



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

NÚMERO 2. TOMO 10. JUNIO 2019



**Financiamiento por Terceros y los Objetivos de los Tratados de Inversión: ¿Amigos o enemigos?**

Brooke Güven y Lise Johnson



**Anti-Soborno en TBI: Cómo una prohibición de corrupción en los FIPA canadienses puede aportar un estándar mínimo de conducta para los inversores canadienses en el extranjero**

Matthew A. J. Levine



**Saga sobre Energías Renovables en España: Lecciones para el derecho internacional de las inversiones y el desarrollo sostenible**

Isabella Reynoso



**Facilitación de Inversiones en la OMC: Un intento de introducir un tema controvertido en una organización en crisis**

Sofía Baliño y Nathalie Bernasconi-Osterwalder



**El Parlamento de Kenia y la Formulación de Tratados de Inversión**

Bosire Nyamori



**Diligencia Debida del Inversor y el Tratado sobre la Carta de la Energía**

Yulia Levashova





# Contenido

<b>ARTÍCULO 1</b> Financiamiento por Terceros y los Objetivos de los Tratados de Inversión: ¿Amigos o enemigos?.....	4
<b>ARTÍCULO 2</b> Anti-Soborno en TBI: Cómo una prohibición de corrupción en los FIPA canadienses puede aportar un estándar mínimo de conducta para los inversores canadienses en el extranjero.....	8
<b>ARTÍCULO 3</b> Saga sobre Energías Renovables en España: Lecciones para el derecho internacional de las inversiones y el desarrollo sostenible.....	12
<b>ARTÍCULO 4</b> Facilitación de Inversiones en la OMC: Un intento de introducir un tema controvertido en una organización en crisis .....	17
<b>ARTÍCULO 5</b> El Parlamento de Kenia y la Formulación de Tratados de Inversión.....	21
<b>ARTÍCULO 6</b> Diligencia Debida del Inversor y el Tratado sobre la Carta de la Energía.....	25
<b>NOTICIAS EN BREVE</b> .....	29
Grupo de Trabajo III de la CNUDMI: 15 de julio fecha límite para presentar propuestas de soluciones de reforma.....	29
La Comisión de la UE propone directrices de negociación sobre la modernización del TCE.....	29
AfCFTA entra en vigencia; Fase II sobre inversiones, competencia, DPls se extenderá durante 2020–2021.....	30
TJUE declara que el STI en el AECG entre Canadá y la UE está en consonancia con el derecho de la UE.....	31
Senado mexicano ratifica T-MEC.....	31
Líderes de China y la UE anuncian objetivos en 2020 para el tratado de inversión .....	32
Australia firma nuevo TBI con Uruguay, acuerdos de comercio e inversión con Hong Kong.....	33
<b>LAUDOS Y DECISIONES</b> .....	34
Demandas contra Albania desestimadas por tribunal del CIADI ya que Anglo-Adriatic Group no poseía una inversión protegida.....	34
Tribunal del CIADI concluye que España incumplió sus obligaciones del TCE al no brindar una tasa de retorno razonable .....	35
Tribunal del CIADI confirma alegato de ilegalidad de Panamá en la realización de una inversión en un proyecto turístico ubicado en un área indígena.....	38
India viola TBI con Alemania según tribunal de la CNUDMI con respecto a contrato de arrendamiento de espectro electromagnético .....	39
Tribunal de la CCE declara a Polonia culpable por expropiación sobre orden de desinversión en banco de Luxemburgo .....	42
Demandas de expectativas legítimas de inversores contra Italia desestimadas por falta de compromisos específicos.....	44
Tribunal del CIADI constituido en virtud de cláusula de NMF declara a Turkmenistán culpable por violación de TJE por exigir a inversores que presenten un smeta, cálculo de gastos requerido por el derecho de Turkmenistán.....	46
<b>RECURSOS Y EVENTOS</b> .....	49

## INVESTMENT TREATY NEWS

Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible  
 Casa Internacional del Medio Ambiente 2  
 9, Chemin de Balexert, 6° andar  
 1219, Chatelaine, Ginebra, Suiza

Tel +41 22 917-8748  
 Fax +41 22 917-8054  
 Email [itn@iisd.org](mailto:itn@iisd.org)  
 Twitter [iisd\\_news](https://twitter.com/iisd_news)

Directora del Grupo de Derecho y Políticas Económicas  
 Nathalie Bernasconi

Traductora, edición en francés  
 Isabelle Guinebault

Redactor  
 Martin Dietrich Brauch

Traductora, edición en español  
 María Candela Conforti

Redactora, edición en francés  
 Suzy Nikièma

Oficial de Prensa y Comunicaciones  
 Sofía Baliño

Redactora, edición en español  
 Marina Ruete

Design (PDF)  
 PortoDG



## LISTA DE ABREVIATURAS

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



## ARTÍCULO 1

# Financiamiento por Terceros y los Objetivos de los Tratados de Inversión: ¿Amigos o enemigos?

Brooke Güven y Lise Johnson



Cada vez más, los inversores que demandan a los gobiernos bajo el mecanismo de ISDS en virtud de tratados están recurriendo al financiamiento por terceros (FPT): terceras partes financian sus litigios a cambio de obtener ganancias u otros intereses financieros al final de la controversia, a menudo acompañado por un derecho contractual para el financiador de seguir involucrado, y posiblemente incluso controlar, la administración de la demanda.<sup>1</sup>

El FPT de las demandas de ISDS en general no está regulado a nivel del tratado ni en los reglamentos de arbitraje aplicables. Dado que su uso se está expandiendo rápidamente, está atrayendo cada vez más atención de gobiernos, tribunales arbitrales, la sociedad civil, académicos, abogados defensores, inversores y financiadores.

La regulación multilateral actualmente está siendo examinada en el contexto del proceso de revisión del reglamento del CIADI así como en la reforma de la ISDS por el Grupo de Trabajo III de la CNUDMI. Las principales iniciativas tales como el proceso de revisión del reglamento del CIADI, sin embargo, están enfocándose únicamente en algunos temas limitados tales como las implicancias del FPT en la confidencialidad, conflictos de interés y la capacidad del Estado para recuperar los gastos.

Pero tal como hemos argumentado recientemente en un documento de trabajo<sup>2</sup>, resulta indispensable explorar cuestiones más fundamentales, tales como si y hasta qué punto el FPT concuerda (o no) con los objetivos del derecho moderno que rige los tratados de inversión y cómo los diferentes enfoques regulatorios pueden afectar dicha concordancia.

## ¿El FPT en la ISDS es apropiado a la luz de los objetivos de políticas pertinentes?

La ISDS se incorpora a los tratados de inversión supuestamente como un mecanismo para desarrollar sus objetivos generales de promover las inversiones y moldear el tratamiento que le dan los gobiernos, para fomentar el desarrollo sostenible. Estos tratados son acuerdos instrumentales: la protección de los inversores y las demandas de ISDS no son el objetivo final sino que se justifican como un medio para alcanzar objetivos de desarrollo más amplios.

Al evaluar los casos de FPT en la ISDS es, por lo tanto, indispensable entender si y cómo esta estructura financiera particular y los incentivos creados por la misma afectan el funcionamiento de la ISDS y su papel para alcanzar el objeto y propósito de los tratados de inversión. En este contexto, resulta útil considerar los impactos del FPT bajo tres categorías generales: (1) la conducta de los inversores; (2) el desarrollo del derecho; y (3) la conducta de los Estados receptores.

### 1. Impacto en las decisiones de los inversores

**El FPT puede aumentar el número de casos de ISDS** porque reduce el riesgo y costo de presentar una demanda. El FPT permite a los demandantes monetizar los intereses ilíquidos al final de sus demandas y transferir algunos o todos los riesgos del litigio al financiador.

<sup>1</sup> Véase en general, Consejo Internacional de Arbitraje Comercial (ICCA). (2018, abril). *Report of the ICCA–Queen Mary task force on third-party funding in international arbitration*. Extraído de [https://www.arbitration-icca.org/media/10/40280243154551/icca\\_reports\\_4\\_tpf\\_final\\_for\\_print\\_5\\_april.pdf](https://www.arbitration-icca.org/media/10/40280243154551/icca_reports_4_tpf_final_for_print_5_april.pdf)

<sup>2</sup> Güven, B. y Johnson, L. (2019, mayo). *The policy implications of third-party funding in investor–state dispute settlement. CCSI Working Paper*. Extraído de <http://ccsi.columbia.edu/files/2017/11/The-Policy-Implications-of-Third-Party-Funding-in-Investor-State-Dispute-Settlement-FINAL.pdf>



Esto puede influir en la toma de decisiones en favor del arbitraje y dar como resultado que los inversores presenten demandas que, a falta de dicho financiamiento, no estarían dispuestos o serían incapaces de presentar. Investigaciones sugieren que el financiamiento de litigios de hecho incrementa el número de casos presentados.<sup>3</sup>

**El FPT puede tener un impacto en la decisión de los inversores de seguir invirtiendo o de retirarse del Estado anfitrión.** Los tratados de inversión a menudo son justificados por ser herramientas para atraer y retener la IED. Sin embargo, la evidencia muestra que la influencia de los tratados de inversión en la decisión de invertir en un país receptor determinado no está clara y es cuestionada<sup>4</sup>. Se sabe aún menos si la disponibilidad de ISDS y recursos similares influyen en las decisiones de seguir invirtiendo en el país receptor y en el proyecto, o de retirarse y llevarse el dinero cuando las circunstancias o las relaciones comienzan a deteriorarse.

La ISDS puede tener un impacto negativo para retener a los inversores y en la relación a largo plazo entre el inversor y el Estado. Los mecanismos y recursos de solución de controversias poderosos, tales como aquellos ofrecidos a través de la ISDS, corren el riesgo de apurar la salida de la cooperación al tornar la salida y la retribución anticipada más atractivas, en detrimento de la resiliencia de un proyecto a largo plazo<sup>5</sup>. Si bien estos efectos pueden surgir únicamente de la ISDS, el FPT puede aumentar su probabilidad ya que los financiadores se convierten en otras partes interesadas que actúan tras bambalinas, que se ven atraídos por la posibilidad de ser compensados por daños de expectativas, que están menos interesados en un arreglo no monetario lo cual podría posibilitar que el proyecto prosiga, y reducen el costo y riesgo de presentar un caso para el demandante, tornando la ISDS aún más atractiva de lo que sería sin el FPT.

<sup>3</sup> Chen, D. L. (2015). Can markets stimulate rights? On the alienability of legal claims. *The RAND Journal of Economics*, 46(1), 23–65, párrafos 25, 33; véase también Abrams, D. S. y Chen, D. L. (2012). A market for justice: A first empirical look at third party litigation funding. *University of Pennsylvania Journal on Business Law*, 15, 1075, pág. 1078.

<sup>4</sup> Pohl, J. (2018). Costos y beneficios para la sociedad de los acuerdos internacionales de inversión. Análisis crítico de ciertos aspectos y de los datos empíricos disponibles. *OECD Working Papers on International Investment*, 2018/01. OECD Publishing, París. Extraído de [https://www.oecd-ilibrary.org/finance-and-investment/costos-y-beneficios-para-la-sociedad-de-los-acuerdos-internacionales-de-inversion\\_3d753f20-es](https://www.oecd-ilibrary.org/finance-and-investment/costos-y-beneficios-para-la-sociedad-de-los-acuerdos-internacionales-de-inversion_3d753f20-es); Bonniticha, J. (2017). *Assessing the impacts of investment treaties: Overview of the evidence*. Winnipeg: IISD. Extraído de <https://www.iisd.org/library/assessing-impacts-investment-treaties-overview-evidence>

<sup>5</sup> Véase, por ej., Gilson, R., Sabel C.F. y Scott, R. E. (2010). Braiding: The interaction of formal and informal contracting in theory, practice, and doctrine. *Columbia Law Review*, 10, 1377, párrafos 1387-1402.

## 2. Impacto en el derecho y resultados

**El FPT en la ISDS puede cambiar el rumbo del desarrollo del derecho de las inversiones en una dirección más amigable en torno al financiador (y al demandante).** Los debates sobre el impacto del FPT en la ISDS a menudo se enfocan en determinar si el FPT generará demandas más frívolas. Sin embargo, dado el significado tristemente nebuloso de los estándares de los tratados de inversión, y la falta de incentivo estructural para declarar frívolas las demandas, resulta útil ir más allá de las etiquetas. En cambio, la cuestión debería enfocarse en si el FPT alienta las demandas *marginales* —aquellas que presentan argumentos sobre el derecho de las inversiones que pretenden extender su alcance en direcciones no deseadas y potencialmente inconvenientes, tales como impugnar la conducta de un gobierno adoptada en buena fe para alcanzar objetivos legítimos de interés público.<sup>6</sup>

También resulta importante cuestionar si los financiadores son tan reacios a las demandas riesgosas como a menudo se profesa. El análisis del FPT en el contexto nacional australiano, por ejemplo, concluyó que el FPT llevó a la presentación de más casos en general, y casos más novedosos e inciertos en particular. Las demandas novedosas o riesgosas entabladas por financiadores, si prosperan pueden impulsar el desarrollo del derecho (en direcciones amigables en torno a los financiadores o los demandantes). La investigación en Australia también concluyó remarcablemente que los casos financiados por terceros eran particularmente influyentes en el desarrollo del derecho, menos revocados y citados en mayor medida que los casos no financiados.<sup>7</sup>

Resultados similares podrían suceder en el contexto de la ISDS. El acceso de un demandante a recursos y conocimientos internos sofisticados parecen ser un determinante importante de éxito en ciertas controversias. Los financiadores pueden brindar ambos tipos de ventajas a través de una contribución directa de entendimiento y conocimientos especializados, y mediante la retención de prestigiosas firmas de abogados<sup>8</sup>. Además, los financiadores pueden apoyar estratégicamente las controversias a fin de impulsar el derecho en direcciones que favorezcan los intereses de los financiadores. El financiamiento de proyectos de cartera facilita más esta práctica al posibilitar que los financiadores agrupen

<sup>6</sup> Pelc, K. J. (2017). What explains the low success rate of investor-state disputes? *International Organization*, 71(3), 559-583.

<sup>7</sup> Chen (2015), nota 3 *supra*, p. 49; Abrams y Chen (2012), nota 3 *supra*, párrafos 1105–1106.

<sup>8</sup> Remmer, K. (2018). The outcomes of investment treaty arbitration: A reassessment. En L. Johnson y L. Sachs (Eds.). *Yearbook on international investment law & policy 2015-16*. Oxford University Press.



casos novedosos muy remotos con un potencial favorable para cambiar las reglas (aun aquellos que poseen un valor anticipado menor que el financieramente viable, como una demanda financiada individualmente) con demandas menos riesgosas<sup>9</sup>. Por lo tanto, parece razonable concluir que la presencia de FPT tendrá un impacto en el resultado de decisiones particulares y en ámbitos del derecho de manera que amplíe la posibilidad de demandas y responsabilidad del Estado receptor más allá de lo deseado por los Estados y otras partes interesadas.

Tal como señaló Burford, uno de los financiadores de la ISDS, “Nuestro capital puede cambiar los resultados en términos de litigio, y en particular nuestro capital puede generar resultados que pueden ser legalmente correctos pero cuestionables si se observan desde una perspectiva más amplia”<sup>10</sup>. Por lo tanto, resulta fundamental entender mejor y abordar el papel del FPT para generar resultados “cuestionables” en el derecho de las inversiones y los casos de ISDS.

**El FPT puede tener un impacto en la decisión de acordar, o no, las demandas.** Si bien no todos los financiadores tienen un interés o juegan un papel activo en la administración de una demanda, algunas personas pueden considerar este papel de suma importancia. Los financiadores poseen varias razones para acordar, o no, incluyendo el deseo de obtener un ingreso contable de determinada cantidad o en un período en particular, o influir en el desarrollo del derecho. Además, las principales obligaciones éticas y regulatorias de los financiadores son hacia sus accionistas, no a la parte financiada, entonces podrían favorecer decisiones de solución o exigencias de resultados distintos que aquellos preferidos por la empresa local cuya inversión subyace al caso de ISDS.

Un tema similar es que la presencia de un financiador puede trasladar el poder de negociación a favor del demandante, con consecuentes impactos en la voluntad del Estado de resolver la controversia o en los resultados de la solución. Los Estados demandados enfrentan riesgos relacionados con las demandas de ISDS que los inversores no, incluyendo su único riesgo de exposición a laudos por daños en base a estándares legales vagos e impredecibles, y de un daño percibido a la reputación. Si bien los inversores también pueden asumir riesgos al entablar demandas, es decir el riesgo de no recuperar las

pérdidas sufridas, la ISDS no necesariamente es la única vía de recurso de un inversor, que también podría incluir la cobertura de riesgo político o el derecho nacional o las demandas contractuales, o incluso una presión diplomática. Aunque esta exposición asimétrica puede, sola, inclinar el campo de juego a favor del inversor en los debates sobre la solución de la controversia, el FPT puede cambiar la dinámica de poder y los resultados cambiantes de la solución aún más en favor del inversor y en contra del Estado. Esto, a su vez, puede generar que los términos de la solución reflejen el desequilibrio en las relaciones de poder más que el fondo de la controversia.

### 3. Impacto en los gobiernos

**El FPT puede tener un impacto en la voluntad y capacidad de los gobiernos para regular las inversiones a fin de alcanzar objetivos de desarrollo sostenible.** Los gobiernos necesitan un espacio de políticas a fin de alcanzar los objetivos de interés público y responder a circunstancias, evidencia, necesidades y prioridades cambiantes. El espacio de políticas no es, y no debería ser, ilimitado, pero es importante no impedir de manera excesiva, al desalentar indebidamente (o exigir compensación), acciones de buena fe tomadas por los gobiernos en pos del interés público para alcanzar objetivos económicos, sociales y ambientales. Por lo tanto, es importante entender si y cómo el FPT puede aumentar los riesgos de impedimento excesivo, ya sea al aumentar la probabilidad general de un caso de ISDS, apuntar a ciertos tipos de gobiernos, como entablar cierta clase de demandas, o aumentar la probabilidad de resultados favorables para el financiador.

Por ejemplo, las demandas en casos de industrias extractivas e infraestructura, con elevados laudos por daños, pueden ser particularmente atractivos para los financiadores de terceras partes debido a su gran potencial de recibir retribución<sup>11</sup>. Los países dependientes de las inversiones privadas en estas industrias como estrategia de desarrollo pueden ser más visibles en el radar de los financiadores, especialmente si los marcos regulatorios que rigen a ambos son relativamente incipientes, cambiantes o una fuente generadora de controversias. En tales casos, tal como se mencionó anteriormente, los inversores pueden tener una ventaja relativamente grande en la negociación para el acuerdo de controversias cuando surge la amenaza de un caso de ISDS. La presencia de un financiador de terceras partes que respalda el juicio puede inclinar más el poder de negociación a favor del demandante e inducir una solución que, aunque no logre

<sup>9</sup> Burford Capital describe el financiamiento de proyectos de cartera como “inherentemente flexible e idealmente adecuado a... asuntos que de otra manera serían menos atractivos para recibir financiamiento”. Burford Capital. (2016). *Beyond “litigation finance”*. Extraído de [https://www.burfordcapital.com/wp-content/uploads/2016/09/Burford-Beyond\\_Litigation\\_Finance-US\\_Web.pdf](https://www.burfordcapital.com/wp-content/uploads/2016/09/Burford-Beyond_Litigation_Finance-US_Web.pdf)

<sup>10</sup> Burford Capital. 2019. *Environmental, social and governance factors*. Extraído de <https://www.burfordcapital.com/investors/investor-information/environmental-social-governance/>

<sup>11</sup> Hart, T. (2014). Study of damages in international center for the settlement of investment disputes cases. *Transnational Dispute Management*, 11(3), párrafos 8–10.



que el gobierno abandone la medida, aumente sus gastos de mantenimiento, lo cual puede impedir que el gobierno tome una acción similar en el futuro. La posibilidad de enfriamiento puede ser particularmente problemática en estos contextos dado que una regulación robusta del gobierno en torno a las inversiones en las industrias extractivas o infraestructura son esenciales para captar los beneficios y evitar los daños ambientales, sociales y económicos que dichos proyectos pueden provocar.

Por supuesto, algunos gobiernos pueden ser más sensibles al enfriamiento regulatorio que otros. Aquellos con recursos limitados para financiar una defensa sólida y asumir una responsabilidad potencial, aquellos que son más sensibles a los costos reputacionales<sup>12</sup> o aquellos que dependen de otros países para recibir asistencia para su desarrollo, de regulaciones económicas o apoyo diplomático, pueden estar menos dispuestos a enfrentar demandas. Pero, sobre todo, resulta indispensable entender si el TPF impulsa casos y resultados que aumentan la probabilidad y empeoran los efectos del impedimento excesivo.

## Prohibir el FPT en la ISDS

Una evaluación más sólida de los pros y los contras del FPT es recomendable, incluyendo las inquietudes destacadas anteriormente. Una evaluación como tal, sin embargo, es difícil considerando la opacidad de que rodea la participación de los financiadores en los casos de ISDS. Dado que son los financiadores, los actores potencialmente regulados, quienes poseen información que podría ser fundamental para disipar las inquietudes y demostrar el valor de sus prácticas, la falta de disponibilidad de información no debería ser utilizada para justificar un enfoque *laissez-faire*. En cambio, dados los riesgos que plantea el FPT a los fines del sistema de AII, debería aplicarse un enfoque precautorio a la regulación y una prohibición total en la práctica debería ser la principal consideración de los formuladores de políticas.<sup>13</sup>

Notablemente, varios Estados han instado una prohibición del FPT en la ISDS, particularmente en el contexto de los debates del Grupo de Trabajo III de la CNUDMI sobre la reforma de la ISDS<sup>14</sup>. Argentina y los

Emiratos Árabes Unidos fueron más lejos y, en efecto, introdujeron una prohibición en su TBI de 2018<sup>15</sup>. Los Estados Unidos restringen las demandas internas contra el gobierno federal.<sup>16</sup>

Dependiendo del grado en que los formuladores de políticas determinen que permitir el FPT en ciertos tipos de casos propugna los objetivos de políticas de sus programas de tratados de inversión, pueden explorarse prohibiciones parciales. Por ejemplo, si los gobiernos poseen inquietudes sobre el acceso de demandantes realmente insolventes a la ISDS o deciden que ciertos tipos de demandas (por ejemplo, las demandas de expropiación directa) garantizan el FPT, podrían desarrollarse mecanismos para permitir la FPT en dichos casos. Estos mecanismos podrían, por ejemplo, colocar sobre el demandante la carga de probar que cumple con criterios claros, los cuales pueden incluir demostrar la insolvencia, agotamiento de recursos locales y manos limpias, entre otros.

Una prohibición con excepciones específicas también podría estar acompañada por otras reglas y mecanismos, tales como requisitos para que los financiadores se sometan a la jurisdicción del tribunal con respecto a la responsabilidad por laudos sobre costos, obligaciones éticas y requisitos de transparencia, entre otros asuntos.

Sobre todo, el FPT en la ISDS corre el riesgo de agravar los problemas relacionados con los estándares y la ISDS que subyacen a las inversiones al incorporar, dentro del ya asimétrico sistema de ISDS, a un nuevo actor con sus propios incentivos para impugnar regulaciones implementadas por un gobierno de buena fe para alcanzar objetivos de desarrollo sostenible. El valor del FPT para los actores que no son asociaciones de arbitraje, árbitros, financiadores y algunos demandantes aún no está claro, mientras que los riesgos con respecto a los objetivos de los tratados son evidentes. Las iniciativas y negociaciones para la reforma que no aborden el FPT plantean la amenaza de sellar un sistema y perpetuar una industria cuyos efectos e intenciones no apoyan, e incluso podrían menoscabar los objetivos del derecho moderno de las inversiones a nivel internacional.

## Autores

**Brooke Güven** es investigadora jurídica en el Columbia Center on Sustainable Investment (CCSI) y **Lise Johnson** es directora de Derecho y Políticas de Inversión en el CCSI.

<sup>12</sup> Kerner, A. y Pelc, K. (2019, en curso). Do investor state disputes harm FDI? *Working paper*. McGill University.

<sup>13</sup> García, F. J. (2018). Third-party funding as exploitation of the investment treaty system. *Boston College Law Review*, 59, 2911, p. 2930; García, F. J. (2018, 30 de julio). Argumentos contra el financiamiento por terceros en el arbitraje de inversión. *Investment Treaty News*, 9(2), 7–9. Extraído de <https://www.iisd.org/itn/es/2018/07/30/the-case-against-third-party-funding-in-investment-arbitration-frank-garcia>

<sup>14</sup> 35<sup>ta</sup> Sesión del Grupo de Trabajo III, grabaciones de audio (2018, 25 de abril). Extraído de <https://icms.unov.org/CarbonWeb/public/uncitral/speakerslog/a2ad492b-22e9-497c-93c8-4be3130e9978>; 37<sup>ma</sup> Sesión del Grupo de Trabajo III, grabaciones de audio (2019, 1 de abril). Extraído de <https://icms.unov.org/CarbonWeb/public/uncitral/speakerslog/9e4160d4-6cef-4de6-83c0-d9c4645bf253>

<sup>15</sup> Acuerdo de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre la República Argentina y los Emiratos Árabes Unidos, firmado el 16 de abril de 2018, aún no en vigencia, Art 24. Extraído de <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bilateral-investment-treaties/3819/argentina---united-arab-emirates-bit-2018->

<sup>16</sup> 31 USC § 3727 (Ley de los Estados Unidos para la Anti-Asignación de Demandas).



## ARTÍCULO 2

# Anti-Soborno en TBI: Cómo una prohibición de corrupción en los FIPA canadienses puede aportar un estándar mínimo de conducta para los inversores canadienses en el extranjero

Matthew A. J. Levine



En septiembre de 2015, las Naciones Unidas lanzaron los ODS. El ODS 16, “Paz, Justicia e Instituciones Sólidas”, incluye compromisos para luchar contra la corrupción, aumentar la transparencia y abordar los flujos financieros ilícitos. Más aun, se reconoce ampliamente que sin una acción significativa para reducir la corrupción, es probable que el progreso de los ODS sea limitado.

Es este contexto, en mi resumen de políticas publicado recientemente examino cuatro iniciativas jurídicas canadienses contra la corrupción de funcionarios extranjeros: (1) una intensificación en la aplicación de la prohibición de sobornos extranjeros de Canadá; (2) el desarrollo de normas de cumplimiento anti-soborno a un nivel de las empresas; (3) la implementación de transparencia en el pago obligatorio de los inversores en industrias extractivas; y (4) la agenda progresiva de comercio (e inversión). El resumen de políticas argumenta que simplemente prohibir la corrupción transfronteriza a nivel del derecho penal resulta insuficiente y que este enfoque diversificado es promisorio pero incompleto.<sup>1</sup>

Este artículo se enfoca en el cuarto componente de un enfoque diversificado: la necesidad de garantizar que los tratados de inversión de Canadá contribuyan a combatir la corrupción. Primero investigué el programa de Acuerdos de

Promoción y Protección de la Inversión Extranjera (FIPA, por sus siglas en inglés) de Canadá. Entonces, introduje la “Crítica de Asimetría” de los AII y el panorama jurídico inestable que ha sido el resultado de la falta de orientación en los tratados sobre cómo los tribunales deberían abordar la corrupción. En la tercera sección, hago una revisión de los avances recientes para lograr una norma anti-corrupción obligatoria tanto en la práctica de tratados de Canadá como en la de otros Estados.

## 1. Programa de FIPA de Canadá

Los tratados de inversión de Canadá incluyen los FIPA así como los TLCs que contienen capítulos de inversión. Canadá comenzó a negociar FIPA a fines de la década de 1980, lo que resultó en seis FIPA de primera generación enfocados geográficamente en Europa del Este. Un enfoque más sistemático a los FIPA surgió a raíz del TLCAN. En base al Capítulo 11 del TLCAN, Ottawa desarrolló un primer Modelo de FIPA, el cual fue utilizado en negociaciones durante el resto de la década. Más de dos docenas de AII fueron celebrados durante esta segunda generación. Una tercera generación comenzó en 2004 con la publicación de un segundo Modelo de FIPA.

