión Extranjera Directa de 1992 (*Guidelines for Treatment of Foreign Direct Investment*). Pese a no ser un documento vinculante, éste proporciona una serie de recomendaciones a ser incorporadas en las regulaciones internas de los Estados sobre el trato de la inversión extranjera. En su preámbulo establece que: "[u]n mayor flujo de inversión extranjera directa aporta beneficios sustanciales para ...las economías de los países en desarrollo ...a través de una mayor competencia, la transferencia de capital, tecnología y capacidad de gestión y mejora del acceso al mercado y en términos de la expansión del comercio internacional". Esta declaración proporciona una indicación útil de los factores a tener en cuenta cuando se evalúa el grado en que la inversión ha contribuido o fomentado la creación de tales condiciones en el Estado anfitrión.

Por supuesto, ya existen herramientas muy específicas que pueden ser utilizadas para evaluar la contribución a la economía local. Por ejemplo, el impacto de la

inversión en el PIB del Estado anfitrión es un indicador que puede ser medido fácilmente comparando el valor de los bienes y servicios producidos por la transacción utilizando datos confiables sobre el valor general de los bienes y servicios producidos en el país en cuestión durante un período de tiempo en particular (esto puede ser proporcionado por, por ej., el Banco Mundial). Sin embargo, es preciso tener en cuenta que el crecimiento económico es diferente al desarrollo económico. Enfocándose solamente en el impacto positivo de una inversión sobre el PIB, no puede ser concluyente en sí mismo para determinar si una inversión ha contribuido al desarrollo económico de un país. Sí es, por supuesto, un indicador a *prima facie* de una contribución positiva. Pero una inversión puede aumentar el PIB y, al mismo tiempo, ser perjudicial para el desarrollo económico de un país cuando, por ejemplo, se violan normas de derechos humanos. Es para tomar en cuenta tales circunstancias que es necesario desarrollar un enfoque más sofisticado acerca de la relación entre la contribución al desarrollo económico y la disponibilidad de protección bajo un tratado— donde la contribución sea evaluada *per se* y luego, si satisface a *prima facie* este factor, se procede a examinar cualquier factor negativo que pueda anular este impacto aparentemente positivo sobre el desarrollo económico del Estado anfitrión. Si, después un análisis de los hechos, se concluye que la inversión no ha contribuido al desarrollo económico del Estado anfitrión, debería considerarse que la misma recae fuera de los límites de protección otorgada por el CIADI.

Conclusión

Pese a que aun se trata de un área muy controvertida dentro del derecho internacional de inversión, está claro que es preciso cumplir con varios factores bajo la prueba de si una 'inversión' ha contribuido al desarrollo económico del Estado anfitrión. Si una inversión va en contra del interés público, no ha generado ninguna transferencia de conocimientos al Estado receptor, no ha mejorado la economía o su productividad, no ha aumentado los niveles de vida del país anfitrión o las condiciones de trabajo, es casi seguro que la misma no ha hecho una contribución al desarrollo económico de ese país.

Los árbitros y jueces tienen la importante tarea de definir el desarrollo económico de la inversión extranjera y su relevancia. Por supuesto, no pueden ir más allá del propósito de los acuerdos tal como se encuentra mencionado en los textos, preámbulos y *travaux préparatoire* — es decir, del punto donde los negociadores han dejado los AAls. Por lo tanto, es preciso que los negociadores de los AAls sean más diligentes y entiendan la importancia de establecer de manera expresa el verdadero propósito por el cual sus países han entrado en los AAls. Un propósito expreso que omite indicar que las inversiones extranjeras deban ser protegidas porque son un medio para alcanzar el desarrollo económico sólo permitirá que los árbitros consideren los AAls como un medio para proteger las inversiones extranjeras.

Autor

Omar García-Bolívar es abogado en derecho internacional, consultor sobre políticas públicas y árbitro. Es Presidente de la BG Consulting en Washington, D.C., especializado en asesoría de derecho y desarrollo.

Este ensayo está basado en un artículo más extenso titulado "*Economic Development at the Core of the International Investment Regime*", publicado en *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*, Cambridge University Press (2011).

Notas

- 1 Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, abierto a firma el 18 de marzo de 1965, 575 UNTS 159 (entrada en vigor el 14 de octubre de 1966) ("Convenio del CIADI").
- * N. del T.: En la traducción del presente documento se utilizará el término "inversor" e "inversionista" indistintamente.
- 2 Véase, por ej., Amartya Sen, *Development as Freedom* (1999) xii: '*Development consists of the removal of various types of unfreedoms that leave people with little choice and little opportunity of exercising their reasoned agency. The removal of substantial unfreedoms, it is argued here, is constitutive of development.*'
- ** N. del T.: El término en inglés "*host State*" está traducido en el Convenio del CIADI como "Estado receptor", pero en la presente traducción también se utilizará el término "Estado anfitrión" para hacer referencia al mismo concepto.
- 3 El texto completo del Convenio, Regulaciones y Reglas del CIADI se encuentran disponibles en el sitio web del Banco Mundial: <www.worldbank.org/icsid> (se accedió por última vez el 5 de noviembre de 2010).
- 4 Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, disponible en <www.worldbank.org/icsid> (se accedió por última vez el 5 de noviembre de 2010).
- 5 Artículos del Acuerdo del BIRF, Artículo I, disponible en: <http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/EXTABOUTUS/0,,contentMDK:20049563~pagePK:43912~menuPK:58863~piPK:36602,00.html#1> (se accedió por última vez el 6 de diciembre de 2010).
- 6 Véase el sitio web del Banco Mundial en: <<http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/EXTABOUTUS/0,,pagePK:50004410~piPK:36602~theSitePK:29708,00.html>> (se accedió por última vez el 5 de noviembre de 2010).
- 7 Convenio del CIADI, Artículo 17.
- 8 *Ibid.* Art. 5.
- 9 *Ibid.* Art. 38.
- 10 Tratado de la Carta de Energía, abierto a firma el 17 de diciembre de 1994, (1995) 34 ILM 360 (entrada en vigor el 16 de abril de 1998) (TCE).
- 11 *Ibid.* preámbulo. El Artículo 2 del TCE refuerza el objetivo de desarrollo económico haciendo referencia a los objetivos generales de la Carta, señalando que: 'El presente Tratado establece un marco legal para fomentar la cooperación a largo plazo en el campo de la energía, basado en la consecución de complementariedades y beneficios mutuos, con arreglo a los objetivos y principios expresados en la Carta'.
- 12 Tratado de Libre Comercio de América del Norte, firmado el 17 de diciembre de 1992, Estados Unidos-Canadá-México, 32 ILM 289 (entrada en vigor el 1 de enero de 1994) ('TLCAN'), disponible en: <www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/nafta-alena/texte/index.aspx> (accedido por última vez el 5 de noviembre de 2010).
- 13 *Ibid.* preámbulo.
- 14 *Treaty Between the Government of The United States Of America And The Government Of [Country] Concerning The Encouragement And Reciprocal Protection Of Investment* (U.S. BIT Model (2004)), <<http://ita.law.uvic.ca/investmenttreaties.htm>> (se accedió por última vez el 5 de noviembre de 2010). [La traducción de la cita nos pertenece]
- 15 Acuerdo entre el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y el Gobierno de la República de Cuba para la Promoción y Protección de las Inversiones, firmado el 30 de enero de 1995 (entrada en vigor el 11 de mayo de 1995), disponible en: <www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/cuba_uk.pdf> (se accedió por última vez el 5 de noviembre de 2010).
- 16 *Salini Costruttori SpA and Italtrade SpA v. Morocco* (Caso del CIADI No ARB/00/4, Decisión sobre Jurisdicción del 23 de julio de 2001).
- 17 *Ibid.* Párrafo 52.
- 18 *Ibid.* Véase también Christoph Schreuer et al, *The ICSID Convention: A Commentary* (Cambridge University Press, 2nd ed, 2009), Artículo 25, párrafos 153-174.
- 19 El Tribunal señaló: 'No se puede objetar que la autopista servirá al interés público. Finalmente, las empresas italianas también pidieron brindar al Estado receptor de la inversión conocimientos técnicos...': *Ibid.* Párrafo 57. [La traducción de la cita nos pertenece]
- 20 Por ej., *Joy Mining Machinery Limited v. Egypt* (Caso del CIADI No. ARB/03/11, Decisión sobre Jurisdicción del 23 de julio de 2001), párrafo 53; *Jan de Nul N.V. v. Egypt* (Caso del CIADI No. ARB/04/13, Decisión sobre Jurisdicción del 16 de junio de 2006), párrafo 91; *Helnan International Hotels A/S v. Egypt* (Caso del CIADI No. ARB/05/19, Decisión sobre Jurisdicción del 17 de octubre de 2006), párrafo 77; *Malaysian Historical Salvors Sdn Bhd v. Malaysia* (Caso del CIADI No. ARB/05/10, Laudo sobre Jurisdicción del 17 de mayo de 2007), párrafos 73-74.
- 21 *Malaysian Historical Salvors Sdn Bhd v. Malaysia* (Caso del CIADI No. ARB/05/10, Laudo sobre Jurisdicción del 17 de mayo de 2007).
- 22 *Ibid.* Párrafo 123.
- 23 *Ceskoslovenska obchodni banka, a.s. v. Slovak Republic* (Caso del CIADI No. ARB/97/4, Decisión sobre Jurisdicción del 24 de mayo de 1999).
- 24 *Ibid.* párrafo 64. [La traducción de la cita nos pertenece]
- 25 *Patrick Mitchell v. Democratic Republic of Congo* (Caso del CIADI No. ARB/99/7, Decisión sobre Anulación del 1 de noviembre de 2006), párrafo 33. [La traducción de la cita nos pertenece]
- 26 *L.E.S.I. S.p.A. et ASTALDI S.p.A. v. Algeria* (Caso del CIADI No. ARB/05/3, Decisión del 12 de julio de 2006) párrafo 73(iv).
- 27 *Siemens, A.G. c. Argentina* (Caso del CIADI No ARB/02/8, Decisión sobre Jurisdicción del 3 de agosto de 2004).
- 28 *Ibid.* párrafo 81.
- 29 Directrices sobre el Tratamiento de la Inversión Extranjera Directa. Banco Mundial (1992), disponible en inglés: <www-wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/WDS/IB/1999/11/10/000094946_99090805303082/Rendered/PDF/multi_page.pdf> (consultado por última vez el 5 de noviembre de 2010).

¿Tendencia Pro-Inversor o Pro-Estado en el Arbitraje sobre Tratados de Inversión? Estudio en curso Presenta Motivos de Preocupación por Gus Van Harten

artículo 2



Los debates sobre los tratados de inversión a menudo plantean cuestiones sobre imparcialidad e independencia en el arbitraje relativo a la inversión internacional. Algunos observadores afirman que el arbitraje de inversión ofrece un foro neutral e imparcial donde se resuelven las diferencias entre inversor* y estado como base para la protección de bienes de propiedad extranjera y para garantizar el imperio de la ley¹. Otros reclaman que el mecanismo de arbitraje favorece a los inversionistas y a los estados occidentales que exportan capital a expensas de los gobiernos demandados, especialmente del mundo en vías de desarrollo². En general, los principios de imparcialidad e independencia son esenciales para garantizar al papel legitimador del arbitraje internacional.³

Un estudio en curso probó la hipótesis de una potencial tendencia en el arbitraje de inversión⁴. En particular, se examinó si había evidencia para apoyar la percepción de que la resolución de asuntos legales contenciosos en el derecho de los tratados de inversión estaría influida por un aparente interés económico de los árbitros o de la industria del arbitraje.

El razonamiento de la hipótesis del estudio proviene de suposiciones sobre el incentivo de los árbitros, basadas en el carácter único del arbitraje de los tratados de inversión⁵. Primero, la estructura asimétrica de las reclamaciones y la ausencia de marcadores institucionales en cuanto a la independencia judicial podrían crear un incentivo para que los árbitros favorezcan el tipo de partes que tengan la capacidad de iniciar el uso del sistema⁶. Segundo, cuando tienen un interés profesional importante en este campo, los árbitros podrían verse influenciados por una necesidad de conformar a aquellos actores que tienen poder o influencia sobre decisiones específicas de nominación, así como la postura más amplia de la industria de arbitraje pertinente⁷.

Estas suposiciones han sido rechazadas por los participantes del sistema⁸ y no se sugiere en el estudio que estos sean los únicos factores posibles que puedan influir en el comportamiento de los árbitros. Por otro lado, las suposiciones reflejan la “cuestión de los incentivos que tan a menudo influyen sobre los árbitros – es decir, su propio interés de intentar asegurarse y aumentar las posibilidades de ser nominados a futuro” y las relativas expectativas de que “[u]n árbitro pueda percibir que probablemente su laudo tenga un impacto en su propia aceptabilidad, es decir, en la probabilidad de ser nominado nuevamente... [o] que un laudo pueda afectar la comerciabilidad de la organización nominadora, de la cual el árbitro depende para obtener referencias futuras”.⁹

Se observaron dos tendencias significativas. Primero, hay una fuerte tendencia hacia resoluciones expansivas de asuntos

contenciosos de derecho que dan relieve a la promesa compensatoria del sistema para los demandantes y, a su vez, el riesgo de responsabilidad para los estados demandados. La segunda es una acentuada tendencia hacia resoluciones expansivas donde el demandante proviene de un estado occidental exportador de capital.

Reseña del estudio

El estudio se basó en un análisis sistemático de contenido¹⁰ de todos los laudos disponibles públicamente (es decir, decisiones) que tratan sobre asuntos jurisdiccionales en 140 casos conocidos bajo los tratados de inversión celebrados hasta mayo de 2010. Los laudos fueron codificados para elaborar resoluciones, por cada uno de los árbitros, en torno a una serie de asuntos legales de jurisdicción que fueron recusados más ampliamente en laudos o literatura secundaria. Estos tienden a ser asuntos sobre los cuales el texto de un tratado de inversión es ambiguo u omisivo; lo cual lleva a un desacuerdo sobre el enfoque apropiado. Puede decirse que las resoluciones expansivas de un tema favorecen a los demandantes, expandiendo la autoridad de los tribunales de tratados de inversión y permitiendo que prosigan más reclamaciones.

En breve, los temas y asuntos codificados fueron:

1. Inversor persona jurídica– ¿Debería permitirse una reclamación donde la propiedad de la inversión se extiende a través de una cadena de empresas que se escapa del estado receptor al estado de origen por medio de una tercera parte? Enfoque expansivo: sí. Enfoque restrictivo: no.

