



Elecciones legislativas de mitad de período de 2010 en Estados Unidos: Implicancias para los nuevos Acuerdos de Inversión Internacional de EUA por William Waren

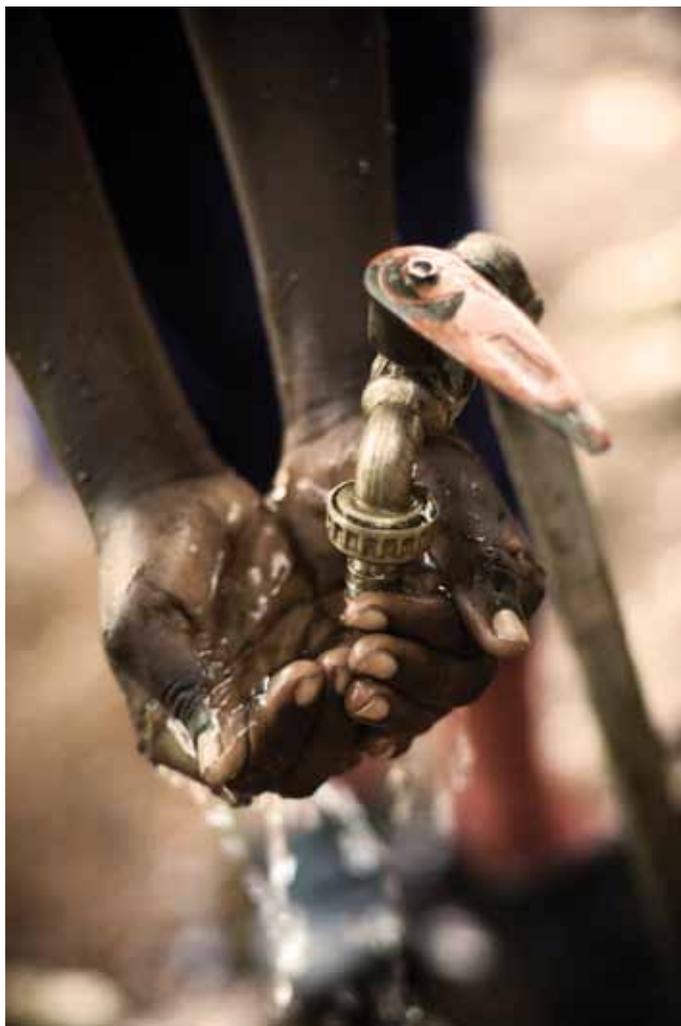


Imparcialidad e independencia en el arbitraje de diferencias relativas a inversión: Crítica al estudio “Development and Outcomes of Investment Treaty Arbitration” por Gus Van Harten

Sed Mundial: Cómo el agua está generando la nueva ola de inversión extranjera en tierras agrícolas por Carin Smaller

Foro Mundial de Inversión 2010 de la UNCTAD: Expertos de alto nivel debaten sobre políticas de inversión para el desarrollo sostenible por James X. Zhan

contenido



-
- 3 **Artículos**
Elecciones legislativas de mitad de período de 2010 en Estados Unidos: Implicancias para los nuevos Acuerdos de Inversión Internacional de EUA
William Waren
-
- 7 Imparcialidad e independencia en el arbitraje de diferencias relativas a inversión: Crítica al estudio "Development and Outcomes of Investment Treaty Arbitration"
Gus Van Harten
-
- 10 Sed Mundial: Cómo el agua está generando la nueva ola de inversión extranjera en tierras agrícolas
Carin Smaller
-
- 12 Foro Mundial de Inversión 2010 de la UNCTAD: Expertos de alto nivel debaten sobre políticas de inversión para el desarrollo sostenible
James X. Zhan
-
- 14 **Noticias en Breve**
-
- 16 **Laudos y Decisiones**
-
- 19 **Publicaciones Recientes y Calendario de Eventos**

[Investment Treaty News Quarterly](#) es publicado por el Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible
International Environment House 29,
Chemin de Balaxert, 5th Floor
1219, Chatelaine, Ginebra, Suiza