A partir de mayo de 2019, el Gobierno canadiense enumera 38 FIPA en vigor<sup>2</sup>. El Modelo de FIPA de Canadá no ha sido actualizado formalmente desde 2004, pero se entiende que los cambios a dicho modelo fueron realizados de manera ad hoc y periódica. En particular, los FIPA y los TLCs firmados a finales de la tercera generación —entre 2013 y 2016— incluyen lenguaje anti-corrupción dentro de una disposición exhortatoria sobre RSE.<sup>3</sup>

<sup>2</sup> <https://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/index.aspx?lang=eng>

<sup>3</sup> Brower, C. N., & Ahmad, J. (2019). The state's corruption defence, prosecutorial efforts, and anti-corruption norms in investment treaty arbitration. En K. Yannaca-Small (Ed.). (2019). *Arbitration under international investment agreements: A guide to the key issues*. Oxford: Oxford University Press. Artículo 16 del FIPA entre Canadá y Burkina Faso; Artículo 16 del FIPA entre Canadá y Guinea; Artículo 16 del FIPA entre Benin y Canadá; Artículo 10.16 del TLC entre Canadá y Honduras; Artículo 8.16 del TLC entre Canadá y la República de Corea; Artículo 15(2) del FIPA entre Canadá y Costa de Marfil; Artículo 16 del FIPA entre Canadá y Serbia; Artículo 16 del FIPA entre Canadá y Nigeria; Artículo 15(3) del FIPA entre Canadá y Mali; Artículo 14 del FIPA entre Canadá y Mongolia; Artículo 16 del FIPA entre Canadá y Senegal; Artículo 16 del FIPA entre Canadá y Kosovo. Todos los acuerdos están disponibles en <https://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/index.aspx?lang=eng>

<sup>1</sup> Levine, M. A. J. (2019, junio). *Canadian initiatives against bribery by foreign investors*. IISD: Winnipeg. Extraído de <https://iisd.org/library/canadian-initiatives-against-bribery-foreign-investors>



Se sabe que más de 50 arbitrajes entre inversionistas y Estados fueron presentados por inversores canadienses desde mayo de 2019<sup>4</sup>. Surgieron inquietudes particulares con respecto al desarrollo sostenible ya que muchas de estas demandas conciernen medidas de protección ambiental o de manejo de recursos aplicadas a proyectos de extracción minera e hidrocarburos.

Después de las elecciones de 2015, se supone que el enfoque de Canadá a los temas de inversión se encuentra guiado por la “Agenda de Comercio Progresivo incluyendo temas de inversión”<sup>5</sup>. Entre mediados de agosto y fines de octubre de 2018, el Gobierno canadiense realizó consultas sobre cómo hacer que sus FIPA sean más progresivos e inclusivos<sup>6</sup>, con la participación de más de 350 canadienses<sup>7</sup>. Sin embargo, hasta la fecha el gobierno no ha indicado cómo los FIPA y TLC canadienses serán “progresivos” más allá de la teoría, ya que no están disponibles los detalles de las intenciones del gobierno después de las consultas.

## 2. La “Crítica de Asimetría” del derecho internacional de las inversiones

Este enfoque histórico a los acuerdos de inversión es caracterizado por su asimetría: los inversores extranjeros son otorgados derechos sin ser acompañados por obligaciones, mientras que los Estados receptores aceptan obligaciones sin ser acompañadas por derechos. Yackee brindó una descripción lúcida de esta Crítica de Asimetría con un enfoque particular en la corrupción<sup>8</sup>. Más recientemente, Viñuales respondió a la Crítica de

Asimetría propugnando una versión modificada y basada en un “cambio de mentalidad” doctrinal impulsada por los tribunales.<sup>9</sup>

Hablando de una necesidad de cambiar la mentalidad, Llamzon describe de manera contundente el “ímpetu moral” que deriva de la “necesidad de que los inversores que solicitan reparación rindan cuentas por sus propios delitos”<sup>10</sup>. Sin embargo, también reconoce que los actuales tratados “comparativamente dan poca orientación a los árbitros sobre cómo los temas de corrupción deberían ser tratados frente a las protecciones brindadas a los inversores bajo estos tratados”<sup>11</sup>.

En este contexto, los tribunales recurren a un conjunto dinámico de “obligaciones implícitas”<sup>12</sup> para juzgar la conducta indebida del inversor. *World Duty Free vs. Kenia* brinda un ejemplo<sup>13</sup>. En ese caso el Estado receptor alegó en la etapa preliminar que el inversor había utilizado sobornos para asegurarse la inversión. El tribunal concluyó que no podía aceptar su jurisdicción bajo los acuerdos de arbitraje presentes en el contrato de inversión pertinente<sup>14</sup>. Sin embargo, la limitación básica del Enfoque de PPI es que depende de que, tanto el inversor como el Estado, sean inusualmente honestos sobre el pago de sobornos.

El resultado de basarse en obligaciones implícitas es descrito por uno de los profesionales como “[una] falta de claridad con respecto a la obligación implícita incipiente de que las inversiones deban actuar de conformidad con la ley [que] puede hacer que los inversores, Estados y tribunales no entiendan bien cuándo las protecciones sustantivas de un tratado de inversión deberían ser denegadas a un inversor”<sup>15</sup>.

<sup>4</sup> Mertins-Kirkwood, H. & Smith, B. (2019). *Digging for dividends: The use and abuse of investor-state dispute settlement by Canadian investors abroad*. Ottawa: Canadian Centre for Policy Alternatives. Extraído de <https://www.policyalternatives.ca/digging-for-dividends>. Este trabajo indica que al menos 43 casos han sido presentados por inversores canadienses bajo tratados que no son el TLCAN. Mientras tanto, según la UNCTAD, 15 arbitrajes fueron iniciados por inversores canadienses contra los Estados Unidos solamente bajo el Capítulo 11 del TLCAN. Véase <https://investmentpolicy.unctad.org>

<sup>5</sup> Esta terminología ha sido presentada por diplomáticos y políticos durante la renegociación del TLCAN (que llevó al USMCA o CUSMA), la negociación del CPTPP y, en cierto grado, la inclusión de un Tribunal Multilateral de Inversiones (MIC, por sus siglas en inglés) en el texto final del AECG.

<sup>6</sup> <https://www.international.gc.ca/trade-commerce/consultations/fipa-apie/index.aspx?lang=eng>

<sup>7</sup> <https://www.placespeak.com/en/topic/5788-public-consultation-canadas-international-investment-agreements-fipas/#/overview>. El IISD ha jugado un papel de liderazgo en reunir a las partes interesadas para identificar la manera en que un nuevo Modelo de FIPA podría contribuir a la inversión para el desarrollo sostenible. Véase IISD. (2018, julio). *Developing a progressive agenda for reform of international investment law: Canadian perspectives*. Extraído de <https://www.iisd.org/library/developing-progressive-agenda-reform-international-investment-law-canadian-perspectives>; IISD. (2018, noviembre). *Commentary: Reply to public consultation on Canada's international investment agreements (FIPAs)*. Extraído de <https://iisd.org/library/reply-public-consultation-canadas-international-investment-agreements-fipas>

<sup>8</sup> Yackee, J. W. (2011). Investment treaties and investor corruption: An emerging defense for host states. *Virginia Journal International Law*, 52, 723.

<sup>9</sup> Viñuales, J. E. (2017). Investor diligence in investment arbitration: Sources and arguments. *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, 32(2), 346–370, pág. 368.

<sup>10</sup> Llamzon, A. (2015). Yukos Universal Limited (Isle of Man) v The Russian Federation: The state of the ‘unclean hands’ doctrine in international investment law: Yukos as both omega and alpha. *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, 30(2), 315–325, pág. 316.

<sup>11</sup> Llamzon, A. P. (2014). *Corruption in International Investment Arbitration* (párrafos 238–281). Oxford University Press, párrafo 4.66.

<sup>12</sup> Llamzon (2015), nota 10 *supra*. Llamzon se refiere a obligaciones implícitas para las limitaciones que, según se cree, existen fuera del marco del texto del tratado.

<sup>13</sup> Véase Johnson, L. (2011). *World Duty Free vs. Kenia*. En N. Bernasconi-Osterwalder & L. Johnson (Eds.). *International investment law and sustainable development: Key cases from 2000–2010*. Ginebra: IISD. Extraído de <https://www.iisd.org/itn/es/2018/10/18/world-duty-free-v-kenya/>

<sup>14</sup> Este Enfoque a la PPI posee un largo historial en el arbitraje comercial internacional: Yackee (2011), nota 8 *supra*, traza el origen de esta doctrina contra el uso del arbitraje para ejecutar un contrato obtenido corruptamente, al Laudo del Juez Gunnar Lagergren de 1963 en el Caso de la CCI No. 1110.

<sup>15</sup> Moloo, R., & Khachaturian, A. (2010). The compliance with the law requirement in international investment law. *Fordham International Law Journal*, 34, 1473, pág. 1475.



El tribunal en *Metal-Tech vs. Uzbekistán* también tuvo que tratar el tema de sobornos del inversor. Se basó en la cláusula “de conformidad con la ley” del tratado de inversión subyacente concluyendo que la evidencia circunstancial, tal como “señales de alerta”, era suficiente para establecer que se habían utilizado sobornos para asegurarse la inversión<sup>16</sup>. (Tanto en *World Duty Free* como en *Metal-Tech* los tribunales internacionales dictaminaron en base a los hechos que hubo un comportamiento corrupto y, por lo tanto, su fallo no dependió de un resultado penal previo en el Estado receptor ni en el Estado de origen.)

Es preciso remarcar, sin embargo, que muchos tratados de inversión no contienen la cláusula “de conformidad con la ley”. Y, en todo caso, aunque el tratado incluya una disposición como tal, su eficacia al excluir las inversiones obtenidas a través de actos de corrupción depende de la legislación del Estado receptor. El punto más fundamental es que, considerando que el derecho canadiense prohíbe el soborno de funcionarios extranjeros<sup>17</sup>, los FIPA canadienses también deberían excluir las inversiones corruptas de su ámbito de protección independientemente de las particularidades jurídicas del Estado receptor.

### 3. Lenguaje de tratados mejorado: necesario si ha de haber un progreso gradual

Canadá ha tenido un progreso limitado en aclarar el panorama jurídico inestable discutido anteriormente. En esta sección se presenta este avance junto con otras iniciativas de negociación de tratados.

Las inversiones del AECG realizadas a través de actos de corrupción han sido explícitamente excluidas de la solución de controversias. El Artículo 8.18(3) del AECG establece que<sup>18</sup>:

Para mayor seguridad, el inversor no podrá presentar una demanda con arreglo a la presente Sección si la inversión se ha realizado mediante una declaración dolosa, ocultación, corrupción, o un comportamiento que equivalga a un recurso temerario.

Esto debería ser considerado cautelosamente como un paso en la dirección correcta. (El lenguaje del AECG aún debe ser interpretado por un tribunal arbitral).

Sin embargo, el FIPA entre Canadá y Moldova y el FIPA entre Canadá y Kosovo, firmados después de que el AECG fuera celebrado el 30 de octubre de 2016, no incluyen el lenguaje del Artículo 8.18 (3) del AECG<sup>19</sup>. Pese a que esto puede resultar sorprendente, probablemente refleja el hecho de que los negociadores canadienses han seguido operando conforme a su plantilla de negociación anterior y seguirá siendo así hasta que el Modelo de FIPA sea actualizado.<sup>20</sup>

En los dos FIPA celebrados después del AECG, el avance más significativo está fuera del texto del tratado, bajo la forma de una declaración conjunta<sup>21</sup>, sustancialmente idéntica en ambos casos y omite el tema de la corrupción. En el documento, los gobiernos “se comprometen a trabajar para hacer que las políticas internacionales de comercio e inversión sean más progresivas e inclusivas, para empoderar a todos los miembros de la sociedad – particularmente a la mujer, para que tenga un impacto positivo en el crecimiento económico, y ayudar a reducir la desigualdad y la pobreza.” También reafirman el derecho a regular para alcanzar objetivos de políticas legítimos y reconocen la necesidad de abordar algunos asuntos relacionados con la ISDS.

No está claro si y cuándo el nuevo Modelo de FIPA será publicado y comenzará a informar las negociaciones de Canadá. Tampoco está claro si el lenguaje del Artículo 8.18 (3) del AECG será incluido en el nuevo Modelo de FIPA, o si el Gobierno canadiense —que ahora opera bajo el lema de una Agenda de Comercio Progresivo— irá más allá al utilizar los FIPA para combatir la corrupción.

<sup>16</sup> Véase Schacherer, S. (2018, octubre). *Metal-Tech vs. Uzbekistán*. En Bernasconi-Osterwalder, N. & Brauch, M. D. (Eds.). *International investment law and sustainable development: Key cases from the 2010s*. Ginebra: IISD. Extraído de <https://www.iisd.org/itn/2018/10/18/metal-tech-v-uzbekistan>

<sup>17</sup> Levine (2019), nota 1 *supra*, Sección 5.0.

<sup>18</sup> Capítulo 8 (Inversiones), AECG, 30 de octubre, 2016. Artículo 8.18 (3). Extraído de [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:22017A0114\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:22017A0114(01))

<sup>19</sup> FIPA entre Canadá y Moldova, 12 de junio de 2018 (no está en vigencia). Extraído de <https://international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/moldova/fipa-apie/text-texte.aspx?lang=eng>; FIPA entre Canadá y Kosovo, 6 de marzo de 2018, en vigencia desde el 19 de diciembre de 2018. Extraído de <https://international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/kosovo/fipa-apie/text-texte.aspx?lang=eng>

<sup>20</sup> El 25 de mayo de 2018, Canadá y los Emiratos Árabes Unidos concluyeron las negociaciones de un FIPA. El texto del FIPA no está disponible actualmente. Véase [https://international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/united\\_arab\\_emirates-emirats\\_arabes\\_unis/fipa-apie/background-contexte.aspx?lang=eng](https://international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/united_arab_emirates-emirats_arabes_unis/fipa-apie/background-contexte.aspx?lang=eng)

<sup>21</sup> Declaración conjunta del Gobierno de Canadá y el Gobierno de la República de Moldova en torno al comercio y la inversión progresiva e inclusiva, 12 de junio de 2018. Extraído de <https://international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/moldova/fipa-apie/declaration.aspx?lang=eng>; Declaración conjunta del Gobierno de Canadá y el Gobierno de la República de Kosovo, 6 de marzo de 2018. Extraído de <https://international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/kosovo/fipa-apie/declaration.aspx?lang=eng>



El Gobierno canadiense debe garantizar que los FIPA empiecen a establecer un nivel mínimo de conducta del inversor aplicable a las corporaciones canadienses en el extranjero. A este respecto, el modelo de acuerdos de inversión de 2012 de la Comunidad de Desarrollo de África Austral (SADC, por sus siglas en inglés), el TBI entre Marruecos y Nigeria de 2016 y el modelo de TBI de los Países Bajos de 2018 son dignos de mención.

El modelo de la SADC formula una obligación compartido en cuanto a la corrupción que aplica a los inversores, los Estados receptores y los Estados de origen. La obligación principal a este respecto se deriva del enfoque que prohíbe los sobornos en la Convención de la UNCAC y de la OCDE. Se espera que la ejecución de dicha prohibición sea llevada a cabo por las autoridades nacionales, y que la violación de la misma debería viciar toda jurisdicción de los tribunales de inversión<sup>22</sup>. El vínculo del modelo de la SADC entre la aplicación por el Estado de origen (es decir, conservar la facultad para interponer acciones judiciales por asuntos relativos al derecho penal) y la exclusión de la jurisdicción de los tribunales de inversión con certeza amerita consideración.

El TBI entre Marruecos y Nigeria incorpora una serie de obligaciones para los inversores, incluyendo el cumplimiento de una verificación de la evaluación ambiental y una evaluación de impacto social<sup>23</sup>. Aun más, el Artículo 17 (Anti-Corrupción) establece reglas exhaustivas para prohibir los pagos corruptos a un funcionario o intermediario de un funcionario en el Estado receptor.<sup>24</sup>

Por último, el modelo de TBI de los Países Bajos<sup>25</sup> recientemente finalizado contiene una serie de cambios destinados a controlar el alcance de la protección de las inversiones e incorpora una mayor orientación en torno a la conducta del inversor. En particular, el modelo respeta lo establecido en el Art. 8.18 (3) del AECG y dispone que: “El Tribunal no debe admitir su jurisdicción si la inversión se ha realizado mediante una declaración

dolosa, ocultación, corrupción, o un comportamiento que equivalga a un recurso temerario”.<sup>26</sup>

## Conclusión

En el contexto de los ODS, la adopción gradual de un enfoque diversificado por parte de Canadá para combatir la corrupción transfronteriza resulta un hecho alentador. No obstante, hasta la fecha solo ha habido un reconocimiento mínimo de que las inversiones realizadas mediante actos de corrupción o de alguna manera teñidas por corrupción deben ser excluidas del ámbito de protección que otorgan los FIPA.

Sin embargo, esto está cambiando lentamente. En concordancia con la Crítica de Asimetría, hay un mayor reconocimiento de que los FIPA ya no pueden enfocarse únicamente en la protección de los inversores extranjeros. Después de la consulta de 2018 sobre los FIPA, el Gobierno canadiense debe, como mínimo, publicar un nuevo Modelo de FIPA, incluyendo un lenguaje de tratado obligatorio que excluya la protección de las inversiones teñidas por sobornos extranjeros y que aborde otros temas planteados por los canadienses, y lo utilice como guía para la negociación de FIPA de “cuarta generación”. Canadá también debe procurar renegociar los FIPA de antigua generación que ya están desactualizados.

Cuando se trata de soborno de funcionarios extranjeros, cualquier cosa menor a continuar con la práctica del AECG sería un paso en la dirección incorrecta. No solo se iría en contra de la retórica de la Agenda de Comercio progresivo del Gobierno canadiense sino que también contradiría el simple hecho jurídico de que se prohíba por ley que las corporaciones canadienses paguen sobornos a funcionarios de países extranjeros. De esta manera, Canadá puede dar el pequeño pero concreto paso de equilibrar el nivel mínimo de trato de los inversores que exige a los Estados receptores con el nivel mínimo de conducta del inversor por parte de las corporaciones canadienses en el extranjero.

## Author

**Matthew A. J. Levine** es abogado canadiense (Barrister & Solicitor, Sociedad de Derecho de Ontario). Aparte de tratar asuntos relativos al derecho societario nacional, su práctica incluye la formulación e implementación de programas de cumplimiento anti-corrupción anti-sobornos (ABAC) bajo la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero (FCPA, por sus siglas en inglés) de los Estados Unidos y la Ley de Corrupción de Funcionarios Públicos Extranjeros (CFPOA, por sus siglas en inglés) de Canadá.

<sup>22</sup> SADC. (2012, julio). *SADC model bilateral investment treaty template with commentary*. Gaborone: SADC, Artículos 10.1–10.3 y el comentario en la pág. 32. Extraído de <http://www.iisd.org/itn/wp-content/uploads/2012/10/SADC-Model-BIT-Template-Final.pdf>

<sup>23</sup> TBI entre Marruecos y Nigeria, 3 de diciembre de 2016, Artículos 14(1) y 14(2). Extraído de <https://investmentpolicyhub.unctad.org>

<sup>24</sup> Id., Artículo 17.

<sup>25</sup> Para consultar una revisión global del borrador del texto, véase Verbeek, B.-J. & Knottnerus, R. (2018, julio). El Borrador del Modelo de TBI Holandés de 2018: Una evaluación crítica. *Investment Treaty News*, 9(2), 3–6. Extraído de <https://www.iisd.org/itn/es/2018/07/30/the-2018-draft-dutch-model-bit-a-critical-assessment-bart-jaap-verbeek-and-roeline-knottnerus>. El Gobierno holandés adoptó el modelo de TBI el 19 de octubre de 2018.

<sup>26</sup> Modelo de Acuerdo de Inversión de los Países Bajos, 19 de octubre de 2018, Artículo 16(2). Extraído de <https://www.rijksoverheid.nl/binaries/rijksoverheid/documenten/publicaties/2018/10/26/modeltekst-voor-bilaterale-investeringsakkoorden/modeltekst-voor-bilaterale-investeringsakkoorden.pdf>



## ARTÍCULO 3

## Saga sobre Energías Renovables en España: Lecciones para el derecho internacional de las inversiones y el desarrollo sostenible

Isabella Reynoso



Los AII y el régimen de ISDS que los acompaña a menudo son elogiados como indispensables para promover la IED en los países y que, por lo tanto, ayudan al desarrollo sostenible. Los AII brindan a los inversores extranjeros protecciones amplias y vagas, las cuales son luego interpretadas y aplicadas por los árbitros a través del régimen de ISDS. Los árbitros en materia de inversión son por lo tanto vitales para definir la relación entre el derecho internacional de las inversiones y el desarrollo sostenible. Dado que el régimen ofrece a los árbitros poca orientación y responsabilidad, crea oportunidades para que las protecciones de los tratados sean aplicadas de manera incoherente y arbitraria. El resultado es un sistema contaminado por la falta de certeza que está constriñendo el espacio de políticas de los países, y consecuentemente, obstaculizando el desarrollo sostenible. Los casos sobre energías renovables iniciados contra España son el primer ejemplo de los problemas que el régimen de ISDS puede presentar para el desarrollo sostenible en el sector energético específicamente.

### Arbitrajes sobre energías renovables contra España: antecedentes y laudos publicados

En 2007, España implementó un número de medidas regulatorias con el fin de incentivar la inversión en energías renovables. Sin embargo, debido al gran éxito del programa, el déficit tarifario y las consecuencias

de la crisis financiera, España adoptó algunas medidas desde 2010 en adelante, por medio de las cuales revocó algunas características de las regulaciones originales. Como resultado, aproximadamente se han iniciado 40 arbitrajes contra España<sup>1</sup>. El tema clave del primero de los cuatro laudos finales emitido públicamente involucra la aplicación del estándar de TJE y expectativas legítimas.<sup>2</sup>

*Charanne vs. España*<sup>3</sup>, el primer laudo que fue publicado (2016), involucra a inversores que poseían instalaciones fotovoltaicas en España<sup>4</sup>. Argumentaron que los cambios en el marco regulatorio especial generaron inestabilidad y falta de claridad, lo cual violó sus expectativas legítimas, contraviniendo el Artículo 10(1) del TCE. El tribunal desestimó ambas demandas, fallando a favor de España.<sup>5</sup>

En 2017, el tribunal del caso *Eiser vs. España* falló a favor de los inversores en tres plantas de energía solar concentrada<sup>6</sup>. A diferencia de *Charanne*, argumentaron que por medio de una serie de regulaciones posteriores, desde 2012 a 2014, se violaron sus derechos bajo el TCE, devaluando significativamente sus inversiones y forzando a sus filiales españolas a entrar en una negociación para la restructuración de su deuda. El tribunal falló a favor de los inversores.

<sup>1</sup> Cosbey, A. (2017, abril). *Can investor-state dispute settlement be good for the environment?* Extraído de <http://www.iisd.org/library/can-investor-state-dispute-settlement-be-good-environment>

<sup>2</sup> Hendel, C. (2017, 27 de julio). *Squaring the circle: Reconciling the conflicting awards in the Eiser and Isolux Spanish renewable cases (Part I).* *Kluwer Arbitration Blog*. Extraído de <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/07/27/squaring-circle-reconciling-conflicting-awards-eiser-isolux-spanish-renewable-cases-part/>

<sup>3</sup> *Charanne and Construction Investments vs. España*, Caso de la CCE No. V 062/2012, Laudo, 21 de enero de 2016. Extraído de <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7047.pdf>

<sup>4</sup> *Ibid.*, párrafo 5.

<sup>5</sup> *Ibid.*, párrafos 280, 283–284.

<sup>6</sup> *Eiser Infrastructure Ltd. y Energía Solar Luxembourg vs. España*, Caso del CIADI No. ARB/13/36, Laudo, 4 de mayo de 2017. Extraído de [https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8798\\_0.pdf](https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8798_0.pdf); Véase también Schacherer, S. (2018, 18 de octubre). *Eiser vs. España*. En N. Bernasconi-Osterwalder y M. D. Brauch. (Eds.) *International investment law and sustainable development: Key cases from the 2010s*. Extraído de <https://www.iisd.org/itn/2018/10/18/eiser-v-spain>; Issac, G. (2017, 26 de septiembre). *Inversores triunfan sobre España en una demanda por reparación regulatoria para energías limpias*. *Investment Treaty News*, 8(3), 17–18. Extraído de <https://www.iisd.org/itn/es/2017/09/26/investors-triumph-over-spain-claim-concerning-spains-regulatory-overhaul-for-clean-energy-gladwin-issac>



*Isolux vs. España*<sup>7</sup> —el cual fue decidido primero, pero publicado después de que los casos *Charanne* y *Eiser* se hicieran públicos— fue en muchos aspectos una suerte de caso complementario de *Charanne*, ya que fue iniciado por inversores similares, participó la misma defensa y cada parte designó a los mismos co-árbitros. Tal como en *Eiser*, *Isolux* impugnó las regulaciones promulgadas desde 2012 a 2014. El inversor reclamó que España atrajo su inversión con la promesa de mantener las tarifas reguladas a largo plazo para la producción de energía fotovoltaica bajo un régimen especial, y que, al luego revocarlas, violó el Artículo 10 del TCE. El tribunal falló a favor de España.

En febrero de 2018, el tribunal del caso *Novenergia vs. España* ordenó a España el pago de EUR 53 millones a un fondo de Luxemburgo que había invertido en plantas fotovoltaicas en dicho país<sup>8</sup>. La demanda en el caso *Novenergia* se relacionaba con las mismas reformas de 2012–2014 al igual que en los casos *Eiser* e *Isolux*.

Pese a que las mismas reformas suscitaban las controversias antes mencionadas, una observación más profunda de la interpretación y aplicación del estándar de TJE por los tribunales en cada laudo revela las incoherencias que el régimen de ISDS puede generar. Los laudos reflejan cuatro temas específicos, los cuales son explorados en el presente ensayo.

## 1. Falta de claridad en cuanto a si un inversor posee expectativas legítimas y, de ser así, de qué

No hay una interpretación coherente sobre lo que da lugar a las expectativas legítimas de un inversor de que un marco regulatorio seguirá inmutable. Es cierto que no puede inferirse que alguno de los cuatro laudos deniegue el derecho del Estado (y la obligación) de regular (y re-regular). Tampoco sugieren que el derecho de un

Estado a regular sea ilimitado. Además, todos los laudos reconocen que España tenía cierto tipo de obligación de respetar las expectativas legítimas del inversor. En este punto, sin embargo, los tribunales no coincidieron en su forma de proceder.

En *Charanne*, los inversores alegaron que el marco regulatorio establecido por España antes de la crisis del 2008 los indujo a invertir en España, y generó expectativas de que los términos no serían alterados. Sin embargo, el tribunal concluyó que este marco no podría generar expectativas legítimas ya que los documentos no eran los suficientemente específicos. A partir del laudo *Charanne*, puede inferirse cualquier otra cosa que no sea una cláusula de estabilización o compromiso específico hacia los inversores especificando que el marco regulatorio se mantendrá inalterable no alcanzaría para crear una expectativa como tal.<sup>9</sup>

En *Novenergia*, al contrario del caso *Charanne*, el tribunal sostuvo que tales expectativas “surgen naturalmente de compromisos y garantías” otorgados por el Estado (párrafo 650). No es necesario que sean compromisos específicos tales como cláusulas de estabilización contractuales —la conducta estatal que objetivamente cree tales expectativas resulta suficiente<sup>10</sup>. *Novenergia* tenía derecho a plantear expectativas legítimas ya que el régimen de 2007 se basó en declaraciones de funcionarios de la Cámara de Diputados, así como en los documentos de marketing de España los cuales, según el tribunal, constituían una “carnada”.<sup>11</sup>

A diferencia del caso *Charanne*, el tribunal de *Novenergia* se refería a la expectativa legítima de que las regulaciones que incentivaron a los inversores no serían *radicalmente* alteradas. No obstante, no hizo una distinción entre esta prueba y la que se articuló en el caso *Charanne*. La decisión de *Charanne* implica que la expectativa legítima de que un Estado no actuará de manera no razonable o desproporcionada al momento de regular está contenida en el estándar de TJE, pese a cualquier declaración realizada por el Estado. El laudo de *Novenergia* parece aplicar el análisis del caso *Charanne* para determinar si los inversores tenían el derecho de esperar que la legislación no fuera *radicalmente* alterada.

La discrepancia sobre la manera en que ambos

<sup>7</sup> *Isolux Netherlands, BV vs. el Reino de España*, Caso de la CCE V2013/153, Laudo Final, 17 de julio de 2016. Extraído de <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9219.pdf>; Véase también Arietti Lopez, C. M. (2017, 26 de septiembre). Todas las demandas presentadas por Isolux Infrastructure Netherlands contra España son desestimadas. *Investment Treaty News*, 8(3), 13–14. Extraído de <https://www.iisd.org/itn/es/2017/09/26/all-claims-by-isolux-infrastructure-netherlands-against-spain-are-dismissed-isolux-infrastructure-netherlands-v-spain-scc-case-v2013-153-claudia-maria-arietti-lopez>

<sup>8</sup> *Novenergia II - Energy & Environment (SCA) (Gran Ducado de Luxemburgo), SICAR vs. El Reino de España*, Caso de la CCE No. 2015/063, Laudo Final, 15 de febrero de 2018. Extraído de <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9715.pdf>. Véase también Issac, G. (2018, 30 de julio). Se otorgan EUR 53,3 millones a un fondo de Luxemburgo por violación de TJE a raíz de recorte de programa de incentivos para energías renovables por España. *Investment Treaty News*, 9(2), 28–29. Extraído de <https://www.iisd.org/itn/es/2018/07/30/luxembourg-fund-awarded-eur-53-3-million-for-fet-breach-arising-out-of-spains-curtailed-of-renewable-energy-incentive-schemes>

<sup>9</sup> *Charanne*, nota 3 *supra*, párrafo 504.