2. Inversor persona natural– ¿Debería permitirse una reclamación presentada por una persona natural en contra del único estado del cual la persona es ciudadana, o en contra de un estado del cual la persona es ciudadana sin confirmación de nacionalidad predominante y efectiva? Respuesta expansiva: sí a cualquiera de las dos preguntas. Enfoque restrictivo: no a cualquiera de las dos preguntas.

3. Inversión– ¿Deberían aplicarse los criterios del caso *Fedax*¹¹ para limitar el concepto de inversión en virtud del *Convenio del CIADI*?; o alternativamente, (independientemente de si se encuentra bajo el *Convenio del CIADI o no*), ¿debería haber un requisito de una real transferencia de capital al estado receptor como una característica de la inversión?; o ¿el concepto de inversión debería limitarse a las categorías tradicionales de propiedad? Enfoque expansivo: no a cualquiera de las tres preguntas. Enfoque restrictivo: sí a cualquiera de las tres preguntas.

4. Intereses de accionista minoritario – ¿Debería permitirse una reclamación de un accionista minoritario cuando el tratado no permita expresamente reclamaciones de accionistas minoritarios, como por ejemplo, cuando el tratado no mencione “acciones” en la definición de inversión?; ¿o debería permitirse sin limitar la reclamación a los intereses del accionista sobre el valor y la disposición de las acciones (en oposición a los intereses de la firma local en sí misma)? Enfoque expansivo: sí a cualquiera de las dos preguntas. Enfoque restrictivo: no a cualquiera de las dos preguntas.

5. Permisibilidad de la inversión – ¿Debería exigirse una carga de prueba al demandante (o al estado demandado) de demostrar que una inversión estuviera (o no) aprobada afirmativamente o que estuviera (o no)

basada en prácticas corruptas? Enfoque expansivo: carga sobre el estado demandado en cualquiera de los casos. Enfoque restrictivo: cargo sobre el demandante en cualquiera de los casos.

6. Reclamaciones paralelas– ¿Debería permitirse una reclamación frente al claro incumplimiento de una obligación de tratado que exija al demandante recurrir a remedios locales?; ¿o frente a una cláusula de arreglo de diferencias acordada contractualmente en relación con la misma diferencia factual?; ¿o frente a una reclamación real, surgida de la misma diferencia factual, presentada a través de un camino alternativo establecido en una cláusula bifurcada basada en un tratado?; ¿o frente a una reclamación real, surgida de la misma diferencia factual, presentada a través de otro tratado donde la reclamación podría llevar a un laudo por daños a favor del inversionista? Enfoque expansivo: si a cualquiera de las cuatro preguntas. Enfoque restrictivo: no a cualquiera de las cuatro preguntas.

7. Alcance del trato de nación más favorecida– ¿El concepto de trato de nación más favorecida debería ser extendido a las disposiciones no sustantivas de otros tratados (tales como las disposiciones de arreglo de diferencias)? Enfoque expansivo: si. Enfoque restrictivo: no.

Resultados del estudio¹²

Resolución expansiva versus restrictiva

Los resultados apoyan la hipótesis de que los árbitros mostrarían una tendencia a adoptar un enfoque expansivo (que favorezca al demandante) para la resolución de los asuntos codificados¹³. En la tabla A se resume la variación en la resolución de asuntos. Tal como se indicó, hay diferentes variaciones y distintas cantidades de datos para cada tema.

Tabla A: Clasificación de Resolución de Asuntos por Tema

Tema	No. de resoluciones de asuntos	Resolución del Asunto	
		Expansiva	Restrictiva
1 – Inversor persona jurídica	69	81.94%	18.06%
2 – Inversor persona natural	6	0.00%	100.00%
3 – Concepto de inversión	116	72.27%	27.73%
4 – Intereses de accionista minoritario	72	92.00%	8.00%
5 – Permisibilidad de la inversión	27	66.67%	33.33%
6 – Reclamaciones paralelas	165	82.74%	17.26%
7 – Alcance del trato NMF	60	50.00%	50.00%
Total	515	76.09%	23.91%

Los resultados indican que la fuerte tendencia en favor de un enfoque expansivo era guiada por resoluciones de cuatro asuntos: inversor persona jurídica; concepto de inversión; intereses de accionista minoritario y reclamaciones paralelas. En un tema, el alcance del trato NMF, los árbitros estaban divididos entre los enfoques expansivo y restrictivo. No hay datos suficientes para sacar conclusiones sobre los otros dos temas: inversor persona natural y permisibilidad de la inversión.

Estos resultados brindan una causa tentativa de preocupación para aquellos que esperan que el sistema otorgue un grado de igualdad¹⁴—entre los intereses de los estados demandantes y los de los demandados— en la resolución de asuntos jurisdiccionales, cuando el texto del tratado sea ambiguo u omisivo. Los estados han perdido en torno a una amplia gama de asuntos contenciosos, en ocasiones de manera abrumante, en el litigio de objeciones jurisdiccionales a las reclamaciones del inversor. Si los observadores esperaban que los asuntos codificados fueran resueltos restrictivamente, esto no ha sido así en la práctica.

Papel de la nacionalidad del demandante

Los resultados también han apoyado la hipótesis de que el enfoque expansivo sería acentuado cuando el demandante fuera ciudadano de Francia, Alemania, el RU o EUA¹⁵. Estos países fueron elegidos como una medida aproximada de los principales estados occidentales exportadores de capital. La medida fue complementada por un análisis de otros grupos asociados con los intereses occidentales exportadores de capital.

En general, el efecto de la nacionalidad del demandante para estos cuatro países, como grupo, fue estadísticamente relevante. En la Tabla B se delinea la probabilidad de que un tema sea resuelto de manera expansiva en cada una de las cinco categorías de nacionalidad del demandante, cuando otras covariables se mantuvieron estables.

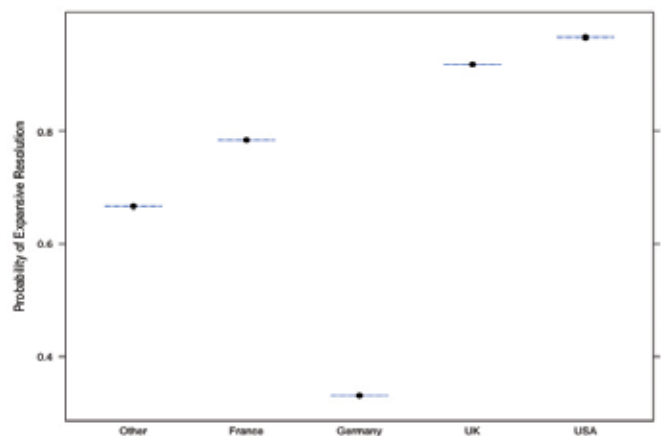
Tabla B: Efectos de la Nacionalidad del Demandante en la Probabilidad de una Resolución Expansiva

Nacionalidad del Demandante	Probabilidad de resolución expansiva	Relevancia estadística
Francia	.86	p=.005
Alemania	.47	p=.38
Reino Unido	.95	p<.001
Estados Unidos	.98	p<.001
Todos los otros	.69	p<.001

En general, las resoluciones de asuntos en casos presentados por demandantes de Francia, Alemania, el RU o EUA tuvieron un 84% de probabilidad de ser resueltos expansivamente en comparación con casos iniciados por demandantes de otros países. Aparte de este efecto general, el análisis indicó que las variaciones de país en país entre demandantes de Francia, el RU o EUA y demandantes de otros estados fueron relevantes estadísticamente, lo cual implica que no es improbable que fueran explicadas por casualidad.

En la Figura B se presenta la probabilidad esperada de una resolución expansiva para cada categoría de nacionalidad de demandantes pertenecientes a este grupo, cuando otros covariables se mantuvieron estables.

Figura B: Probabilidad de resolución expansiva para las nacionalidades de los demandantes del Grupo #1



Los resultados confirmaron la expectativa más detallada de que habría una mayor acentuación sobre la aplicación de un enfoque expansivo para los demandantes de EUA, seguido por los otros tres estados. Dicho esto, solo se consiguieron datos limitados específicos a cada país en el caso de Alemania y Francia. De los 100 casos, 30 involucran a un demandante de EUA , 9 a un demandante del RU¹⁷, 6 a un demandante francés¹⁸ y 5 a un

demandante alemán¹⁹. Asimismo, la hipótesis no fue apoyada por los resultados aislados en el caso de Alemania. No hubo una diferencia relevante en términos estadísticos entre demandantes alemanes y demandantes de otros estados; se observó una tendencia aparente hacia un enfoque menos expansivo para los demandantes alemanes, pese a que esta conclusión no fue estadísticamente relevante en cuanto al hecho de que estaba acompañada por un riesgo inaceptable (36%) de que la variación fuera explicada por casualidad.

La conclusión más fuerte fue que los demandantes de los principales estados occidentales exportadores de capital que presentaron reclamaciones en virtud de un tratado bilateral de inversión o del Tratado sobre la Carta de la Energía (a distinción del Tratado de Libre Comercio de América del Norte [TLCAN]), y que plantearon uno de los cuatro asuntos codificados ante árbitros frecuentemente nominados, tienen mayor probabilidad de beneficiarse de un enfoque expansivo. Por extensión, podría inferirse que un estado demandado, pese a estar en desventaja sobre tales asuntos con respecto a los inversores en general, es más probable que reciba un enfoque restrictivo cuando el demandante tenga la nacionalidad de un estado que no sea un principal exportador occidental de capital, cuando la reclamación se realiza en virtud del TLCAN, y cuando los árbitros no son nominados frecuentemente.

La fortaleza de las conclusiones para el grupo primario (Francia, Alemania, el RU y EUA) fue probada en mayor medida analizando otros grupos de nacionalidades de demandantes asociadas con intereses occidentales exportadores de capital²⁰. Se encontró más evidencia estadísticamente relevante de una acentuada tendencia hacia un enfoque expansivo en casos iniciados por demandantes de un estado del G-7; por un ex poder colonial de Europa Occidental; o por un estado miembro de la OCDE a partir de 1990 o 2000. Se observaron tendencias similares en torno a otros grupos en base a clasificaciones geográficas de la ONU y clasificaciones de ingresos del Banco Mundial, pero las conclusiones no eran significativas en términos estadísticos.

Conclusiones y limitaciones

El estudio brinda evidencia tentativa de una tendencia sistémica en la resolución de asuntos jurisdiccionales en el arbitraje de tratados de inversión. Las expectativas probadas fueron que los árbitros favorecerían una interpretación legal que tiende a beneficiar a los demandantes, expandiendo la autoridad de los tribunales y permitiendo que más reclamaciones procedan, especialmente en casos donde el demandante sea de un estado occidental exportador de capital. Dicho esto, el estudio también presenta importantes limitaciones. Una advertencia inicial sería que las conclusiones no establecen evidencia sobre una tendencia factual por parte de ningún individuo o en un caso en particular. Incluso a nivel sistémico, hay una variedad de explicaciones posibles para los resultados, algunas de las cuales no conllevan una tendencia inapropiada, y se necesitan más inferencias para conectar las tendencias observadas con una argumentación subyacente que justifique una tendencia sistémica. Similarmente, hay limitaciones en el proceso de codificación y las herramientas analíticas, y en los métodos cuantitativos en general, para la evaluación de una tendencia adjudicativa.²¹

La principal conclusión es que las tendencias observadas existen en los datos codificados y es muy poco probable que sean explicadas por casualidad. También resulta notable el hecho de que las tendencias observadas reflejan variaciones en la resolución de asuntos contenciosos que surgen a partir de la ambigüedad y omisión en los tratados de inversión. Tales variaciones tienen menos probabilidad de ser explicadas por factores no examinados que pueden generar resultados en los casos, tales como diferencias fácticas entre los casos o un significado escondido en el texto de los laudos²². Más ampliamente, la cuestión de una posible conducta parcial apela a un mayor estudio, mientras que la cuestión del diseño del sistema debería depender finalmente de juicios de políticas sobre la estructura y los procesos del sistema, evaluados frente a principios doctrinales o teóricos de adjudicación.

Autor

Gus Van Harten es Profesor Adjunto de la Facultad de Derecho Osgoode Hall de la Universidad de York, donde enseña Derecho Administrativo, Derecho Internacional de Inversión y Gobernanza del Sistema Financiero Internacional. Su investigación se encuentra disponible al público en: www.ssrn.com/author=638855, y en: www.iiapp.org.

Traducido al español por María Candela Conforti.

Notas

* N. del T.: En la presente traducción se utilizará el término "inverso" e "inversionista" indistintamente.

1 Por ej., Jan Paulsson, *Denial of Justice in International Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2005) en 265; Charles N. Brower and S.W. Schill "Is Arbitration a Threat or a Boon to the Legitimacy of International Investment Law" (2009) 9 *Chicago Journal of International Law* 471.

2 Por ej., Olivia Chung "The Lopsided International Investment Law Regime and Its Effect on the Future of Investor-State Arbitration" (2007) 47 *Virginia Journal of International Law* 953; Ibrónke T. Odumosu, "The Antinomies of the (Continued) Relevance of ICSID to the Third World" (2007) 8 *San Diego International Law Journal* 345.

3 José A.F. Costa, "Comparing WTO Panelists and ICSID Arbitrators: the Creation of International Legal Fields" (2011) 1(4) *Oñati Socio-Legal Series* at 3; Catherine A. Rogers, "The Vocation of the International Arbitrator" (2005) 20 *American University International Law Review* 957 en 1006-7.

4 Gus Van Harten, "Arbitrator Behaviour in Asymmetrical Adjudication: An Empirical Study of Investment Treaty Arbitration" *Osgoode Hall Law Journal* (en curso). Un borrador de la versión del estudio fue publicado en www.ssrn.com/author=638855 junto con la serie de datos y las notas de codificación.

5 Véase especialmente Yves Dezalay and Bryant G. Garth, *Dealing in Virtue* (Chicago: University of Chicago Press, 1996) en 8-9, 36, 45, 50, 70, 93, 124 y 194.

6 Drahozal, nota 5 *supra* en 500 y 503; Nudrat B. Majeed, "Investor-State Disputes and International Law: From the Far Side" (2004) 98 *ASIL Proceedings* 30 a 31.

7 Walter Mattli, "Private Justice in a Global Economy: From Litigation to Arbitration" (2001) 55 *International Organization* 919 en 921-2; Rogers, nota 4 *supra* en 968.

8 Por ej., William W. Park, "Arbitrator Integrity: The Transient and the Permanent" (2009) 46 *San Diego Law Review* 629 en 651-3 y 657-66.

9 Rau, nota 19 *supra* en 521-2.

10 Mark A. Hall and Ronald F. Wright, "Systemic Content Analysis of Judicial Opinions" (2008) 95 *California Law Review* 63.