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

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

Gerente del Programa de Inversiones para el Desarrollo Sostenible
Nathalie Bernasconi

Redactor
Damon Vis-Dunbar

Sub-redactor edición francesa
Henrique Suzy Nikema

Traductora edición francesa
Isabelle Guinebault

Sub-redactor edición en español
Fernando Cabrera

Traductora edición en español
María Candeli Conforti

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

Elecciones legislativas de mitad de período de 2010 en Estados Unidos : Implicancias para los nuevos Acuerdos de Inversión Internacional de EUA

William Waren

artículo 1

Está ampliamente asumido que la victoria republicana en las elecciones legislativas del 2 de noviembre de 2010 en EUA ha incrementado las probabilidades de que la administración de Obama proceda a firmar nuevos Tratados Bilaterales de Inversión (TBIs) y Tratados de Libre Comercio (TLCs). Seguramente estos contendrán capítulos de inversión¹, tales como el tratado de Asociación Trans Pacífica (Trans Pacific Partnership, TPP)², y es posible que también se busque la aprobación legislativa de los TLCs negociados por la administración Bush con Colombia, Panamá y Corea del Sur³. De hecho, la sabiduría convencional indica que la política de comercio internacional e inversión es una de las únicas áreas sobre la cual el Presidente Obama y los líderes republicanos puedan forjar un acuerdo bipartidario que resulte en acciones legislativas⁴. Pero estas conjeturas deben estar acompañadas por una minuciosa evaluación. La situación posterior a las elecciones es muy compleja.

Del lado de la Cámara de los Representantes

Los Republicanos ganaron el control de la Cámara de los Representantes, incluyendo significativos triunfos en algunos estados que recientemente habían mostrado una cierta tendencia hacia el partido Democrático. El liderazgo Republicano de la Cámara está en una buena posición para durante los próximos dos años conseguir la ratificación de los TLCs firmados con Colombia, Panamá y Corea del Sur, tratados que contienen capítulos de inversión. Los Republicanos también se encuentran en una buena posición para dar impulso a los intentos de la administración Obama de negociar un capítulo de inversión en un tratado de Asociación Trans Pacífica (TPP).

John Boehner de Ohio⁵, el nuevo Presidente de la Cámara; Dave Camp de Michigan⁶, posible presidente del Comité de Medios y Arbitrios de la Cámara (en inglés, House Ways and Means Committee) y Kevin Brady de Texas, posible presidente del Subcomité de Comercio del Comité de Medios y Arbitrios, apoyan firmemente los Acuerdos de Inversión Internacional (AII). El auge de Brady es particularmente significativo. El apoya abiertamente los AII, en parte porque los resultados de los litigios sobre inversión internacional favorecen desigualmente a los Estados Unidos⁷, y es probable que el establezca la política del partido sobre los AII para el liderazgo Republicano de la Cámara de Representantes.

Asimismo, el nuevo equipo de líderes Republicanos de la Cámara de Representantes es probable que no enfrente oposición alguna a los nuevos AII dentro de su propia camarilla política en comparación con la oposición que enfrentaron los líderes democráticos durante los tres pasados años. Dicho esto, es posible que la inmensa clase de nuevos miembros Republicanos dentro de la Cámara de Representantes, incluyendo a muchos del Partido del Té (Tea Party), sean menos disciplinados que los Republicanos tradicionales y estén más preocupados por la pérdida de soberanía americana y por el sentimiento anti-comercio de sus distritos⁸.



En cuanto a los miembros Demócratas dentro de la Cámara de Representantes, es probable que algunos líderes, posiblemente incluyendo a Steny Hoyer de Maryland y el posible miembro de alto rango del Comité de Medios y Arbitrios⁹, Sander Levin de Michigan, quieran complacer a la Casa Blanca y adopten un enfoque más matizado en torno a los temas de inversión y comercio. Pero es posible que otros miembros Demócratas de la Cámara de Representantes tengan ganas de pelear. La re-elección de Nancy Pelosi, la enérgica Demócrata de San Francisco, como líder del partido, y pese a la pérdida de más de 60 bancas en la elección, sugiere que la camarilla política demócrata no está de ánimo para comprometerse en la búsqueda de tratos bipartidarios. Pese a esto, es preciso decir que Pelosi, quien participó en el denominado trato comercial bipartidario de 2007, no es una fuerte oponente de los acuerdos de comercio internacional y los tratados de inversión¹⁰.