<sup>10</sup> *Novenergia*, nota 8 *supra*, párrafo 650; Power, R. (2018, 20 de marzo). *Novenergia v. Kingdom of Spain, the ECT and the ECJ: Where to now for intra-EU ECT claims? Kluwer Arbitration Blog*. Extraído de <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/03/20/novenergia-v-kingdom-of-spain>

<sup>11</sup> *Novenergia*, nota 8 *supra*, párrafo 674.



tribunales abordaron el análisis de las expectativas legítimas de un inversor torna difícil que un Estado pueda anticipar los límites dentro de los cuales las declaraciones y publicidades serán juzgadas en caso de surgir una controversia.

## 2. Enfoques diferentes y falta de razonamiento sobre si los cambios regulatorios de España eran razonables

El tribunal del caso *Eiser* a nivel general no expuso un análisis sobre qué expectativas legítimas del inversor estaban o podrían haber estado fundadas en particularidades del caso. En cambio, el tribunal directamente se avocó a considerar cómo España podría haber violado el estándar de TJE independientemente de cualquier compromiso específico, en virtud del cual actuó de manera no razonable al momento de regular, un tema que los tribunales de los casos *Charanne*, *Isolux* y *Novenergia* también procedieron a considerar<sup>12</sup>. Este enfoque pone en relieve el segundo tema predominante en todos los laudos: la falta de coherencia al momento para decidir si los cambios regulatorios de España eran razonables.

Cada tribunal difirió al explicar a qué se refería por “razonabilidad”. El tribunal de *Isolux* simplemente señaló que el estándar de razonabilidad requiere que la conducta estatal tenga una relación lógica con alguna política razonable<sup>13</sup>. Por otro lado, el tribunal de *Charanne* examinó el tema en mayor profundidad y brindó un umbral detallado y bastante elevado. Primero señaló que consideraría si las medidas de España eran irrazonables, desproporcionadas o contrarias al interés público<sup>14</sup>. En cuanto a la proporcionalidad, consideró que estos criterios quedarían satisfechos siempre que los cambios no fueran caprichosos o innecesarios y que no lleguen a suprimir de manera repentina e imprevisible las características esenciales del marco regulatorio existente<sup>15</sup>. En *Novenergia*, sin embargo, el tribunal aplicó una prueba similarmente reducida estableciendo que el estándar de TJE protege a los inversores de un cambio “radical o fundamental” de la legislación en lugar de un cambio simplemente “irrazonable o desproporcionado”, tal como fue señalado en *Charanne*<sup>16</sup>. El tribunal de *Novenergia* no definió los límites de la prueba propuesta, lo cual mostró aun otra fuente de incertidumbre para los

Estados. Además, pese a que el tribunal de *Eiser* sostuvo que España había actuado de manera irrazonable y violó el TJE, no brindó ninguna información sobre cómo estaba juzgando la razonabilidad de las medidas de España. Esto explica por qué España recientemente ha solicitado la anulación de la decisión, basándose en que no se detallaron las razones y alegando un exceso de poder manifiesto.<sup>17</sup>

Los tribunales tampoco coincidieron en su análisis de las disposiciones impugnadas. El tribunal de *Eiser* prestó una atención desproporcionada al impacto económico de las regulaciones sobre la inversión. Comenzó realizando una diferencia con el caso *Charanne* en base a que las medidas tuvieron un efecto menos dramático para los demandantes del caso *Charanne* (pérdidas por aproximadamente el 10 por ciento) que para los del caso *Eiser* (pérdidas de más del 60 por ciento)<sup>18</sup>. El tribunal de *Eiser* describió el impacto negativo de las medidas impugnadas sobre la inversión en varias páginas, destacando que las nuevas medidas de España privaron a las demandantes de esencialmente todo el valor de su inversión.<sup>19</sup>

El impacto económico de una medida no debería ser ignorado por completo. Sin embargo, se trata de un elemento que generalmente es considerado en demandas de expropiación y en rara ocasión como un elemento de la prueba para establecer una violación del estándar de TJE. La decisión del tribunal de *Eiser* de ignorar la demanda de expropiación y enfocarse en el TJE podría haber llevado a hacer demasiado hincapié en el impacto negativo de las medidas y una falta de análisis sobre si las medidas eran razonables.

## 3. Conclusiones incoherentes de diferentes tribunales al considerar exactamente las mismas regulaciones

El tercer tema es que *Eiser* e *Isolux* difieren en su conclusión sobre si las mismas disposiciones eran razonables, y ninguno de los dos tribunales brindó una explicación satisfactoria de sus conclusiones.

En *Isolux*, el tribunal primero sostuvo que “la conducta del Estado fue una política racional que era, guste o no guste, la de proteger al consumidor”<sup>20</sup>, sin brindar ninguna otra explicación sobre por qué este era el caso.

<sup>12</sup> *Eiser*, nota 6 *supra*, párrafos 513–516.

<sup>13</sup> *Isolux*, nota 7 *supra*, párrafo 822.

<sup>14</sup> *Charanne*, nota 3 *supra*, párrafo 515.

<sup>15</sup> *Ibid.*, párrafo 517.

<sup>16</sup> *Novenergia*, nota 8 *supra*, párrafo 681.

<sup>17</sup> Power (2018), nota 10 *supra*.

<sup>18</sup> *Eiser*, nota 6 *supra*, párrafo 368.

<sup>19</sup> *Ibid.*, párrafo 418.

<sup>20</sup> *Isolux*, nota 7 *supra*, párrafo 823 (traducido por la autora).



A su vez, el tribunal del caso *Eiser* señaló que el nuevo sistema se basó en supuestos muy diferentes, y empleó un enfoque normativo nuevo y nunca probado, todo con el objeto de reducir de manera significativa los subsidios otorgados a las plantas existentes<sup>21</sup>, pero no explicó cómo estaba juzgando la “razonabilidad” de los cambios regulatorios, por qué el nuevo régimen era irrazonable y en qué basó su razonamiento. Su otro debate sobre si España dio indicios de que iría a cambiar la tasa de retorno razonable y si el estándar utilizado (el cual dependía de si una planta era “eficiente”) era común o no, no arrojó ninguna orientación o claridad a este respecto.

Partiendo de este análisis no parecía que las medidas de España fueran discriminatorias ni que hayan sido aplicadas de manera arbitraria o irrazonable. En un punto, el tribunal de *Eiser* reconoce las dificultades económicas de España y acepta que tuvo que implementar las medidas para superar su déficit tarifario<sup>22</sup>. Sin embargo, parece sugerir que una política más razonable habría sido la de permitir que las plantas ineficientes recibieran la misma tasa de retorno que las eficientes, pese al claro riesgo moral que esto generaría.

Si uno está de acuerdo con el resultado ya sea del caso *Eiser* o de *Isolux*, la falta de un razonamiento profundo en ambas decisiones es poco satisfactorio, y la discrepancia resultante es preocupante.

#### 4. Falta de un mecanismo de apelación para corregir las incoherencias

Pese a que los tribunales de *Charanne* e *Isolux* sí brindan cierta orientación sobre la cuestión de las expectativas legítimas, la opinión disidente del árbitro Tawil en el laudo tanto de *Isolux* como de *Charanne* destaca el gran potencial de que surjan incoherencias del actual régimen de ISDS. En *Charanne*, Tawil coincidió con la mayoría sobre el asunto relativo a la jurisdicción del tribunal y compartió la opinión de que España no expropió indirectamente la inversión de las demandantes. Sin embargo, opinó que las expectativas legítimas podrían generarse en otras situaciones, aunque no haya un compromiso específico<sup>23</sup>. También expresó que el programa original estaba diseñado para incentivar a los inversores y que estaba dirigido a un grupo específico

de inversores, y que esto era suficiente para demostrar expectativas legítimas por parte de las demandantes<sup>24</sup>. Sobre esta base, declaró que no parecía ser legalmente aceptable reconocer la potestad del Estado receptor para modificar o eliminar el beneficio sin otorgar compensación<sup>25</sup>. Este árbitro también disintió con la decisión del caso *Isolux* por las mismas razones.

**"Eiser e Isolux difieren en su conclusión sobre si las mismas disposiciones eran razonables, y ninguno de los dos tribunales brindó una explicación satisfactoria de sus conclusiones."**

De hecho, las opiniones disidentes en las decisiones judiciales son muy comunes y en la mayoría de los casos se relacionan con algunos de los aspectos más complejos y ambiguos del derecho. Sin embargo, el aspecto preocupante de la opinión disidente de Tawil es que, a diferencia de la mayoría de las controversias judiciales, los laudos en torno al régimen de ISDS no están limitados por precedentes o responsabilidad impuesta por la capacidad de apelar una decisión. La opinión de Tawil demuestra que, si el tribunal estuviera constituido por otro árbitro con opiniones similares, las decisiones de *Charanne* e *Isolux* habrían ido en la dirección opuesta. No hay manera de que el Estado pueda anticipar una posibilidad como tal al momento de instituir cambios regulatorios.

#### ¿La ISDS es compatible con el desarrollo sostenible?

Pese a no haber lecciones concluyentes a partir de estos laudos, sí se destacan algunos de los principales problemas presentes en el actual régimen de ISDS. Su naturaleza ad hoc torna extremadamente difícil para los Estados anticiparse cuando intentan regular o re-regular sobre asuntos vitales de políticas. Como resultado de la incertidumbre o arbitrariedad que rodea la interpretación de estándares esenciales del régimen de ISDS, existe el riesgo de un

<sup>21</sup> *Eiser*, nota 6 *supra*, párrafo 391.

<sup>22</sup> *Ibid.*, párrafo 371.

<sup>23</sup> *Charanne and Construction Investments vs. España*, Caso de la CCE No. V 062/2012, Opinión Disidente del Prof. Guido Santiago Tawil, 21 de enero, 2016, p. 4–5. Extraído de [https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7048\\_0.pdf](https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7048_0.pdf)

<sup>24</sup> *Ibid.*, p. 9.

<sup>25</sup> *Ibid.*, p. 11.



denominado enfriamiento regulatorio: los Estados pueden abstenerse de realizar cambios regulatorios al momento de considerar el riesgo de un arbitraje costoso y embarazoso<sup>26</sup>. Esto es mortal para los Estados que persiguen objetivos de desarrollo sostenible, lo cual requiere que los Estados puedan regular libremente.

Varias partes interesadas han argumentado que la mejor manera de contrarrestar estos problemas es instituir a un solo tribunal o corte de inversión, el cual podría establecer estándares jurídicos particulares aplicables a casos similares<sup>27</sup>. Esto permitiría a los Estados determinar fácilmente un parámetro para sus cambios regulatorios, y los inversores podrían anticipar en qué casos sus pérdidas podrían ser compensadas. En sus TLCs recientes, la UE se ha alejado de los arbitrajes de inversión ad hoc prefiriendo un mecanismo de STI, compuesto por un tribunal de primera instancia y un tribunal de apelación<sup>28</sup>. La UE también posee directrices para negociar una convención para establecer un MIC<sup>29</sup>, el cual ha estado propugnando en el contexto del Grupo de Trabajo III de la CNUDMI sobre la reforma de la ISDS.<sup>30</sup>

Establecer un MIC puede resultar una solución atractiva para abordar las fallas del actual régimen de ISDS, al resolver algunas cuestiones procesales tales como la transparencia y la rendición de cuentas así como para garantizar el desarrollo de estándares legales claros que pueden ser aplicados de manera coherente en casos similares. Sin embargo, cualquier propuesta

de MIC debería abordar asuntos controvertidos tales como la manera en que los costos serán asignados, cómo serán los jueces designados y cómo los intereses de todas las partes interesadas serán representados. Los países en desarrollo ya se muestran insatisfechos con el régimen de ISDS debido a sus costos desorbitantes, y preocupación por la imparcialidad y la legitimidad del mismo. Por lo tanto un MIC que equilibre la flexibilidad necesaria para satisfacer a todas las partes interesadas mientras también ofrezca la previsibilidad que carece el actual régimen de ISDS, no se dará sin una dificultad importante.

**"Como resultado de la incertidumbre o arbitrariedad que rodea la interpretación de estándares esenciales del régimen de ISDS, existe el riesgo de un denominado enfriamiento regulatorio: los Estados pueden abstenerse de realizar cambios regulatorios al momento de considerar el riesgo de un arbitraje costoso y embarazoso."**

Los procesos internacionales tales como el Grupo de Trabajo III de la CNUDMI sobre la reforma de la ISDS deben ser aprovechados como oportunidades para fomentar la cooperación de todas las partes interesadas —incluyendo a los gobiernos, comunidades e individuos, y a los inversores<sup>31</sup>— para desarrollar soluciones para los problemas identificados en el régimen de la ISDS y para garantizar que no obstaculice el derecho de los Estados a regular para alcanzar los objetivos de desarrollo sostenible.

#### Author

**Isabella Reynoso** posee un LL.M. en Estudios Jurídicos Internacionales de NYU y un LLB de King's College London. Comenzará su Contrato de Formación en White & Case London en septiembre de 2019.

<sup>26</sup> IISD. (2012). *Investment treaties & why they matter to sustainable development: Questions and answers*. Winnipeg: IISD. Extraído de <https://www.iisd.org/library/investment-treaties-and-why-they-matter-sustainable-development-questions-and-answers>

<sup>27</sup> Véase, por ejemplo, Van Harten, G. (2008, 1 de septiembre). Commentary: A case for an international investment court. *Investment Treaty News*. Extraído de <https://www.iisd.org/itn/2008/08/07/commentary-a-case-for-an-international-investment-court>

<sup>28</sup> ITN. (2015, 26 de noviembre). Tribunal Internacional en materia de Inversiones propuesto por la Comisión Europea. *Investment Treaty News*, 6(4), 12. Extraído de <https://www.iisd.org/itn/es/2015/11/26/investment-court-system-proposed-by-european-commission>

<sup>29</sup> ITN. (2018, 24 de abril). Consejo de la Unión Europea adopta directrices de negociación: la Comisión de la UE negociará un convenio para establecer un tribunal multilateral de inversiones. *Investment Treaty News*, 9(1), 13. Extraído de <https://www.iisd.org/itn/es/2018/04/24/council-of-the-european-union-adopts-negotiating-directives-eu-commission-to-negotiate-a-convention-establishing-a-multilateral-investment-court/>

<sup>30</sup> Brauch, M. D. (2018, 21 de diciembre). La Reforma Multilateral de ISDS Es Deseable: Qué sucedió en la reunión de la CNUDMI en Viena y cómo prepararse para abril de 2019 en Nueva York. *Investment Treaty News*, 9(4), 4–7. Extraído de <https://iisd.org/itn/es/2018/12/21/multilateral-isds-reform-is-desirable-what-happened-at-the-uncitral-meeting-in-vienna-and-how-to-prepare-for-april-2019-in-new-york-martin-dietrich-brauch>

<sup>31</sup> IISD. (2017, marzo). *Reply to the European Commission's public consultation on a multilateral reform of investment dispute resolution*. Winnipeg: IISD. Extraído de <https://www.iisd.org/library/reply-european-commission-s-public-consultation-multilateral-reform-investment-dispute>



## ARTÍCULO 4

# Facilitación de Inversiones en la OMC: Un intento de introducir un tema controvertido en una organización en crisis

Sofía Baliño y Nathalie Bernasconi-Osterwalder



De los 164 miembros de la OMC, 70 han firmado formalmente los “debates estructurados” destinados a identificar qué temas y elementos podrían formar las bases de un marco multilateral para la **facilitación de inversiones** que podrían presentar en la 12ava Conferencia Ministerial de Kazajstán en junio de 2020. Los miembros están participando en este plan para cerrar la más reciente fase de trabajo, a fines de julio de 2019, la cual está enfocada en revisar ejemplos concretos de diferentes temas relativos a la facilitación de las inversiones que los miembros plantearon a lo largo del último año. En estos debates estructurados, las inversiones han recuperado protagonismo, un tema que posee una larga y compleja historia, pero que recién ha resurgido hace poco tiempo en el contexto de la OMC.

Describimos la manera en que la facilitación de las inversiones ha evolucionado en la OMC, desde los primeros días como el denominado “tema de Singapur” hasta la 11ma Conferencia Ministerial de Buenos Aires en diciembre de 2017 y los debates estructurados que se han desarrollado desde entonces.

## 1. De Singapur a Cancún: los intentos fallidos para desarrollar reglas multilaterales de inversión en la OMC

Cuando la OMC reemplazó el sistema GATT en enero de 1995, ya poseía dentro de sus reglas algunas disposiciones limitadas relativas a la inversión, incluyendo aquellas incorporadas en el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS) y descritas en

el Acuerdo sobre las Medidas en Materia de Inversiones Relacionadas con el Comercio (Acuerdo MIC). En la primera conferencia ministerial de la OMC en Singapur en 1996, los miembros establecieron grupos de trabajo encargados de examinar la relación entre el comercio y la inversión, el comercio y las políticas de competencia, la transparencia de la contratación pública y la facilitación del comercio.<sup>1</sup>

Estos temas de Singapur posteriormente fueron retomados en la Declaración Ministerial de Doha en 2001, la cual lanzó la Ronda Doha, donde los miembros se dedicaron a negociar las reformas en agricultura, acceso a los mercados para los productos no agrícolas, servicios y varios otros temas, mientras ponían las “necesidades e intereses de los miembros de países en desarrollo en el centro” de su trabajo<sup>2</sup>. Además de adoptar este programa de trabajo desarrollado en Doha, los ministros acordaron que las negociaciones sobre estos temas de Singapur comenzarían después de su Quinta Sesión. Los párrafos de la Declaración de Doha sobre inversiones se refieren a “las razones en favor de un marco multilateral destinado a asegurar condiciones transparentes, estables y previsibles para las inversiones transfronterizas a largo plazo, en particular las inversiones extranjeras directas, que contribuirá a la expansión del comercio, y la necesidad de potenciar la asistencia técnica y la creación de capacidad en esta esfera”.<sup>1,2</sup>

Finalmente, esa “Quinta Sesión” se convirtió en la Conferencia Ministerial de Cancún de 2003, uno de los fracasos de más alto perfil en la historia de la OMC, la cual se derrumbó en parte debido a un gran desacuerdo sobre si lanzar la negociación de los temas de Singapur, y de ser así cuáles. Después de días enteros de negociación, los ministros no pudieron acordar una

<sup>1</sup> OMC. (1996). *Declaración Ministerial de Singapur*. Extraído de [https://www.wto.org/spanish/thewto\\_s/minist\\_s/min96\\_s/wtodec\\_s.htm](https://www.wto.org/spanish/thewto_s/minist_s/min96_s/wtodec_s.htm)

<sup>2</sup> OMC. (2001). *Declaración Ministerial de Doha*. Extraído de [https://www.wto.org/spanish/thewto\\_s/minist\\_s/min01\\_s/mindecl\\_s.htm#tradeinvestment](https://www.wto.org/spanish/thewto_s/minist_s/min01_s/mindecl_s.htm#tradeinvestment)



declaración ni una opinión consensuada al cierre de la reunión<sup>3</sup>. En la reunión de julio de 2004 del Consejo General de la OMC se dejaron afuera todos los temas de Singapur excepto la facilitación del comercio, que fue incorporado en la Ronda de Doha.<sup>4</sup>

Este no fue el único esfuerzo para negociar un acuerdo multilateral de inversión. Las negociaciones a este respecto ya habían tenido lugar en la OCDE, las cuales también involucraban la participación de países no pertenecientes a la OCDE, pero finalmente fueron abandonadas en 1998.<sup>5</sup>

Mientras la inversión era omitida como un tema de negociación en la OMC en 2004, el panorama internacional en materia de protección y liberalización de las inversiones continuaba avanzando a través de TBIs y otros tratados con disposiciones de inversión. Estos tratados y regímenes similares de ISDS ahora enfrentan intensas críticas y pedidos de reforma.

Más recientemente, el tema de la facilitación de las inversiones ha atraído gran atención como otro aspecto del derecho y las políticas de inversión. La facilitación se encuentra en el centro del innovador modelo de tratados de inversión desarrollado por Brasil en 2015, el cual desde entonces ha servido como base de varios acuerdos negociados por este país sudamericano con otros socios<sup>6</sup>. El tema de la facilitación de inversiones también está siendo incorporado al trabajo de varias organizaciones internacionales, tales como la UNCTAD, la OCDE y el Banco Mundial<sup>7</sup>. En 2016, la UNCTAD lanzó su Menú de Acción Global para la Facilitación de las Inversiones.<sup>8</sup>

## 2. Nuevos intentos para incluir las inversiones en la OMC a través de la facilitación

El tema de la inversión comenzó a resurgir como área de interés para algunos miembros de la OMC, inicialmente dentro de dos coaliciones: MIKTA (México, Indonesia, Corea del Sur, Turquía y Australia) y Amigos de la Facilitación de Inversiones para el Desarrollo (FIFD, por sus siglas en inglés), donde participaron varios miembros de países en desarrollo. Estos dos grupos celebraron reuniones y talleres informales a lo largo de 2017 para discutir si y cómo la OMC podría ser un lugar para considerar las “medidas que los Miembros podrían tomar para facilitar las inversiones”.<sup>9</sup>

Ese esfuerzo llevó a la adopción de la Declaración Ministerial Conjunta sobre la Facilitación de las Inversiones para el Desarrollo en la 11era Conferencia Ministerial de Buenos Aires a fines de 2017, donde 70 miembros anunciaron el lanzamiento de “debates estructurados con el fin de desarrollar un marco multilateral de facilitación de las inversiones”. Para abordar las inquietudes de algunos miembros sobre el intento de desarrollar reglas multilaterales sobre liberalización y protección de las inversiones, el grupo aclaró que este trabajo excluiría el acceso al mercado, la protección de las inversiones y la ISDS.<sup>10</sup>

Pese a que la exclusión de la ISDS parece ser directa, la delimitación entre la facilitación de las inversiones por un lado, y el acceso al mercado y su protección por el otro es, a lo sumo, confusa, tanto que esta distinción sería difícil de implementar. De hecho, algunos temas que ya están siendo considerados en este contexto, y que podrían llevar a posibles disciplinas, tales como límites temporales obligatorios para las decisiones del gobierno sobre la admisión de inversiones propuestas, llevan directamente a cuestiones sobre acceso al mercado y la

<sup>3</sup> Bridges Daily Update. (2003, 15 de septiembre). *Cancun collapse: When there's no will there's no way*. Extraído de <https://www.ictsd.org/bridges-news/bridges/news/bridges-daily-update-6-cancun-collapse-where-theres-no-will-theres-no-way>

<sup>4</sup> OMC. (2004). *El paquete de julio de 2004*. Extraído de [https://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/dda\\_s/dda\\_package\\_july04\\_s.htm](https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dda_s/dda_package_july04_s.htm)

<sup>5</sup> Véase Drabek, Z. (1998). *A multilateral agreement on investment: Convincing the sceptics*. Extraído de [https://www.wto.org/english/res\\_e/reser\\_e/para9805.doc](https://www.wto.org/english/res_e/reser_e/para9805.doc); OCDE. *Multilateral agreement on investment*. Extraído de <https://www.oecd.org/investment/internationalinvestmentagreements/multilateralagreementoninvestment.htm>

<sup>6</sup> Véase Martins, J. H. V. (2017). Acuerdos de Cooperación y Facilitación de Inversiones (ACFI) de Brasil y últimos avances. *Investment Treaty News*, 8(2), 10–12. Extraído de <http://www.iisd.org/itn/es/2017/06/12/brazils-cooperation-facilitation-investment-agreements-cfia-recent-developments-jose-henrique-vieira-martins>; Bernasconi-Osterwalder, N., y Brauch, M. D. (2015). *Brazil's Innovative approach to international investment law*. Ginebra: IISD. Extraído de <https://www.iisd.org/blog/brazils-innovative-approach-international-investment-law>

<sup>7</sup> Véase Zhang, J. (2018, julio). *Investment facilitation: Making sense of concepts, discussions and processes*. Ginebra: IISD. Extraído de <https://www.iisd.org/library/investment-facilitation-making-sense-concepts-discussions-and-processes>

<sup>8</sup> UNCTAD. (2017, mayo). *Global action menu for investment facilitation*. Ginebra: UNCTAD. Extraído de <https://investmentpolicy.unctad.org/publications/148/unctad-global-action-menu-for-investment-facilitation>

<sup>9</sup> OMC. (2017, 21 de abril). *Proposal for a OMC informal dialogue on investment facilitation for development*. Extraído de [https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE\\_Search/FE\\_S\\_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=236954,236782,236668,236442,236189,236149,235960,235961,235962,235526&CurrentCatalogueIdIndex=6](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=236954,236782,236668,236442,236189,236149,235960,235961,235962,235526&CurrentCatalogueIdIndex=6)

<sup>10</sup> OMC. (2017, 13 de diciembre). *Declaración ministerial conjunta sobre la facilitación de las inversiones para el desarrollo*. Extraído de [https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE\\_Search/FE\\_S\\_S009-DP.aspx?language=S&CatalogueIdList=240870&CurrentCatalogueIdIndex=0](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-DP.aspx?language=S&CatalogueIdList=240870&CurrentCatalogueIdIndex=0). Los delegados listados en la declaración conjunta incluyen a Argentina, Australia, Benín, Brasil, Camboya, Canadá, Chile, China, Colombia, Costa Rica, El Salvador, la Unión Europea, Guatemala, Guinea, Honduras, Hong Kong, Japón, Kazajistán, Corea del Sur, Kuwait, la República Kirguiz, República Democrática Popular de Lao, Liberia, Macao, Malasia, México, Moldavia, Montenegro, Myanmar, Nueva Zelanda, Nicaragua, Nigeria, Pakistán, Panamá, Paraguay, Qatar, la Federación Rusa, Singapur, Suiza, Tayikistán, Togo y Uruguay.



capacidad de los gobiernos para evaluar las inversiones propuestas eficazmente antes de tomar una decisión.

Estos debates estructurados no son negociaciones formales, dado que lanzar negociaciones sobre nuevos temas dentro de la OMC requiere el consenso de todos sus miembros, tal como se estableció en la Conferencia Ministerial en Nairobi de 2015<sup>11</sup>. Aun así, incluso la exclusión de los temas más contenciosos en los debates estructurados no resultó suficiente para convencer a los 94 miembros de la OMC restantes para que se unieran a dicha etapa.

Los debates estructurados procuran principalmente identificar una serie de temas y elementos dentro de las áreas listadas en la declaración conjunta, es decir sobre la manera de garantizar la “transparencia y previsibilidad de las medidas de inversión; simplificar y agilizar los procedimientos y requisitos administrativos y aumentar la cooperación internacional, compartir información e intercambiar mejores prácticas y la relación con partes interesadas pertinentes, incluyendo la prevención de controversias.”

A lo largo de 2018, los participantes de la iniciativa conjunta se reunieron periódicamente para discutir temas que podrían ser considerados dentro de las áreas más amplias descritas en la declaración de Buenos Aires<sup>12</sup>. Esto llevó a la elaboración de una lista de verificación de 81-items para mayor examinación y su posible inclusión en un marco multilateral. Pese a reclamos de total transparencia en los debates, la lista completa ha sido dejada fuera del escrutinio público hasta la fecha<sup>13, 14</sup>. Desde entonces, los participantes han estado buscando y recopilando ejemplos concretos de medidas de facilitación de las inversiones que se encuentran descritas en la lista de verificación, esperando finalizar esta etapa a fines de julio.

El trabajo en curso de la iniciativa conjunta sobre facilitación de las inversiones no debería oscurecer cuan abiertamente controvertida es la iniciativa entre la membresía más amplia de la OMC, con varios miembros

—tales como Eswatini, Gambia, India, Sudáfrica, Uganda y Zimbabue<sup>15</sup>— argumentando que este tema recae fuera del mandato de la OMC y que cualquier negociación sobre temas nuevos, tal como se señaló en Nairobi, requerirá el consenso de todos los miembros lo cual podría tener importantes implicancias sistémicas. Varios miembros, particularmente algunos de países en desarrollo, han advertido que la energía dedicada a temas nuevos podría distraerlos de avanzar en las negociaciones sobre temas prioritarios de la agenda original de Doha.<sup>16</sup>

Los defensores de la facilitación de las inversiones en la OMC parecen considerar el éxito de negociar un Acuerdo sobre Facilitación del Comercio (AFC) como una prueba de que los miembros del organismo mundial del comercio pueden y deben utilizarlo como inspiración al negociar sobre ciertos “nuevos temas” —aun cuando el contexto de los AFC podría no aplicar—. El AFC es el único acuerdo multilateral completo adoptado desde la creación de la OMC, pese a que también requirió casi una década de negociación.<sup>17</sup>

Luego de una consideración minuciosa, los paralelismos entre la facilitación del comercio y la facilitación de las inversiones —aparte de las similitudes obvias por su nombre, y los antecedentes compartidos en términos de los temas de Singapur— son limitados en teoría y práctica. La facilitación del comercio comprende lo que les sucede a los bienes cuando cruzan las fronteras nacionales, donde las medidas del AFC se enfocan en temas tales como la liberación y el despacho de bienes. La facilitación de las inversiones, en comparación, va mucho más allá de asuntos fronterizos y se relaciona con el establecimiento y posterior operación de una empresa, lo cual posiblemente involucre a una amplia gama de asuntos regulatorios tales con medio ambiente, trabajo, protección del consumidor, competencia, transporte, anticorrupción, tributación, salud y seguridad, entre otros<sup>18</sup>. La experiencia con el AFC es por lo tanto un pilar inapropiado para promover el debate sobre la facilitación de las inversiones.