11 *Fedax NV c. la República de Venezuela* (Laudo del 11 de julio de 1997), 5 ICSID Rep 186, 37 ILM 1378. Los criterios incluyen la duración, regularidad de ganancias y devolución, presunción de riesgo, compromiso sustancial y relevancia para el desarrollo del estado receptor.

12 Los resultados aquí resumidos se relacionan con las primeras dos hipótesis del estudio. No hay datos suficientes para probar una tercera hipótesis de una tendencia sistémica en favor de Francia, Alemania, el RU y EUA como estados demandados.

13 Para confirmar esto, un modelo estadístico (una prueba binomial de una muestra) fue utilizado por una estadista, Heather Krause, contratada por el autor como asistente de investigación. El modelo generó un nivel de importancia de $p < 0.001$. De esta manera, la probabilidad de que la variación entre resoluciones expansivas y restrictivas fuera explicada de casualidad es muy baja.

14 Algunos árbitros y comentaristas presentan el sistema en estos términos (por ej. Federico Orrego-Vicuña, "Arbitrating Investment Disputes" (2008), publicado en el sitio web del *International Council for Commercial Arbitration*).

15 Esto fue confirmado utilizando un modelo estadístico que controla diferentes predicciones potenciales de variantes en la resolución de asuntos y que fue diseñado para mitigar el riesgo de una declaración excesiva de la relevancia o del efecto de cualquier predicción. Estos efectos fijos son controlados en relación con: la nacionalidad de demandante, asuntos específicos entre los asuntos codificados, tratado o tipo de tratado, nominaciones totales por árbitro y resolución total de asuntos por caso.

16 Como una conclusión descriptiva, en 30 casos iniciados por un demandante de EUA, 47 asuntos codificados fueron resueltos expansiva o restrictivamente (lo cual llevó a 140 resoluciones de asuntos diferentes por árbitros individuales en aquellos casos). Hubo 128 resoluciones expansivas y 12 restrictivas. Los casos se repartieron entre 12 estados demandados.

17 Como una conclusión descriptiva, en 9 casos iniciados por un demandante del RU, 17 asuntos codificados fueron resueltos expansiva o restrictivamente (lo cual llevó a 140 resoluciones de asuntos diferentes por árbitros individuales en aquellos casos). Hubo 42 resoluciones expansivas y 7 restrictivas. Estos casos se repartieron entre 6 estados demandados.

18 Como una conclusión descriptiva, en 6 casos iniciados por un demandante francés, 15 asuntos codificados fueron resueltos expansiva o restrictivamente (lo cual llevó a 45 resoluciones de asuntos diferentes por árbitros individuales en aquellos casos). Hubo 36 resoluciones expansivas y 9 restrictivas. Notablemente, 5 de los casos fueron en contra de Argentina; el caso restante fue en contra de la República Dominicana.

19 Como una conclusión descriptiva, en 5 casos iniciados por un demandante alemán, 8 asuntos codificados fueron resueltos expansiva o restrictivamente (lo cual llevó a 24 resoluciones de asuntos diferentes por miembros individuales del tribunal en aquellos casos). Hubo 13 resoluciones expansivas y 11 restrictivas. Los casos se repartieron entre cuatro estados demandados (Argentina, Filipinas, Rusia y Ucrania).

20 Estos análisis no se basan en ninguna expectativa detallada específica a un país determinado.

21 Hall and Wright, nota 6 *supra* en 87-8; Klaus Krippendorf, *Content Analysis: An Introduction to Its Methodology* (Newbury Park: Sage Publications, 1980) en 22.

22 Brian Leiter, "Rethinking Legal Realism: Toward a Naturalized Jurisprudence" (1997) 76 *Texas Law Review* 267 at 269; Jonathan P. Kastellec, "The Statistical Analysis of Judicial Decisions and Legal Rules with Classification Trees" (2010) 7 *Journal of Empirical Legal Studies* 202 at 205-6; Hall and Wright, nota 6 *supra* en 99.

Venezuela se retira del CIADI: Qué logrará y qué no por Sergey Ripinsky

artículo 3



En enero de 2012, la República Bolivariana de Venezuela renunció al Convenio del CIADI¹, convirtiéndose en el tercer país – después de Bolivia y Ecuador – en hacerlo. El retiro de la sede mundial destinada al arreglo de diferencias relativas a inversiones marca una aparente pérdida de confianza de estos países en el sistema y plantea cuestionamientos sobre la aptitud del Convenio para cumplir con su propósito. En este artículo se observan las posibles razones que llevaron a Venezuela a tomar esta medida, así como su probable impacto y algunos temas más amplios que surgirán de esto.

Contexto en el marco de políticas

El comunicado de prensa de 2012 emitido por el Ministerio de Asuntos Exteriores de Venezuela señala que el país accedió al Convenio en 1993 por “decisión de un gobierno provisional y débil, carente de legitimidad popular y que se encontraba bajo presión de los sectores económicos transnacionales involucrados en el desmantelamiento de la soberanía nacional de Venezuela”². El actual gobierno considera que está corrigiendo los errores de la administración anterior. Las reformas económicas de alto alcance emprendidas por el gobierno del Presidente Hugo Chávez también indican que – según la opinión de aquellos que están actualmente al poder – unirse al CIADI fue una de las muchas cosas que fallaron del régimen anterior.

El programa económico de Chávez pretende reestablecer el rol del estado en la economía, especialmente en sectores estratégicos, que fueron delegados a corporaciones extranjeras en la década de 1990. Durante los últimos años, el gobierno de Chávez llevó a cabo una ola de nacionalización de bienes de propiedad nacional y extranjera en las industrias de petróleo, acero, agro negocios, construcción, turismo, telecomunicaciones, bancaria y algunas otras. La mayoría de los reclamos de los inversionistas extranjeros giran en torno a la lluvia de políticas de recuperación promulgadas por el gobierno; el tema principal de controversia es generalmente si la cantidad de dinero ofrecida en compensación por el gobierno es suficiente.

Impacto sobre reclamaciones pendientes y futuras

Desde una perspectiva puramente legal, el retiro del CIADI no ofrece ningún beneficio inmediato a Venezuela. Estando en segundo lugar, después de Argentina, el país actualmente posee 20 casos pendientes presentados en su contra ante el CIADI³ (diez de los cuales fueron iniciados en 2011) y enfrenta la posibilidad de tener que pagar miles de millones a demandantes ganadores. Estos casos pendientes de ninguna manera se verían afectados por la renuncia de Venezuela al Convenio del CIADI. Además, los inversores extranjeros disconformes aun podrán iniciar nuevos casos durante los seis meses transcurridos desde la notificación de renuncia y la fecha en que se hará efectiva (25 de julio de 2012).

La cuestión de si los inversionistas tendrán derecho a continuar presentando reclamaciones *después* del 25 de julio de 2012 ha sido objeto de debate debido a la formulación confusa del Artículo 71 del Convenio del CIADI. La opinión predominante es que estas reclamaciones, cuando se basen en un tratado

bilateral de inversión (TBI), *no* serán registradas, pese al hecho de que los TBIs de Venezuela sigan vigentes y sigan conteniendo una referencia al arbitraje en el CIADI. Esto es así porque se entiende que los TBIs registran el *ofrecimiento de consentimiento a arbitraje* unilateral de un país que debe ser “consumado” por un inversor (presentando una solicitud de arbitraje) *antes* de que el país deje de ser miembro del CIADI⁴. (En cambio, cuando un país ha otorgado su consentimiento a arbitraje en el CIADI, por ejemplo, en un contrato de concesión con un inversor, puede iniciarse un procedimiento del CIADI incluso después de que la renuncia al mismo entre en vigor. Esto es porque, a diferencia de los TBIs, *ambas* partes del contrato dan consentimiento anticipado a arbitraje).

Sin embargo, de los 26 TBIs de Venezuela⁵ en vigencia, solo dos (con Chile y con Alemania) nombran al CIADI como la *única* sede de arbitraje disponible para los inversores. Todos los otros TBIs brindan, aparte del CIADI, la posibilidad de arbitrar bajo el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI y el Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI⁶. Esto significa que incluso después de que se haga efectivo el retiro del CIADI, los inversionistas de los países cubiertos por el Centro aun podrán demandar a Venezuela fuera de sus tribunales nacionales.

CIADI c. CNUDMI

¿Qué hay de especial sobre el arbitraje bajo el Convenio del CIADI en comparación con la CNUDMI o el Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI? La diferencia más importante es que los laudos arbitrales del CIADI son equivalentes a “las sentencias firmes dictadas por los tribunales”⁷ de cualquiera de los Estados Contratantes del CIADI (es decir, no requieren procedimientos judiciales internos para permitir la ejecución), y por lo tanto, son directamente ejecutables en la mayoría de los países del mundo. (Esta lectura del Convenio ha sido objetada por abogados argentinos que insisten que los demandantes, que han recibido un laudo en contra de Argentina, aun deben solicitar a un tribunal argentino la ejecución de un laudo del CIADI en el país⁸).

En contraste, los laudos arbitrales dictados bajo el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (o el Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI) efectivamente requieren procedimientos internos complementarios de ejecución. Este proceso, sin embargo, se encuentra facilitado en gran medida por la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958, que (1) contiene solo fundamentos limitados para denegar el reconocimiento y la ejecución, y (2) permite la ejecución en cualquier estado parte de la Convención de Nueva York (actualmente, 146 estados). Aun cuando los procedimientos de ejecución resultan más engorrosos que los establecidos por el Convenio del CIADI, aun es posible ejecutar estos laudos o sentencias en los países del mundo donde Venezuela posee activos.

Batalla ideológica por ejecución

¿Si retirarse del CIADI no resuelve el problema de Venezuela con respecto a la presentación de reclamaciones en su contra por parte de extranjeros, cuál es su propósito principal? Las razones parecen ser más políticas que legales. Al renunciar al Convenio, el gobierno parece estar emitiendo un mensaje político: creemos que este sistema es injusto, lo desaprobamos y nos rehusamos a cooperar con el mismo en el futuro. La parte sobre el futuro es muy importante porque se relaciona con la cantidad de daños a ser declarados por tribunales del CIADI contra Venezuela.

A este respecto, es interesante remarcar la opinión del gobierno, o al menos lo que muestra, sobre la actitud obsecuente del CIADI hacia las corporaciones transnacionales. De acuerdo con el comunicado de prensa de 2012 del Ministerio de Asuntos Exteriores, los tribunales del CIADI han “resuelto 232 veces a favor de intereses transnacionales de los 234 casos presentados a lo largo de toda su historia”. Si bien existe una burda mala interpretación de los antecedentes del CIADI (de hecho, hasta el momento los estados han ganado más casos en este Centro de los que han perdido⁹); esto no obstante, revela la opinión del gobierno venezolano con respecto a esta sede.

Acusar al CIADI de parcialidad respalda la ideología de la declaración del Presidente Chávez en cuanto a que la República "no reconocerá ninguna decisión del CIADI"¹⁰. El gobierno ya ha transferido sus reservas de oro de bancos extranjeros a Caracas (160 toneladas valuadas en aproximadamente US\$9 mil millones)¹¹; también se reportó que está preparando la transferencia de reservas por US\$6 mil millones en dinero en efectivo de Banco europeos y de EUA a bancos rusos, chinos y brasileños¹². Estos últimos países, presuntamente, somn visto como menos probables de aceptar órdenes de congelamiento y de facilitar la ejecución de laudos arbitrales dictados contra Venezuela. La experiencia ha demostrado que ejecutar un laudo puede ser un desafío (ya sea del CIADI o no) fuera del territorio del país demandado ya que muchos activos estatales se encuentran protegidos por la doctrina de inmunidad soberana¹³.

¿El CIADI es el culpable?

El CIADI es una sede para el arreglo de diferencias; los árbitros aplican las reglas, que son creadas por los estados y consagradas en los tratados bilaterales de inversión. La disconformidad de Venezuela con respecto al CIADI parece ir más allá del cometido de este Centro e involucra un tema mucho más amplio en cuanto a la capacidad de los TBIs de tratar reformas económicas y políticas. Este tema no se limita a Venezuela únicamente; posee una importancia universal en miras a la tendencia general de intensificar la intervención del estado en la economía¹⁴ y especialmente en los países que están siendo sometidos a un cambio de régimen¹⁵.

Las diferencias de Venezuela conciernen principalmente las nacionalizaciones. El gobierno ha confirmado su compromiso de pagar "una compensación justa [...] de acuerdo con el derecho venezolano"¹⁶, de lo que entienda como el valor contable de una inversión (es decir, determinado en referencia a la suma invertida) a diferencia del valor de mercado (basado en el valor actual del flujo de fondos a futuro). Este último a menudo será significativamente más elevado que el anterior, especialmente si una empresa posee buenos prospectos de negocios.

Los TBIs habitualmente requieren una compensación equivalente al "valor justo de mercado" de la inversión expropiada, aun cuando la expropiación sea de interés público, no discriminatoria y haya sido realizada en conformidad con un proceso debido de derecho. Los comentaristas han señalado que una regla rígida de compensación plena (es decir, calculada en base al valor de mercado de la inversión) en realidad tornaría imposible todo programa económico o social¹⁷.

Al momento de calcular la suma de la compensación por bienes expropiados legalmente, especialmente como parte de una amplia reforma económica, deberían tenerse en cuenta los factores *equitativos*, no relacionados con un ejercicio estricto de valuación comercial. Por ejemplo, ¿el "trato" original acordado entre un inversor y el (anterior) gobierno fue una negociación razonable o fue otorgado en términos no favorables para el país y en contra de sus intereses nacionales? ¿Hubo un cambio de circunstancias (tales como un incremento en el precio del petróleo) que beneficie a una parte solamente? ¿El inversor ha recuperado sus costos hundidos y ha gozado de un período extenso de operaciones (altamente) rentables al momento de la nacionalización?

La ley, tal como se encuentra establecida en la mayoría de los TBIs, prácticamente elimina toda diferencia entre compensación por expropiaciones legales e ilegales¹⁸. La regla rígida de compensación en la mayoría de los TBIs y un alto riesgo de que los árbitros la hagan cumplir de manera rígida, lo cual lleva a resultados percibidos como inaceptables, injustos e financieramente insostenibles en el país anfitrión, empuja a los países como Venezuela a buscar maneras de salirse del sistema.

Abordando el régimen de TBI

Para desmantelar el sistema de arbitraje bajo los TBIs, Venezuela necesitaría cancelar – aparte del Convenio del CIADI– todos sus TBIs. Después de una cancelación como tal debería esperar el vencimiento del período adicional de 10-15 años (dependiendo del tratado), durante el cual los acuerdos continuarán rigiendo las inversiones establecidas antes de la terminación del tratado. Todos los TBIs de Venezuela poseen una cláusula de "continuidad" como tal.