Más miembros de la nueva camarilla política demócrata parecen mostrarse escépticos en cuanto a los acuerdos de comercio e inversión. El análisis de Public Citizen sobre los resultados de la elección de 2010 demuestra que "los Demócratas que hicieron campaña a favor del comercio justo es más probable que sobrevivieron la ola gigantesca de GOP que los que no estuvieron a favor del comercio justo".¹¹ [La traducción nos pertenece]

Algunos de estos Demócratas en la Cámara pueden ver ventajas políticas al oponerse a los nuevos TLCs de camino a las elecciones de 2012, independientemente de si los acuerdos son apoyados por la administración de Obama o no. El Grupo de Trabajo sobre Comercio de la Cámara de Representantes, que estaba integrado por una mayoría demócrata y liderado por Mike Michaud de Maine, fue central en el éxito de la oposición a nuevos TLCs durante los tres pasados años. Pese a que el Presidente le ha tendido la mano Michaud, no hay demasiado incentivo para que el Grupo de Trabajo se retracte, especialmente teniendo en cuenta las encuestas que sugieren que el

comercio podría ser un tema divisorio para los Demócratas en 2012¹². Michaud, quien hizo del comercio su tema distintivo, fue reelecto en Maine, incluso cuando los Republicanos dieron vuelta la política en Maine, tomando la gobernación y ambas cámaras de la legislatura del estado.

Michaud y el Grupo de Trabajo sobre Comercio son muy claros al expresar sus opiniones sobre los acuerdos de inversión internacional. En 2009, Michaud patrocinó, junto con 133 co-patrocinadores de la Cámara, la Ley de reforma comercial en cuanto a responsabilidad, desarrollo y empleo (en inglés, Trade Reform Accountability Development and Employment [TRADE] Act). La misma expresa en detalle la visión del Grupo de Trabajo sobre Comercio con respecto a las políticas de comercio e inversión de EUA, incluyendo la condición de que los AII solo establezcan un mecanismo de solución de diferencias entre gobierno y gobierno y la capacidad de cada país de regular la inversión extranjera en concordancia con sus propias necesidades y prioridades¹³.

El potencial de conflicto con la administración Obama es obvio. Lori Wallach, directora del grupo de vigilancia de comercio global (Global Trade Watch) de Public Citizen, quien ha tenido una cercana relación con el Grupo de Trabajo sobre Comercio de la Cámara de Representantes y con Mike Michaud, ha acusado al Presidente Obama de echarse atrás en las promesas de la campaña de 2008 para reformar los AII y advirtió que su apoyo al tratado comercial entre EUA y Corea del Sur, y similares acuerdos, ponen bajo amenaza su reelección en 2012¹⁴.

No obstante, a pocos Demócratas de la Cámara les gusta la idea de pelearse con el Presidente Obama de camino a 2012; quizás la conversación entre Obama y Michaud lleve a un acuerdo.

Del lado del Senado

Los Demócratas conservan el control del Senado, incluso después de perder seis bancas. Pese a esta pérdida y al hecho de que los Demócratas del Senado siempre se han mostrado mejor dispuestos con respecto a los acuerdos de comercio internacional y de inversión que sus contrapartes en la Cámara, todavía es muy pronto para asumir que los temas relativos a los AII están resueltos en el nuevo Senado.

Con 22 bancas demócratas a ser concursadas en 2012 de 33 contiendas¹⁵, ni los líderes Republicanos ni los Demócratas están dispuestos a que sus miembros emitan votos controvertidos sobre medidas de comercio e inversión que podrían cambiar la balanza del control partidario. Harry Reid de Nevada, el Líder de la Mayoría Demócrata, que no siempre se muestra amigable con respecto a los acuerdos de comercio e inversión, tendrá mucho que pensar mientras programa los votos del Senado¹⁶.