<sup>11</sup> OMC. (2015, 19 de diciembre). *Declaración ministerial de Nairobi*. Extraído de [https://www.wto.org/spanish/thewto\\_s/minist\\_s/mc10\\_s/mindecision\\_s.htm](https://www.wto.org/spanish/thewto_s/minist_s/mc10_s/mindecision_s.htm)

<sup>12</sup> OMC (2018, 2 al 4 de octubre). *OMC public forum: Trade 2030: Working session 29, Investment facilitation for development*. Notas de la sesión tomadas in situ, audio complementario disponible en línea en <https://www.wto.org/audio/pf18session29.mp3>

<sup>13</sup> Graduate Institute, German Development Institute (2019, 23 de mayo). *A multilateral framework on investment facilitation*. Extraído de <https://www.die-gdi.de/en/events/details/a-multilateral-framework-on-investment-facilitation>

<sup>14</sup> OMC. (2019). *Informal dialogue on investment facilitation for development*. Extraído de [https://www.wto.org/english/thewto\\_e/acc\\_e/ffd\\_feb2019\\_v1.pdf](https://www.wto.org/english/thewto_e/acc_e/ffd_feb2019_v1.pdf)

<sup>15</sup> Véase declaraciones disponibles en [https://www.wto.org/spanish/thewto\\_s/minist\\_s/mc11\\_s/mc11\\_plenary\\_s.htm](https://www.wto.org/spanish/thewto_s/minist_s/mc11_s/mc11_plenary_s.htm)

<sup>16</sup> OMC. (2017, 21 de julio). *Minuta de la reunión celebrada en Centre William Rappard el 10 y 18 de mayo de 2017*. Extraído de [https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE\\_Search/DDFDocuments/237843/q/WT/GC/M167.pdf](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/DDFDocuments/237843/q/WT/GC/M167.pdf)

<sup>17</sup> OMC. (2014). *El Paquete de Bali y las decisiones de noviembre de 2014*. Extraído de [https://www.wto.org/spanish/thewto\\_s/minist\\_s/mc9\\_s/balipackage\\_s.htm#trade\\_facilitation](https://www.wto.org/spanish/thewto_s/minist_s/mc9_s/balipackage_s.htm#trade_facilitation)

<sup>18</sup> Brauch, M. D., Mann, H. y Bernasconi-Osterwalder, N. (2019, enero). *Taller de la SADC-IISD sobre facilitación de las inversiones: Informe de la reunión celebrada del 21 al 23 de agosto de 2018 en Johannesburgo, Sudáfrica*, párrafos 4–5. Ginebra: IISD. Extraído de <https://iisd.org/library/sadc-iisd-investment-facilitation-workshop>



### 3. Facilitación de las inversiones y la gobernanza internacional

La historia antes mencionada indica que lanzar las negociaciones de inversión en la OMC enfrentaría tremendos desafíos y riesgos al utilizar recursos que podrían ser destinados a otras áreas, más urgentes. Lanzar las negociaciones de inversión también supondría el riesgo de dividir más a los miembros de la OMC en un momento donde el multilateralismo comercial ya se encuentra en crisis. Pero no solo por estas razones creemos que los gobiernos deberían abstenerse de emprender negociaciones de facilitación de inversiones. La OMC está a punto de desarrollar disciplinas vinculantes para regular el comercio. Pero el tema de la facilitación de inversiones a nivel internacional en cambio debería enfocarse en comprender mejor las necesidades, desarrollar estructuras cooperativas y aumentar las capacidades. Existen pocos estudios empíricos, si es que hay alguno, sobre qué iniciativas han tenido éxito y qué se necesita para facilitar las inversiones, y menos aun sobre facilitar las inversiones para el desarrollo sostenible, lo cual requiere inherentemente que el poder de decisión del gobierno sea ejercido<sup>19</sup>. En lugar de imponer requisitos para establecer ventanillas únicas o procesos de consulta, por ejemplo, los Estados deberían recibir apoyo técnico de agencias internacionales especializadas, tales como la UNCTAD<sup>20</sup> y la OCDE, para facilitar la inversión para fines de desarrollo sostenible a través de procesos de toma de decisiones informados, innovadores y eficientes.

Asimismo, la comunidad internacional debería preguntarse si introducir reglas multilaterales vinculantes en la cuestión más reducida de la facilitación de las inversiones en la OMC podría generar una duplicación y una mayor fragmentación de la gobernanza internacional en materia de inversiones. Ninguna otra área del derecho económico internacional se ha desarrollado de manera tan fragmentada como la inversión. Existen reglas de protección de las inversiones en los TBIs y TLCs; liberalización de la inversión en acuerdos regionales, TBIs y TLCs; solución de controversias de inversión en

la CNUDMI, el CIADI, TBIs y TLCs y otros tratados que contienen disposiciones de inversión; supervisión de políticas de inversión internacional, diálogo y capacitación en la UNCTAD; apoyo a la promoción y facilitación de las inversiones en la UNCTAD, la OCDE y el Banco Mundial; comercio y derechos humanos y conducta empresarial responsable en la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH) y la OCDE. Además, la inversión para el desarrollo sostenible está intrínsecamente vinculada a los ODSs bajo la Agenda 2030.

En lugar de apresurarse a desarrollar disciplinas en una organización que carece de conocimientos especializados sustantivos necesarios sobre inversión y ha luchado por cumplir con la parte de su mandato relacionada con el desarrollo sostenible a través de sus esfuerzos para formular reglas a este respecto, los Estados deberían considerar la mejor manera de estructurar la gobernanza internacional en materia de inversiones para avanzar hacia el desarrollo sostenible. Las reflexiones sobre la facilitación de inversiones conformarían un aspecto de un debate más amplio sobre la gobernanza internacional en materia de inversiones. Esto debería realizarse a través de un proceso inclusivo, abierto y accesible al público, posiblemente en las Naciones Unidas, pero en asociación con otras organizaciones pertinentes fuera de la ONU, tales como la OMC y la OCDE, y así dar como resultado soluciones creativas sobre cómo las instituciones especializadas pueden coordinar y colaborar para alcanzar el objetivo general de la inversión para el desarrollo sostenible.

#### Autoras

**Sofía Baliño** es oficial de medios y comunicaciones con experiencia en periodismo comercial y trabaja en el Programa de Derecho y Políticas Económicas del IISD. **Nathalie Bernasconi-Osterwalder** dirige el Programa de Derecho y Políticas Económicas del IISD y es Directora Ejecutiva de IISD Europa en Ginebra.

<sup>19</sup> UNCTAD. (2015). *Marco de políticas de inversión para el desarrollo sostenible*. Extraído de <https://investmentpolicy.unctad.org/publications/149/unctad-investment-policy-framework-for-%20sustainable-development>. Tenga en cuenta que los elementos de acción de la UNCTAD sobre la facilitación de inversiones no se sugieren como obligaciones legales potenciales, sino más bien para promover una toma de decisiones efectiva.

<sup>20</sup> Brauch, M. D. (2017, diciembre). *A risky tango? Investment facilitation and the WTO Ministerial Conference in Buenos Aires*. Ginebra: IISD. Extraído de <https://www.iisd.org/library/risky-tango-investment-facilitation-and-wto-ministerial-conference-buenos-aires>



## ARTÍCULO 5

# El Parlamento de Kenia y la Formulación de Tratados de Inversión

Bosire Nyamori



## Antecedentes

Durante décadas, el Gobierno de Kenia celebró TBIs sin supervisión parlamentaria. Esto ahora está cambiando. La Constitución de Kenia de 2010 introduce una mayor democratización al proceso y la práctica de formulación de tratados, exigiendo el escrutinio parlamentario y la participación pública en el proceso de aprobación.

Sin embargo, el Parlamento ha utilizado su poder de supervisión más en casos de incumplimiento que de observancia. Por ejemplo, pese a que este país ha ratificado siete TBIs desde que la Constitución entró en vigencia<sup>1</sup>, hay poca, si es que alguna, evidencia de participación parlamentaria en el proceso.

En una decisión reciente, la Corte Suprema de Kenia en el caso *Tax Justice Network—África vs. La Secretaría de Gabinete del Tesoro Nacional & otros* 2<sup>2</sup> (Caso *TJN-A*) dictaminó que el escrutinio y la votación parlamentaria no son necesarios para que Kenia pueda celebrar convenios de doble imposición (CDIs). Esto ayuda aún más a menoscabar la conciencia pública y rendición de cuentas en el proceso.

La decisión es un retroceso para lograr una mayor democratización del proceso y la práctica de formulación de tratados prevista en la Constitución de Kenia. En el presente artículo, discuto las repercusiones adversas de esta decisión en el proceso de formulación de tratados en un amplio espectro de áreas de políticas, incluyendo los TBIs.

## El Parlamento y las políticas y práctica de tratados antes del 2010

Antes de la Constitución del 2010, el país se regía por la Constitución de 1969, la cual no contenía ninguna disposición expresa sobre la formulación e implementación de tratados. Su Sección 23 otorga autoridad ejecutiva al Presidente, y hay un entendimiento implícito de que los poderes de formulación de tratados recaen bajo su supervisión.

**"La Constitución de Kenia de 2010 introduce una mayor democratización al proceso y la práctica de formulación de tratados, exigiendo el escrutinio parlamentario y la participación pública en el proceso de aprobación."**

Al tratarse de una ex colonia británica, Kenia sigue el sistema británico bajo el cual la formulación de tratados está a cargo del Poder Ejecutivo, y los tratados no son parte del derecho keniano a menos y hasta tanto hayan sido incorporados al derecho por medio de legislación<sup>3</sup>. El Tribunal de Apelaciones del caso *Okunda vs. República*<sup>4</sup> adhirió a este enfoque, señalando que "las disposiciones de un tratado celebrado por el Gobierno de Kenia no son parte del derecho municipal keniano salvo que sean incorporadas por el derecho de Kenia".

<sup>1</sup> Tesoro Nacional. (2019). *Investment promotion and protection agreements*. Extraído de <http://treasury.go.ke/investment-promotion-and-protection-agreements.html>

<sup>2</sup> Corte Suprema de Kenia. Petición No. 494 de 2014. Sentencia, 15 de marzo de 2019. [2019] eKLR. Extraído de <http://kenyalaw.org/caselaw/cases/view/169664>

<sup>3</sup> Comisión de Revisión de la Constitución de Kenia. (2005). *The Final Report*. pág. 149. Extraído de <http://kenyalaw.org/kl/fileadmin/CommissionReports/The-Final-Report-of-the-Constitution-of-Kenia-Review-Commission-2005.pdf>

<sup>4</sup> *Okunda vs. La República* [1970] E.A. 453, pág. 460.



Cuando el país se embarcó en el proceso de redactar nuevamente la Constitución, el público sugirió que “debe procurarse la aprobación parlamentaria antes de que el Ejecutivo conceda su consentimiento a cualquier tratado”<sup>5</sup>. Esto intenta aumentar la rendición de cuentas y transparencia pública al momento de celebrar tratados, ya que la oscuridad y ocultamiento tienen consecuencias graves en la arquitectura social, económica y política del país.

En el frente de las inversiones, los TBIs con mecanismos de ISDS diseñados e implementados de manera deficiente pueden generar costosas facturas y constreñir los procesos regulatorios y de políticas. Aumentan el riesgo de litigios y conceden a los países desarrollados más derechos y poderes, entre otros desafíos y problemas que plantean. De hecho, tres empresas diferentes han demandado al gobierno hasta el momento, impugnando una serie de decisiones políticas y medidas regulatorias. La conciencia y el escrutinio públicos podrían ayudar a mitigar estas consecuencias adversas.

## El Parlamento y las políticas y práctica de tratados después del 2010

La Constitución de 2010 entró en vigencia el 27 de agosto de 2010. Posee implicancias de amplio alcance para gran parte de la gobernanza económica, social y política del país. La formulación y políticas de tratados no son la excepción.

El Artículo 2(6) de la Constitución especifica que: “Todo tratado o convenio ratificado por Kenia debe formar parte del derecho keniano bajo su Constitución”. La Ley de Formulación y Ratificación de Tratados<sup>6</sup> implementa el Artículo 2(6) de la Constitución, estableciendo procedimientos para la formulación y ratificación de los tratados.

El Ejecutivo nacional es responsable de iniciar, negociar, firmar y ratificar los tratados<sup>7</sup>. Cuando se inicia un proceso de formulación de tratados, el Poder Ejecutivo debe considerar distintas variables, incluyendo los costos que conlleva formular y adoptar un tratado. Si el gobierno decide proceder con el proceso del tratado, la Secretaría del Gabinete, consultando al Procurador General, debe presentar el texto del tratado para la

aprobación del gabinete. Después de dicha aprobación, la Secretaría del Gabinete debe presentar el mismo ante el Parlamento<sup>8</sup>. Como parte del proceso de aprobación, el Parlamento debe facilitar la consulta pública.<sup>9</sup>

El proceso reformado para la formulación de tratados ha estado en vigencia durante más de cinco años. Durante este tiempo, Kenia ha expandido su red de AIIs. Los nuevos TBIs incluyen acuerdos con Japón, Corea del Sur, Mauricio, Turquía y los Emiratos Árabes Unidos. Los TBIs con Japón y Corea del Sur ya están en vigor.

## "Los TBIs con mecanismos de ISDS pueden generar costosas facturas y constreñir los procesos regulatorios y de políticas. La conciencia y el escrutinio públicos podrían ayudar a mitigar estas consecuencias adversas."

Asimismo, Kenia ha enfrentado dos controversias relativas a inversión. En el caso *Cortec Mining vs. Kenia*<sup>10</sup>, el tribunal determinó que el estudio de impacto ambiental es obligatorio para cualquiera que esté considerando invertir, y por lo tanto, desestimó el argumento de la demandante de que la cancelación de una licencia minera especial constituía una violación del TBI entre Kenia y el Reino Unido<sup>11</sup>. El laudo en favor de Kenia fue emitido el 22 de octubre de 2018, pero el 19 de marzo de 2019, el CIADI registró una solicitud de anulación del laudo por las demandantes; el procedimiento de anulación estaba pendiente al momento de elaboración del presente artículo.<sup>12</sup>

<sup>5</sup> Ibid., Sección 8.

<sup>6</sup> Ibid., Sección 8(3).

<sup>10</sup> Lin, X. (2018). Kenia vence en arbitraje de TBI: demandas de inversor británico desestimadas debido a falta de Estudio de Impacto Ambiental. *Investment Treaty News*, 9(4), 19–20. Extraído de <https://www.iisd.org/itm/es/2018/12/21/kenya-prevails-in-bit-arbitration-british-investors-claims-dismissed-due-to-the-absence-of-environmental-impact-assessment-xiaoxia-lin>

<sup>11</sup> *Cortec Mining Kenia Limited, Cortec (Pty) Limited y Stirling Capital Limited vs. La República de Kenia*, Caso del CIADI No. ARB/15/29, Laudo, 22 de octubre de 2018, Extraído de <https://www.italaw.com/cases/3974>

<sup>12</sup> *Cortec Mining Kenia Limited, Cortec (Pty) Limited y Stirling Capital Limited vs. La República de Kenia (Caso del CIADI No. ARB/15/29)*. Extraído de <https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/15/29>

<sup>5</sup> Comisión de Revisión de la Constitución de Kenia, nota 3 *supra*, pág. 155

<sup>6</sup> Ley No. 45 de 2012 (Ley de Formulación y Ratificación de Tratados, 2012).

Extraído de <http://kenyalaw.org/lex/actview.xml?actid=No.%2045%20of%202012>

<sup>7</sup> Ibid., Sección 4(1).



En el caso del arbitraje en curso basado en un contrato, *WalAM Energy Inc vs. La República de Kenia*<sup>13</sup>, la demandante demandó al gobierno ante el CIADI por USD 600 millones en compensación por la cancelación de una licencia de prospección geotérmica. El gobierno argumenta que la demandante carecía de medios para explorar los recursos geotermiales. Si bien esta demanda fue entablada bajo un contrato, en el pasado se presentaron casos similares ante el CIADI en virtud de otros tratados, demostrando los tipos de riesgo inherentes al arbitraje de inversión internacional más generalmente.

Sin embargo, resulta llamativo que el Parlamento aun no haya tomado nota de estos acontecimientos o procurado cuestionar las leyes y políticas que dieron lugar a estas demandas astronómicas. Su papel es poco más que superficial, promulgando mecánicamente los tratados de inversión sin virtualmente ningún escrutinio, aún cuando el alcance de estos instrumentos se está expandiendo gradualmente —y, presumiblemente, cambiando su propósito.

El papel del Parlamento en el proceso no debería ser superficial o mecánico. En cambio, debería aumentar la conciencia pública y la rendición de cuentas democrática. Después de todo, el Parlamento representa la soberanía de la población. Después de promulgar la Constitución de 2010, el poder del Ejecutivo para formular tratados se vio limitado por la necesidad de aprobación legislativa, y así lograr una mayor democratización intencional en la formulación de los mismos, lo cual debe estar guiado expresamente por nociones de soberanía popular.

### El Caso JN-A y sus implicancias en la formulación de tratados de inversión

El CDI entre Kenia y Mauricio fue publicado por la Secretaría de Gabinete del Tesoro el 23 de mayo de 2014, mediante la Notificación Jurídica 59 de 2014. En el *Caso TjN-A*, la Corte Suprema de Kenia invalidó el CDI afirmando que la notificación legal, la cual da efecto al convenio tributario, no fue presentada ante el Parlamento tal como lo requiere la Ley de Instrumentos Estatutarios.<sup>14</sup>

Es posible que si un TBI hubiera sido sometido a litigio en el *Caso TjN-A* en lugar de un CDI, la corte habría llegado a la misma conclusión, ya que los convenios tributarios y los TBIs poseen un propósito en común —procurar, a sus maneras, aumentar y atraer inversiones extranjeras—. Sin embargo, tanto los CDIs como los TBIs tienen importantes impactos monetarios para los Estados. De hecho, el impacto de los TBIs en el presupuesto nacional tiende a ser aún mayor, porque someten al Estado a arbitrajes internacionales obligatorios, lo cual a menudo involucra un riesgo monetario significativo. Por consiguiente, dados los riesgos involucrados en ambos tipos de tratados —y en particular, en los TBIs— se justifica y recomienda el escrutinio parlamentario.

**"El papel del Parlamento en el proceso no debería ser superficial o mecánico. En cambio, debería aumentar la conciencia pública y la rendición de cuentas democrática. Después de todo, el Parlamento representa la soberanía de la población."**

Aun cuando la decisión finalmente invalidó el CDI por razones procesales, varias conclusiones de la corte limitaron significativamente el papel del Parlamento en la formulación y políticas de tratados en materia tributaria (y posiblemente de inversión). Primero, la corte sostuvo que no se requería la aprobación parlamentaria de los convenios tributarios y que la participación pública era ostensiblemente innecesaria. La corte señaló que “[L]a Constitución es clara en tanto que debe haber participación pública al promulgar una ley, pero la cuestión es a qué participación pública y a qué proceso se refiere”, y coincidió con la demandada en que “es necesario crear legislación para guiar el proceso de participación pública” (párrafo 35 de la sentencia).

Al llegar a esta posición, la corte hizo caso omiso de las medidas constitucionales y legislativas sin dar ninguna explicación convincente. En la Sección 8 de la Ley de Ratificación y Formulación de Tratados se ordena al Parlamento que facilite la participación pública, mientras que en la Sección 6 se establece que el Ejecutivo se encuentra obligado por los valores y principios de la Constitución al momento de negociar

<sup>13</sup> *WalAm Energy Inc. vs. La República de Kenia*, Caso del CIADI No. ARB/15/7. Extraído de <https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/15/7>

<sup>14</sup> Ley No. 23 de 2013 (Ley de Instrumentos Estatutarios, 2013). Extraído de <https://www.ecolex.org/details/legislation/statutory-instruments-act-2013-no-23-of-2013-lex-faoc122294>



tratados. Bajo el Artículo 10 de la Constitución, los valores y principios que los órganos del gobierno deben observar en los procesos políticos y legislativos incluyen la participación pública.

Segundo, la corte dictaminó que los convenios tributarios no están sujetos a la Ley de Ratificación y Formulación de Tratados porque tratan los negocios del gobierno así como cuestiones técnicas, administrativas o ejecutivas. La Sección 3(4) permite al gobierno negociar tratados bilaterales “necesarios para temas relacionados con negocios gubernamentales” o “relacionados con cuestiones técnicas, administrativas o ejecutivas”, sin seguir el marco establecido en la ley, pero no brinda ninguna orientación sobre el significado de estos términos.

**"El Parlamento keniano debería aprovechar la oportunidad para asegurar que los tratados de inversión ratificados por Kenia sean bien entendidos por el público y promuevan los intereses y objetivos de desarrollo del país."**

Esta falta de claridad es problemática ya que puede dar espacio a que los funcionarios públicos argumenten que los TBIs son celebrados para hacer “negocios gubernamentales” y, como resultado, no son sometidos a escrutinio. Tal como se alegó anteriormente, no obstante, el escrutinio parlamentario de los tratados de inversión es constitucionalmente exigido dados los grandes riesgos monetarios que plantean.

## Mirando hacia el futuro

Resulta axiomático que la conducción de las relaciones internacionales debe realizarse de conformidad con la Constitución de Kenia de 2010, la cual intenta que el poder para formular tratados sea democratizado a través de la aprobación legislativa y la participación pública. Sin embargo, hasta la fecha, el Parlamento keniano ha jugado un papel poco más que superficial en la adopción de tratados de inversión.

El Gobierno keniano ha anunciado que está revisando sus tratados de inversión con el objeto de salvaguardar los intereses nacionales, así como para desarrollar un modelo de tratados de inversión y una política

de negociación de inversiones<sup>15</sup>. A medida que el gobierno continúa revisando el enfoque y las políticas de formulación de tratados de inversión de Kenia para garantizar un avance hacia el desarrollo sostenible, el Parlamento también debería aprovechar la oportunidad para asegurar que los tratados de inversión ratificados por Kenia sean bien entendidos por el público y promuevan los intereses y objetivos de desarrollo del país. Esto es lo único que hará más fuerte la postura de negociación de Kenia.

## Autor

**Bosire Nyamori** enseña derecho tributario y derecho internacional de las inversiones en la Universidad de Nairobi y ejerce como abogada en derecho tributario y comercial en Ogetto, Otachi & Co. Advocates.

<sup>15</sup> Véase, por ejemplo, KenInvest. (2018). *Kenia hosts 11th Annual Forum of Developing Countries Investment Negotiators*. Extraído de [http://invest.go.ke/wp-content/uploads/2018/02/KenInvest-Press-Release-Annual\\_Forum-7-2-18.pdf](http://invest.go.ke/wp-content/uploads/2018/02/KenInvest-Press-Release-Annual_Forum-7-2-18.pdf); Kariuki, J. (2018). Global mining firms sue Kenia for Sh334bn compensation. *Business Daily*. Extraído de <https://www.businessdailyafrica.com/corporate/companies/Global-mining-firms-sue-Kenia-for-Sh334bn-compensation/4003102-4295742-d8c86gz/index.html>; Ngila, D. (2018). Global mining firms sue Kenia for \$3.2 billion compensation. *The East African*. Extraído de <https://www.theafrican.co.ke/business/mining-firms-sue-Kenia-compensation/2560-4296070-hi7wmr/index.html>

## ARTÍCULO 6

# Diligencia Debida del Inversor y el Tratado sobre la Carta de la Energía

Yulia Levashova



A fines de 2018, el Subgrupo sobre Modernización de la Conferencia de la Carta de la Energía acordó una lista de temas a ser considerados en el proceso de modernización del TCE<sup>1</sup>. Posteriormente, el subgrupo identificará las opciones de políticas de cada tema, en base a las cuales se iniciarán las negociaciones en algún momento del 2019. Entre los temas identificados para la modernización se encuentran la definición del TJE y el derecho a regular.

En este artículo se discuten las implicancias de la actual formulación del TJE en el TCE sobre la interpretación de este estándar por parte de los tribunales en los casos de energías renovables. Se enfoca en la evaluación del requisito de estabilidad contenido en el Artículo 10(1) del TCE, por un lado, y la flexibilidad regulatoria del Estado, por el otro. En particular, observa si el requisito de diligencia debida para el inversor, como una de las opciones de reforma del estándar de TJE bajo el TCE, podría ayudar a reequilibrar el derecho de los inversores a la “estabilidad” y el derecho de los Estados a cambiar sus leyes.

<sup>1</sup> Carta Internacional de la Energía. (2018). *Approved topics for the modernisation of the Energy Charter Treaty*. Extraído de <https://energycharter.org/media/news/article/approved-topics-for-the-modernisation-of-the-energy-charter-treaty>; véase también la Declaración de la Carta de la Energía de Bucharest, firmada el 28 de noviembre de 2018. Extraído de <https://energycharter.org/media/news/article/energy-charter-conference-adopts-the-bucharest-declaration>

## 1. El requisito de estabilidad bajo el TCE: Casos contra España

El estándar de TJE bajo el TCE es una de las disposiciones más comúnmente invocadas, y el TCE en sí mismo es el AII más frecuentemente invocado en los arbitrajes de inversión<sup>2</sup>. Actualmente, el Artículo 10(1) del TCE está formulado de manera incondicional y abierta, disponiendo el compromiso de los Estados receptores de conceder TJE “en todo momento a las inversiones de los inversores”.<sup>3</sup> Esta formulación es habitual en los AIIs de antigua generación. El Artículo 10(1) del TCE también incluye la obligación de estabilidad, disponiendo que los Estados deben “fomentar y crear condiciones estables, equitativas, favorables y transparentes para los inversores”.<sup>3</sup>

La ola de arbitrajes de inversión en el sector de las energías renovables ejemplifica la dependencia de los inversores extranjeros en las disposiciones de TJE y estabilidad bajo el TCE<sup>4</sup>. España es el Estado más frecuentemente demandado en las controversias relativas a energías renovables y actualmente enfrenta 36 arbitrajes<sup>5</sup>. En los casos contra España, los inversores argumentaron que cambios drásticos en el marco regulatorio español para las energías renovables frustraron las expectativas legítimas derivadas de la obligación de estabilidad del TCE.

Los cambios en el régimen regulatorio fueron motivados por un creciente déficit en la tarifa eléctrica. El mismo fue resultado de la diferencia entre los

<sup>2</sup> Carta Internacional de la Energía. (2019, 11 de enero). *The Energy Charter Treaty (ECT) remains the most frequently invoked IIA*. Extraído de <https://energycharter.org/media/news/article/the-energy-charter-treaty-ect-remains-the-most-frequently-invoked-iaa>

<sup>3</sup> Tratado sobre la Carta de la Energía, 16 de abril de 1998, 2080 UNTS 95, p. 109. Extraído de <https://treaties.un.org/Pages/showDetails.aspx?objid=080000028009ac15>

<sup>4</sup> España, Italia y la República Checa que reformaron sus políticas de energías renovables actualmente están enfrentando múltiples demandas bajo el TCE y algunos casos bajo los TBIs. Draguiev, D. (2018). Investment Treaty arbitration in the renewable energy sector: Overview of arbitral case law on legitimate expectations in the light of policy. *Oil, Gas & Energy Law Journal (OGEL)*, 16(5).

<sup>5</sup> Al momento de elaboración de este artículo, 36 arbitrajes hacen referencia a casos de energías renovables pendientes contra España. Véase <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/country/197/spain>



subsidios (tarifas reguladas) otorgados por España a los productores de energía renovable y las tarifas pagadas por los usuarios. La situación empeoró debido a la crisis económica mundial entre 2008 y 2014<sup>6</sup>. En respuesta al déficit tarifario y a la crisis, España adoptó varias medidas regulatorias entre 2010 y 2014, alterando el régimen de subsidios para los productores de energías renovables. Varios inversores afectados entablaron demandas en base al TCE<sup>7</sup>.

## 2. Derecho del Estado a cambiar sus leyes versus la obligación de brindar estabilidad

El tema central de los casos presentados contra España —*Charanne vs. España*, *Eiser vs. España*<sup>8</sup>, *Isolux vs. España*<sup>9</sup> y *Antin vs. España*<sup>10</sup>— era el grado en que los Estados receptores pueden ejercer su derecho a regular cambiando sus leyes sin violar el TJE<sup>11</sup>. Los tribunales evaluaron este tema considerando el balance entre la obligación de estabilidad bajo el Artículo 10(1) del TCE frente al derecho del Estado para cambiar sus leyes.

En los cuatro casos, los tribunales confirmaron el derecho legítimo del Estado a regular para remediar el problema del déficit tarifario, enfatizando que España tenía el derecho de cambiar sus leyes para superar

las dificultades financieras<sup>12</sup>. Uno de los principales criterios de la evaluación de los tribunales sobre la estabilidad regulatoria se centró en determinar si el cambio fue desproporcionado con respecto a su impacto en las inversiones. Los tribunales indicaron que los cambios deben ser compatibles con “con un criterio de razonabilidad económica, con el interés público y con el principio proporcionalidad”<sup>13</sup>. Especificaron que la medida regulatoria de un Estado es considerada desproporcionada cuando llega a “suprimir de manera imprevisible y repentina las características esenciales del marco regulatorio existente”<sup>14</sup>. Sin embargo, los tribunales expresaron opiniones diferentes sobre lo que constituye una supresión como tal.