En 2008, Venezuela emitió una notificación para terminar su TBI con los Países Bajos dando inicio al período de suspensión, que concluirá en 2023. El TBI holandés debe haber sido una fuente particular de enojo para el país ya que ha servido como base de al menos diez casos presentados ante el CIADI contra Venezuela (a menudo Holanda es utilizada por firmas de otros países para establecer sociedades controladoras y estructurar inversiones). Aparte del tratado holandés, Venezuela no ha procedido a concluir ninguno de sus otros TBIs.

El retiro del CIADI por Bolivia, Ecuador y ahora Venezuela, y la terminación de TBIs¹⁹ son una expresión radical de una tendencia mucho más generalizada hacia la reconsideración de aspectos clave del régimen de inversión internacional. En los últimos tiempos, un significativo número de países han estado revisando sus modelos de tratados de inversión y renegociando acuerdos existentes a fin de tornarlos más claros, más equilibrados y conducentes a resultados más justos. Hay una profunda necesidad de llevar a cabo una mayor reflexión colectiva y de asumir un compromiso constructivo con respecto a estos temas.

Autor

Sergey Ripinsky es oficial de asuntos legales de la Conferencia de Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), sergey.ripinsky@unctad.org. El autor desea agradecer a Anna Lisa Brahmns por su asistencia en la investigación y a Elisabeth Tuerk, Nathalie Bernasconi y Natalia Guerra por sus valiosos comentarios. Las opiniones expresadas pertenecen exclusivamente al autor.

Traducido al español por María Candela Conforti.

Notas

- 1 Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (1965).
- 2 "Gobierno Bolivariano denuncia convenio con Ciadi", 25 de enero de 2012, <http://www.mre.gov.ve>.
- 3 Este número incluye 16 arbitrajes en el CIADI y 4 arbitrajes bajo el Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI. Véase: <http://icsid.worldbank.org>. De acuerdo con la información de UNCTAD, no hay reclamaciones basadas en AIs (públicamente conocidas) que se encuentren pendientes contra Venezuela en otras sedes de arbitraje internacional.
- 4 Para un análisis más completo, véase UNCTAD "Denunciation of the ICSID Convention and BITs: Impact on Investor-State Claims" (IIA Issues Note, No.2, diciembre de 2010).
- 5 La mayoría de los TBIs fueron celebrados en la década de 1990, y solo tres en los últimos años— con Irán en 2005, Belarus en 2007 y Rusia en 2008.
- 6 El Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI puede ser utilizado cuando solo uno de los Estados involucrados (ya sea el Estado anfitrión o el Estado del inversor) es parte del Convenio del CIADI. En los casos del Mecanismo Complementario, el Convenio del CIADI no se aplica a la diferencia; el Centro simplemente sirve como una institución que administra los procedimientos.
- 7 Artículo 54(1) del Convenio del CIADI.
- 8 "Argentina Rejects Azurix Claims on ICSID Award in Letter to Geithner", Inside U.S. Trade, 16 de septiembre de 2011, <http://www.embassyofargentina.us/v2011/files/20110825-geithnerazurix9.pdf>.
- 9 De acuerdo con las estadísticas de la UNCTAD, para fines de 2011, los estados ganaron 55 casos del CIADI basados en AIs y perdieron 36; 34 casos fueron resueltos.
- 10 K. Vyas, "Venezuela's Chávez: Won't Accept Rulings by ICSID Court", 8 de enero de 2012, <http://online.wsj.com/article/BT-CO-20120108-703460.html>.
- 11 Banco Central de Venezuela, "BCV completó histórica repatriación del oro monetario de la República", 30 de enero de 2012.
- 12 J. De Córdoba, "Chávez Takes Steps to Exit Global Forum", 13 de septiembre de 2011, <http://online.wsj.com/article/SB10001424053111903285704576560760106674594.html>.
- 13 Un ejemplo es la saga de Franz Sedelmayer de ejecución durante aproximadamente 15 años contra Rusia en varios países con un laudo relativamente pequeño. Véase Y. Kryvoi, "Chasing the Russian Federation", 13 de julio de 2011, <http://cisarbitration.com/2011/07/13/chasing-the-russian-federation/>.
- 14 Véase UNCTAD, *World Investment Report 2011*, pág. 94 et seq., www.unctad.org/wir.
- 15 Véase, por ejemplo, H. El-Kady, "Egypt's Bilateral Investment Treaties: A Straitjacket in a New Era of Foreign Investment Re-regulations?", *Transnational Dispute Management*, 12 de diciembre de 2011.
- 16 "Gobierno Bolivariano denuncia convenio del Ciadi", 25 de enero de 2012, <http://www.mre.gov.ve>.
- 17 I. Brownlie, *Principles of Public International Law* (6th edn, Clarendon Press, Oxford, 2003) pág. 513; E. Paasivirta, *Participation of States in International Contracts and Arbitral Settlement of Disputes* (Finnish Lawyers' Publishing Company, Helsinki, 1990) pág. 265.
- 18 Existen distinciones menores, pero pueden hacer una diferencia solo en circunstancias poco comunes. Para más detalles, véase S. Ripinsky with K. Williams, *Damages in*

El Arbitraje de White Industries: Implicancias para el Programa de Tratados de Inversión de India

por Prabhash Ranjan

artículo 4



En noviembre de 2011, un tribunal arbitral declaró culpable a la República de India por violar el tratado bilateral de inversión (BIT) entre India y Australia. Este es el primer fallo conocido contra India en virtud de un tratado de inversión, pese al hecho de que este país posee una enorme cartera de TBIs firmados con más de 70 países.

Las noticias sobre el laudo recién aparecieron en febrero de 2012¹. Tal como sucede a menudo con las diferencias sobre tratados de inversión, el laudo se mantuvo confidencial. Esto es así pese al hecho de que la diferencia es de pleno interés público. De hecho, el laudo es una acusación a la función soberana de India, que presenta ramificaciones tanto en el poder ejecutivo como en el judicial.

Esta nota pretende desentrañar las implicancias de este fallo en torno a dos asuntos. Primero, los matices relativos a la interpretación de la disposición de Nación Más Favorecida (NMF). Segundo, las implicancias de la interpretación de la disposición sobre expropiación para el poder judicial de India, particularmente a la luz del debate que se está conduciendo en este país sobre el cumplimiento de los laudos arbitrales extranjeros.

Hechos fundamentales del caso

White Industries obtuvo un laudo arbitral en su favor en el marco de una diferencia contractual con Coal India, una empresa del sector público de India, y solicitó el cumplimiento del laudo ante la Suprema Corte de Delhi. Simultáneamente, Coal India se presentó ante la Suprema Corte de Calcuta para que el laudo fuera abrogado, y la solicitud fue concedida. White Industries apeló a la Suprema Corte en 2004 y la decisión final aun se encuentra pendiente.

En 2010, White Industries llevó el caso a arbitraje alegando que la demora excesiva de los tribunales indios para hacer cumplir el laudo arbitral infringe el TBI entre India y Australia. White Industries adujo que esta demora

infringió las disposiciones sobre trato justo y equitativo (en inglés, FET), expropiación, trato de NMF y la libre transferencia de fondos.

El tribunal desestimó los argumentos de White Industries en relación con la violación de las cláusulas FET, expropiación y la libre transferencia de fondos. Sin embargo, el tribunal resolvió que India violó la disposición de NMF en el TBI entre India y Australia, y otorgó a White Industries 4 millones de dólares australianos.

Nación Más Favorecida

El tribunal declaró culpable a India por violar el TBI entre India y Australia porque el sistema judicial de India no ha sido capaz de atender la reclamación jurisdiccional de White Industries por más de nueve años. El tribunal sostuvo que la demora de los tribunales indios violó la obligación de India de proporcionar a White Industries los “medios efectivos” para presentar reclamaciones y hacer valer sus derechos”. Esto es así pese al hecho de que el TBI entre India y Australia no menciona ni incluye una obligación como tal para los países receptores. El tribunal eludió este hecho afirmando que White Industries podría hacer uso de la disposición de ‘medios efectivos’ presente en el TBI entre India y Kuwait² basándose en la disposición de NMF del TBI entre India y Australia.³

El tribunal denegó la objeción de India de que el uso de esta disposición ‘*fundamentalmente afectará el equilibrio cuidadosamente negociado del TBI*’⁴. El tribunal sostuvo que este equilibrio puede verse afectado únicamente si se utiliza la disposición de NMF para tomar prestada una disposición sobre el arreglo de diferencias de otro TBI⁵. El tribunal afirmó que hacer uso de una disposición sustantiva de un tratado de terceras partes para su beneficio no afecta el equilibrio negociado del TBI, sino que más bien alcanza el resultado pretendido a partir de la incorporación de la disposición de NMF⁶.

Es importante remarcar que la disposición de NMF del TBI entre India y Australia reconoce ciertas excepciones, tales como no extender ningún tratamiento, preferencia o privilegio que surja de a) una unión aduanera, unión económica o un tratado de libre comercio; b) las disposiciones de un convenio de doble imposición; y c) cualquier legislación que se relacione completa o principalmente con la imposición⁷. El TBI también contiene una excepción general a todo el tratado, y por lo tanto, a la disposición de NMF, que establece que el país receptor puede desligarse de sus obligaciones de TBI a fin de adoptar medidas necesarias para la protección de sus propios intereses de seguridad o para la prevención de enfermedades o plagas.

Ninguna de estas excepciones era aplicable a India en este caso, y por ende, se permitió a White Industries hacer uso de la disposición de NMF expresada ampliamente. Considerando este fallo, resulta pertinente

que India revise las disposiciones de NMF de sus TBIs, que a menudo son definidas de una manera expansiva sin las excepciones adecuadas. Además, una implicancia importante de este fallo es que la demora excesiva de los tribunales indios para resolver asuntos relacionados con un inversor extranjero puede, potencialmente, violar las obligaciones de TBI de India, no debido a la violación de la 'denegación de justicia', sino debido a una violación de la norma de 'medios efectivos', lo cual requiere un umbral más bajo que la 'denegación de justicia'. Asimismo, un tribunal puede declarar la violación de la norma de 'medios efectivos' aun cuando el TBI en cuestión no contenga una disposición como tal, siempre y cuando contenga una disposición amplia de NMF, que algunos tribunales utilizan para importar garantías de otros TBIs que favorezcan a los inversores .

Expropiación

Por razones específicas a este caso, el tribunal no estuvo de acuerdo con el argumento de White Industries de que India había expropiado su inversión. Sin embargo, el tribunal remarcó dos puntos importantes: Primero, no coincidió con India sobre el hecho de que "la única forma de derechos contractuales que puedan ser expropiados son aquellos que tengan la forma de propiedad intangible"⁸. El tribunal señaló que todos los derechos contractuales, sean tangibles o no, pueden ser expropiados⁹. Segundo, y más importante, el tribunal afirmó que la reclamación de expropiación es infundada porque los tribunales indios aun deben resolver la solicitud de Coal India de dejar de lado el laudo arbitral, y por lo tanto, el laudo no ha sido "admitido"¹⁰. Así, el tribunal indicó claramente que un laudo arbitral extranjero es una 'inversión' bajo el TBI y que la desestimación de laudos válidos como tales podría constituir una expropiación en virtud del TBI.

Esta observación tiene implicancias para el debate en India sobre el papel del poder judicial en la aplicación de laudos ICA. En las más altas instancias del poder judicial de India se ha hecho una interpretación expansiva de la ley de arbitraje y conciliación de 1996 (*Arbitration and Conciliation Act of 1996, A&C Act*) para desestimar o no aplicar laudos ICA en India¹¹. Esta interpretación expansiva de la Ley A&C por parte del poder judicial de este país implica que un laudo dictado en cualquier lado puede ser desestimado por un tribunal indio si va en contra de: (i) políticas fundamentales del derecho indio; o (ii) los intereses de India; o (iii) la justicia o moralidad; o que viole patentemente el derecho indio¹². Resulta importante que India entienda la ramificación de este aspecto del fallo, ya que potencialmente torna la interpretación de la Ley A&C del poder judicial indio en una violación del derecho internacional.¹³

Conclusión

India ha estado celebrando TBIs sin entender plenamente sus implicancias. La creencia optimista de los

funcionarios públicos de India en general es que los TBIs de este país equilibran adecuadamente la protección de las inversiones con la capacidad de India para ejercer sus poderes soberanos. Esta creencia errónea se ha visto fortalecida a lo largo de los años porque las acciones regulatorias de India en rara ocasión han sido recusadas en virtud de sus TBIs. Es un error, sin embargo, creer que todo está bien con los tratados de inversión de India.

El laudo de White Industries llama la atención al hecho de que las disposiciones de TBI, tales como la cláusula de NMF, a menudo son vagas y amplias. Esto permitió a White Industries incurrir en la práctica de acogerse al tratado más favorable (o en inglés, *treaty shopping*) y obtener un resultado que India no anticipó. El fallo también demuestra claramente cómo las funciones soberanas del poder judicial indio podrían llegar a ser una violación de los TBIs de India. Por eso se esperaría que esta decisión empuje a India a revisar críticamente su programa de TBIs. Una revisión como tal es imperativa en miras a la profunda integración de India a la economía mundial y al creciente número de nuevos tratados de comercio e inversión, tales como el tratado de libre comercio entre India y la UE.

Autor

Prabhash Ranjan es candidato a obtener el Doctorado en Derecho en *King's College London*. Algunas partes de este artículo fueron extraídas de una columna anteriormente redactada por el autor sobre el mismo tema - 'Revisiting India's Bilateral Investment Treaties', *The Financial Express*, 23 de febrero de 2012, disponible en: <http://www.financialexpress.com/news/revisiting-indias-bilateral-treaties/915480/0>

Traducido al español por María Candela Conforti.

Notas

¹ Véase L E Peterson, 'India is held Liable for Investment Treaty Breach Due to Protracted Judicial Delays Suffered by Foreign Investors', 7 de febrero de 2012, *Investment Arbitration Reporter* disponible en: http://www.iareporter.com/articles/20120207_2

² El Artículo 4(5) del TBI entre India y Kuwait dispone que 'cada parte contratante debe... proporcionar los medios efectivos para presentar reclamaciones y hacer cumplir sus derechos con respecto a las inversiones...'. [La traducción nos pertenece]

³ El Artículo 4(2) del TBI entre India y Australia establece la disposición de NMF según la cual, 'una parte contratante debe en todo momento tratar las inversiones en su territorio de manera no menos favorable que el trato otorgado a las inversiones o inversores de cualquier tercer país'. [La traducción nos pertenece]

⁴ Véase párrafo 11.2.1, *White Industries c India*

⁵ Id, párrafo 11.2.2

⁶ Id, párrafo 11.2.3 y 11.2.4

⁷ Véase Artículo 4(4) del TBI entre India y Australia.