El Líder de la Minoría Republicana, Mitch McConnell de Kentucky, indicó rotundamente que su meta durante los próximos dos años es la de enfocarse en revocar la nueva

ley del Cuidado de Salud y demás medidas promulgadas por el anterior Congreso y preparar el escenario para vencer al Presidente Obama en 2012, sin necesariamente tener que promulgar muchas medidas nuevas¹⁷. Pero pocos días después, McConnell suavizó sus dichos diciendo que es posible que ambos lados trabajen juntos sobre algunas cuestiones, incluyendo la aprobación del TLC entre EUA y Corea del Sur¹⁸.

También es posible que el nuevo líder republicano del Comité de Finanzas, Orrin Hatch de Utah, se encuentre en una posición política ambigua. Es probable que Hatch enfrente una oposición aun más conservadora del lado republicano, vinculada al Partido del Té, para su nominación para el Senado en 2012, y por esta razón puede mostrarse reticente a hacer causa común con los Demócratas del Comité de Finanzas¹⁹. Además, muchos Republicanos de Utah muestran gran preocupación por que los AII sean usados para impugnar la prohibición estatal sobre juego y otras regulaciones relativas a la moral pública²⁰.

Sin embargo, los oponentes al actual modelo de capítulos de inversión de los TLCs y los TBIs de EUA tienen razón en preocuparse por el Senado. Hay un fuerte apoyo a los AII en la camarilla política republicana del Senado, mientras que para los Demócratas, la oposición a los AII puede ser aún más débil como resultado de la partida de los Senadores Feingold, Dorgan y Specter, quienes fueron reemplazados por Republicanos²¹. Sin embargo, esto no termina acá.

Max Baucus de Montana, quien generalmente se muestra a favor a los AII, pero podrá interponerse en el camino del TLC entre EUA y Corea del Sur, siempre y cuando los ganaderos sigan insatisfechos con el mismo, seguirá siendo el presidente del Comité de Finanzas: el árbitro más importante del Senado en torno a propuestas de inversión y comercio internacional. También apoya las negociaciones de TBI con China y otros países. Sin embargo, Baucus es un legislador negociador que con frecuencia tiene los intereses de su estado como su más alta prioridad²².

El presidente del subcomité de comercio del Comité de Finanzas probablemente será Ron Wyden de Oregon una vez más, después de ganar hábilmente la reelección. Al igual que Baucus, Wyden está de acuerdo con los TLCs, pero no los apoya de manera reflexiva²³. Wyden está interesado en temas ambientales y puede estar influenciado por los electores de su estado que se preocupan por la potencial amenaza que suponen los AII para las regulaciones ambientales y del uso de la tierra en Oregon²⁴.

Baucus, Wyden y otros miembros del Comité de Finanzas, no obstante, no serán las únicas opiniones autoritarias y persuasivas entre los Demócratas del Senado cuando se trata de TBIs.

Según la Constitución de EUA, solamente el Senado debe aprobar los tratados, incluyendo los TBIs, con el voto

de las dos terceras partes de los miembros presentes²⁵. Asimismo, las reglas del Senado otorgan jurisdicción sobre proposiciones de tratados, incluyendo la de TBIs, al Comité de Relaciones Exteriores²⁶ que probablemente estará nuevamente presidido por John Kerry de Massachussets. En el transcurso de las deliberaciones del Senado sobre la ley de comercio de 2002, Kerry expresó su preocupación por la amenaza que suponen los AIs para las leyes ambientales internas y otras formas de regulación económica promulgadas de buena fe en pos del bien público y propuso una enmienda. Pese a no tener éxito, esto impulsó la inclusión de la enmienda denominada Baucus-Grassley, una medida más leve ordenando al representante comercial de EUA (en inglés, USTR) que no otorgue “más derechos sustantivos” a los inversionistas extranjeros en nuevos capítulos de inversión²⁷. Según se informa, Kerry no está preparado para repetir el esfuerzo destinado a lograr una mayor protección de las regulaciones ambientales y otras regulaciones en futuros TBIs de EUA, pero quizás sea muy pronto para que los defensores ambientales den el caso por perdido.