En *Eiser* y *Antin*, los tribunales adoptaron una amplia interpretación del requisito de estabilidad, subrayando que la “obligación de otorgar [TJE] necesariamente conlleva una obligación de proporcionar estabilidad fundamental en las características esenciales del régimen legal en el que se basaron los inversores al realizar inversiones a largo plazo”<sup>15</sup>. Observando a través de este prisma, los tribunales se enfocaron primordialmente en el impacto del cambio regulatorio sobre los inversores<sup>16</sup>.

Para los tribunales de *Charanne* e *Isolux*, sin embargo, los temas abordados se centraron en determinar si la presencia de un compromiso específico había llevado a expectativas legítimas por parte de los inversores en cuanto a la estabilidad regulatoria<sup>17</sup>. En una interpretación más restrictiva de la obligación del Estado de garantizar la estabilidad del marco regulatorio, los tribunales enfatizaron que los inversores deben cumplir con la obligación de diligencia debida a fin de poder reclamar la protección de sus expectativas (legítimas).

<sup>6</sup> Banco de España. (2017). *Informe sobre la crisis financiera y bancaria en España, 2008-2014*. Madrid: Banco de España. Extraído de [https://www.bde.es/f/webbde/Secciones/Publicaciones/OtrasPublicaciones/Fich/InformeCrisis\\_Completo\\_web.pdf](https://www.bde.es/f/webbde/Secciones/Publicaciones/OtrasPublicaciones/Fich/InformeCrisis_Completo_web.pdf)

<sup>7</sup> En de Braekt, M., y Geldhof, W. (2017, 19 de julio). Mixed results in recent arbitral awards concerning Spain’s renewable energy policy. *Stibbe Blog, Lexology*. Extraído de <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=d384a0ee-31cf-4411-8898-adc714c414b6>; Power, R., y Baker, P. (2018, 10 de abril). The European arbitration review 2018 – Energy arbitrations. *Clyde&Co*. Extraído de <https://www.clydeco.com/insight/article/the-european-arbitration-review-2018-energy-arbitrations>

<sup>8</sup> Schacherer, S. (2018, 18 de octubre). *Eiser vs. España*. En N. Bernasconi-Osterwalder & M. D. Brauch. (Eds.) *International investment law and sustainable development: Key cases from the 2010s*. Extraído de <https://www.iisd.org/itn/2018/10/18/eiser-v-spain>; Issac, G. (2017, 26 de septiembre). Inversores triunfan sobre España en una demanda por reparación regulatoria para energías limpias. *Investment Treaty News*, 8(3), 17–18. Extraído de <https://www.iisd.org/itn/es/2017/09/26/investors-triumph-over-spain-claim-concerning-spains-regulatory-overhaul-for-clean-energy-gladwin-issac>

<sup>9</sup> Arietti López, C. M. (2017, 26 de septiembre). Todas las demandas presentadas por Isolux Infrastructure Netherlands contra España son desestimadas. *Investment Treaty News*, 8(3), 13–14. Extraído de <https://www.iisd.org/itn/es/2017/09/26/all-claims-by-isolux-infrastructure-netherlands-against-spain-are-dismissed-isolux-infrastructure-netherlands-v-spain-scc-case-v2013-153-claudia-maria-arietti-lopez>

<sup>10</sup> Menon, T. (2018, 17 de octubre), Tribunal del CIADI emite laudo determinando que España violó Tratado sobre la Carta de la Energía. *Investment Treaty News*, 9(3), 23–24. Extraído de <https://www.iisd.org/itn/es/2018/10/17/spain-found-to-have-breached-the-energy-charter-treaty-in-award-by-icsid-tribunal-trishna-memon>

<sup>11</sup> Matteoti, S. y Payosova, T. (2017). The role of fair and equitable treatment standard: Regulatory coherence for trade and investment in renewable energy. En T. Cottier y I. Espa (Eds.). *International trade in sustainable electricity*. Cambridge: Cambridge University Press.

<sup>12</sup> *Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l. y Antin Energía Termosolar B.V. vs. el Reino de España*, Caso del CIADI No. ARB/13/31, Laudo, 15 de junio de 2018, párrafo 555. Extraído de <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9875.pdf>; *Eiser Infrastructure Ltd. Y Energía Solar Luxembourg vs. España*, Caso del CIADI No. ARB/13/36, Laudo, 4 de mayo de 2017, párrafo 371. Extraído de [https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8798\\_0.pdf](https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8798_0.pdf); *Isolux Netherlands, BV vs. el Reino de España*, Caso de la CCE V2013/153, Laudo Final, 17 de julio de 2016. Extraído de <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9219.pdf>; *Charanne Construction vs. España*, Caso de la CCE No. 062/2012, Laudo, 21 de enero de 2016, párrafos 500 y 536. Extraído de <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7047.pdf>

<sup>13</sup> *Charanne Construction vs. España*, nota 11 *supra*, párrafo 514; *Eiser vs. España*, nota 11 *supra*, párrafo 370.

<sup>14</sup> *Charanne Construction vs. España*, nota 11 *supra*, párrafo 517.

<sup>15</sup> *Eiser vs. España*, nota 11 *supra*, párrafo 382. *Antin vs. España*, nota 11 *supra*, párrafo 532.

<sup>16</sup> *Eiser vs. España*, nota 11 *supra*, párrafos 362 y 365; *Antin vs. España*, nota 11 *supra*, párrafo 532.

<sup>17</sup> *Charanne Construction vs. España*, nota 11 *supra*, párrafos 499 y 504; *Isolux Netherlands, BV vs. el Reino de España*, nota 11 *supra*, párrafos 764 y 775.



### 3. Implicancias de interpretaciones divergentes del requisito de estabilidad bajo el TJE

La discrepancia entre los casos entablados contra España en torno a la interpretación del estándar de TJE y específicamente de la noción de estabilidad resulta problemática en diferentes aspectos.

Primero, hay una falta de previsibilidad y consistencia sobre cómo el derecho del Estado a regular es sopesado con respecto a la noción de estabilidad. No se entiende claramente cómo los tribunales valoran las consideraciones pertinentes al evaluar el estándar de TJE. Por ejemplo, tal como se ilustró en los casos discutidos anteriormente, al sopesar las circunstancias económicas en torno a la impugnación del déficit tarifario frente a los derechos de los inversores bajo el estándar de TJE, los tribunales han adoptado diferentes opiniones sobre el papel de estas circunstancias al evaluar la cuestión de si podrían justificar las medidas estatales disputadas.

El tribunal del caso *Charanne*, al evaluar si las reformas de 2010 se realizaron en pos del interés público, concluyó que las medidas de las autoridades españolas constituían políticas públicas legítimas y que fueron adoptadas para “limitar el déficit y la evolución del precio”<sup>18</sup>. Las circunstancias especiales en el Estado receptor fueron una de las principales consideraciones para apoyar la decisión del tribunal de que el Estado receptor no había violado el estándar de TJE.

El tribunal de *Eiser* reconoció al déficit tarifario como un problema de política pública legítimo. Sin embargo, el tribunal restó importancia a este factor, expresando su opinión de que España, al tratar la impugnación del déficit tarifario, tenía que actuar de modo tal que observara las obligaciones de TJE que asumió en el TCE<sup>19</sup>. Para equilibrar el derecho del Estado a cambiar sus leyes con su obligación de conceder cierto grado de estabilidad, un tribunal debería comparar el impacto del cambio regulatorio sobre un inversor con otros factores, tales como las circunstancias económicas y socio-políticas del cambio y la diligencia debida del inversor.

Segundo, la noción de estabilidad en el Artículo 10(1) del TCE no refleja la actual evolución del escenario

de las políticas de inversión. Muchos Estados han emprendido esfuerzos para reformar el estándar de TJE en sus AII. Los enfoques al TJE adoptados en los AII recientes varían significativamente. Estos incluyen: (1) una omisión del estándar de TJE en el tratado en su conjunto<sup>20</sup>; (2) aclaración del contenido del estándar de TJE, con una lista de obligaciones estatales y una exclusión de la obligación de estabilidad del alcance del tratado<sup>21</sup>; y (3) una supresión de la protección de expectativas legítimas.<sup>22</sup>

Asimismo, podrían considerarse diferentes vías para reequilibrar la estabilidad y la flexibilidad regulatoria del estándar de TJE en un TCE modernizado. Este artículo se centra en los enfoques recientemente adoptados por la UE, dado que la UE y todos sus Estados miembros (con excepción de Italia) conforman la mayoría de los Estados partes del TCE. Por lo tanto, es más probable que la modernización del TCE siga el enfoque adoptado en los tratados de la UE.

Los AII recientes de la UE siguen incluyendo el estándar de TJE, pero intentan restringirlo al excluir el requisito de estabilidad del alcance del tratado. El AECG, el TLC entre la UE y Singapur y el TLC entre la UE y Vietnam, por ejemplo, disponen el derecho del Estado a regular y especifican que el “mero hecho” de una modificación de su legislación, “de tal forma que afecte negativamente a las inversiones o que interfiera con las expectativas de un inversor” no constituye un incumplimiento de las obligaciones establecidas en el

<sup>20</sup> Gobierno de India. (2015). *Model text for the Indian bilateral investment treaty*. Extraído de <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/3560/download>; véase Treaty Between the Republic of Belarus and the Republic of India on Investments, 24 de septiembre de 2018. Extraído de <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bilateral-investment-treaties/3839/belarus--india-bit-2018->; véase también los Acuerdos de Cooperación y Facilitación de Inversiones (ACFI) concluidos por Brasil desde 2015, disponibles en <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/27/brazil>

<sup>21</sup> Los AII de la UE más recientes han adoptado este enfoque hacia TJE. Véase: Acuerdo Económico y Comercial Global entre Canadá y la Unión Europea, 30 de octubre, 2016. Extraído de [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:22017A0114\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:22017A0114(01)) [en adelante “AECG”]; Tratado de Libre Comercio entre la Unión Europea y la República de Singapur, 15 de octubre, 2018. Extraído de <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=COM%3A2018%3A0196%3AFIN> [en adelante “TLC entre la UE y Singapur”]; Borrador del Tratado de Libre Comercio entre la Unión Europea y la República Socialista de Viet Nam. Extraído de <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?qid=1551257348905&uri=CELEX:52018PC0691> [en adelante “TLC entre la UE y Viet Nam”].

<sup>22</sup> En algunos tratados recientes, los Estados aclararon que la “mera” violación de las expectativas legítimas no infringirán dicho tratado. Véase: Acuerdo entre los Estados Unidos de América, los Estados Unidos Mexicanos y Canadá, 30 de noviembre de 2018, Artículo 14.6. Extraído de <https://www.gob.mx/t-mec/acciones-y-programas/textos-finales-del-tratado-entre-mexico-estados-unidos-y-canada-t-mec-202730?state=published> y el Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos y la República de Corea, 30 de junio, 2007, revisado el 1 de enero, 2019, Artículo 11.5(4). Extraído de [https://ustr.gov/sites/default/files/uploads/agreements/fta/korus/Chapter\\_Eleven\\_Investment.pdf](https://ustr.gov/sites/default/files/uploads/agreements/fta/korus/Chapter_Eleven_Investment.pdf)

<sup>18</sup> *Charanne Construction vs. España*, nota 11 *supra*, párrafo 514; *Eiser vs. España*, nota 11 *supra*, párrafo 536.

<sup>19</sup> *Eiser vs. España*, nota 11 *supra*, párrafo 371.



acuerdo<sup>23</sup>. Sin embargo, esta formulación no excluye la posibilidad de que, en combinación con otros hechos —por ejemplo, una arbitrariedad manifiesta, uno de los posibles fundamentos para la violación del TJE bajo el Art. 8.10(2)(c) del AECG— una modificación del marco regulatorio podría jugar un papel en la evaluación de un tribunal para determinar si las expectativas legítimas de un inversor fueron frustradas o no.

Por lo tanto, el lenguaje de los AII's recientes de la UE reduce en cierto grado el riesgo del Estado receptor de incurrir en responsabilidad bajo el estándar de TJE, cuando modifique su marco regulatorio. Sin embargo, no establece criterios claros para determinar el alcance del cambio regulatorio que podría generar responsabilidad. Un criterio como tal podría ser la inclusión de la obligación de diligencia debida en el tratado.

#### 4. Diligencia debida del inversor como vara para evaluar el requisito de estabilidad

Si el lenguaje sobre TJE y estabilidad fueran conservados en el TCE modernizado, agregar una obligación de diligencia debida del inversor como una condición para la protección de sus expectativas legítimas podría ayudar a equilibrar los derechos y obligaciones de los Estados y de los inversores bajo el estándar de TJE. Muchos tribunales han subrayado que un inversor tiene la responsabilidad de evaluar la realidad y el contexto del Estado donde la inversión es realizada al emprender su debida diligencia y evaluaciones de riesgo<sup>24</sup>. El inversor debe conocer y tener en cuenta las políticas y regulaciones que conciernen a su inversión a fin de anticiparse a los posibles riesgos.<sup>25</sup>

Esto es especialmente pertinente en los casos donde el reclamo de expectativas legítimas está basado en cambios realizados a un marco regulatorio en general. El alcance de una investigación de diligencia debida de un inversor puede emplearse como una vara para juzgar si los cambios impugnados podrían haber sido previsibles por un inversor. Únicamente si los cambios no fueran previsibles por un inversor prudente<sup>26</sup>, pese a esfuerzos visibles para recabar información sobre el futuro marco

regulatorio, las expectativas legítimas del inversor estarían protegidas bajo el tratado.

Si bien la inclusión de un estándar de TJE que deja la puerta abierta a las expectativas legítimas sigue siendo inherentemente imprevisible debido a la subjetividad del concepto, la inclusión de un requisito de que los inversores emprendan diligencia debida a fin de beneficiarse del TJE, al menos brindaría mayor claridad: únicamente un inversor diligente, que realice una evaluación apropiada de las leyes y regulaciones de un Estado receptor y de posibles cambios, podría confiar en compromisos específicos bajo el estándar de TJE. Desde la perspectiva de equilibrar los derechos del inversor y el derecho del Estado a regular, una referencia como tal también podría fortalecer la importancia de las responsabilidades de los inversores en el derecho internacional de las inversiones.

#### Autora

**Dra. Yulia Levashova** es Profesora Adjunta de la Universidad de Nyenrode e Investigadora Asociada de la Universidad de Utrecht. Es consultora en derecho de las inversiones de la UNCTAD en Ginebra. Las opiniones expresadas en este artículo únicamente pertenecen a la autora y no reflejan la opinión de las organizaciones a las cuales es afiliada.

<sup>23</sup> AECG, nota 20 supra, Artículo 8.9 (2); TLC entre la UE y Singapur, nota 20 supra, Artículo 2.2(2); véase también, con una formulación ligeramente diferente, TLC entre la UE y Viet Nam, nota 20 supra, Artículo 13 bis (2).

<sup>24</sup> *Mamidoil Jetoil Greek Petroleum Products Societé S.A. vs. la República de Albania*, Caso del CIADI No. ARB/11/24 Laudo, 30 de marzo, 2015. Extraído de <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4228.pdf>; *Charanne Construction vs. España*, nota 11 supra.

<sup>25</sup> *Charanne Construction vs. España*, nota 11 supra, párrafo 505.

<sup>26</sup> *Isolux Netherlands, BV vs. el Reino de España*, nota 11 supra, párrafo 781.



## NOTICIAS EN BREVE

### Grupo de Trabajo III de la CNUDMI: 15 de julio fecha límite para presentar propuestas de soluciones de reforma

Los delegados que participan en el proceso de reforma multilateral de la ISDS del Grupo de Trabajo III de la CNUDMI tienen hasta el 15 de julio de 2019 para presentar, ante la Secretaría de la CNUDMI, sus propuestas de reforma y el plazo para considerar estos ítems en un calendario general del proyecto. Dicho calendario ayudaría a guiar al grupo de trabajo en la fase 3 de su mandato, la cual está dirigida a elaborar soluciones para las inquietudes relacionadas con la ISDS.

La fecha límite del 15 de julio fue uno de los resultados acordados en las [reuniones de abril de 2019](#) del grupo de trabajo, celebradas en Nueva York. El mismo [acordó](#) que “examinaría, elaboraría y desarrollaría simultáneamente múltiples posibles soluciones de reforma”, que incluye en el calendario del proyecto un componente esencial de trabajo coordinado a través de estas vías paralelas. Una vía estaría enfocada en reformas estructurales, mientras que la otra abarcaría otro tipo de soluciones.

El calendario del proyecto será desarrollado durante la sesión del grupo de trabajo en Viena, actualmente programada para realizarse del 14 al 18 de octubre de 2019. Dicha reunión también serviría como una oportunidad para examinar las reformas propuestas en las presentaciones de julio, junto con el desarrollo de estas ideas en mayor profundidad.

En las reuniones de abril de 2019 también se abordará el tema de la [financiación por terceros](#) (FPT). El grupo de trabajo convino que se necesitan reformas “para abordar las inquietudes relacionadas con la definición, así como la utilización o reglamentación” de este tipo de apoyo financiero en el contexto del arbitraje de ISDS.

El grupo de trabajo también analizó una serie de “[otras inquietudes](#)” para considerar si debería agregarse alguna otra a las identificadas anteriormente en otras sesiones.

Entre las posibles “otras inquietudes” planteadas en abril se encontraban opciones alternativas para resolver las controversias o prevenirlas; el requisito de que los inversores agoten los recursos locales antes de recurrir a arbitraje; la participación de terceras partes, tales como el público en general o las comunidades locales; la posibilidad de que

los Estados o terceros puedan presentar contrademandas; el potencial de un enfriamiento regulatorio por la ISDS; y asuntos relacionados con el cálculo de daños por los tribunales arbitrales.

En todos los casos, el grupo de trabajo decidió no agregar éstas a la actual lista de inquietudes identificadas en la fase 2 de sus debates. La razón de esta decisión, según declaró el grupo de trabajo, fue que estos temas involucraban herramientas para abordar las inquietudes, en lugar de ser inquietudes en sí mismas, y que algunos de estos temas recaerían dentro del alcance de las inquietudes ya identificadas anteriormente.

### La Comisión de la UE propone directrices de negociación sobre la modernización del TCE

El 14 de mayo, la Comisión Europea lanzó un [borrador de directrices de negociación](#) estableciendo el enfoque propuesto para “modernizar” el [Tratado sobre la Carta de la Energía](#) (TCE).

El TCE es un acuerdo entre más de 50 partes contratantes que ha estado vigente desde 1998, y que procura fomentar una mejor cooperación internacional sobre la [energía](#) en áreas tales como la protección de las inversiones y el comercio internacional. En octubre de 2017, el Grupo de Estrategia de la Carta de la Energía creó un Subgrupo sobre Modernización para discutir la posible actualización del TCE, aprovechando la oportunidad de la revisión de 2019 establecida en el Artículo 34.7 del tratado.

En noviembre de 2018, el órgano de gestión y decisor del TCE adoptó la “[Declaración de Bucarest](#).” La Conferencia sobre la Carta de la Energía, tal como se denomina a este órgano, dijo que modernizar el TCE resulta “fundamental para abordar adecuadamente los avances en el sector energético, especialmente en vista de los rápidos cambios que han ocurrido en los últimos años”, además de reflejar los estándares actualizados en relación con la protección de las inversiones y las reglas de tránsito revisadas.



La Conferencia de la Carta de la Energía también aprobó en ese momento la [listas de temas](#) que abordaría en los esfuerzos para la modernización, incluyendo varias disposiciones sobre inversión, después de las [consultas](#) con los Estados observadores del TCE y la industria de la energía. Las negociaciones formales están programadas para comenzar en 2019.

Las directrices propuestas por la Comisión Europea para estas negociaciones aún requieren la aprobación del Consejo, lo cual implica que las mismas podrían cambiar. La Comisión argumenta que las protecciones de las inversiones contenidas en el TCE “no se corresponden con los estándares modernos tal como se refleja en el enfoque reformado de la UE sobre protección de las inversiones”, y señala que esta discrepancia debería ser el foco de las próximas negociaciones.

La Comisión Europea agrega que estas negociaciones no deberían cubrir ninguna disposición de pre-inversión, pero que si de hecho surgiera en las conversaciones, entonces los términos de solución de controversias del TCE no deberían aplicar.

Bruselas está instando a que el TCE incorpore una disposición sobre el “derecho a regular”, junto con una revisión de sus actuales términos sobre expropiación, los cuales entre otros cambios serían “definidos apropiadamente para aclarar la naturaleza de la expropiación indirecta”. Otras áreas a las cuales la Comisión está apelando que se incorporen estándares más claros sobre protección del inversor y de las inversiones incluyen las disposiciones de NMF y trato nacional, TJE y denegación de beneficios.

En cuanto al tema del desarrollo sostenible y la responsabilidad social empresarial, la Comisión alega que el TCE debería “incluir disposiciones sobre desarrollo sostenible, incluyendo el cambio climático y la transición hacia energías limpias”, y que sus partes contratantes también deberían asumir compromisos sobre transparencia y conducta comercial responsable lo cual ayudaría a garantizar que los derechos humanos y los estándares laborales internacionalmente reconocidos sean respetados.

Algo también destacable de la propuesta de la Comisión Europea es la recomendación de que todo esfuerzo de modernización del TCE sobre la ISDS sea aplazado hasta después de que el proceso de revisión del [reglamento de arbitraje del CIADI](#) y los debates sobre el [TMI](#) propuesto por la UE hayan “arroja[do] resultados tangibles”.

## AfCFTA entra en vigencia; Fase II sobre inversiones, competencia, DPIs se extenderá durante 2020–2021

El [Área de Libre Comercio Continental de África](#) (AfCFTA, por sus siglas en inglés) entró en vigencia el 30 de mayo de 2019, cuya primera fase se hizo efectiva para 24 países. Una cumbre extraordinaria sobre este acuerdo comercial está programada a realizarse el 7 de julio de 2019 en Niamey, Níger, mientras se espera que las negociaciones de la Fase II sobre derechos de propiedad intelectual (DPIs), políticas de inversión y competencia lleven al menos otro año.

Según la [Comisión de la Unión Africana \(UA\)](#), desde principios de junio se depositaron 24 instrumentos de ratificación del AfCFTA. El mínimo para su entrada en vigor era de 22. De los 55 países de la UA, 52 han firmado el acuerdo, [excepto](#) Benín, Eritrea y Nigeria.

El AfCFTA procura establecer “un mercado único de bienes y servicios facilitado por el movimiento de personas a fin de profundizar la integración económica del continente africano”, de acuerdo con su [texto final](#). El acuerdo también establece como objetivo el “desarrollo socio-económico sostenible e inclusivo, la igualdad de género y la transformación estructural de los Estados Partes”.

Otros objetivos incluyen el eventual desarrollo de una unión aduanera que abarque a los países del continente; rebajando los aranceles y eliminando las barreras no arancelarias; y mejorando la cooperación entre los países en materia de inversión, DPIs, aduana y facilitación del comercio, políticas de competencia y otras áreas relacionadas con el comercio.

El texto ahora en vigencia aun no incluye programas arancelarios de bienes, ni posee un programa completo en materia de servicios, los cuales todavía se encuentran bajo negociación.

Como parte de las negociaciones de la Fase II, los países participantes actualmente están procurando negociar protocolos en materia de inversiones, competencia y derechos de propiedad intelectual. Es posible que se brinden más detalles sobre el contenido de dichos documentos después de la emisión de los términos de referencia de los grupos de trabajo. En noviembre de 2018 y febrero de 2019, se celebraron [reuniones de expertos](#) sobre el protocolo de inversiones.

El Presidente de Níger, Mahamadou Issoufou, recomendó a la UA anteriormente este año que la fecha límite de enero de 2020 sea aplazada para



junio de 2020 para concluir las negociaciones de los protocolos de inversión, competencia y DPI. La Asamblea de la UA **posteriormente dijo** que el borrador del texto jurídico de dichos protocolos debería ser presentado en enero de 2021 para su adopción por parte de la asamblea.

## TJUE declara que el STI en el AECG entre Canadá y la UE está en consonancia con el derecho de la UE

El TJUE declaró que el STI contenido en el AECG entre Canadá y la UE es compatible con el derecho de la UE, al emitir su dictamen final el 30 de abril de 2019.

El dictamen del TJUE es vinculante y fue emitido casi dos años después de que **Bélgica solicitara** al superior tribunal del bloque que examinara si el STI afectaría la “autonomía del orden jurídico de la UE”. En otras palabras, solicitó si los tribunales del STI podrían opinar sobre asuntos relacionados con el derecho de la UE más allá de lo contenido en el AECG. Bélgica también pidió que el TJUE considere si el STI adhiere al principio general de igualdad y el “efecto práctico” de la UE y si garantizará que los inversores canadienses, incluyendo a pequeñas y medianas empresas (Pymes), puedan acceder a un tribunal independiente.

En torno a estas tres cuestiones, el tribunal concluyó que el diseño y salvaguardias del mecanismo del STI no infringiría el derecho de la UE en ninguna de las áreas planteadas por Bélgica.

“El AECG no atribuye a los tribunales cuya creación se prevé ninguna competencia de interpretación o aplicación del derecho de la UE distinta de la de interpretar y aplicar las disposiciones de dicho acuerdo”, **señaló** el tribunal. Según el TJEU, los tribunales del STI carecerán de competencia para “cuestionar las opciones elegidas democráticamente por una parte” en torno a los principales objetivos de políticas públicas, tales como salud, seguridad y protección al medio ambiente. En cuanto al acceso, el tribunal se refirió a los compromisos asumidos por dos de las instituciones de la UE —el Consejo y la Comisión— de apoyar la capacidad de las Pymes para acceder a estos tribunales.

Anteriormente, **la opinión no vinculante** de Yves Bot, Abogado General del TJUE, también señaló que el STI

era compatible con el derecho de la UE.

El dictamen del TJUE fue bienvenido por funcionarios de la Comisión Europea, quienes remarcaron que esto facilitará que los Estados miembros de la UE ratifiquen el AECG. Se trata de un proceso en curso que es necesario para que el STI entre en vigor, así como las disposiciones sobre la protección de las inversiones y el acceso al mercado que comprenden a las inversiones de cartera. Aparte de estas áreas, el AECG está siendo aplicado provisionalmente en Canadá y la Unión Europea.

“Una de las consideraciones clave en las directrices políticas que presenté para esta Comisión en 2014 fue la de no aceptar que la competencia de los tribunales de los Estados miembros de la UE esté limitada por regímenes especiales para las controversias de inversores. Cumplimos con esto en el Sistema de Tribunales de Inversiones”, **declaró** el Presidente de la Comisión Europea, Jean-Claude Juncker, en respuesta al dictamen del TJUE.

Juncker agregó que el dictamen validó el enfoque de la UE de incorporar el nuevo STI en sus últimas negociaciones, así como su plan de presionar para que esto se realice en acuerdos posteriores en lugar de la “notoria ISDS”.

## Senado mexicano ratifica T-MEC

El Senado mexicano **aprobó** la legislación de aplicación para el Tratado entre los Estados Unidos, México y Canadá (T-MEC) el 19 de junio de 2019, por una mayoría abrumadora de 114 votos en favor, con menos de una docena en contra o absteniéndose.

El voto tuvo lugar una semana después que el presidente mexicano, Andrés Manuel López Obrador, anunció la sesión extraordinaria del Senado para la votación sobre **el reemplazo del TLCAN** por el T-MEC.

Las negociaciones del T-MEC fueron **concluidas** en septiembre de 2018, justo un año después de que los tres países iniciaran las conversaciones formales para **actualizar el TLCAN**. Los líderes de estos países firmaron el trato a fines de noviembre de 2018. Entre los cambios introducidos al texto del TLCAN de 1994 se destaca **el lenguaje revisado sobre ISDS**. Estos



cambios **limitarían la aplicación de la ISDS** únicamente a las controversias que involucran a México y los Estados Unidos, y describen qué tipos de demandas pueden entablar los inversores bajo esa disposición.

El T-MEC debe ser ratificado por los tres signatarios, después de lo cual deben transcurrir tres meses antes de la **entrada en vigor** del acuerdo. El proceso mexicano es actualmente el más avanzado.

La oficina del Primer Ministro canadiense remitió el **Proyecto de Ley C-100** a la Cámara de los Comunes de Canadá el 29 de mayo de 2019. Esta sería la legislación que implementará el T-MEC en Canadá. Ese día se realizó una primera lectura, y el **11 de junio de 2019** se realizó la segunda. La legislación aún debe pasar por varias instancias, incluyendo la aprobación tanto de la Casa de los Comunes como del Senado, antes de completar la ratificación de dicho país.

El Vicepresidente de los Estados Unidos, Mike Pence, **declaró en mayo** que la Casa Blanca espera que el Congreso ratifique el T-MEC pronto, idealmente concluyendo el proceso antes del final del verano. La Oficina del Representante Comercial (USTR) de EE.UU. ya ha enviado un borrador de la declaración de acción administrativa sobre el T-MEC, lo cual, según expresó la Vocera de la Casa Blanca, Nancy Pelosi a fines de mayo **fue prematuro**.