⁸ Párrafos 12.3.1 y 12.3.2, *White Industries c India* [La traducción de la cita nos pertenece]

⁹ Id

¹⁰ Párrafo 12.3.6, *White Industries c India*

¹¹ Para mayor información sobre este tema véase A. P. Rebello "Of Impossible Dreams and Recurring Nightmares: The Set Aside of Foreign Awards in India" (2010) 6 (1) *Cambridge Student Law Review*, 274; A. N. Jain "Yet Another Misad-Venture by Indian Courts in Venture Judgement" (2010) 26 *Arbitration International*, 251; S. Sattar, "National Courts and International Arbitration: A Double Edged Sword?" (2010) 27 *Journal of International Arbitration* 51, 64-65; P Ranjan and D Raju "The Enigma of Enforceability of Investment Treaty Arbitration Awards in India" (2011), 6 (1) *Asian Journal of Comparative Law*, Artículo 5.

¹² Id

¹³ Id

Las Negociaciones sobre las Disposiciones de Transparencia de la CNUDMI Llegan a un Punto Crítico

por Nathalie Bernasconi-Osterwalder y Lise Johnson

artículo 5

Las negociaciones sobre la transparencia en los arbitrajes entre inversionistas y un estado han llegado a un punto crítico rumbo a una reunión a celebrarse en Viena en octubre de 2012.

Durante la última reunión de febrero de 2012, un gran número de países, desarrollados y en vías de desarrollo, apoyaron firmemente las opciones para garantizar la transparencia en las controversias entre inversionistas y un estado que son resueltas bajo el reglamento de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) – la segunda serie de reglas más popular que rige las controversias relativas a inversiones, después de las reglas del Banco Mundial.

Sin embargo, algunas delegaciones siguen bloqueando el avance de estos importantes esfuerzos para mejorar el reglamento de arbitraje de la ONU.

Transparencia, cuatro años de formación

La CNUDMI colocó con firmeza el tema de la transparencia en los arbitrajes entre inversor y estado en su agenda de 2008, en un momento en que el reglamento de arbitraje estaba siendo sometido a una extensa revisión. Se decidió que una vez finalizada la renovación de las reglas “genéricas” de arbitraje de la CNUDMI, el grupo de trabajo responsable de actualizar aquellas reglas debería enfocarse en el tema específico sobre la manera de garantizar la transparencia en los arbitrajes entre inversionistas y un estado.

Desde el 2010, el grupo de trabajo se ha reunido cuatro veces para elaborar el nuevo reglamento que garantizaría la transparencia en los arbitrajes entre inversionistas y un estado. Se ha logrado un progreso significativo, pero dos temas cruciales siguen sin resolver. Uno se relaciona con la manera en que el reglamento sobre la transparencia será aplicado a controversias surgidas de tratados *futuros*. El segundo está vinculado con la forma en que se aplicará el nuevo reglamento a controversias surgidas de tratados *existentes*.

La manera en que se resuelvan estos dos temas determinará si el nuevo reglamento realmente tendrá un impacto significativo en la transparencia de los arbitrajes entre inversionistas y un estado.

El debate sobre “inclusión/exclusión voluntaria”

El debate sobre la aplicación del reglamento a controversias surgidas bajo tratados futuros a menudo se refiere como el tema de “inclusión voluntaria” contra “exclusión voluntaria”. Tanto el enfoque de “inclusión voluntaria” como el de “exclusión voluntaria” permiten que las partes del tratado conserven la capacidad de decidir si incluirán el nuevo reglamento sobre transparencia en sus tratados futuros o no. Sin embargo, bajo el enfoque de “inclusión voluntaria”, los estados deberían expresar explícitamente que regirá este reglamento de la CNUDMI en sus tratados futuros. Por lo tanto, las disposiciones sobre transparencia efectivamente funcionarían como un instrumento separado de la CNUDMI, aparte del reglamento de arbitraje. Los arbitrajes bajo las reglas generales de arbitraje de la CNUDMI quedarían como están actualmente, teniendo las partes contendientes y los tribunales la libertad de cerrar al público las controversias entre inversionistas y un estado.

En contraste, bajo el enfoque de “exclusión voluntaria”, una referencia al Reglamento de la CNUDMI, o una referencia al Reglamento de esta Comisión vigente al momento de la controversia, incluiría el nuevo Reglamento sobre transparencia, excepto cuando las partes señalen explícitamente lo contrario

en el tratado en cuestión. Definir la transparencia como una regla por defecto aumentaría la transparencia en la práctica, mientras que las partes del tratado conservarían su capacidad de excluir el nuevo reglamento sobre transparencia.

Tratados existentes, controversias futuras

Un número de países apoyan la aplicación del nuevo reglamento sobre transparencia a controversias futuras surgidas bajo tratados existentes (en los tratados que ya estén vigentes al momento de la incorporación del nuevo reglamento). Sin embargo, varias delegaciones se oponen a esto. Dado que hay aproximadamente 3.000 tratados de inversión existentes, esta propuesta menoscabaría fatalmente la pertinencia del nuevo reglamento sobre transparencia de la CNUDMI.

Aplicar el nuevo reglamento a la mayoría de las controversias futuras en virtud de tratados existentes es legalmente viable. De hecho, no es poco común que las reglas procesales que rigen los arbitrajes internacionales cambien a lo largo del tiempo, y cuando lo hacen, se aplica la versión de las reglas procesales vigentes al momento de iniciado el caso a menos que el reglamento de arbitraje, el tratado aplicable o las partes de la diferencia establezcan lo contrario. Los reglamentos del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (CCE) y de la Cámara Internacional de Comercio, por ejemplo, ambos reflejan este principio. La aplicabilidad del nuevo Reglamento de la CCE de 2010 a los casi 50 estados miembro del Tratado sobre la Carta de la Energía, que hace referencia al Instituto de Arbitraje de la CCE, no ha sido polémica. Por ende, si las disposiciones sobre transparencia fueran incorporadas como enmiendas a las reglas de arbitraje de la CNUDMI, las mismas podrían ser aplicadas incluso a controversias surgidas en virtud de tratados existentes.

Teniendo esto en mente, un número de delegaciones prefieren dejar abierto el tema de la aplicación a tratados existentes, en lugar de cerrar la puerta expresamente. De esta manera, la aplicación del nuevo reglamento dependería del tratado aplicable y del caso en cuestión, pero no lo excluiría como un punto de partida.

Conclusión

Cuando el grupo de trabajo se reúna en Viena en octubre de 2012, se dispondrá a reconsiderar estos dos temas. Al hacerlo, los miembros deberían atenerse firmemente a su mandato de garantizar la transparencia en el arbitraje entre inversionistas y un estado, y deberían adoptar un enfoque que permita, en lugar de obstaculizar, el uso del nuevo reglamento en controversias que surjan bajo tratados futuros o ya existentes.

Autor

Nathalie Bernasconi-Osterwalder es abogada Senior en derecho internacional y dirige el Programa de Inversiones del Instituto Internacional de Desarrollo Sostenible (IISD). Lise Johnson es asesora legal del IISD sobre temas relativos al derecho y las políticas internacionales sobre inversión.

Traducido al español por María Candela Conforti.

Monografía: Cómo el caso *Chevron c. Ecuador* está presionando los límites de la autoridad arbitral

por Lise Johnson

artículo 6

El tribunal arbitral en el caso *Chevron c. Ecuador*¹ ha tomado una serie de medidas en los últimos meses sugiriendo que posee una opinión amplia sobre su autoridad. Pero si bien puede no estar dispuesto a atarse de manos, otras cortes nacionales y tribunales internacionales, a los cuales actualmente se les está solicitando que revisen la legitimidad y ejecución de los varios laudos dictados por el tribunal, pueden hacerlo. Consecuentemente, un impacto del caso *Chevron c. Ecuador* puede ser una mayor precaución para limitar la autoridad arbitral sobre futuras diferencias.

Las anomalías del arbitraje entre inversionista y estado en el caso entre *Chevron* y Ecuador

El arbitraje de *Chevron c. Ecuador* bajo el Tratado Bilateral de Inversión (TBI) entre Estados Unidos y Ecuador es solo una parte del caso que se disputa en múltiples foros involucrando a diversas partes y donde hay miles de millones de dólares en juego. En este arbitraje, Chevron y Texaco Petroleum Company (TexPet) solicitan al tribunal una amplia forma de remedio que efectivamente excusaría a Chevron de pagar una sentencia de aproximadamente US\$18 mil millones dictada por los tribunales ecuatorianos contra la empresa estadounidense en favor de ciudadanos ecuatorianos por daños ambientales y de otra índole, surgidos de las operaciones petroleras de los afiliados de Chevron en Ecuador.

La petición de Chevron al tribunal es única en el arbitraje sobre tratados de inversión. Lo que se destaca particularmente es que Chevron pretende que lo que el tribunal ordene tenga un impacto directo sobre los derechos de actores que no son parte del arbitraje: los demandantes privados en el juicio subyacente iniciado contra Chevron que obtuvieron la sentencia contra esta compañía. Chevron alega que el fraude y los errores legales y procesales en la conducción de la controversia subyacente han dejado a Chevron en las garras de los demandantes, en violación del TBI. Pero más que reclamar daños a Ecuador por la forma en que incurrió en gastos de litigio o una compensación o indemnización por la suma pagada a los demandantes ecuatorianos, Chevron apunta directamente a la sentencia obtenida por los demandantes, buscando utilizar al tribunal para quitarle el laudo a aquellos demandantes privados que no son parte del arbitraje de TBI.

En las decisiones del 9 de enero de 2011 y del 25 de enero de 2012, el tribunal emitió órdenes que evidenciaron una voluntad sin precedentes de entremeterse en el litigio interno en curso entre los demandantes ecuatorianos y la compañía petrolera de EUA, y suspender toda sentencia obtenida por los demandantes. Estas dos decisiones – una enmarcada como una orden y la otra como un laudo interino, y ambas llevadas ante que el tribunal había determinado que tenía jurisdicción sobre la diferencia – mandaron a Ecuador a “tomar todas las medidas a su disposición para suspender o causar la suspensión de la ejecución o reconocimiento, dentro y fuera del Ecuador,

de la sentencia dictada en contra de [Chevron] en el caso *Lago Agrio*”². Sin embargo, el tribunal puso un freno al otorgamiento de la serie completa de remedios solicitados por Chevron, y en cierto grado disminuyó la fuerza de sus directivas aclarando que Ecuador solo estaba obligado a tomar aquellas medidas que “tenga a su disposición”³. De acuerdo con Ecuador, este lenguaje aclaraba que el tribunal no daba a entender que Ecuador debía tomar medidas que fueran incongruentes con el derecho interno de este país.

Audaz movida del Tribunal y notable desconsideración de las reclamaciones de Demandantes ecuatorianos

Sin embargo, en una serie de “laudos” recientes, el tribunal ha sido más audaz en sus directivas hacia Ecuador y ha desconsiderado los derechos e intereses de los demandantes ecuatorianos. Primero, y aun sin haber determinado si posee jurisdicción sobre la diferencia, el 16 de febrero de 2012, el tribunal emitió un Segundo Laudo Interino donde se eliminó la expresión “a su disposición” y la reemplazó por una expresión más fuerte. El tribunal “ordena al Estado y, de forma expresa (a las funciones Judicial, Legislativa y Ejecutiva), a adoptar todas las medidas necesarias para suspender o causar la suspensión de la ejecución y reconocimiento, dentro y fuera del Ecuador, de la sentencia dictada en dicho juicio” a favor de los demandantes ecuatorianos⁴.

Segundo, el 27 de febrero de 2012, el tribunal emitió un Tercer Laudo Interino sobre Jurisdicción y Admisibilidad donde rechazó el argumento de que, debido a las reclamaciones y peticiones de remedio de Chevron que involucran los derechos de actores que no son parte del arbitraje, el tribunal no debería ejercer su jurisdicción sobre la diferencia. La decisión del tribunal a este respecto es notable por la forma superficial y poco convincente en que desestimó la noción de que los derechos e intereses de los demandantes ecuatorianos hayan sido y sigan siendo afectados por la diferencia.

En lo que es una omisión manifiesta, el tribunal no discutió el hecho de que los demandantes ecuatorianos actualmente poseen un derecho legal – una sentencia judicial ejecutable bajo el bajo el derecho ecuatoriano – y que las órdenes del tribunal hasta la fecha han pretendido interferir directamente con el goce de este derecho de los demandantes.

En otra clara omisión, el tribunal no mencionó el hecho de que el 9 de febrero de 2012, los demandantes ecuatorianos presentaron una petición de medidas precautorias ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos explicando las varias maneras en que el remedio solicitado por Chevron y las órdenes del tribunal violarían los derechos humanos de los demandantes ecuatorianos⁵. Los representantes legales de los demandantes argumentaron que el procedimiento entre inversionista y estado presentó graves amenazas al “goce de los

derechos fundamentales a la vida, la integridad física, la salud, así como también de los derechos a un juicio justo, a protección judicial..., y a una protección igualitaria bajo el derecho”⁶ de los demandantes ecuatorianos. También señalaron, “[q]ue la República permita, y mucho menos instigue, cualquier demora en la implementación de un remedio legalmente determinado y ordenado que [los demandantes ecuatorianos] obtuvieron en los tribunales de Ecuador sería una violación flagrante de los compromisos vinculantes asumidos por Ecuador bajo la Convención Americana y el Protocolo de San Salvador”⁷. Como remedio, solicitaron a la Comisión Interamericana que ordene medidas para garantizar que, independientemente de toda orden del tribunal del arbitraje entre inversionista y estado, Ecuador no interferiría con la sentencia de los demandantes ecuatorianos en violación de sus derechos humanos.

“ Chevron pretende que lo que el tribunal ordene tenga un impacto directo sobre los derechos de actores que no son parte del arbitraje. ”

La Fuerza Limitada de los Laudos

Los laudos del tribunal han generado una repercusión negativa y varios cuestionamientos sobre el alcance de la autoridad de los árbitros. Por un lado, se presentó una reclamación de derechos humanos ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para poner límites a las obligaciones de Ecuador de cumplir con los laudos dictados por tribunales de arbitrajes entre inversionista y estado. Por otro lado, un tribunal de apelación ecuatoriano ha emitido dos decisiones declarando que el tribunal del caso *Chevron-Ecuador* no tiene el poder de obligar a otros tribunales que violen las obligaciones de derechos humanos de Ecuador interfiriendo con la sentencia obtenida por los demandantes en contra de Chevron.