Conclusiones

Incluso cuando los Republicanos han obtenido el control de la Cámara de Representantes, siguen habiendo dudas sobre la posibilidad de aprobación de TLCs durante los próximos dos años. Por el lado del Senado, tanto los Republicanos como los Demócratas serán cautelosos de emitir votos sobre temas tan controvertidos antes de las elecciones de 2012 que pudieran perjudicar el control de un partido en la cámara superior. Asimismo, si el Presidente Obama busca la aprobación del Congreso de TLCs nuevos o pendientes, probablemente enfrentará gran oposición de los miembros de la camarilla política demócrata, que se inclinarán más hacia la izquierda y se mostrarán más escépticos de la globalización en 2011 y 2012. Las probabilidades son difíciles de calcular, pero el fuerte apoyo de los líderes de la Mayoría Republicana en la Cámara de Representantes para aprobar los nuevos TLCs seguramente marcará una diferencia.

Es dudoso, por otro lado, que las probabilidades de ratificación de los nuevos TBIs en el Senado controlado por Demócratas hayan cambiado significativamente como resultado de las elecciones de 2010 de por sí. En el pasado, las medidas de “asesoramiento y consentimiento” para ratificar los TBIs, tal como la medida de 2006 que aprobó el TBI entre EUA y Uruguay, fueron aprobadas por el Congreso sin demasiada controversia²⁸. Por lo tanto, la acción del Senado en torno a nuevos TBIs probablemente tendrá menos que ver con el control partidario y más con la manera en que progresan las negociaciones con China, India, Pakistán y otros países. La administración Obama probablemente tomará una decisión sobre las disposiciones de un nuevo modelo de TBI de EUA en cuanto termine su proceso de consulta con los líderes del Congreso, que al menos permite que prosigan las negociaciones formales de TBI²⁹.

Pero aun quedan muchas preguntas por responder. ¿El Senado se verá atascado en temas comerciales

como exportación de carne roja, o normas ambientales y laborales? ¿Continuarán los abusos a los derechos humanos en Colombia o el status de Panamá como paraíso fiscal complicando los esfuerzos por ratificar estos dos TLCs? ¿El Presidente de la Cámara Boehner encontrará su nueva clase de representantes novatos difícil de disciplinar? ¿Los Demócratas de la Cámara de Representantes se distanciarán del Presidente?, y lo que es más importante; ¿Cómo reaccionará el público a los nuevos tratados de comercio e inversión?

Autor

Bill Waren es director de políticas para el Foro sobre Democracia y Comercio. Durante 17 años antes de asumir a su cargo actual, Bill estudió detenidamente el trabajo del Congreso de EUA en su cargo como asesor de asuntos federales para la Conferencia Nacional de Legislaturas Estatales.

Notas

1 De acuerdo con el trato comercial bipartidario de 2007 (“Bipartisan Trade Deal of 2007”), por el cual se facilitó el apoyo de los líderes demócratas de la Cámara de Representantes al acuerdo entre EUA y Perú pese a las objeciones de otros demócratas miembros de la Cámara, el Presidente Bush incluyó protecciones laborales y ambientales en los TLCs con Colombia, Perú y Corea del Sur. De mayor relevancia, el trato de 2007 también incluyó una pequeña reforma del capítulo de inversión de los TLCs pendientes: el preámbulo de los capítulos de inversión incluye lenguaje que establece que los inversores extranjeros no serán otorgados más derechos sustantivos relativos a la protección de las inversiones del TLC que aquellos proporcionados a los inversores nacionales conforme al derecho interno. Véase M. Angeles Villareal, “The U.S.-Colombia Free Trade Agreement”, Congressional Research Service, 1 de octubre, 2010.