“Todos estamos de acuerdo en que debemos reemplazar el TLCAN, pero sin mecanismos reales de ejecución estaríamos atrapando a los trabajadores americanos en otro mal trato”, dijo Pelosi, agregando que el Partido Democrático, que posee la mayoría en la Cámara, ha “estado a un paso del sí”. Bajo la **Constitución de Estados Unidos**, toda legislación que involucre un aumento de los ingresos públicos, incluyendo los acuerdos comerciales, debe pasar por la Cámara de Representantes de EE.UU. antes de ser votada en el Senado.

## Líderes de China y la UE anuncian objetivos en 2020 para el tratado de inversión

Los líderes de China y la UE han prometido finalizar las negociaciones de su Acuerdo Global de Inversión el año próximo, anunciando su fecha programada y demás detalles sobre el proceso durante la cumbre en Bruselas,

Bélgica el 9 de abril de 2019.

Donald Tusk, Presidente del Consejo Europeo, Jean-Claude Juncker, Presidente de la Comisión Europea y Li Keqiang, primer ministro chino emitieron una **declaración conjunta** donde describieron varios objetivos para las negociaciones, señalando los “compromisos de liberalización” como área de prioridad para los debates del 2019.

Pekín y Bruselas lanzaron formalmente la negociación del acuerdo de inversión propuesto en 2013 y confirmaron **su ámbito de aplicación** en 2016. Hasta la fecha, ya celebraron 20 rondas, la última **tuvo lugar** en febrero de 2019. En esa ronda se incluyeron conversaciones sobre ofertas de acceso al mercado, la ISDS, solución de controversias entre Estados y el lenguaje que involucra el desarrollo sostenible. La 21era ronda de negociación está programada para junio, pese a que las charlas técnicas estaban programadas para principios de abril pero también se esperan realizar en mayo.

La negociación de inversiones entre China y la UE está siendo conducida como un proceso autónomo, que fue **un primer destacado** para la Comisión Europea al momento en que las conversaciones fueron lanzadas. Actualmente ninguna de las dos partes está negociando un TLC, pese a que los funcionarios de la Comisión Europea **anteriormente expresaron** que los resultados de los debates de inversión podrían ayudar a determinar si celebrará un acuerdo comercial con Pekín, entre otros factores.

Los líderes reunidos en Bruselas en abril pasado dijeron que esperan obtener un “ambicioso” acuerdo de inversión, que incluya “un marco equilibrado de protección de las inversiones” así como mejores términos de acceso al mercado que los actuales. Anunciaron que harán un “inventario” para su próxima cumbre de líderes, aunque la fecha de esta reunión no ha sido anunciada públicamente.

También establecieron un “mecanismo político” para llevar un registro periódico de las negociaciones y brindar una evaluación del estado de las mismas antes del 2020.



## Australia firma nuevo TBI con Uruguay, acuerdos de comercio e inversión con Hong Kong

Australia ha firmado un nuevo TBI con Uruguay y un acuerdo de inversión con Hong Kong. Estos tratados reflejan algunos cambios y aclaraciones sobre la disposición de ISDS de los tratados en el pasado y sobre las regulaciones del gobierno destinadas a cumplir con objetivos de políticas públicas, tales como los de salud.

El nuevo acuerdo con Uruguay, al entrar en vigencia, cancelaría el [TBI de 2001](#), mientras que invalidaría las cláusulas de duración, terminación y supervivencia de dicho acuerdo. El nuevo TBI, firmado en abril de 2019, [incluye en el preámbulo lenguaje](#) relativo al derecho de los Estados a regular y la flexibilidad para “establecer prioridades legislativas y regulatorias”. Su artículo sobre excepciones remarca que “ninguna parte de este Acuerdo será interpretada como para impedir que una Parte adopte o aplique medidas” esenciales para alcanzar determinados objetivos de políticas públicas.

El nuevo [acuerdo de inversión](#) de Australia con Hong Kong, firmado en marzo de 2019, posee un artículo dedicado a “objetivos de inversión, medio ambiente, salud y otros objetivos regulatorios”. No impedirá a las partes a tomar “cualquier medida por otra manera consistente con el presente acuerdo” destinada a garantizar que las inversiones sean “sensibles” a determinados objetivos de políticas públicas. Describe artículos que contienen excepciones similares al TBI entre Australia y Uruguay.

Una vez que el nuevo acuerdo de inversión entre Australia y Hong Kong entre en vigencia, el anterior TBI entre estos dos países será cancelado inmediatamente. El [TBI original](#) posee una cláusula de supervivencia de 15 años. Bajo este nuevo acuerdo, las inversiones existentes estarían cubiertas bajo los términos del TBI original por 10 años desde la fecha de entrada en vigor del nuevo TBI.

Ambos tratados han atraído la atención de los observadores de inversión, particularmente sobre si adaptarán su redacción sobre la ISDS y el derecho a regular después de las controversias de inversión surgidas a raíz de los TBIs existentes de Australia y Uruguay en cuanto al empaquetado simple y las medidas de control del tabaco. Ambos países comparten un historial de respeto por estas y otras medidas de salud pública similares.

En noviembre de 2011, Philip Morris lanzó un caso bajo el TBI entre Australia y Hong Kong, [reclamando](#) que la Ley de Empaquetado Simple de Australia constituyó una expropiación de su propiedad intelectual y llevó a que las inversiones australianas de la empresa perdieran la mayor parte de su “valor real”. Un tribunal arbitral [desestimó el caso por razones jurisdiccionales](#) en diciembre de 2015. Australia también ha enfrentado demandas [en la OMC y en virtud de su propia constitución](#) sobre la legislación de empaquetado simple.

Uruguay también es un defensor de larga data del control del tabaco, incluyendo las medidas de empaquetado simple. Si bien estas medidas fueron impugnadas por Philip Morris en 2010, el caso fue [finalmente desestimado](#) y la gigante tabacalera tuvo que cubrir parte de las costas legales de Uruguay junto con los costos del arbitraje en sí mismo.



## LAUDOS Y DECISIONES

### **Demandas contra Albania desestimadas por tribunal del CIADI ya que Anglo-Adriatic Group no poseía una inversión protegida**

*Anglo-Adriatic Group Limited vs. la República de Albania, Caso del CIADI No. ARB/17/6*

**Pietro Benedetti Teixeira Webber**

Un tribunal del CIADI decidió que no poseía jurisdicción para decidir sobre las demandas entabladas contra Albania por Anglo-Adriatic Group (AAG), una empresa constituida en las Islas Vírgenes Británicas. Los árbitros emitieron el laudo el 7 de febrero de 2019.

#### Antecedentes y demandas

La empresa Anglo Adriatika Investment Fund (AAIF) fue creada en 1996 para participar en el proceso de privatización post soviético de Albania. La mitad de sus acciones pertenecían a cuatro accionistas no albanos, mientras que un ciudadano albanos poseía la otra mitad.

En el mismo año, AAG fue registrada en las Islas Vírgenes Británicas con el principal propósito comercial de tener acciones en AAIF. AAG sostiene que realizó dos inversiones: primero, los accionistas extranjeros habían declarado en 1996 que poseían sus acciones en fideicomiso para AAG, concediéndole la propiedad efectiva de AAIF (Primera Inversión); segundo, AAG había otorgado préstamos a AAIF (Segunda Inversión).

AAG alegó que Albania impidió que AAIF participara en el proceso de privatización, expropiando indirectamente el valor de AAIF y tratándola de manera discriminatoria en comparación con otros inversores extranjeros y nacionales. En diciembre de 2016, AAG inició el arbitraje basándose en la Ley No. 7764 (Ley de Inversiones Extranjeras) de Albania, la cual dispone el arbitraje en el CIADI.

En el laudo, los árbitros trataron dos temas: (1) si AAG era propietaria de la Primera Inversión y (2) si la Segunda Inversión calificaba como una inversión protegida bajo la Ley de Inversiones Extranjeras.

#### AAG no poseía acciones en AAIF

AAG argumentó que realizó una inversión protegida al recibir la propiedad efectiva de las acciones adquiridas por los accionistas extranjeros en 1996.

El tribunal aplicó una prueba de tres pasos para evaluar si tenía jurisdicción para atender el caso: (1) si existía una inversión protegida; (2) si existía un inversor protegido; y (3) si el inversor protegido poseía la inversión protegida. La carga de la prueba del cumplimiento de estos requisitos recaía sobre AAG, siguiendo el razonamiento del tribunal del caso *Phoenix Action vs. la República Checa*.

Según los árbitros, AAG demostró la existencia de AAIF y de sus acciones de propiedad extranjera, así como la contribución de capital, satisfaciendo así el primer requisito. Además, concluyeron que AAG estableció que era una persona jurídica constituida de conformidad con las leyes de un país extranjero, calificando como un inversor protegido. Sin embargo, concluyó que AAG no cumplió con el último requisito, ya que no probó que era la propietaria o titular de las acciones de propiedad extranjera.

AAG alegó que las acciones habían sido transferidas a través de cuatro escrituras de fideicomiso regidas por el derecho inglés. El tribunal definió el fideicomiso del common law como “una relación jurídica creada por un ‘fideicomitente’ por medio de la cual las acciones [...] son colocadas bajo la propiedad de un ‘fideicomisario’ para el beneficio de un ‘beneficiario’” (párrafo 226). Al analizar estos documentos, los árbitros verificaron que AAG aparecía tanto como fideicomitente como beneficiario. Por lo tanto, las escrituras de fideicomiso no respaldaban la postura de AAG de que los accionistas extranjeros transfirieron la propiedad efectiva de sus acciones a AAG.

Asimismo, el tribunal consideró si la Ley No. 7979 (Ley de Fondos de Inversión) de Albania requería que la transferencia de acciones fuera registrada ante las autoridades dentro de un plazo de diez días, y que la identidad de los accionistas debía ser reportada cada trimestre. Aun así, no había evidencia de que ni AAIF ni AAG hubieran informado la supuesta transferencia de las acciones de propiedad extranjera.

Finalmente, los árbitros concluyeron que no había prueba de que AAG hubiera pagado una contraprestación adecuada a los accionistas extranjeros a cambio de la transferencia. Basándose en el caso *KT Asia vs. Kazajstán*, sostuvieron que un inversor que no haya pagado contraprestación alguna no se encuentra



facultado para recibir la protección de sus inversiones.

Por lo tanto, el tribunal concluyó que AAG no probó que los accionistas extranjeros transfirieron la titularidad de sus acciones o que AAG haya pagado contraprestación alguna a cambio de las acciones. Por ende, dictaminó que AAG no poseía la Primera Inversión y que el tribunal no poseía jurisdicción.

### AAG no realizó una inversión protegida

AAG también alegó que había realizado una inversión protegida, dado que prestó a AAIF la suma de USD 5.334.133 para cubrir sus gastos operativos. Para demostrar la existencia de los préstamos, AAG elaboró un documento denominado “Acuerdo Continuo de Financiamiento” (en inglés, *Ongoing Funding Agreement*) y una planilla detallando los gastos operativos de AAIF.

El tribunal revisó la investigación de tres pasos y concluyó que AAG no probó el primer requisito –la existencia de una inversión protegida. Los árbitros concluyeron que el Acuerdo Continuo de Financiamiento meramente establecía la posibilidad de ofrecer préstamos en el futuro; pero no probó que AAG realmente le haya dado dinero a AAIF. Además, según el tribunal, la planilla de los gastos operativos tampoco demostró cómo o cuándo AAG cubrió esos gastos. Además, el tribunal consideró que sería fácil para una empresa que otorga un préstamo de más de USD 5 millones generar evidencia convincente del dinero transferido.

Independientemente de no probar la existencia de los préstamos, el tribunal sostuvo que únicamente las inversiones realizadas conforme al derecho albanés califican como inversiones extranjeras protegidas bajo la Ley de Inversiones Extranjeras. Sin embargo, remarcó que el derecho albanés en vigencia cuando supuestamente se realizó la inversión prohibía que fondos de inversión, tales como AAIF, recibieran cualquier tipo de préstamo o pidieran dinero prestado. Entonces, los préstamos que AAG presuntamente otorgó a AAIF habrían sido realizados en violación de la Ley de Fondos de Inversión de Albania.

Los árbitros concluyeron que AAG no realizó una inversión protegida, porque no demostró los préstamos supuestamente concedidos a AAIF y porque, de ser probados, la inversión habría sido realizada en violación del derecho albanés.

### Decisión y costos

El tribunal concluyó que AAG no poseía acciones en

AAIF y que, de todas formas, no realizó una inversión protegida bajo la Ley de Inversiones Extranjeras de Albania. Por lo tanto, el CIADI no posee jurisdicción y el tribunal no tiene competencia para decidir sobre las demandas presentadas por AAG.

Los árbitros se basaron en el Artículo 61(2) del Convenio del CIADI y ordenó a AAG el pago de todos los costos del arbitraje. Sin embargo, considerando que las demandas de AAG no eran irrazonables, decidió que cada parte debía asumir sus propias costas y gastos legales.

*Notas:* Los árbitros fueron Juan Fernández-Armesto (árbitro presidente designado por los co-árbitros, nacional español), Georg von Segesser (designado por la demandante, nacional suizo) y Brigitte Stern (designada por la demandada, nacional francesa). El laudo del 7 de febrero de 2019 está disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10349.pdf>

**Pietro Benedetti Teixeira Webber** es abogado en Judith Martins-Costa Advogados (Porto Alegre, Brasil). También es Presidente de la Asociación brasileña de Estudiantes de Arbitraje (ABEARb).

## Tribunal del CIADI concluye que España incumplió sus obligaciones del TCE al no brindar una tasa de retorno razonable

*RREEF Infrastructure (G.P.) Limited y RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S.a r.l. vs. el Reino de España, Caso del CIADI No. ARB/13/30*

### Gregg Coughlin

El 30 de noviembre de 2018, un tribunal del CIADI dictaminó que España violó el TCE al aplicar retroactivamente un nuevo régimen fiscal y no garantizar que RREEF Infrastructure (G.P.) Limited (RREEF) obtuviera una tasa de retorno razonable en sus inversiones de energía solar.

### Antecedentes y demandas

En 2007, España implementó varias leyes que rigen el sector de generación de energías renovables (ER), incluyendo el Real Decreto (RD) 661/2007. El mismo garantizaba una prima por encima del precio de mercado a los operadores de la industria de ER al brindarles un régimen de tarifa regulada (FiT). A lo largo de 2011, RREEF realizó varias inversiones en el sector



de generación de energía eólica y solar concentrada (CSP, por sus siglas en inglés). RREEF poseía una participación accionaria en cinco parques eólicos y tres plantas de CSP, cada una de las cuales fue registrada bajo el RD 661/2007 para recibir FiTs.

En 2012, España promulgó la Ley 15/2012, la cual imponía un impuesto del 7 por ciento sobre todas las ganancias obtenidas por los generadores, incluyendo aquellos de la industria de ER. España modificó sus regulaciones de ER en 2013 y reemplazó las FiTs por una garantía de una tasa de retorno razonable, que resultó ser del 7,398 por ciento (antes de impuestos).

Producto de estos cambios en el régimen regulatorio de España, RREEF solicitó un arbitraje en octubre de 2013, alegando que estos cambios regulatorios violaban las obligaciones asumidas por España bajo el Artículo 10(1) del TCE de brindar estabilidad jurídica, TJE, transparencia, no discriminación y proporcionalidad y razonabilidad. RREEF también argumentó que España violó sus expectativas legítimas.

#### Estándares legales aplicables: TJE y expectativas legítimas son aplicables, pero la cláusula paraguas no

En primer lugar, el tribunal determinó que el estándar de TJE bajo el TCE es el mismo estándar de TJE que requiere el derecho internacional, y que incluye compromisos de transparencia, protección y seguridad, no limitación, no discriminación, proporcionalidad y razonabilidad. Notablemente, el tribunal aclaró que pese a que el estándar de TJE requiere que el Estado respete las expectativas legítimas de un inversor, no resulta razonable que un inversor espere que las condiciones que rodean a su inversión sean inmutables.

La mayoría del tribunal también rechazó la objeción de RREEF de que la cláusula paraguas del TCE debería aplicarse, lo cual hubiera generado la violación de las obligaciones contractuales dentro del ámbito de aplicación del TCE. El tribunal concluyó que la cláusula paraguas no era aplicable porque requiere una obligación contractual entre el inversor y el Estado, y RREEF no poseía una relación contractual con España.

#### Compromiso de estabilidad en el TCE

RREEF sostuvo que el requisito de estabilidad del TCE actúa como una obligación independiente y autónoma por la cual los Estados deben mantener un marco legal estable a lo largo de la duración de una inversión. En cambio, España argumentó que el requisito de estabilidad cabe dentro del estándar más amplio de TJE del TCE.

El tribunal destacó que la estabilidad no es absoluta y

no se equipara con la inmutabilidad en ausencia de una cláusula de estabilización clara. El tribunal prosiguió diciendo que “la obligación de crear un entorno estable ciertamente excluye toda transformación radical imprevisible en las condiciones de las inversiones” (párrafo 315). Pese a que el RD 661/2007 establecía una cláusula “garantizando siempre unas tasas de rentabilidad razonables con referencia al coste del dinero en el mercado de capitales” (párrafo 318), el tribunal no interpretó esta cláusula como una promesa firme de no cambiar las condiciones de la inversión. En cambio, el tribunal la interpretó como que preveía ajustes futuros al régimen regulatorio.

Por lo tanto, el tribunal tuvo la tarea de determinar si los cambios regulatorios de España constituían un cambio sustancial y, finalmente, determinó que un aspecto en particular del caso —la aplicación retroactiva del RD 661/2007— constituía una violación de este principio de estabilidad. En cuanto al grado en que las medidas impugnadas se aplicaron retroactivamente al recuperar los derechos adquiridos anteriormente por los accionistas, el tribunal ordenó a España que pagase a RREEF una compensación apropiada por el daño causado por la violación.

#### Expectativas legítimas

RREEF argumentó que los cambios regulatorios de España eran impredecibles y no satisfacían sus expectativas legítimas. España respondió que, al no existir un compromiso específico de estabilidad regulatoria, los inversores no pueden esperar legítimamente que un marco regulatorio tal como el del Estado español no fuese a cambiar. Las partes acordaron que los inversores tenían la carga de probar que sus expectativas eran razonables y objetivas al momento de realizar la inversión.

Al determinar si el RD 661/2007 violaba las expectativas legítimas de RREEF, el tribunal consideró si el cambio regulatorio constituía una modificación drástica y radical “que afecta de manera inesperada las condiciones de las inversiones” (párrafo 379). De esta manera, concluyó que dado que España había garantizado una tasa de retorno razonable o una rentabilidad razonable en varias leyes que rigen su industria de ER, la única expectativa legítima de RREEF “era percibir una rentabilidad razonable por su inversión” (párrafo 386). Principalmente, esto significaba que RREEF no podría esperar legítimamente recibir una tasa de retorno fija a lo largo de toda la duración de su inversión, tal como se dispuso originalmente a través del régimen FiT.



## Transparencia y discriminación

RREEF también alegó que España desmanteló el régimen RD 661/2007 de forma no transparente y aplicó el nuevo régimen de manera discriminatoria al aplicar un impuesto del 7 por ciento a los generadores de ER pero no a las instalaciones. Dado que el RD 661/2007 contemplaba que era posible que se aplicara un ajuste y que España realizó los cambios regulatorios en público, el tribunal determinó que no hubo violación de transparencia. También subrayó que la demanda de discriminación únicamente se refería al impuesto del 7 por ciento y que el tribunal ya había determinado que no poseía jurisdicción para decidir sobre cuestiones impositivas. Por ende, no pudo decidir sobre la demanda de discriminación.

## Proporcionalidad y razonabilidad

Por último, RREEF alegó que España no pasó la prueba de proporcionalidad y razonabilidad ya que el nuevo régimen imponía una carga indebida sobre RREEF en relación con el beneficio buscado por España, especialmente dadas las medidas alternativas disponibles. De esta manera el tribunal determinó que una medida gubernamental pasaría la prueba de razonabilidad y proporcionalidad siempre que las modificaciones no sean “aleatorias, innecesarias o arbitrarias” (párrafo 460). Dado que España únicamente garantizó un retorno razonable, la mayoría sostuvo que determinar si España violó los principios de proporcionalidad y razonabilidad no podía realizarse por separado de una evaluación de daños. Por ende, el tribunal procedió a calcular los daños para determinar si RREEF obtuvo un retorno razonable después de que España modificó su régimen.

## RREEF obtuvo un retorno razonable de sus inversiones eólicas

Al evaluar los daños, el tribunal determinó que España debe compensar a RREEF por 1) el daño sufrido a consecuencia de la aplicación retroactiva del nuevo impuesto y régimen y 2) el daño sufrido por RREEF al no obtener una tasa de retorno razonable después de las modificaciones del régimen.

RREEF reclamó daños por EUR 297 millones aplicando un análisis del flujo de caja descontado (FCD). España utilizó el enfoque de tasa interna de retorno (TIR) y reclamó que las pérdidas de RREEF no excedían los EUR 31 millones. El tribunal coincidió con el enfoque de España, señalando que RREEF debía recibir compensación “sólo en la medida en que las modificaciones hubieran excedido los límites de lo que es razonable” (párrafo 515).

El tribunal determinó que la TIR aplicada es razonable si i) los productores tienen derecho a obtener una rentabilidad y recuperar los costes de operación; ii) dispone un beneficio razonable, que no sea desproporcionado o irracional; y iii) el juicio de la razonabilidad debe ser realizado “con referencia al coste del dinero en el mercado de capitales” (párrafo 524). Dado que la TIR de los parques eólicos de RREEF era del 13 por ciento y superaba significativamente el coste del dinero en el mercado de capitales, la mayoría determinó que España no violó la expectativa legítima de RREEF de una rentabilidad razonable.

## RREEF no obtuvo un retorno razonable de sus inversiones solares

El tribunal determinó que el retorno garantizado de 7,398 por ciento (antes de impuestos) de las inversiones CSP bajo el nuevo régimen era equivalente a una TIR del 5,8 por ciento (después de impuestos). Teniendo en cuenta los bonos del Gobierno español a 10 años como tasa libre de riesgo del 4,398 por ciento, una prima de riesgo de mercado de 5,5 por ciento, una beta de 0,455 por ciento, un ratio deuda/equity del 60 / 40 y el coste de la deuda del 3,43 por ciento, la mayoría calculó que el Costo Promedio Ponderado de Capital (WACC, por sus siglas en inglés) era del 5,86 por ciento. La mayoría agregó una prima de riesgo del 1 por ciento para reflejar que “los demandantes tenían expectativas legítimas de que el retorno de su inversión estaría por encima del mero nivel del WACC, ya que el Demandado atrajo inversiones en el sector de energía renovable al aumentar la expectativa de ganancias por encima de la media” (párrafo 587).

Asimismo, la mayoría concluyó que España violó las expectativas legítimas de RREEF de recibir un retorno razonable ya que el WACC del 6,86 por ciento en sus inversiones CSP era superior al de la TIR de 5,8 por ciento garantizada por el nuevo régimen. España por lo tanto tuvo que asumir el costo de la diferencia entre el TIR del 5,8 por ciento que RREEF debía recibir por sus inversiones en CSP y la tasa WACC del 6,86.

## Laudo

Finalmente, el tribunal concluyó que la cuantificación de los daños brindada por cada una de las partes no representaba adecuadamente la TIR verdadera por proyecto o medida del daño retroactivo infringido a los accionistas de RREEF. Por consiguiente, alentó a las partes a que llegasen a un acuerdo sobre la cuantificación de los daños. Al no lograrlo, el tribunal señaló que designaría un experto para que calculase los daños.



*Notas:* El tribunal estuvo compuesto por Alain Pellet (presidente, designado por la presidencia del Consejo Administrativo del CIADI, nacional francés), Robert Volterra (designado por los demandantes, nacional canadiense) y Pedro Nikken (designado por el demandado, nacional venezolano). El laudo está disponible en español en [http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C3224/DS12012\\_Sp.pdf](http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C3224/DS12012_Sp.pdf)

**Gregg Coughlin** es Becario Internacional en Ginebra de la Universidad de Derecho de Michigan y colaborador en el Programa de Inversiones para el Desarrollo Sostenible del IISD.

## Tribunal del CIADI confirma alegato de ilegalidad de Panamá en la realización de una inversión en un proyecto turístico ubicado en un área indígena

*Álvarez y Marín Corporación S.A., Bartus van Noordenne, Cornelis Willem van Noordenne, Estudios Tributarios AP S.A. y Stichting Administratiekantoor Anbadi vs. La República de Panamá, Caso del CIADI No. ARB/15/14*

### Juan Carlos Herrera-Quenguan

Un grupo de inversores holandeses y costarricenses perdieron la batalla legal contra Panamá ante un tribunal arbitral del CIADI. Después de más de tres años de procedimientos, el tribunal emitió un laudo declinando su jurisdicción el 12 de octubre de 2018. El caso en cuestión es un proyecto turístico en un área indígena protegida. Según las demandantes, el proyecto se vio frustrado por la oposición de la población local y un informe del gobierno, violando el TBI entre los Países Bajos y Panamá y el TLC entre Centroamérica y Panamá.

### Antecedentes y demandas

En 2010, un grupo de inversores adquirió cuatro fincas rústicas para desarrollar el proyecto ecoturístico Cañaveral a lo largo del Caribe panameño, en la reserva indígena conocida como Comarca Ngöbe-Buglé, declarada por ley el 7 de marzo de 1997. Sin embargo, el Gobierno panameño cuestionó la legalidad de la adquisición desde el comienzo. En esta línea, la Autoridad Nacional de Administración de Tierras emitió un informe el 9 de julio de 2013, concluyendo que dos de las cuatro fincas de hecho se encontraban fuera de la Comarca.

La Comarca es un régimen territorial especial donde las comunidades indígenas poseen la propiedad colectiva de las tierras de la reserva. Por lo tanto, la propiedad por terceros es limitada y solo puede ser otorgada bajo circunstancias específicas. Es decir, (i) la propiedad privada de las tierras debe ser preexistente a la promulgación de la ley que creó la propia Comarca, y (ii) las comunidades de la Comarca tienen un derecho de primera opción para adquirir las tierras en venta, y únicamente en caso de falta de interés por parte de la Comarca, pueden ser enajenadas a terceros.

Para las demandantes, el informe de julio de 2013 frustró el proyecto Cañaveral porque reubicó dos de las cuatro fincas, reduciendo la superficie adquirida para la instalación del proyecto de 685 a 250 hectáreas. Además, alegaron que el informe fue filtrado, lo que provocó un ambiente de oposición e indignación entre la población de la Comarca, que culminó con una ocupación ilegal de las fincas y tornó el proyecto inviable.

Panamá argumentó que las demandantes adquirieron ilegalmente las fincas en el área de la Comarca a través de procedimientos de prescripción adquisitiva que generaron sentencias que otorgaron la propiedad a terceros. Alegó que tales procedimientos estaban plagados de fraude e irregularidades.

El 15 de marzo de 2015, las demandantes iniciaron el arbitraje en el CIADI. Las demandantes holandesas se basaron en el TBI entre los Países Bajos y Panamá del 2000, y las costarricenses en el TLC entre Centroamérica y Panamá del 2002. Argumentaron que Panamá (i) expropió la inversión de las demandantes sin compensación, sin causa de utilidad pública y sin respetar el debido proceso; (ii) no les otorgó un trato justo y equitativo, y (iii) no concedió a su inversión protección y seguridad plena.

### La existencia del requisito de legalidad en los tratados

Panamá planteó cuatro objeciones preliminares, a saber, que: (i) la inversión era ilegal; (ii) algunas de las demandantes no eran inversores protegidos por los tratados; (iii) algunos de los inversores no demostraron tener una inversión que cumpliera con el test *Salini*; y (iv) las demandantes no demostraron *prima facie* la existencia de un incumplimiento de los tratados. Pero el tribunal únicamente consideró pertinente analizar la primera objeción preliminar.

Panamá alegó que el Art. 2 del TBI, el Art. 10.12 del TLC y el derecho internacional público consagran el requisito de legalidad de las inversiones. Por



consiguiente, las inversiones adquiridas en contravención de las doctrinas de buena fe, manos limpias, abuso de proceso y enriquecimiento ilícito no se encuentran protegidas, según Panamá. Por el contrario, las demandantes argumentaron que el TBI no impone obligaciones como tales al inversor, sino únicamente al Estado, y que el TLC no impone ninguna formalidad o requisito a la inversión.

El tribunal coincidió con las demandantes en que ninguno de los tratados contiene una disposición sobre el requisito de legalidad. No obstante, entiende que “el requisito de legalidad, aunque no expresado explícitamente en los tratados, forma parte implícita del concepto de inversión protegida” (párrafo 118).

También concluyó que no todos los tipos de ilegalidad implican que una inversión determinada no sea protegida por los tratados, considerando que una consecuencia como tal sería grave. En este sentido, sostuvo que la protección únicamente debería ser denegada cuando constituye una respuesta proporcionada a un inversor que incumplió gravemente el derecho del Estado receptor. La gravedad del incumplimiento debe ser evaluada considerando la pertinencia de la norma incumplida y la intención del inversor.

#### Primera objeción preliminar: La ilegalidad de la inversión

Habiendo concluido que el requisito de legalidad es pertinente a la controversia, el tribunal procedió a analizar si las demandantes de hecho incumplieron este requisito.