Finalmente, fuera de Ecuador, resultaría altamente cuestionable que los laudos del tribunal puedan alcanzar el efecto deseado por Chevron – es decir, evitar que los demandantes ecuatorianos hagan cumplir la sentencia dictada contra Chevron en los países donde la empresa posee activos. Más importante, bajo el TBI y los reglamentos de arbitraje aplicables, los laudos del tribunal solamente son obligatorios para las partes de la diferencia entre inversionista y estado – Ecuador y Chevron, no para los demandantes ecuatorianos⁸. Si estos demandantes pretendieran ejecutar su sentencia contra Chevron en tribunales fuera de Ecuador, los laudos del tribunal no deberían tener fuerza legal obligatoria sobre aquellas acciones de ejecución. Además, aunque se asumiera que el tribunal posee autoridad para revisar los méritos de la sentencia subyacente y su corrección o legitimidad en la diferencia entre inversionista y estado, de la cual los demandantes ecuatorianos no son parte, el tribunal todavía

no lo ha hecho. Consecuentemente, todo laudo emitido por el tribunal no debería tener un impacto *res judicata* o peso legal sobre la ejecución de la sentencia subyacente.

¿Presionando demasiado?

Es natural que los demandantes en general busquen todo lo que puedan en el área del derecho sobre tratados de inversión que evoluciona tan rápidamente y es relativamente indisciplinada, lo cual da lugar a creativos argumentos y amplias peticiones de remedio o indemnización. Sin embargo, son los tribunales quienes deben cumplir con su rol de custodios razonables, y garantizar que en su desarrollo creativo de las reclamaciones sobre tratados de inversión, los inversionistas no atropellen desenfrenadamente otras áreas del derecho interno e internacional, tal como es el derecho de los derechos humanos.

Al final, pueden ser los tribunales y los inversionistas quienes pierdan más que Ecuador y los demandantes ecuatorianos en esta diferencia anómala. Al reafirmar ampliamente sus poderes y hacer caso omiso de los derechos de actores que no son parte del arbitraje de manera poco convincente, el tribunal ha alentado la recusación de la autoridad de sus órdenes en otras cortes y tribunales nacionales. En un momento donde el escepticismo en torno (si no un contragolpe directo) al arreglo de diferencias entre inversionista y estado es evidente, y donde los estados y otros actores involucrados están cada vez más preocupados por que este “sistema” no esté produciendo ninguno de los beneficios a los cuales supuestamente estaba destinado, una conducta tan desenfrenada de los tribunales podría catalizar un alejamiento general del arbitraje entre inversionista y estado.

Autor

Lise Johnson es asesora legal del IISD sobre temas relacionados con el derecho y las políticas de inversión internacional.

Traducido al español por María Candela Conforti.

Notas

¹ *Chevron Corp. c. Republic of Ecuador*, Caso de la CPA No. 2009-23.

² Véase *Chevron c. Ecuador*, Laudo Interino, 15 de enero, 2012, en párrafos 11 & 16.

³ Id.

⁴ *Chevron c. Texaco*, Segundo Laudo Interino, 16 de febrero, 2012, párrafo 3 (la cursiva nos pertenece).

⁵ Presuntamente, los demandantes ecuatorianos posteriormente retiraron su solicitud de medidas precautorias, señalando que la sentencia de un tribunal ecuatoriano parecía atender la preocupación de los demandantes y minimizar la necesidad de medidas precautorias. Véase “*Ecuadorian Plaintiffs Withdraw Request for Protective Measures, After Sparring with Chevron over Need for Human Rights Authorities to Intervene*,” *Investment Arbitration Reporter*, vol. 5, no. 5, 14 de mayo, 2012.

⁶ Petición de Medidas Precautorias ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 9 de febrero, 2012, en 1.

⁷ Id. [La traducción de la cita nos pertenece]

⁸ Véase, por ej., Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, Artículo 32(2); TBI entre EUA y Ecuador, Artículo VI(6).

Noticias en Breve

Australia rechaza arreglo de diferencias entre inversor y estado en TPPA

El gobierno australiano no firmará disposiciones relativas al arreglo de diferencias entre inversor y estado en el Acuerdo Estratégico Transpacífico de Asociación Económica (*Trans-Pacific Partnership Agreement*, TPPA), según informó un funcionario público australiano.

“Hemos dejado en claro que ya no incluiremos disposiciones para el arreglo de diferencias entre inversor y estado en los acuerdos comerciales”, dijo el Ministro de Banda Ancha, Comunicaciones y Economía Digital ante el Senado australiano el 13 de marzo.

El gobierno australiano primero se comprometió a rechazar el arreglo de diferencias entre inversor y estado en abril de 2011 en un documento titulado en inglés “*Gillard Government Trade Policy Statement: Trading our way to more jobs and prosperity*”.

El gobierno justifica la política en base a la necesidad de no permitir “mayores derechos” para los inversores extranjeros y conservar su “capacidad de imponer leyes que no discriminen entre empresas locales y extranjeras” para proteger el bien público.

Australia fortaleció su postura sobre el arreglo de diferencias entre inversor y estado el año pasado cuando el país estaba desarrollando legislación que limitaría estrictamente la identificación de marcas comerciales en productos de tabaco. Esta legislación instó a la empresa tabacalera Phillip Morris a presentarse a arbitraje, reclamando la violación del TBI entre Hong Kong y Australia. Philip Morris alega que la legislación constituye una expropiación de su inversión en Australia.

La negación por parte de este país de incluir el arreglo de diferencias entre inversor y estado en el Acuerdo de Asociación Transpacífico (TPPA)– un ambicioso tratado de libre comercio negociado entre Brunei, Chile, Nueva Zelanda, Singapur, Australia, Malasia, Perú, Japón, Estados Unidos y Vietnam– probablemente complicará las negociaciones.

“El trato diferencial en ISDS también podría abrir la puerta a demandas por excepcionalidad en otras partes del TPPA, menoscabando las ambiciones relativas a ‘gold standard’”, según informó el Profesor Kelsey, de la Universidad de Auckland, en la edición de enero de 2012 de ITN.¹

La postura de Australia ha generado críticas del lobby corporativo de EUA exactamente por esa razón. Treinta y un grupos corporativos de Estados Unidos, que representan a diferentes sectores económicos, escribieron al Presidente Obama en febrero de este año, advirtiendo que “el rechazo de Australia del arreglo de diferencias entre inversor y estado no solo es un impedimento para que las negociaciones del TPP sean capaces de alcanzar firmes resultados de ejecución, sino que también está teniendo un efecto corrosivo sobre el nivel de ambición y otros aspectos clave de las negociaciones del TPP. Si Australia fuera capaz de obtener una exención importante como esa, otros países ejercerían presión para conseguir sus propias exenciones de compromisos fundamentales”.

Gobiernos apelan a una interpretación limitada del Trato Justo y Equitativo bajo el TLC entre la República Dominicana, Centroamérica y los Estados Unidos

Los gobiernos de Honduras, El Salvador y los Estados Unidos afirman que los tribunales deberían adoptar una

visión más limitada de la norma de Trato Justo y Equitativo (en inglés, FET) contenida en Tratado de Libre Comercio entre la República Dominicana, Centroamérica y los Estados Unidos (DR-CAFTA).

Los gobiernos hicieron presentaciones escritas en el contexto del arbitraje *Railroad Development Corporation (RDC) c. La República de Guatemala*, que es el primer arbitraje bajo el DR-CAFTA que llega a la etapa de consideración de los méritos.

El Artículo 10.5 del DR-CAFTA establece que cada Parte otorgará a las inversiones cubiertas “un trato acorde con el derecho internacional consuetudinario, incluido el trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas”. Guatemala alega que esta norma es equivalente al nivel mínimo de trato según el derecho consuetudinario internacional. Los gobiernos de Honduras, El Salvador y Estados Unidos apoyan esta visión.

En su presentación, Estados Unidos explica que la intención de las Partes del CAFTA-DR es “incorporar la norma de nivel mínimo de trato requerido por el derecho consuetudinario internacional como la norma de trato del Artículo 10.5 del CAFTA-DR”.

El Salvador afirma que la norma FET del DR-CAFTA es el “‘piso’ o la ‘base’ de trato aceptable otorgado a los inversores”. Continúa aclarando que “los laudos arbitrales internacionales que se refieren al ‘Trato Justo y Equitativo’ como una norma autónoma, así como los tratados de inversión internacional que se refieren al ‘Trato Justo y Equitativo’ sin hacer referencia al derecho consuetudinario internacional, no son relevantes para el propósito de la interpretación de la norma en virtud del Artículo 10.5 del CAFTA”.

La diferencia de Railroad Development Corporation con Guatemala está relacionada con un acuerdo entre la filial guatemalteca, Compañía Desarrolladora Ferroviaria (FVG) y la empresa de propiedad estatal responsable del manejo de los servicios ferroviarios de Guatemala. En 2005, FVG inició un procedimiento de arbitraje en Guatemala por la presunta violación del contrato. Consecuentemente, Guatemala finalizó su acuerdo con FVG, declarándolo injurioso para el Estado. La empresa americana pretende cobrar aproximadamente US\$65 millones por ganancias perdidas y daños en su reclamación bajo el DR-CAFTA.

Empresa farmacéutica canadiense lanza nuevo caso del TLCAN contra los Estados Unidos

Una empresa farmacéutica canadiense ha iniciado una nueva causa contra los Estados Unidos en virtud del TLCAN.

Apotex vende medicamentos genéricos a través de una empresa controlada indirectamente en los Estados Unidos. En 2009, la Administración de Alimentos y Drogas de EUA (*Food and Drug Administration*, FDA) prohibió a Apotex vender medicamentos a su subsidiaria americana (bajo una denominada alerta de importación), que eventualmente fue levantada en 2011.

La alerta de importación fue posterior a una inspección de la FDA en las instalaciones de Apotex en Canadá, donde la agencia notó algunas divergencias en las normas de fabricación. Pese a que Apotex alega que estos temas fueron atendidos oportunamente, la FDA procedió a prohibir la importación de productos de Apotex a EUA.

En su Solicitud de Arbitraje de febrero de 2012 bajo el Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI, Apotex reclama la pérdida de “cientos de millones de dólares de ventas y alega que fue imposibilitada de entrar cualquier droga nueva al mercado estadounidense”. La solicitud también expresa que “durante el período de tiempo pertinente, la FDA otorgó un trato más favorable a los inversores de EUA y a las inversiones de propiedad Estadounidense en circunstancias similares...”

Apotex reclama la violación de las disposiciones del Capítulo Once del TLCAN sobre Trato Nacional, Trato de Nación Más Favorecida y Nivel Mínimo de Trato.

Apotex ya se encuentra involucrada en un arbitraje con Estados Unidos por otra demanda bajo el TLCAN. Esta diferencia se relaciona con los esfuerzos de Apotex para vender la versión genérica de un medicamento antidepresivo conocido como Zoloft. La Empresa argumenta que los tribunales de EUA “aplicaron erróneamente” la ley estatutaria y constitucional en múltiples decisiones, en torno a lo que constituye una violación de los compromisos del TLCAN sobre Trato Nacional, Nivel Mínimo de Trato, y Expropiación y Compensación.

La Solicitud de Arbitraje en el caso Apotex Holdings Inc. and Apotex Inc. c. el Gobierno de los Estados Unidos se encuentra disponible en: <http://italaw.com/documents/Apotex-Requestforarbitration.pdf>

Estudio jurídico alemán considera caso por reestructuración de deuda soberana

A raíz de la mayor reestructuración de la deuda soberana registrada en toda la historia, un estudio jurídico alemán pretende demandar al Estado griego por la violación del TBI entre Alemania y Grecia.

De acuerdo con un informe del *Financial Times*, el estudio jurídico Gröpper Köpke está considerando entablar una demanda colectiva en nombre de pequeños inversores que han sido forzados a formar parte del reciente canje de deuda por €206 mil millones, alegando que el canje de bonos constituye una expropiación a los inversores que no deseaban hacerlo voluntariamente.²

Una cláusula del canje fuerza a todos los tenedores de bonos a emprender el canje, donde se exige que los inversores intercambien sus viejos bonos por otros de inferior valor nominal.

El estudio jurídico alemán afirma que el caso será abandonado si el gobierno griego exime a los pequeños inversores del canje.

No obstante, si prosigue, la demanda enfrenta un impedimento importante, y es que el TBI entre Alemania y Grecia, firmado en 1961, no contiene una disposición sobre el arreglo de diferencias entre inversor y estado. Por lo tanto, los demandantes podrían alegar que están facultados para utilizar la disposición de Nación Más Favorecida para acceder a las disposiciones relativas al arreglo de diferencias contenidas en otros TBIs griegos más recientes.

Esta no sería la primera vez que los titulares de una deuda soberana recurran a los tratados de inversión en respuesta a la reestructuración de deuda. Cuando Argentina reestructuró su deuda en 2005, miles de tenedores de

bonos italianos entablaron una demanda bajo el TBI entre Italia y Argentina por aproximadamente \$4,3bn (*Abaclat c. Argentina*).

En un fallo controvertido de septiembre de 2011, la mayoría del tribunal del caso *Abaclat c. Argentina* otorgó jurisdicción a la demanda. Esta decisión generó una crítica fuerte por parte del tercer árbitro del caso, el Profesor Georges Abi-Saab. El mismo recusó la decisión de aceptar los bonos del gobierno argentino como una inversión protegida en virtud del TBI entre Argentina e Italia y el Convenio del CIADI. También objetó que un tribunal del CIADI pueda aceptar jurisdicción en torno a demandas colectivas, sin el consentimiento del Estado parte.

El 2011 llegó a su pico en casos del CIADI

Según la última edición de la publicación *Carga de Casos del CIADI – Estadísticas*, el CIADI registró un record de 38 casos en 2011, comparado con 26 casos en 2010, 25 en 2009 y 21 en 2008.

Tal como sucedió en los años anteriores, se otorgó jurisdicción principalmente a través de tratados bilaterales de inversión (63%), seguido por contratos entre inversor y estado (20%).

También, siguiendo el patrón de años más anteriores, Sudamérica recibió el mayor número de casos (30%), seguido por Europa del Este y Asia Central (23%) y el Sub-Sahara de África (16%).

Similarmente a otros años, el mayor número de casos surgió en el sector de petróleo, gas y minería (25%), seguido por el de electricidad y energía (13%) y el sector de transporte (11%).

Los puestos de árbitros, conciliadores y miembros de comité ad hoc designados para atender los casos del CIADI en 2011 estuvieron dominados por ciudadanos de Europa del Oeste y América del Norte (Canadá, México, EUA), al igual que sucedió los años anteriores.