Para Panamá, la adquisición de la inversión fue ilegal considerando que los procedimientos de prescripción adquisitiva estaban teñidos por declaraciones de testigos fraudulentas y otras irregularidades. Aun en el caso de que las demandantes no participaran en procesos fraudulentos, Panamá sostuvo que las mismas no podrían argumentar que eran los propietarios de buena fe de las fincas, ya que varias veces se presentaron anomalías en los procesos judiciales y en la adquisición de las fincas. Además, Panamá señaló que las demandantes nunca condujeron un proceso de georreferenciación en el área con el fin de confirmar la ubicación exacta de las fincas.

El tribunal determinó que la inversión fue obtenida en violación del régimen jurídico aplicable de manera grave y, por lo tanto, ni las demandantes ni la inversión podrían gozar de la protección de los tratados ni del derecho internacional. Analizó la intención de las demandantes considerando las alertas rojas y las irregularidades en la adquisición, y concluyó que la situación requería un nivel más alto de debida diligencia por parte de los inversores.

El tribunal dictaminó que este era especialmente el caso ya que la adquisición de las fincas interactuaba con un régimen especial altamente pertinente, por el cual se creó la Comarca y establecía requisitos específicos y esenciales que no fueron cumplidos: el derecho de los Pueblos Indígenas a la primera opción de compra de las tierras no fue respetado. Según el tribunal, la violación del régimen es de tal gravedad que toda la transacción debe ser declarada nula.

#### Decisión y costos

En consideración de la ilegalidad insalvable de la inversión, la cual resultó en la pérdida de protección bajo los tratados aplicables y el derecho internacional, el tribunal dictaminó que carecía de jurisdicción para decidir sobre el fondo de la controversia. Ordenó a cada parte el pago de sus propios costos, pero Panamá deberá asumir los costos de la inspección ocular.

*Notas:* El tribunal estuvo compuesto por Juan Fernández-Armesto (presidente designado por las partes, nacional español), Horacio A. Grigera Naón (designado por las demandantes, argentino) y Henri C. Álvarez (designado por la demandada, nacional canadiense). El laudo está disponible solamente en español en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10491.pdf>

**Juan Carlos Herrera-Quenguan** es asociado *senior* de Flor & Hurtado en Quito, Ecuador. Se especializa en derecho internacional público y solución de controversias internacionales.

## India viola TBI con Alemania según tribunal de la CNUDMI con respecto a contrato de arrendamiento de espectro electromagnético

Deutsche Telekom AG vs. la República de India, Caso de la CPA No. 2014-10

#### Trishna Menon

Un tribunal de la CNUDMI desestimó las objeciones preliminares de India y concluyó que este país violó el estándar de TJE del TBI entre India y Alemania en un arbitraje administrado por la CPA iniciado por Deutsche Telekom AG (DT). El laudo interino sobre responsabilidad fue emitido el 13 de diciembre de 2017.



## Antecedentes y demandas

El 28 de enero de 2005, Devas Multimedia Private Limited (Devas) y la empresa estatal india Antrix Corporation Limited (Antrix) celebraron un contrato de arrendamiento de la banda S del espectro electromagnético de dos satélites (Contrato). Entre 2008 y 2009, la filial de DT, Deutsche Telekom Asia Pte Ltd (DT Asia), de total propiedad de Singapur, invirtió aproximadamente USD 97 millones en acciones en Devas, alcanzando una participación accionaria del 19,62 por ciento.

Alrededor de abril de 2004, comenzaron los debates con varias agencias públicas de India —incluyendo el Ministerio de Defensa, la organización de investigaciones espaciales de India (*Indian Space Research Organisation*, ISRO) y el Departamento del Espacio (*Department of Space*, DOS)— para que la banda S del espectro electromagnético sea reservada para uso militar y estratégico. En una conferencia de prensa de febrero de 2011, DOS e ISRO anunciaron la decisión de cancelar el Contrato. El 16 de febrero de 2011, la secretaria del DOS emitió una nota recomendando la cancelación del Contrato al Comité del Gabinete de Seguridad (CCS, por sus siglas en inglés), la máxima autoridad decisora. Un día después, en base a esta nota, el CCS decidió que “considerando la política de no brindar un espacio en la órbita de la Banda S a Antrix para actividades comerciales, el Contrato...será anulado inmediatamente” (Decisión del CCS).

En el arbitraje, iniciado el 2 de septiembre de 2013, DT argumentó que India invalidó ilegalmente el Contrato por razones comerciales y consideraciones políticas a raíz de algunas otras acusaciones de corrupción contra las autoridades espaciales de India. Según DT, la conducta de India violó los estándares de expropiación y TJE del TBI.

India, a su vez, alegó que instruyó a Antrix que cancelara el Contrato por razones vinculadas a un interés esencial de seguridad del país, y que algunos asuntos relacionados con el umbral impidieron que DT pueda presentar sus demandas en el arbitraje porque: (1) el TBI no cubre las inversiones indirectas y a los inversores indirectos; (2) no protege las actividades previas a las inversiones; y (3) contiene una cláusula de “interés esencial de seguridad”.

## Inversión indirecta

El tribunal analizó este tema a través de dos preguntas: (1) si el TBI exigía que el nacional del Estado de origen posea los activos pertinentes directamente, y (2) si el nacional del Estado de origen que no posea directamente los activos afectados por las medidas

impugnadas podría reclamar violaciones de TBI.

El tribunal no encontró ningún requisito de propiedad directa en la definición de “inversión” del TBI. La disposición exige que el activo en cuestión sea “invertido” pero no especifica que debe ser invertido directamente. En ausencia de un lenguaje calificativo en el TBI en torno a la naturaleza directa o indirecta de las inversiones, el tribunal interpretó los términos “inversión” e “invertido” según el Artículo 31(1) de la VCLT, teniendo en cuenta el significado común, contexto, objeto y propósito del tratado. También se basó en *Guaracachi vs. Bolivia* y *Siemens vs. Argentina*, quienes afirmaron que una definición indefinida de “inversión” incluiría las inversiones indirectas a través de la adquisición de acciones.

El tribunal también observó la definición de “inversor”. Para que un nacional o empresa del Estado de origen sea considerado un inversor, en primer lugar, debe haber “efectuado” o estar “efectuando” una inversión, y segundo, que tal inversión debe ser realizada en el territorio del Estado anfitrión. El tribunal se basó en el caso *CEMEX vs. Venezuela* para establecer que los tribunales de inversión se han rehusado sistemáticamente a inferir, a partir de la referencia al territorio del Estado receptor, un requisito de propiedad directa de las acciones que constituyen la inversión.

La afirmación de India de que la definición de “inversión” otorga a los accionistas directos la capacidad de presentar una demanda de expropiación, lo cual implica que los accionistas indirectos carecerían de una capacidad como tal, tampoco fue respaldada por el lenguaje del TBI, según el tribunal. Los árbitros señalaron que DT no se presentó como beneficiaria de las protecciones otorgadas a sus filiales; en cambio reclamó la pérdida inseparable a la pérdida de Devas que sufrió debido a las supuestas violaciones del TBI por India. Por lo tanto, el tribunal dictaminó que el TBI no podría ser interpretado en función de limitar el derecho del accionista a reclamar en su propio nombre.

## Acciones previas a la inversión

India afirmó que las actividades de DT en India permanecieron en la etapa previa a la inversión, ya que DT no obtuvo las aprobaciones necesarias del gobierno, incluyendo la licencia fundamental de Planificación y Coordinación Inalámbrica (*Wireless Planning and Coordination*, WPC), y que las acciones en Devas no son una inversión pertinente, dado que India no las expropió ni de otra manera impidió que los accionistas manejaran la empresa.



Si bien el tribunal aceptó que las acciones en Devas no necesariamente deben ser consideradas como una inversión de forma separada de las actividades de la empresa, consideró que DT hizo una contribución de recursos financieros sustanciales para obtener su participación accionaria indirecta en Devas y que aquella contribución de capital eran inversiones protegidas bajo el Artículo 1(b)(ii) del TBI. El tribunal concluyó que aunque Devas no obtuvo la licencia WPC, la definición de “inversión” del TBI no podría limitarse a la preocupación continua de obtener todas las autorizaciones pertinentes para llevar adelante su negocio.

### Intereses esenciales de seguridad

El tribunal primero sostuvo que el Artículo 12 del TBI, el cual contiene la cláusula sobre intereses esenciales de seguridad, debe ser interpretado en sus propios términos, sin incorporar requisitos del derecho consuetudinario internacional sobre la defensa del estado de necesidad que no estaban presentes en el texto del tratado. No consideró que el Artículo 12 se limite a situaciones de “emergencia”, o que el Estado deba probar que una medida es “la única disponible”, o que no debiera haber contribuido a la situación de necesidad.

El Artículo 12 dispone las siguientes condiciones: (1) una Parte Contratante debe aplicar una prohibición o restricción, (2) para la protección de los “intereses esenciales de seguridad” de un Estado, y (3) “en la medida en que sea necesario” para tal protección.

La Decisión del CCS sostuvo que India no podría otorgar la banda S del espectro electromagnético a Antrix para uso comercial y en consecuencia determinó que el Contrato debía ser anulado. Por consiguiente, en cuanto a la primera condición, el tribunal opinó que la medida impugnada era una prohibición y restricción.

El tribunal remarcó que mientras se recuperaba la banda S de Antrix–Devas, no hubo indicios de que CCS la asignara a la milicia o, de otra manera, la destinara a intereses de seguridad. También señaló que la mención de necesidades “estratégicas” y “sociales” es recurrente en la mayoría de los documentos que llevaron a la Decisión del CCS, y estas necesidades son casi invariablemente presentadas juntas. Si bien las denominadas “necesidades estratégicas” expresadas por las fuerzas armadas, así como los intereses de seguridad nacional expresados por las agencias de seguridad nacional pasarían la prueba de intereses esenciales de seguridad, el tribunal concluyó que ninguna interpretación razonable del Artículo 12 del TBI podría incluir otras “necesidades sociales”, tales como un seguimiento de capacitación, manejo de desastres,

tele-educación, tele-salud y comunicación rural, sin distorsionar el sentido natural del término “intereses esenciales de seguridad”.

Para una invocación exitosa del Artículo 12, debe demostrarse la existencia de una gama de intereses mucho más restringida, lo cual India no pudo hacer, según el tribunal.

### Violación del estándar de TJE; otras demandas desestimadas

El tribunal concluyó que la decisión de anular el Contrato fue arbitraria e injustificada ya que evidentemente no se basó en hechos, sino en acusaciones conclusivas, y fue producto de un proceso defectuoso. Determinó que el apuro por anular el Contrato después de los informes de prensa en torno a actos de corrupción, lo cual generó las posteriores acciones, fue realizado sin ninguna evidencia documental, justificación ni antecedentes sólidos. Además, el tribunal concluyó que los hechos posteriores a la anulación corroboran la conclusión de que no había una necesidad militar que fuera irreconciliable con el Contrato.

Aun cuando haya habido prueba de una necesidad militar o social irreconciliable con el Contrato, el tribunal razonó que, corresponde a India plantear las inquietudes identificadas en el Contrato con Devas o DT. El tribunal concluyó que en ningún momento después de dictaminar que el Contrato debía ser anulado, se determinó que Devas o DT tuvieran la oportunidad de explicar, abordar o resolver las inquietudes expresadas. Consecuentemente, concluyó que la conducta de India violó el estándar de TJE en varios aspectos.

Con relación a las demandas de expropiación y protección y seguridad plenas, el tribunal optó por no tratar estos reclamos, por motivos de economía judicial, ya que su resolución no cambiaría el resultado de la controversia en torno a la cuantificación de los daños.

### Decisión y costos

El tribunal afirmó que tenía jurisdicción sobre la controversia y que India violó el estándar de TJE bajo el Artículo 3(2) del TBI. Así, tomó las medidas necesarias para continuar con el procedimiento y pasar a la etapa de cuantificación.

India impugnó el laudo interino ante el Tribunal Federal suizo, la corte supervisora del arbitraje, argumentando que el tribunal no tenía jurisdicción para resolver la controversia, en base a las mismas tres objeciones relacionadas con el umbral planteadas ante el tribunal. En un fallo del 11 de diciembre de 2018, el



Tribunal Federal desestimó estos argumentos y rechazó la solicitud de anulación del laudo por India por una mayoría de 3:2.

*Notas:* El tribunal estuvo compuesto por Gabrielle Kaufmann-Kohler (presidenta, nacional suiza), Daniel M. Price (designado por la demandante, nacional estadounidense) y Brigitte Stern (designada por la demandada, nacional francesa). El laudo está disponible en <https://www.italaw.com/cases/2275>

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

## Tribunal de la CCE declara a Polonia culpable por expropiación sobre orden de desinversión en banco de Luxemburgo

*PL Holdings Sàrl vs. la República de Polonia (Caso de la CCE No. V2014/163)*

**Gladwin Issac**

En un laudo final con fecha del 28 de septiembre de 2017, un tribunal de la CCE ordenó a Polonia el pago de EUR 176 millones a una empresa de capital privado con sede en Luxemburgo después de determinar que la desinversión forzada de la participación accionaria de la empresa en un banco constituyó una expropiación en virtud del TBI entre Luxemburgo y Polonia. En particular, el tribunal dictaminó que pese a que la demandante no fue privada de su inversión, las restricciones impuestas por el regulador bancario de Polonia limitó seriamente determinados derechos que formaban parte de la inversión, por lo cual, privó a la “demandante del pleno beneficio de sus derechos de propiedad hasta tal punto que constituyó una expropiación” (párrafo 320, Laudo Parcial).

### Antecedentes y demandas

Capital PL Holdings S.a.r.l., una entidad con sede en Luxemburgo y filial de total propiedad de Abris CEE Mid-Market Fund L.P. (Abris), invirtió en dos banco polacos que se fusionaron para convertirse en FM Bank PBP (el banco), eventualmente transformándose en accionista del 99,5 por ciento.

Luego de la fusión, KNF, el regulador bancario de Polonia, adoptó una serie de medidas alegando algunas irregularidades de gestión. En abril de 2014, KNF

emitió una orden suspendiendo el ejercicio del derecho a voto de la demandante y exigiéndole que vendiera todas sus acciones en el banco para el 31 de diciembre. Pese a que KNF retiró su orden en julio de 2014, la limitación de su derecho a votar continuó en vigencia. Además, KNF entabló un procedimiento contra la demandante para ordenar nuevamente la venta forzada de sus acciones. En noviembre de 2014, KNF emitió una tercera orden exigiendo a la demandante la venta de sus acciones para el 30 de abril de 2015.

Pese a asegurar a la demandante que reconsideraría su tercera orden, KNF en varias ocasiones pospuso la fecha límite para dicha reconsideración, dejando a la demandante un plazo limitado para ejecutar la venta a fin de evitar sanciones administrativas. El 26 de noviembre de 2014, la demandante presentó un arbitraje, alegando que las medidas de KNF constituyeron una expropiación de su inversión sin compensación, violando el TBI.

Tribunal desestima objeciones jurisdiccionales de Polonia, incluyendo la objeción intra-UE

Polonia presentó dos objeciones extemporáneas a la jurisdicción del tribunal. Primero, argumentó que pese a que la demandante estaba basada en Luxemburgo, el inversor real era Abris, registrada en Jersey. Por lo tanto, según Polonia, “la demandante fue meramente una ‘herramienta’ a través de la cual Abris realizó y controlaba su propia inversión en Polonia” (párrafos 273–275, 296, Laudo Parcial).

Segundo, basándose en los Artículo 30 y 50 de la VCLT, Polonia afirmó que las disposiciones de solución de controversias del TBI eran incompatibles con el derecho de la UE y que una vez que Polonia accedió a la UE, el trato dispensado a un inversor de un Estado miembro de la UE (Luxemburgo, en este caso) está regido exclusivamente por el derecho de la UE y puede ser impugnado exclusivamente en los tribunales de la UE o de sus Estados miembros (párrafo 302, Laudo Parcial). Además, según Polonia, el Artículo 344 del TFUE otorga la autoridad exclusiva para adjudicar la presente controversia al poder judicial europeo.

El tribunal decidió considerar las objeciones pese a la demora en su presentación, pero desestimó ambas, remarcando que Polonia no presentó evidencia para contradecir las alegaciones de la demandante sobre su estatus en calidad de inversor bajo el TBI.

En cuanto a la objeción intra-UE, el tribunal, basándose en el caso *RREF vs. España*, afirmó que “el tratado del cual emana el tribunal es para todos los fines prácticos la ‘constitución’ del tribunal, y es de



dicho instrumento y únicamente de dicho instrumento que la autoridad del tribunal depende” (párrafo 309, Laudo Parcial). Dictaminó que ni el Artículo 30 ni el Artículo 59 de la VCLT anula el TBI, y por ende, no deniega la autoridad del tribunal para resolver la controversia. Además, sostuvo que el Artículo 344 del TFUE no se aplica a este caso ya que involucra a un inversor de un Estado miembro de la UE y a otro Estado miembro, y no a dos Estados miembros de la UE tal como lo dispone el TFUE.

### Las medidas de Polonia llevaron a una privación de determinados derechos surgidos de la inversión, constituyendo una expropiación indirecta

La demandante alegó que las medidas de KNF la privaron de su derecho a votar por un plazo de casi 18 meses, desde abril de 2015 hasta que fue forzada a vender sus acciones y que, por lo tanto, sufrió una pérdida de ganancias razonablemente anticipadas. Según la demandante, ni la orden que la privó de su derecho a votar ni la orden de vender sus acciones cumple con las condiciones de expropiación lícita bajo el Artículo 4(1) del TBI. Polonia respondió que tenía el derecho a regular en determinadas áreas, sin que dicha regulación pudiera ser considerada una violación del TBI.

En su análisis, el tribunal observó que la demandante no fue privada de su inversión en un sentido técnico, sino más bien de algunos derechos que formaban parte de la misma, es decir, el derecho a votar y el derecho a disponer de su inversión como considerara pertinente. Acordó con la demandante en que las medidas de KNF limitaron seriamente estos derechos, privándola, por lo tanto, del pleno beneficio de sus derechos de propiedad hasta tal punto como para constituir una expropiación, según lo dispuesto en el TBI.

### Se concluye que las medidas de Polonia incumplieron el principio de proporcionalidad

La demandante agregó que las medidas tomadas por KNF no podían justificarse como regulaciones legítimas de buena fe ya que fueron arbitrarias, inapropiadas y desproporcionadas. Pese a que el tribunal no decidió sobre el derecho aplicable al principio de proporcionalidad, utilizó una prueba de tres supuestos para determinar si las medidas: (a) eran aptas para alcanzar un fin público legítimo por parte de KNF; (b) fueron necesarias para alcanzar dicho fin, de manera que ninguna medida menos onerosa sería suficiente, y (c) no fueron excesivas en tanto que sus ventajas compensaran sus desventajas.

En cuanto al primer elemento de la prueba, pese a que

el tribunal se mostró convencido de que las medidas de KNF fueron implementadas para defender el interés público de manera sustancial y legítima, concluyó que las mismas no necesariamente eran aptas. Según su opinión, las irregularidades en la gestión y los cambios en la junta de directores que no fueron presentados a consideración de KNF no justificaban las medidas de manera suficiente, especialmente cuando la situación financiera y económica del banco era estable y no suponía ninguna amenaza para la seguridad de los depósitos de los clientes, y toda irregularidad advertida por KNF al banco y sus accionistas fue rápidamente establecida. Agregó que las medidas drásticas impuestas por KNF no solo fueron innecesarias e injustificadas, sino que fueron contraproducentes en naturaleza, concluyendo, por lo tanto, que se cumplía el tercer supuesto de la prueba: las medidas fueron excesivas ya que la situación que enfrentaba KNF no era tan grave como para justificarlas.

### Orden de Polonia de vender las acciones violó los derechos procesales de la demandante

Además de la demanda de expropiación, la demandante también alegó que KNF violó sus derechos procesales a través de estas medidas, en particular, al posponer en reiteradas ocasiones la fecha límite para la reconsideración de su tercera orden hasta que exigió a la demandante que se deshiciera de sus acciones; por consiguiente, privándola efectivamente de sus derechos a apelar y a recibir la protección judicial correspondiente. Polonia, a su vez, argumentó que la tercera orden meramente ordenó a la demandante que “se deshiciera de” (y no que “vendiera”) sus acciones y que la demandante finalmente las vendió por voluntad propia, en un momento crítico cuando el fallo sobre la reconsideración se encontraba pendiente.

El tribunal, sin embargo, determinó que la postura de Polonia era insostenible ya que la manera más obvia de deshacerse de las acciones era su venta. Además, remarcó la “irregularidad procesal más flagrante” (párrafo 408, Laudo Parcial) en manos de KNF cuando pospuso su decisión sobre la reconsideración de su tercera y definitiva orden, obstruyendo por lo tanto el derecho fundamental de la demandante a acceder a la justicia para obtener reparación.

### Decisión y costos

El tribunal concluyó que Polonia incumplió el Artículo 4(1) del TBI por cuenta de su expropiación de la participación accionaria de la demandante en el banco a través de restricciones bajo la forma de una suspensión de su derecho a votar y la venta obligatoria de sus acciones.



En su laudo parcial del 28 de junio de 2017, el tribunal tomo una decisión en torno a la formula y fecha de valuación más precisa para establecer el valor de las acciones y los daños, en base a lo cual los expertos adoptaron un modelo financiero acordado.

En el laudo final, el tribunal adoptó el informe conjunto de los expertos, ordenando a Polonia que pagase a la demandante PLN 653.639.384 (EUR 176 millones) por daños, más intereses pre- y post-laudo establecidos en referencia a la legislación polaca sobre deudas. También emitió una orden de pago de costas por EUR 3,5 millones en favor de la demandante, mientras que dividió los costos del arbitraje en partes iguales.

*Notas:* El tribunal estuvo compuesto por George A. Bermann (presidente designado por la CCE, nacional americano), Julián D. M. Lew (designado por la demandante, nacional británico) y Michael E. Schneider (designado por la demandada, nacional alemán). El laudo parcial está disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9378.pdf> y el laudo final está disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10467.pdf>

**Gladwin Issac** es graduado de la Universidad Nacional de Derecho de Gujarat, India.

## **Demandas de expectativas legítimas de inversores contra Italia desestimadas por falta de compromisos específicos**

*Blusun S.A., Jean-Pierre Lecorcier y Michael Stein vs. la República de Italia, Caso del CIADI No. ARB/14/3*

### **Xiaoxia Lin**

El 27 de diciembre de 2016, un tribunal del CIADI constituido bajo el TCE emitió su laudo, desestimando todas las demandas de los inversores. Notablemente, este fue el primer laudo de arbitraje de inversión presentado contra Italia a raíz de la reforma italiana del sector de energía solar.

### **Antecedentes y demandas**

Los demandantes fueron Blusun S.A., una empresa tenedora de acciones constituida en Bélgica, y sus accionistas, Jean-Pierre Lecorcier, ciudadano francés y Michael Stein, nacional alemán. Blusun fue constituida en 2009 para emprender un proyecto de energía de 120

MW en Puglia, Italia, a través de dos filiales italianas, Eskosol y SIB. Una de las principales fuentes legislativas cuando los demandantes invirtieron en el proyecto era el Decreto Legislativo 387/2003 promulgado en enero de 2004, el cual establecía un procedimiento de autorización simplificado para la construcción de las plantas operadas con energías renovables.

Los inversores disputaron una serie de medidas tomadas por las autoridades italianas entre 2010 y 2012, incluyendo la decisión del Tribunal Constitucional de 2010, que declaró inconstitucionales las disposiciones del Decreto Legislativo 387/2003; el Decreto Romani de marzo de 2011, que limitó la aplicación de las tarifas reguladas durante ese período de tiempo; y la Cuarta Cuenta de Energía de abril de 2011, que introdujo más cambios al programa de tarifas reguladas. Los demandantes afirmaron que las medidas regulatorias y decisiones judiciales de Italia violaron el estándar de TJE bajo el Artículo 10(1) del TCE lo cual tuvo un efecto equivalente a una nacionalización o expropiación conforme al Artículo 13(1) del TCE.

### **Tribunal desestima objeción jurisdiccional**

Italia objetó la jurisdicción del tribunal, negando que los demandantes poseyeran una inversión protegida dado que el proyecto no constituía una inversión sino que únicamente podía ser caracterizado como una actividad previa a la inversión.

Además de remarcar que la construcción de las plantas solares había comenzado, el tribunal especificó que no se trataba de un mero proyecto en papel de carácter especulativo una vez que se tomaron “medidas sustanciales de implementación, incluyendo la asunción del riesgo financiero” (párrafo 269).

Italia también argumentó que las demandas eran inadmisibles ya que los demandantes carecían de “manos limpias” al planear el proyecto porque no condujeron un estudio de impacto ambiental (EIA). El tribunal denegó esta objeción dado que el TCE no requiere que los inversores lleven a cabo un EIA para ningún proyecto propuesto. También observó que si bien el derecho italiano requiere que las plantas de energía solar de gran magnitud completen un proceso de inspección como resultado del cual puede exigirse un EIA, no requiere un procedimiento de EIA para las plantas de pequeña envergadura. Según la opinión del tribunal, dado el carácter “agregativo” del proyecto, existía poca certeza con respecto a la aplicabilidad del procedimiento de inspección (párrafo 276). El tribunal remarcó que no parecía haberse requerido ninguna



inspección de las plantas individuales y que el tiempo para realizar un EIA ya había pasado cuando Eskosol adquirió las 12 empresas de desarrollo.

La Comisión Europea presentó un escrito *amicus curiae*, objetando la jurisdicción del tribunal sobre la controversia intra-UE. Primero, el tribunal señaló que el texto del TCE no excluye asuntos surgidos entre los Estados miembros de la UE, y que dichos Estados no carecen de competencia para asumir obligaciones entre ellos en el tratado. Basándose en una serie de laudos arbitrales donde se rechazaron las objeciones jurisdiccionales intra-UE de manera unánime, el tribunal concluyó que no existía una incompatibilidad entre el TFUE y el TCE, porque las obligaciones entre los Estados miembros de la UE bajo el TCE no habían sido modificadas o sustituidas por el ulterior derecho de la UE.

### Tribunal desaprueba demanda de inestabilidad jurídica

El tribunal primero interpretó el compromiso establecido en la primera y segunda oración del Artículo 10(1) del TCE. Sugirió que la obligación de crear condiciones estables contenida en la primera oración forma parte del estándar de TJE, el cual, tal como señalaron anteriormente varios tribunales, es el compromiso principal del Artículo 10(1) en virtud de la segunda oración. El tribunal no estuvo de acuerdo con los criterios sugeridos en el caso *Charanne vs. España*, es decir, el “interés público” y la “irrazonabilidad”, porque eran muy indefinidos; sin embargo, el tribunal adhirió al concepto de “desproporcionalidad” ya que conlleva limitaciones en sí mismo y es más definido.

Al analizar las medidas que según se alega causaron la inestabilidad, los tribunales evaluaron cada uno de los actos estatales impugnados por los demandantes y concluyó que ninguno de los mismos eran violatorios del Artículo 10(1). Primero, con respecto a la decisión del Tribunal Constitucional en 2010, el tribunal sostuvo que si bien esta decisión podría haber contribuido a una incertidumbre inicial relativa al mercado, nunca generó dudas sobre el régimen jurídico aplicable. Según el tribunal, al proceder con sus inversiones, pese a que la impugnación constitucional estaba pendiente, los demandantes tomaron el riesgo a cuenta propia.

Segundo, el tribunal concluyó que si bien la reducción de las tarifas reguladas introducida por el Decreto Romani y la Cuarta Cuenta de Energía fue sustancial, se aplicó en respuesta a una necesidad fiscal genuina y no era en sí paralizante o inhabilitante. Por lo tanto, dictaminó que las medidas no eran desproporcionadas.

Finalmente, con respecto a la orden de interrupción de obra que fue “la estocada final al proyecto”, según alegaron los demandantes (párrafo 351), el tribunal sostuvo que el episodio de interrupción de obra no creó una inestabilidad jurídica ya que fue temporaria, estaba motivada jurídicamente, y de conformidad con un proceso debido de derecho. Además, la orden no fue arbitraria o discriminatoria, pero sí recaía “dentro del rango o riesgo jurídico de una empresa industrial, en particular un riesgo fundado en bases regulatorias discutibles” (párrafo 360).

### Demanda de expectativas legítimas rechazada por falta de compromisos específicos

Los inversores alegaron que varias representaciones realizadas por Italia dieron lugar a expectativas legítimas, y que su inversión, basada en tales representaciones, se vio frustrada debido a la última legislación de Italia (párrafos 165–168). El principal argumento de Italia se basó en la falta de vínculo causal entre la conducta del Estado y el fracaso del proyecto.

El tribunal coincidió con la opinión expresada en los casos *Charanne vs. España*, *El Paso vs. Argentina* y *Philip Morris vs. Uruguay*, donde los tribunales hicieron una distinción entre una ley y una promesa o compromiso contractual y se rehusó a “consagrar leyes como promesas” (párrafos 367–371). El tribunal subrayó que en ausencia de un compromiso específico, el Estado no tenía obligación de otorgar subsidios tales como las tarifas reguladas, o mantenerlos inmutables una vez que fueron otorgados. El tribunal, sin embargo, agregó una excepción a esta regla remarcando que la modificación debe ser hecha de manera que “no sea desproporcionada a los fines de la enmienda legislativa, y que debía considerar debidamente intereses razonables de confianza de los receptores que pueden haber comprometido recursos sustanciales basándose en el régimen anterior” (párrafos 319, 372).

El tribunal opinó que las expectativas en este caso tenían menos fuerza. Según su opinión, Italia no realizó un compromiso especial con respecto a la extensión y operación de las tarifas reguladas, ni garantizó específicamente que las leyes pertinentes quedarían inmutables.

### Tribunal rechaza demanda de expropiación

Los demandantes argumentaron que las medidas promulgadas por Italia tuvieron un efecto equivalente a una nacionalización o expropiación, provocando la pérdida total del valor de la inversión. Alegaron que la tierra ya no podía ser utilizada a los fines del proyecto y que las subestaciones



estaban desconectadas y no servían más.

El tribunal remarcó que las leyes promulgadas por Italia habían cambiado significativamente los términos establecidos en la anterior legislación sobre el sector de energías verdes de manera no discriminatoria. El proyecto de los demandantes, tal como observó el tribunal, estaba “radicalmente incompleto” y, por lo tanto, nunca “calificó para beneficiarse de una tarifa regulada” (párrafo 401). Por consiguiente, el tribunal sostuvo que el valor original de la tierra había sido conservado después del fracaso del proyecto y que el argumento del inversor únicamente habría sido válido si hubiera habido un proyecto completado ya facultado para recibir el beneficio de la tarifa regulada.

Por las razones antes mencionadas, el tribunal desestimó todas las demandas de los demandantes en base al fondo de la controversia. Ordenó a Italia el pago de USD 29.410,69 a los demandantes como parte de los costos del procedimiento.

*Notas:* El tribunal estuvo compuesto por James Crawford (presidente designado por las partes, nacional australiano), Stanimir Alexandrov (designado por los demandantes, nacional búlgaro) y Pierre-Marie Dupuy (designado por la demandada, nacional francés). El laudo está disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8967.pdf>

**Xiaoxia Lin** es alumna becaria del IFD de la Universidad de Nueva York en el Programa de Inversiones para el Desarrollo Sostenible del IISD.

## Tribunal del CIADI constituido en virtud de cláusula de NMF declara a Turkmenistán culpable por violación de TJE por exigir a inversores que presenten un *smeta*, cálculo de gastos requerido por el derecho de Turkmenistán

*Garanti Koza LLP vs. Turkmenistán, Caso del CIADI No. ARB/11/20*

**Ksenia Koroteeva**

El 19 de diciembre de 2016, un tribunal del CIADI ordenó a Turkmenistán que pagara una compensación por la denegación de TJE a Garanti Koza, una empresa británica controlada en última instancia por nacionales turcos.

## Antecedentes fácticos y demandas

En 2007, Garanti Koza fue otorgada un contrato para construir 28 de 119 puentes, a lo largo de la autopista entre las ciudades de Mary y Turkmenabad, por la suma total de USD 100 millones. El laudo del contrato entre la empresa estatal de Turkmenistán, Turkmenavtoyollary (TAY) y Garanti Koza fue aprobado por el Decreto Presidencial No. 9429.

Tanto el contrato como el decreto requerían que Garanti Koza completara la obra en octubre de 2008. El comienzo de las obras en los puentes fue programado para el 1 de mayo de 2008, pero en realidad comenzaron el 25 de julio de 2008. Garanti Koza justificó esta demora porque TAY se negó a pagar las facturas correspondientes.

TAY argumentó que la solicitud de pago de Garanti Koza no fue rechazada debido a una demora en la finalización del proyecto, sino porque no había presentado un *smeta*—documento que contiene un cálculo estimado de gastos, comúnmente utilizado en los países post soviéticos—. Pese a que el contrato no menciona el *smeta*, Turkmenistán alegó que el contrato estaba regido por el derecho de dicho país, el cual requiere que Garanti Koza presentara un *smeta* de todas formas.

En 2010, TAY celebró un contrato e indicó al Fiscal General de Turkmenistán que inicie un procedimiento contra Garanti Koza en el Tribunal *Arbitrazh* (Comercial) de Turkmenistán, el foro designado por el contrato. Al día siguiente, el tribunal adoptó una orden que declaraba una medida provisional sobre los bienes de Garanti Koza, otorgando a TAY una garantía por las sumas que le pertenecían a través de Garanti Koza.

Garanti Koza inició un arbitraje en el CIADI en 2011, impugnando la compatibilidad de estas medidas con el TBI de 1995 entre el Reino Unido y Turkmenistán. Alegó que las medidas de Turkmenistán violaron, entre otros, los estándares de expropiación, TJE y protección y seguridad plenas (PSP) bajo el TBI.

**Jurisdicción:** tribunal importa consentimiento a arbitraje en el CIADI a través de cláusula de NMF

El Artículo 8(2) del TBI identifica tres reglas de arbitraje por medio de las cuales un inversor y Turkmenistán pueden acordar conjuntamente referir la controversia a: el CIADI, la CCI o la CNUDMI. El Artículo 8(2) también reza que, si “no hay acuerdo con respecto a uno de los procedimientos alternativos antes mencionados”, la controversia *deberá* ser sometida por el inversor a arbitraje bajo el Reglamento de la CNUDMI.

Turkmenistán argumentó que nunca acordó referir



su controversia con Garanti Koza a arbitraje ante el CIADI y, por lo tanto, que el tribunal del CIADI carecía de jurisdicción para atender la controversia; la misma únicamente puede ser atendida por un tribunal de la CNUDMI. Además, bajo el Convenio del CIADI, el consentimiento de Turkmenistán a arbitraje en el CIADI debe ser expresado por escrito, lo cual está manifiestamente ausente en la controversia con Garanti Koza.

Garanti Koza argumentó que el consentimiento de Turkmenistán a someter la controversia a arbitraje en el CIADI puede ser creado por medio de la cláusula de NMF del TBI. Dado que otros inversores —por ejemplo, los inversores suizos bajo el TBI entre Suiza y Turkmenistán— pueden elegir arbitrar sus controversias en el CIADI, Garanti Koza reclamó que debía ser otorgada la misma posibilidad.

La mayoría del tribunal confirmó su jurisdicción sobre la controversia, dado que Turkmenistán:

1. Consintió en el TBI entre el Reino Unido y Turkmenistán someter las controversias de inversión a *arbitraje internacional*.
2. Prometió brindar a los inversores británicos y sus inversiones un trato no menos favorable que el otorgado a los inversores de otros Estados y sus inversiones.
3. Dispuso expresamente que el trato de NMF “deberá aplicarse” a la disposición de solución de controversias del TBI.
4. Brindó a los inversores de terceras partes, específicamente a Suiza, la posibilidad irrestricta de elegir entre el Arbitraje en el CIADI y el Arbitraje en la CNUDMI.

La árbitra Laurence Boisson de Chazournes agregó una opinión disidente, señalando que el consentimiento no puede “se *importado* de un tratado a otro” (pág. 22). Consideró, a los efectos de confirmar la jurisdicción del tribunal, que ante todo se debe analizar “si el consentimiento a arbitraje en el CIADI se encuentra o no *establecido* bajo el TBI entre el Reino Unido y Turkmenistán” (pág. 22). Asimismo, argumentó que en la controversia con Garanti Koza el consentimiento a arbitraje en el CIADI estaba ausente.

#### Definición de inversión: el test *Salini* no se aplica al arbitraje en el CIADI

Turkmenistán también objetó la existencia de una inversión. Basándose en el test *Salini*, el Estado

argumentó que Garanti Koza no cumplió con los criterios de riesgo, duración y contribución.

Garanti Koza cuestionó la aplicación del test *Salini* en el contexto del CIADI. Alternativamente, argumentó que el tribunal debería seguir la opinión de los casos del CIADI que consideran el test como una serie de características flexibles y liberales. Aun así, Garanti Koza sostuvo que su inversión pasaba el test *Salini*.

El tribunal subrayó que el Artículo 1(a) del TBI define la “inversión” como “toda clase de bienes” y brinda una lista ilustrativa no exclusiva de bienes. Concluyó que Garanti Koza negoció un contrato para construir puentes en Turkmenistán, puso recursos en el país, y realmente construyó varios puentes; por lo tanto, sus actividades calificaban como inversiones.

Notablemente, el tribunal se rehusó a aplicar el test *Salini*. Según el tribunal, el término “inversión” tal como es utilizado en el Convenio del CIADI se refiere a la definición de inversión en el TBI aplicable. El tribunal concluyó que al cumplir con la definición de inversión del TBI entre el Reino Unido y Turkmenistán, la inversión de Garanti Koza cumplía con la definición de inversión del Convenio del CIADI.

#### Existencia de inversor protegido: lugar de constitución es más importante

Turkmenistán también alegó que Garanti Koza no era un inversor británico. Argumentó que Garanti Koza no emprendió acciones por cuenta propia; en cambio, la oferta fue presentada y la licitación fue obtenida por completo en base a la reputación y trayectoria de Garanti Koza İnşaat (GKI), su empresa matriz turca. Los gerentes de Garanti Koza no se presentaron como representantes de la empresa británica desconocida, sino más bien, como representantes de GKI, una empresa constructora turca muy conocida y con vasta experiencia.

Garanti Koza argumentó que ella misma, no GKI, realizó la inversión en Turkmenistán. Se basó, entre otras cosas, en el hecho de que el contrato fue celebrado entre Turkmenistán y Garanti Koza y aprobado por más de nueve autoridades del Gobierno de Turkmenistán.

El tribunal concluyó que el TBI no contiene una definición específica de “inversor”, sino que sus disposiciones sustantivas protegen “las inversiones de nacionales o empresas de otra Parte Contratante”. Según el tribunal, Garanti Koza satisfizo el único requisito del TBI de colocar sus inversiones bajo la protección del tratado, es decir, que fue constituida en el Reino Unido.



### Debate sin fin: demandas con respecto al tratado y al contrato

Turkmenistán también refutó que el CIADI no era el foro adecuado para resolver una controversia puramente contractual, sino que la misma debía ser sometida al Tribunal *Arbitrazh* (Comercial) de Turkmenistán, seleccionado por las partes del contrato.

Sin embargo, el tribunal coincidió con Garanti Koza que el CIADI era el foro adecuado, ya que las causas de acción surgieron de las disposiciones del TBI, no del contrato. El tribunal también aceptó el efecto “elevador” de las cláusulas paraguas, aplicando el significado habitual conforme al Artículo 31 de la VCLT.

### Expropiación: las medidas de Turkmenistán recaen dentro del procedimiento jurídico bajo el derecho interno

Garanti Koza reclamó que las medidas de Turkmenistán constituían una expropiación directa e indirecta. También propuso importar otro requisito de expropiación lícita del Artículo 5 del TBI entre Francia y Turkmenistán, es decir, que una expropiación no debe contradecir un compromiso específico del Estado receptor.

Sin embargo, el tribunal rechazó dicha propuesta así como las demandas de expropiación de Garanti Koza. Concluyó que la cancelación del contrato y la confiscación de la fábrica y el equipamiento de Garanti Koza fue una cuestión de proceso jurídico ordinario bajo el derecho de Turkmenistán, luego del incumplimiento de Garanti Koza bajo el contrato.

### TJE y PSP: imponer *smeta* a los inversores extranjeros es injusto e inequitativo

El tribunal dictaminó que la insistencia de Turkmenistán de que las facturas de pago de Garanti Koza se ajusten al *smeta* era una violación de la obligación de TJE de Turkmenistán. Subrayó que dicha insistencia sobre la facturación conforme al *smeta* forzó a Garanti Koza a elegir entre presentar facturas precisas, y por lo tanto, aceptar una compensación menor a la que había negociado, o manipular sus facturas para recibir la compensación plena que TAY había acordado pagar. El tribunal consideró que utilizar el poder gubernamental para colocar al inversor en una situación como tal es esencialmente injusto y, por lo tanto, constituye una violación del TJE.

El tribunal se negó a tratar la demanda de PSP ya que se superponía sustancialmente con las presentaciones de Garanti Koza sobre TJE. También rechazó las demandas de Garanti Koza por la cancelación del contrato, la

pérdida de su fábrica y equipamientos así como las sanciones impositivas impuestas por Turkmenistán.

### Costos y daños

El tribunal otorgó daños al inversor por USD 2.529.900 debido al requerimiento de Turkmenistán de utilizar el *smeta*. Remarcó que pese a que Garanti Koza ganó el arbitraje, únicamente le otorgó alrededor del cinco por ciento de la compensación solicitada; de esta manera, el tribunal denegó la solicitud de reembolso de Garanti Koza por sus costas y gastos legales. Cada parte debió pagar sus propias costas legales.

*Notas:* El tribunal estuvo compuesto por John M. Townsen (nacional estadounidense, presidente designado por la Presidencia del Consejo Administrativo del CIADI), George Lambrou (nacional griego y residente británico, designado por la demandante) y Laurence Boisson de Chazournes (nacional francesa y suiza, designada por el demandado). La decisión sobre la objeción a la jurisdicción por falta de consentimiento, el laudo y la opinión disidente de la árbitro Boisson de Chazournes están disponibles en [https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8189\\_12.pdf](https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8189_12.pdf)

**Ksenia Koroteeva** es candidata a MIDS LL.M. en Solución de Controversias Internacionales en Ginebra. Anteriormente, trabajó como asesora legal y secretaria del tribunal del Centro de Arbitraje Ruso (RAC).



## RECURSOS Y EVENTOS

### RECURSOS

#### Iniciativas Canadienses contra Sobornos por Inversores Extranjeros

Por Matthew A. J. Levine, publicado por IISD, junio de 2019

Este informe se basa en el amplio reconocimiento de que la corrupción —cuya manifestación particularmente significativa son los sobornos— constituye una seria amenaza para el desarrollo sostenible. Se enfoca en las iniciativas jurídicas de Canadá contra los sobornos por parte de empresas canadienses que invierten en el exterior. Al profundizar en el derecho nacional e internacional, este informe de políticas identifica cuatro puntos de interés para las partes interesadas en el desarrollo sostenible: (1) un aumento en la ejecución de la Prohibición de Sobornos en el Extranjero de Canadá; (2) la reciente expansión de requisitos de cumplimiento anti sobornos a nivel de las empresas; (3) la adopción de pagos obligatorios en torno a las reglas de transparencia de las empresas pertenecientes a las industrias extractivas; y (4) el objetivo establecido por el Gobierno canadiense de desarrollar una agenda “progresiva” de comercio (e inversión). Disponible en <https://iisd.org/library/canadian-initiatives-against-bribery-foreign-investors>

#### Políticas de Contenido Local en el Sector Minero: Ampliando la contratación local

Por el Foro Intergubernamental sobre Minería, Minerales, Metales y Desarrollo Sostenible (IGF), publicado por IISD, abril de 2019

Esta publicación se enfoca en las políticas de contratación local formuladas para aumentar la cantidad de bienes y servicios comprados por operaciones mineras a los actores locales. Desentraña varios objetivos a los cuales las políticas de contratación local pueden ayudar a responder. También detalla varios tipos de instrumentos de políticas que pueden ser utilizados en la formulación de políticas de contratación local y destaca las fortalezas y debilidades de cada tipo de medida. En los países en desarrollo, el sector minero generalmente

no tiene buenos antecedentes cuando se trata de aprovechar su potencial para el desarrollo industrial y la transformación económica. Sin embargo, este potencial es importante: si está bien aprovechada, la minería puede explotar actividades industriales a través de un mayor valor agregado; crear oportunidades de negocios para el sector privado interno en la contratación local, en particular, cerca de las minas; generar empleos indirectos a lo largo de la cadena de abastecimiento y brindar mayores oportunidades para la economía, remarcablemente a través del uso de infraestructura y capacidades relacionadas con la minería en otros sectores económicos. Disponible en <https://www.iisd.org/library/local-content-policies-mining>

#### Informe sobre las Inversiones en el Mundo 2019: Zonas económicas especiales

Por UNCTAD, publicado por UNCTAD, junio de 2019

El Informe sobre las Inversiones en el Mundo (WIR, por sus siglas en inglés) procura dar apoyo a los formuladores de políticas, monitoreando las tendencias de la IED a nivel mundial y regional y documentando los avances de las políticas de inversión nacionales e internacionales. La edición 2019 brinda una descripción del panorama mundial sobre las Zonas Económicas Especiales. En 2018, los flujos mundiales de IED cayeron un 13 por ciento, USD 1,3 trillones, alcanzando su nivel más bajo desde la crisis financiera mundial. El capítulo sobre la formulación de políticas internacionales de inversión destaca que en 2018 los países firmaron 40 AII y que el proceso de rescisión entró en vigencia para al menos 24 tratados. La reforma de AII está progresando, pero aún queda mucho por hacer: si bien los países están interpretando, modificando, reemplazando o rescindiendo cada vez más los tratados desactualizados, el inventario de tratados de antigua generación es 10 veces mayor al de los tratados modernos orientados a la reforma. Los inversores siguen recurriendo a los tratados de antigua generación; en 2018, iniciaron al menos 71 casos de ISDS. Los esfuerzos de reforma se están llevando a cabo de manera paralela y, a menudo, aislada. Aprovechar efectivamente las relaciones de inversión internacionales para alcanzar el desarrollo sostenible requiere una reforma holística y sincronizada a través de un proceso inclusivo y



transparente. Disponible en <https://unctad.org/en/pages/PublicationWebflyer.aspx?publicationid=2460>

## Responsabilidad de la UE y de sus Estados Miembros bajo los Acuerdos Internacionales de Protección de las Inversiones de la UE: Entre las reglas tradicionales, la procesalización y la federalización

Por Philipp Theodor Stegmann, publicado por Springer, 2019

Este libro brinda una descripción general sobre la manera en que la responsabilidad internacional de la UE y de sus Estados miembros se encuentra estructurada bajo los acuerdos internacionales de protección de las inversiones de la UE. Analiza tanto el antiguo régimen, tal como se ve representado en el TCE, como el nuevo régimen representado por los nuevos tratados de inversión de la UE, tales como el AECG y los acuerdos con Singapur y Vietnam. Este libro presenta la tesis de que la determinación de la UE o de un Estado miembro de la UE como demandado en una controversia bajo los nuevos tratados de inversión de la UE posee un efecto sustantivo en la responsabilidad internacional del demandado. Compara la regulación que rige la asignación de la carga financiera entre la UE y sus Estados miembros, surgida a raíz de las controversias internacionales de inversión, con el único sistema genuino de asignación de costos de los Estados federales hasta la fecha, es decir el de Alemania. El libro revela las desventajas del nuevo régimen de responsabilidad de la UE en el derecho internacional de las inversiones y brinda sugerencias sobre cómo pueden ser remediadas de la mejor manera. Disponible en <https://www.springer.com/gp/book/9783030043650>

## SustainableFDI.org

Por UNCTAD, publicado por UNCTAD, junio de 2019

SustainableFDI.org es el sitio de la UNCTAD dedicado a la promoción y facilitación de las inversiones para el desarrollo sostenible, en concordancia con la Agenda 2030 y todos los ODS. Ofrece contenido relacionado con las inversiones a través de acciones asequibles sobre energías limpias y clima, así como con cada uno de los ODS. Brinda cuatro servicios principales: 1) Noticias sobre IED Sostenible, incluyendo eventos y publicaciones de la UNCTAD y sus socios dedicados a movilizar la inversión en los ODS; 2) Red Global de API, un mapa interactivo con enlaces a sitios web de

agencias nacionales de promoción de las inversiones; 3) Centro de Recursos de Objetivos de Desarrollo Sostenible, una biblioteca de más de 300 publicaciones para los promotores de inversiones, clasificadas por ODS pertinentes; y 4) Oportunidades de Inversión Sostenible, con enlaces a las bases de datos de agencias de promoción de las inversiones. Disponible en <http://sustainablefdi.org>

## Investment Policy Hub

Por UNCTAD, publicado por UNCTAD, mayo de 2019

La UNCTAD renovó su Investment Policy Hub para hacerlo más fácil de usar. Las principales herramientas de políticas en el Hub son: 1) Navegador por País: punto de entrada para todos los datos de políticas de inversión específicas a todos los países; 2) Monitoreo de Políticas de Inversión: últimos avances en políticas de inversión alrededor del mundo; 3) Navegador de Leyes de Inversión: base de datos general en línea de las leyes nacionales de inversión; 4) Navegador de Acuerdos Internacionales de Inversión: base de datos universal gratuita de los tratados de inversión y modelos de acuerdos; 5) Navegador de Solución de Controversias de Inversión: detalles sobre todos casos de ISDS en base a tratados conocidos públicamente; 6) Revisiones de Políticas de Inversión: evaluación del marco jurídico, regulatorio e institucional de un país para atraer inversiones directas; 7) Marco de Políticas de Inversión: referencia para los formuladores de políticas al diseñar políticas de inversión y negociar acuerdos de inversión. Disponible en <http://investmentpolicy.unctad.org>

## Buena fe en el Arbitraje de Tratados de Inversión

Por Emily Sipiorsky, publicado por Oxford University Press, abril de 2019

Este libro analiza la aplicación del principio de buena fe por los tribunales arbitrales y las partes de las controversias internacionales de inversión, abarcando tanto los aspectos procesales como sustantivos de este principio. Hace un seguimiento del proceso arbitral desde la jurisdicción hasta las decisiones finales de los tribunales, identificando las diferentes aplicaciones del principio de buena fe en las controversias de inversión. La autora ofrece un análisis detallado de la aplicación de este principio en la etapa jurisdiccional de una controversia de inversión, luego profundiza sobre la manera en que este principio informa las decisiones de los tribunales. Disponible en <https://global.oup.com/academic/product/good-faith-in-international-investment-arbitration-9780198826446>



## Costos de Arbitraje: Mitos y realidades del arbitraje de tratados de inversión

Por Susan D. Franck, publicado por Oxford University Press, abril de 2019

Este libro coteja las demandas de arbitrajes de inversión y los costos fiscales con respecto a datos concretos para que la reforma de políticas se encuentre informada por evidencia científica. Emplea reflexiones extraídas de la psicología cognitiva y datos fidedignos para explorar la realidad del arbitraje de tratados de inversión, identificar información básica y demográfica esencial sobre los resultados y examinar a fondo los costos de defensa de las partes y de los tribunales arbitrales. Analiza cómo y cuándo ocurre el traslado de costos, examina la racionalización (o falta de racionalización) de la evaluación de costos, y simula las variables más probables para predecir los mismos, utilizando datos para señalar el camino hacia una reforma normativa basada en evidencias. Disponible en <https://global.oup.com/academic/product/arbitration-costs-9780190054434>

## Anuario sobre Políticas y Derecho Internacional de las Inversiones 2017

Por Lisa Sachs, Lise Johnson y Jesse Coleman (Eds.), publicado por Oxford University Press, marzo de 2019

El edición de 2017 de esta publicación anual brinda una descripción general de los avances en el campo de las políticas y el derecho internacional de las inversiones, enfocándose en las tendencias y temas relativos a la IED, la práctica de los tratados de inversión y el arbitraje entre inversionistas y Estados. Disponible en <https://global.oup.com/academic/product/yearbook-on-international-investment-law-and-policy-2017-9780198830382>

## Casino de la Extracción: Empresas mineras ponen el juego las vidas y la soberanía en Latinoamérica a través del arbitraje internacional

Por Jen Moore y Manuel Pérez Rocha, publicado por Mining Watch Canada, Institute for Policy Studies y Center for International Environmental Law, abril de 2019

Este informe expone 38 casos de empresas mineras que han entablado docenas de demandas multimillonarias contra países latinoamericanos ante tribunales de arbitraje internacional, demandando compensación por

decisiones judiciales, políticas públicas y otras medidas gubernamentales que, según reclaman, redujeron el valor de sus inversiones. En la mayoría de los casos, las comunidades se han organizado activamente para oponerse a las actividades mineras y defender sus tierras, salud, medio ambiente, autodeterminación y forma de vida. Disponible en <https://ips-dc.org/report-extraction-casino>

## Excavando Dividendos: El uso y abuso de la solución de controversias entre inversionistas y Estados por inversores canadienses en el extranjero

Por Hadrian Mertins-Kirkwood y Ben Smith, publicado por Canadian Centre for Policy Alternatives, abril de 2019

Este informe concluye que los casos de ISDS lanzados por inversores canadienses fuera de Norteamérica siguen un patrón de desproporcionalidad que apunta a las políticas ambientales de las naciones en vías de desarrollo y que las políticas ambientales son el detonante que más acrecienta este tipo de casos. Asimismo, concluye que desde 1999, los inversores canadienses han iniciado al menos 43 demandas de ISDS contra países fuera de Norteamérica, mientras que solamente un caso ha sido presentado contra Canadá por inversores de un país que no es Estados Unidos ni México. Disponible en <https://www.policyalternatives.ca/digging-for-dividends>

## Relaciones de Inversión entre China y la Unión Europea: ¿Hacia un nuevo liderazgo en la gobernanza mundial en materia de inversiones?

Por Julien Chaisse (Ed.), publicado por Edward Elgar, 2018

Reuniendo contribuciones de expertos, este libro brinda un análisis crítico de las actuales leyes y políticas entre la UE y China. Versa sobre temas clave de la asociación de inversión entre UE y China y sus implicancias, tanto a nivel nacional como internacional. Cada capítulo cubre un tema principal del derecho económico internacional, incluyendo la legislación sobre competencia, regulaciones financieras, integración económica y solución de controversias. Disponible en <https://www.e-elgar.com/shop/china-european-union-investment-relationships>



## EVENTOS EN 2019

### 3 de septiembre

**CONFERENCIA CCI / ITA / ALArb**, Cámara de Comercio Internacional, Institute for Transnational Arbitration, Asociación Latinoamericana de Arbitraje, en Medellín, Colombia, <https://iccwbo.org/event/icc-italarab-conference>

### 25 y 26 de septiembre

**3a REUNIÓN REGIONAL ENTRE LAS SESIONES DEL GRUPO DE TRABAJO III DE LA CNUDMI SOBRE LA REFORMA DE LA ISDS**, en Conakri, Guinea, <https://uncitral.un.org/es/events/25-26.9.2019>

### 26 y 27 de septiembre

**COLOQUIO “ACTORES EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LAS INVERSIONES: MÁS ALLÁ DE LOS DEMANDANTES, DEMANDADOS Y ARBITROS”**, en la Universidad de París II Panthéon-Assas, en París, Francia, <https://www.transnational-dispute-management.com/news/20190926.pdf>

### 3 y 4 de octubre

**14ta CONFERENCIA DE LA CCI EN NUEVA YORK SOBRE ARBITRAJE INTERNACIONAL**, Cámara de Comercio Internacional, en Nueva York, Estados Unidos, <https://iccwbo.org/event/icc-new-york-conference-international-arbitration>

### 7 al 11 de octubre

**15ta REUNIÓN GENERAL ANUAL DEL IGF: “Minería en un Clima Cambiante”**, Foro Intergubernamental sobre Minería, Minerales, Metales y Desarrollo Sostenible, en Ginebra, Suiza, <https://www.igfmining.org/event/15th-annual-general-meeting>

### 8 al 11 de octubre

**FORO PÚBLICO DE LA OMC**, en Centre William Rappard, en Ginebra, Suiza, [https://www.wto.org/spanish/forums\\_s/public\\_forum\\_s/public\\_forum\\_s.htm](https://www.wto.org/spanish/forums_s/public_forum_s/public_forum_s.htm)

### 14 al 18 de octubre [a confirmar]

**38ava SESIÓN DEL GRUPO DE TRABAJO III DE LA CNUDMI, “Reforma del Sistema de Solución de Controversias entre Inversionistas y Estados”**, Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Viena, Austria, [https://uncitral.un.org/es/working\\_groups/3/investor-state](https://uncitral.un.org/es/working_groups/3/investor-state)

### 25 y 26 de octubre

**FORO MUNDIAL DE COMERCIO, “SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS ECONÓMICAS INTERNACIONALES: ¿DESAPARICIÓN O TRANSFORMACIÓN?”** en World Trade Institute (WTI) de la Universidad de Bern y European University Institute (EU), Bern, Suiza, [https://www.wti.org/media/filer\\_public/b1/2e/b12e1c5d-8def-40ad-92bf-6c77cd3ffcfc/call\\_for\\_papers\\_wtf\\_2019.pdf](https://www.wti.org/media/filer_public/b1/2e/b12e1c5d-8def-40ad-92bf-6c77cd3ffcfc/call_for_papers_wtf_2019.pdf)



© 2019 The International Institute for Sustainable Development  
Publicado por el Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible.

### **Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible (IISD)**

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

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

### **Investment Treaty News (ITN)**

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

ITN recibe trabajos sin publicar y originales.

Cualquier pregunta debe ser enviada a Martin Dietrich Brauch a [itn@iisd.org](mailto:itn@iisd.org)

**Para suscribirse a ITN, por favor visite: [www.iisd.org/itn/subscribe](http://www.iisd.org/itn/subscribe)**



**Investment Treaty News**



**IISD**

International Institute for  
Sustainable Development