La publicación *Carga de Casos del CIADI - Estadísticas* se encuentra disponible en: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/Servlet?requestType=ICSIDDocRH&actionVal=CaseLoadStatistics>

Traducido al español por María Candela Conforti.

Notes

¹ “Progresos sobre la Inversión en el Acuerdo de Asociación Trans-Pacífico”, Jane Kelsey, Noticias sobre Tratados de Inversión, 12 de enero de 2012, <http://www.iisd.org/itn/2012/01/12/investment-developments-in-the-trans-pacific-partnership-agreement/>

² “Germans seek lawsuits over Greek debt swap”, James Wilson and Gerrit Wiesmann, *Financial Times*, 12 de marzo, 2012, <http://www.ft.com/cms/s/0/79ed422c-6c67-11e1-bd0c-00144feab49a.html#axzz1owGOYB53>

Laudos y Decisiones

Tribunales de EUA anulan laudo contra Argentina

BG Group Plc c. Argentina
Lise Johnson

Un tribunal de apelación de EUA ha anulado un laudo dictado contra Argentina en una decisión que puede poner un freno a aquellos inversores que intentan pasar por alto las disposiciones de tratado que exigen que primero presenten sus reclamaciones ante tribunales nacionales del estado anfitrión.

El largo camino de la diferencia

La decisión del caso BG c. *Argentina fue emitida en enero de 2012*, una de las tantas reclamaciones de tratado que se han presentado contra Argentina debido a las medidas tomadas por este país durante la crisis financiera que sufrió hace casi diez años¹. El demandante, BG Group PLC, presentó su Notificación de Arbitraje contra Argentina en abril de 2003 en virtud del TBI entre Argentina y el Reino Unido. Al hacerlo, BG Group pasó por alto las disposiciones del tratado que requieren que los inversores primero recurran a los tribunales nacionales del estado anfitrión antes de poder solicitar arbitraje internacional.

La decisión de BG de no buscar remedio legal antes de iniciar un arbitraje ha sido un tema contencioso. Ante el tribunal, Argentina alegó que el lenguaje del tratado era muy claro: El Artículo 8(1) requiere a los inversores que soliciten remedio legal ante tribunales nacionales, mientras que el Artículo 8(2) agrega que si pasaran 18 meses desde que la diferencia fuera presentada ante los tribunales y la misma continuase sin resolución, el inversor podría presentar su reclamación a arbitraje internacional. Argentina alegó que la falta de cumplimiento con estas disposiciones por parte de BG implicaba que el tribunal no podría atender su reclamación.

Sin embargo, el tribunal rechazó este argumento afirmando que el Artículo 8(2) no podría “constituir un impedimento absoluto a la jurisdicción”². Luego procedió a determinar si Argentina había infringido la obligación de trato justo y equitativo del tratado entre Argentina y el RU y ordenó a Argentina el pago de más de US\$185 millones por daños a BG, más aproximadamente US\$684.000 en honorarios y gastos incurridos por BG y los árbitros.

Posteriormente, Argentina tomó medidas para obtener la anulación del laudo – una movida que, de tener éxito, efectivamente anularía el laudo, evitando que BG pudiera ejecutarlo en ninguno de los 146 países que son parte de la Convención de Nueva York³. A su vez, BG tomó acciones para intentar ejecutar y cobrar la sentencia del tribunal. Las partes presentaron sus respectivas reclamaciones ante el tribunal de EUA que posee jurisdicción sobre el caso. Ante este tribunal, Argentina afirmó que el requisito de esperar 18 meses era una condición para su consentimiento a arbitrar las diferencias, y dado que esta condición no fue cumplida, no consintió el arbitraje de la diferencia. Consecuentemente, continuó Argentina, esto implica que el tribunal había arbitrado una diferencia sobre la cual no tenía poder de jurisdicción, el cual es uno de los pocos fundamentos sobre los cuales el tribunal de EUA podría anular el laudo bajo la Convención de Nueva York y el Derecho americano.

El tribunal de distrito de EUA rechazó los argumentos de Argentina, y aceptó la moción de BG de ejecutar el laudo. Argentina apeló. Nuevamente, las partes discutieron el tema de incumplimiento por parte de BG de los Artículos 8(1) y (2) del TBI entre Argentina y el RU.

El tribunal de apelación, el Tribunal Federal de Distrito para el Distrito de Columbia, dio la razón a Argentina. Al hacerlo, este tribunal emitió tres declaraciones principales.

Primero, sostuvo que es responsabilidad de los tribunales, no de los árbitros, determinar si la diferencia podría ser arbitrada en casos donde: un tratado incluye el recurso a tribunales

locales como una condición para acceder a arbitraje; el tratado no establece si los árbitros tienen poder para determinar si una diferencia es arbitrable; y no se cumple la condición de recurrir a tribunales locales.

Segundo, el tribunal de apelación determinó que el tribunal inferior erró en una cuestión de derecho porque no determinó que había evidencia clara e inconfundible de que, en contra de la regla propugnada anteriormente, las partes del tratado deseaban que los árbitros determinasen si poseían jurisdicción sobre la diferencia.

Finalmente, el tribunal decidió que porque “sólo podría haber un resultado posible sobre [la cuestión de si] era un requisito que BG Group iniciara un juicio ante los tribunales argentinos y esperar dieciocho meses antes de presentarse a arbitraje”, que revertiría las órdenes del tribunal inferior y anularía el laudo del tribunal.

El fallo del tribunal de apelación provocó críticas de algunas personas que afirman que esto no se condice con el principio fundamental de que los tribunales tienen el poder de determinar su propia jurisdicción. No obstante, sigue siendo cierto que, bajo la Convención de Nueva York y el Derecho americano, los tribunales tienen el poder de anular laudos arbitrales en determinadas circunstancias, incluyendo cuando los árbitros han decidido sobre un caso que las partes no han consentido arbitrar⁴.

India viola TBI por demoras de tribunal *White Industries Australia Limited c La República de India*, CNUDMI Larisa Babiy

En un laudo con fecha del 30 de noviembre de 2011, un tribunal de la CNUDMI concluyó que la demora de los Tribunales indios era una violación de la norma de “medios efectivos”, en lo que representa la primera sentencia conocida dictada contra India en virtud de un tratado de inversión.

Antecedentes

El demandante australiano, White Industries, celebró un contrato en 1989 para el abastecimiento de equipamiento y el desarrollo de una mina de carbón con Coal India, una empresa de propiedad y control estatal. Luego surgió una diferencia entre las partes y la misma fue presentada ante un tribunal de ICC con sede en París, el cual en 2002 otorgó a White A\$4,08 millones.

Coal India se presentó ante el Tribunal Superior de Calcuta para solicitar que el laudo fuera anulado, mientras que White Industries se presentó ante el Tribunal Superior de Nueva Delhi para que el laudo fuera ejecutado. El tribunal de Calcuta rechazó la solicitud de White Industries para que se desestime la petición de anulación del laudo por parte de Coal India. White Industries apeló la decisión ante la Corte Suprema. Para evitar la emisión de decisiones conflictivas, en 2006 el Tribunal Superior de Nueva Delhi decidió suspender la ejecución de los procedimientos hasta que la Suprema Corte emitiera su decisión. White Industries no apeló la suspensión. Como resultado, nueve años después de que el tribunal de ICC dictase su laudo en favor de White Industries, el inversor sigue esperando que los Tribunales indios decidan sobre sus reclamos jurisdiccionales.

El 27 de julio de 2010, White Industries presentó una reclamación contra India en virtud del TBI entre Australia e India. Sostuvo que el gobierno de India, debido al accionar de sus tribunales y de Coal India, no cumplió con sus obligaciones de brindar trato justo y equitativo (Artículo 3(2)) y los medios efectivos para entablar sus reclamaciones (Artículo 4(2)).

Laudo de ICC considerado como parte de la inversión

El tribunal consideró que la amplia definición de inversión contenida en el TBI abarca los derechos contractuales del

demandante. En relación con los derechos de White Industries conforme al laudo de ICC, los árbitros concluyeron que el laudo per se no podía ser considerado como una inversión, pero los “derechos bajo el Laudo constituyen una parte de la inversión original”, siendo una cristalización de sus derechos bajo el contrato, y como tal “están sujetos a una protección como la otorgada a las inversiones por el TBI”.

Demora de tribunal no viola la disposición FET

Al abordar la reclamación de White Industries sobre la violación de la disposición de trato justo y equitativo, el tribunal consideró que ninguno de los argumentos cumplía con la norma requerida para establecer la frustración de expectativas legítimas. En particular, White Industries sabía, o debería haber sabido, que los tribunales de India generalmente consideran las solicitudes de anular laudos extranjeros y no podría basarse en una creencia sobre la manera en que India aplicaría la Convención de Nueva York. Además, el demandante debería haber sabido que el sistema judicial interno de India se encuentra sobrepasado y, por lo tanto, no podría haber esperado una ejecución oportuna de su laudo.

El tribunal concluyó que la violación de la norma de trato justo y equitativo a través de la denegación de justicia tampoco fue probada. Afirmó que “si bien la duración del procedimiento general así como la demora de la Corte Suprema (...) ciertamente es insatisfactoria en términos de la administración eficiente de justicia, ni tampoco ha llegado a una etapa de constituir una denegación de justicia”. Al decidir sobre este tema, el tribunal consideró que la cuestión de si los tribunales indios pueden considerar una petición de anular un laudo extranjero es altamente debatida en el país y, por ende, no resultó particularmente sorprendente que la Corte Suprema no haya despachado la apelación del demandante.

Tribunal importa la norma de ‘medios efectivos’ a través de la cláusula de NMF y encuentra violación

White Industries se basó en la cláusula de nación más favorecida para beneficiarse de la obligación de “brindar medios efectivos para entablar reclamaciones y aplicar derechos” contenida en el TBI entre India y Kuwait. En su análisis, el tribunal consideró los procedimientos de ejecución y anulación por separado. En relación con el primero, estableció que pese a que la historia procesal ha sido “inferior a lo ideal”, los tres años y medio de demora de los tribunales indios no violaron el TBI, en particular, porque White Industries decidió no apelar la orden de suspender el procedimiento.

A la inversa, con respecto al procedimiento de anulación, el tribunal encontró que el demandante había hecho “todo lo razonablemente esperado para que la Corte Suprema atendiese su apelación de manera oportuna”. Como consecuencia, el tribunal afirmó que no tuvo “dificultad para concluir [que] la incapacidad del sistema judicial indio para tratar la reclamación jurisdiccional de White durante más de nueve años, y que la incapacidad de la Corte Suprema para atender la apelación jurisdiccional de White durante más de cinco años constituye una demora indebida y es una violación de la obligación asumida voluntariamente por India de brindar a White los ‘medios efectivos’ para entablar sus reclamos y ejecutar sus derechos”. [La traducción de la cita nos pertenece]

El tribunal consideró los argumentos presentados por Coal India para frenar la ejecución del laudo de ICC y encontró que el laudo era ejecutable conforme a las leyes de India. Concluyó que “si India no había brindado a White los ‘medios efectivos’ para entablar sus reclamos, los tribunales indios ya deberían haber determinado que el Laudo pudiera ejecutarse en India”. [La traducción de la cita nos pertenece]

Por estas razones, el tribunal otorgó a White Industries aproximadamente A\$4 millones, más la suma total del laudo de ICC, incluyendo intereses, gastos y honorarios.

El tribunal estuvo formado por J. William Rowley QC (presidente), Charles Brower (nominado por el inversor) y Christopher Lau SC (nominado por el Demandado).

Tribunal declina jurisdicción porque demandante no inicia litigio ante tribunales argentinos *ICS Inspection and Control Services Limited c. La República Argentina, CNUDMI Damon Vis-Dunbar*

En una sentencia del 10 de febrero de 2012, un tribunal de la CNUDMI ha declinado su jurisdicción para atender una reclamación contra Argentina porque el demandante se rehusó a presentar su demanda ante los tribunales argentinos durante 18 meses.

La decisión es parte de un creciente número de interpretaciones de disposiciones que requieren que las diferencias o controversias sean litigadas en tribunales nacionales antes de ser elevadas a arbitraje internacional bajo los tratados de inversión. Los árbitros han llegado a diferentes conclusiones, y como resultado, las decisiones jurisdiccionales han oscilado en ambas direcciones.

Los demandantes, *ICS Inspection and Control Services*, ganaron un contrato para inspeccionar los productos vinculados con la importación a Argentina antes de dejar puerto. En su reclamación, ICS describe los motivos de queja en su trato con las autoridades argentinas, y estos fueron agravados cuando Argentina entró en una crisis económica y rompió el vínculo entre el Peso argentino y el Dólar estadounidense.

ICS presentó una demanda administrativa en 2002, y eventualmente recibió el pago de facturas pendientes en 2006, aunque representaba una suma menor a la reclamada. En 2009, el demandante solicitó remedio en virtud del TBI entre el RU y Argentina, reclamando aproximadamente US\$25 millones por daños.

Asuntos Jurisdiccionales

Argentina ofreció un número de razones por las cuales el tribunal carecía de jurisdicción:

- El demandante no cumplió con la disposición del TBI entre el RU y Argentina que requiere que las reclamaciones primero sean presentadas ante los tribunales nacionales durante un período de 18 meses, o hasta que un tribunal emita una decisión, pero las partes continúan teniendo diferencias;
- La reclamación es esencialmente una diferencia contractual, y debería ser resuelta bajo los términos del contrato, en lugar de hacerlo en virtud de un tratado internacional de inversión;
- La reclamación se encuentra impedida por razones de “aquiescencia” y “perención”: esencialmente, el largo período de 4 años que esperó el demandante para presentar su reclamación a arbitraje “extinguía” la demanda o la tornaba inadmisibles.
- El contrato no era directamente con el demandante, sino entre Argentina y una empresa establecida en las Islas Caimán, y por lo tanto, ICS no estaba en posición para presentar la reclamación.

Sin embargo, el caso gira en torno al requisito de litigio interno durante 18 meses. Habiendo determinado que era un requisito “obligatorio”, el tribunal procedió a considerar si se trataba de un asunto de admisibilidad o de jurisdicción. El tribunal remarcó que si bien gozaba de autoridad sobre la manera de tratar los asuntos de admisibilidad, no podía alterar las reglas para respaldar su jurisdicción. Finalmente, el tribunal consideró el requisito de dar consentimiento a arbitraje por parte de Argentina, y por lo tanto, es un asunto de jurisdicción.

El tribunal no aceptó el argumento del demandante de que el requisito de presentarse ante tribunales nacionales es inútil, dado que solo demoró el arbitraje. Remarcó que la mayoría de un tribunal en otra decisión jurisdiccional reciente, *Abaclat and Others c. Argentina*, aceptó una línea de razonamiento similar. En el arbitraje del caso *Abaclat*, el tribunal está considerando una reclamación de cientos de demandantes, y basó su decisión en parte sobre una conclusión de que el sistema judicial argentino no estaba preparado para atender adecuadamente las reclamaciones.

En contraste, el tribunal del caso ICS señaló que “no podía crear excepciones a las reglas de tratado cuando estas se encuentran basadas meramente en una evaluación de la sapiencia de la política en cuestión, sin base alguna en el texto del tratado o en alguna fuente interpretativa complementaria, sin importar cuán conveniente puedan parecer tales consideraciones de políticas en abstracto”.

El tribunal también descartó el argumento del demandante de que podría pasar por alto el requisito de litigio interno por medio de la cláusula de Nación Más Favorecida (NMF) del TBI, dado que no todos los TBIs de Argentina contienen requisitos similares en cuanto al litigio interno. El tribunal concluyó, sin embargo, que probablemente Argentina y Lituania no pretendían que la disposición de NMF sea aplicada al arreglo de diferencias. Remarcó, por ejemplo, que el tratado fue elaborado antes del debate sobre el alcance de la cláusula de NMF – y en particular si comprende elementos de solución de diferencias entre inversor y estado –.

“El tratado fue celebrado entre Argentina y el RU a fines de 1990 ... esto fue mucho antes de que *Maffezini* planteara cuestiones de tratado en torno a las cláusulas de NMF y el arreglo de diferencias entre inversor y Estado en foco; de hecho, estos temas continúan inexplorados”.

En cuanto al tema de los costos, el tribunal señaló que “claramente había una parte vencedora, el Demandado, y una parte claramente perdedora, el Demandante”. Ese resultado llevó al tribunal a ordenar que el demandante pagase el total de los costos del arbitraje, mientras que cada parte debería asumir sus propios costos de representación legal.

El tribunal estuvo conformado por Pierre-Marie Dupuy (presidente), el Dr. Santiago Torres Bernardez (nominado por el Demandado) y Marc Lalonde (representante del Demandante).

La decisión sobre jurisdicción se encuentra disponible en: http://italaw.com/documents/ICS_v_Argentina_AwardJurisdiction_10Feb2012_En.pdf

Tribunal declina jurisdicción en el caso Gallo c. Canadá *Vito G. Gallo c. El Gobierno de Canadá, TLCAN, CNUDMI, Caso PCA No. 55798* **Larisa Baby**

Un tribunal de la CNUDMI ha declinado su jurisdicción en un caso presentado contra Canadá en virtud del capítulo de inversión del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, después de determinar que el demandante no había podido probar la fecha en la cual adquirió la empresa canadiense.

El demandante, el Sr. Gallo, declaró ser el propietario de la empresa canadiense y que el 6 de septiembre compró una mina abandonada en Ontario para utilizar el sitio para la eliminación de desechos. El 5 de abril de 2004, el gobierno de Ontario promulgó la ley *Adams Mine Lake Act* (AMLA), la cual prohíbe el uso de la mina como depósito de desechos y revocó la aprobación ambiental existente. La ley AMLA reconoció que la empresa estaba facultada para recibir una compensación limitada; sin embargo, también estableció que sus acciones no constituían una expropiación.

Luego de estos acontecimientos, el Sr. Gallo presentó una reclamación contra Canadá en nombre de la empresa por la presunta violación de los artículos del TLCAN sobre Nivel Mínimo de Trato, Expropiación, Compensación y el Derecho Consuetudinario Internacional.

Canadá objetó la jurisdicción del tribunal, argumentando que el demandante debía probar que la empresa era de su propiedad antes de la promulgación de la ley AMLA “a través de documentación confiable y contemporánea”. El tribunal tendría jurisdicción sobre el caso de Canadá sólo si el demandante pudiera probar la propiedad de la empresa al momento en que se aprobó la ley AMLA.

El Sr. Gallo consideró que la carga de la prueba debería ser trasladada a Canadá basándose en que este país estaba acusándolo de “conspiración fraudulenta”. Sin embargo, Canadá respondió que no estaba presentando cargos de fraude, instando al tribunal que no ordenara el traslado de la carga.

Análisis del Tribunal

En su decisión sobre jurisdicción del 15 de septiembre de 2011, el tribunal afirmó que el demandante no había podido demostrar que la adquisición de la empresa había sido concreada antes de la ley AMLA. Luego, abordó la cuestión de si una conclusión como tal implicaba la falta de jurisdicción *rationetemporis* (jurisdicción temporal).

En este punto, el tribunal “sin duda” se puso del lado de Canadá. “Para que el Capítulo 11 del TLCAN pueda aplicarse a una medida relativa a una inversión, dicha inversión debe ser de propiedad o controlada por el inversor de otra parte, y la propiedad y control deben existir al momento en que se adoptó o sostuvo la medida que presuntamente infringió el Tratado”. [La traducción de la cita nos pertenece]

Dado que el demandante no pudo probar la fecha de adquisición de la empresa, “la consecuencia necesaria es que su reclamación fracase por la falta de jurisdicción *rationetemporis*”, sentenció el tribunal.

El mismo concluyó de manera unánime que carecía de jurisdicción y ordenó al demandante el pago de los costos de arbitraje de Canadá.

El tribunal estuvo conformado por el Profesor Juan Fernandez-Armesto (Presidente), Laurent Levy (nominado por Canadá) y el Profesor Jean-Gabriel Castel O.C. Q.C. (nominado por el inversor).

El árbitro designado originalmente por Canadá, el Sr. J. Christopher Thomas Q.C., renunció a su designación como árbitro en octubre de 2009 después de que el Delegado del Secretario General del CIADI determinara que el Sr. Thomas no podría continuar brindando asesoría legal a México y actuar como árbitro en el caso, dado que México es parte del TLCAN y podría haber hecho una presentación como una parte no contendiente.

La decisión se encuentra disponible en: http://italaw.com/documents/Gallo_v_Canada_Award15Sep2011.pdf

Notes

1 Véase BG Group PLC c. La República Argentina, Laudo, 24 de diciembre, 2007; República Argentina c. BG Group PLC, 714 F. Sup. 2d 108 (D.D.C. 7 de junio, 2010); República Argentina c. BG Group PLC, 764 F. Sup. 2d 21 (D.D.C. 2011); República Argentina c. BG Group PLC, No. 11-7021 (D.C. Ct. 17 de enero, 2012).

2 BG Group PLC c. la República Argentina, Laudo, 24 de diciembre, 2007, párrafo 147.

3 Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, 10 de junio, 1958 (entrada en vigor el 7 de junio, 1959).

4 Véase Convención de Nueva York, Artículo V(1)(e); Ley de Arbitraje Federal (Federal Arbitration Act), § 10(a)(4).

Recursos y Eventos

Recursos

Fair and Equitable Treatment: UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II *UNCTAD, Marzo de 2012*

Este escrito versa sobre la manera en que el concepto de Trato Justo y Equitativo (en inglés, FET) ha sido definido en los acuerdos internacionales sobre inversiones (AII) y cómo diferentes formulaciones han sido interpretadas por los tribunales arbitrales. El contenido sustantivo de la norma FET ha sido enmarcado por estos tribunales en base a un criterio caso por caso. Esto se encuentra en continuo desarrollo, lo cual se ve reforzado por la práctica de los tribunales para hacer referencia, y debatir, laudos anteriores. Pese a que cada tribunal interpreta la disposición FET con respecto a un tratado de inversión aplicable a un caso específico, se han dado ciertas coincidencias en términos de los elementos que incluye la norma FET. Al mismo tiempo, la práctica arbitral ha revelado importantes diferencias en la aplicación de la norma, las cuales dependen del tipo de formulación utilizada para definir la misma. Teniendo estos antecedentes en cuenta, en la última sección del escrito se brindan opciones de políticas para los negociadores. Estas incluyen las cláusulas FET con o sin referencia a fuentes y calificaciones (por ej., nivel mínimo de trato bajo el derecho consuetudinario internacional), una opción para reemplazar la obligación FET por requisitos sustantivos más específicos, y una opción de omitir la cláusula FET y aclaraciones adicionales destinadas a brindar una mayor certeza legal y garantizar que los derechos de los Estados a regular en pos del interés público no se vean comprometidos. El escrito se encuentra disponible en: http://www.unctad.org/en/docs/unctaddiaeia2011d5_en.pdf

Recent Developments in International Investment Disputes: Investment Treaty Cases from September 2010 to October 2011 *International Institute for Sustainable Development, octubre de 2011*

En este escrito se destacan los avances más relevantes de las diferencias relativas a la inversión internacional, intentando explicar resumidamente las amplias implicancias sobre las políticas de los laudos arbitrales entre septiembre de 2010 a octubre de 2011. A través de un estudio de caso de algunos de los laudos más importantes sobre jurisdicción y responsabilidad, este escrito brinda una descripción acerca de los temas sustantivos que surgen de varios laudos arbitrales. Se presenta la forma en que los tribunales han definido el término "inversión" y cómo han interpretado las disposiciones de trato de nación más favorecida, expropiación, trato justo y equitativo y arreglo de diferencias bajo los tratados de inversión y las leyes que rigen la inversión extranjera. Esta publicación se encuentra disponible en: http://www.iisd.org/pdf/2012/investment_treaty_cases_2010_2011.pdf

Regulating Global Capital Flows for Development *Task Force on Regulating Global Capital Flows for Long-Run Development, marzo de 2012*

En este informe se plantea que hay una clara razón para la existencia de las regulaciones de la cuenta de capitales (capital account regulations, en adelante CARs) a raíz de la crisis financiera: que el diseño y monitoreo de regulaciones como tales es fundamental para su eficacia, y que una limitada cantidad de cooperación mundial y regional sería de utilidad para garantizar que las CARs sean una pieza eficaz en la caja de herramientas de las políticas macroeconómicas. El protocolo para desplegar las CARs en los países en desarrollo que se presenta en este informe se erige en extremo contraste frente a una serie de directrices para el uso de los controles de capital aprobadas por la junta del Fondo Monetario Internacional (FMI) en marzo de 2011. El informe proviene del grupo de trabajo sobre la regulación de los flujos mundiales de capital para el desarrollo a largo plazo (Task Force on Regulating Global Capital Flows for Long-Run Development), un grupo de académicos y diseñadores de políticas involucrados en la prevención y mitigación de crisis financieras en el mundo en desarrollo. El informe está disponible en: http://www.ase.tufts.edu/gdae/policy_research/RegulatingGlobalCapitalFlows.html

Farms and Funds: Investment Funds in the Global Land Rush *International Institute for Environment and Development, enero de 2012*

Los fondos de inversión están mostrando un creciente interés por las tierras cultivables y la agricultura. Se están comprando tierras y conduciendo agro negocios en los países en desarrollo con la expectativa de obtener altas ganancias a largo plazo vinculadas con la suba del precio de la tierra, el crecimiento demográfico y el aumento de la demanda de alimentos. Si bien los medios han informado extensamente sobre la intervención de estos fondos en la carrera por la compra de tierras a nivel mundial, la mecánica sigue sin ser entendida ampliamente por el público en general. En este resumen de políticas se tratan las siguientes preguntas: ¿Cuál es el interés y qué lo está generando? ¿Quiénes son los jugadores y a qué procesos se someten sus decisiones de inversión? ¿Cuáles son los impactos en los países receptores? ¿Y qué acciones pueden tomarse para promover inversiones que apoyen de manera genuina a la población local? El escrito se encuentra disponible en: <http://pubs.iied.org/17121IIED.html?c=agric/food>

Eventos 2012

Abril 2 **STATE RESPONSIBILITY AND UNUSUAL CIRCUMSTANCES**, Universidad de Columbia, Nueva York,

<http://www.vcc.columbia.edu/content/state-responsibility-and-unusual-circumstances>

Abril 16
REFERENCE TO WTO LAW IN INTERNATIONAL INVESTMENT ARBITRATION: A PROMISING TREND OR A SEPARATENESS TO BE MAINTAINED?, Universidad de Columbia, Nueva York, <http://www.vcc.columbia.edu/content/reference-wto-law-international-investment-arbitration-promising-trend-or-separateness-be-ma>

Abril 21-26
13° PERÍODO DE SESIONES DE LA CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE COMERCIO Y DESARROLLO (UNCTAD XIII), Doha, Qatar, <http://www.unctad.org/Templates/meeting.asp?intlItemID=1942&lang=1&m=21643>

Abril 23
NAVIGATING EU LAW AND THE LAW OF INTERNATIONAL ARBITRATION, Universidad de Columbia, Nueva York, <http://www.vcc.columbia.edu/content/navigating-eu-law-and-law-international-arbitration>

Mayo 24-27
SIMPOSIO SOBRE ARBITRAJE INTERNACIONAL Y SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS (INTERNATIONAL ARBITRATION AND DISPUTE RESOLUTION SYMPOSIUM), Salzburgo, Austria, <http://cils.org/conferences/conference.php?ConferenceID=251&>

Junio 10-13
21° CONSEJO INTERNACIONAL PARA EL CONGRESO DE ARBITRAJE COMERCIAL (21ST INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION CONGRESS, ICCA), Singapur, <http://www.iccasingapore2012.org/site/>

Junio 18
EU AND INVESTMENT AGREEMENTS - OPEN QUESTIONS AND REMAINING CHALLENGES, Viena, Austria, contactar a: titi@recht.wiwi.unisiegen.de



Publicado por el Insituto Internacional para el Desarrollo Sostenible
Los materiales del IISD, incluso las imágenes, no se pueden volver a publicar sin el permiso expreso y escrito del IISD. Para obtener un permiso, favor de comunicarse con info@iisd.ca e incluir una lista de la información que se desee volver a publicar o un enlace a la misma. El IISD contribuye al desarrollo sostenible proponiendo recomendaciones de políticas sobre el comercio y la inversión internacionales, la política económica, el cambio climático y la energía, la medición y la evaluación y la administración de los recursos naturales así como el papel facilitador de las tecnologías de la comunicación en estas áreas. Informamos sobre negociaciones internacionales y diseminamos conocimientos obtenidos a través de proyectos colaborativos con socios globales, lo que tiene como consecuencia una investigación más rigurosa, la creación de capacidad en países en vías de desarrollo, mejores lazos entre el norte y el sur y mejores conexiones globales entre los investigadores, los profesionales, los ciudadanos y los responsables de la creación de políticas.

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

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

Para suscribirse al Boletín ITN, por favor visite: https://lists.iisd.ca/read/all_forums/subscribe?name=itn-english

International Institute for Sustainable Development
International Environment House 2
9, Chemin de Balaxert,
5th Floor, 1219, Chatelaine,
Geneva, Switzerland

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