2 Las negociaciones de los TLCs con Colombia, Panamá y Corea fueron conducidas conforme a la autoridad de negociación por la vía rápida (fast-track authority) establecida por la Ley de Promoción del Comercio (Trade Promotion Act) de 2002, que ya ha expirado. La autoridad de negociación por la vía rápida establece la aprobación expeditiva de acuerdos de comercio e inversión por el Congreso, sin enmienda o modificación (pese a que los detalles de la legislación implementada son negociados por adelantado con el Comité de Finanzas del Senado y por el Comité de Medios y Arbitrios de la Cámara de Representantes a través de un proceso denominado ‘mock mark-up process’). Presuntamente, si las negociaciones sobre el TPP son finalizadas antes de 2012, Obama solicitará la autoridad de negociación por la vía rápida para facilitar su ratificación. La reacción probable de los legisladores republicanos a una solicitud como tal es difícil de predecir ahora.

3 El Presidente Obama en su discurso sobre el estado de la unión de enero de 2010, señaló que “... fortaleceremos nuestras relaciones con Asia y con socios clave como Corea del Sur, Panamá y Colombia...”. “Text: Obama’s State of the Union Address”, New York Times, 27 de Enero, 2010, disponible en: http://www.nytimes.com/2010/01/28/us/politics/28obama.text.html?_r=1&pagewanted=all. Véase también, J.F. Hornbeck, “The Proposed U.S.-Panama Free Trade Agreement,” Congressional Research Service, RL 32540, 27 de Febrero, 2010; William H. Cooper, Mark E. Mangin, Remy Jurenas, Michaela D. Platzer, “The Proposed U.S. -South Korea Free Trade agreement (KORUS FTA): Provisions and Implications,” RL 34330, Congressional Research Service, 2 de Julio, 2010; Villareal supra. La Administración Obama está negociando con Panamá temas impositivos y laborales, con Colombia temas de trabajo y derechos humanos y con Corea del Sur temas de comercio de autos y carne roja a fin de facilitar la aprobación de estos tres TLCs por parte del Congreso.

4 King and Spalding, “The Impact of the November 2 Elections on International Trade,” 12 de Noviembre, 2010 (“Probablemente observemos la reactivación de algunos tratados de libre comercio y de iniciativas pro-comercio”), disponible en: <http://www.Kslaw.com/imageserver/KSPpublic/library/publications/ca111210.pdf>. Helene Cooper, “Obama Sails Trade Sea, Where Friends Are Foes,” New York Times, 17 de Noviembre, 2010; Peter Baker, “The Education of a President,” New York Times Magazine, 12 de Octubre, 2010 (Rouse y Messina [ayudantes de Obama] ven áreas de posible acuerdo bipartidario como... en aprobación de acuerdos de comercio en larga espera...).

5 Boehner votó por el TLCAC, y por los TLCs con Australia, Singapur, Chile y Perú. OnTheIssues, “John Boehner on Free Trade,” disponible en http://www.ontheissues.org/OH/John_Boehner.htm#Free_Trade.

6 Camp también tiene antecedentes de estar a favor de los TLCs. Sin embargo, Camp estaba preocupado por el efecto del TLC con Corea del Sur sobre la industria automotriz. Los Republicanos del Comité de Medios y Arbitrios, Dave Camp, Miembro de Alto Rango, "Chairman Levin and Ranking Member Camp Joint Statement on U.S.-South Korea FTA Negotiations," 11 de Noviembre, 2010, disponible en: <http://republicans.waysandmeans.house.gov/News/documentsingle.aspx?DocumentID=214484>. El acuerdo del 3 de diciembre 2010 entre EUA y Corea sobre las normas contenidas en el TLC relacionadas a los automóviles abordó las preocupaciones de Camp y de los fabricantes de automóviles de EUA. Sewell Chan, "South Korea and U.S. Reach Deal on Trade," New York Times, 4 de Diciembre de 2010, p, B1.

7 De acuerdo con Brady: "...EUA ha usado este mecanismo [inversor-estado] exitosamente a lo largo de los años para resolver diferencias. Metalclad, empresa con sede en California, utilizó el TLCAN para recusar ciertos asuntos en México. S.D. Meyers de Ohio, lo mismo con Canadá. Han habido empresas estadounidenses que cuestionaron temas comerciales de inversión bilateral en Polonia a nuestro favor, Motorola en Turquía, Occidental en Ecuador, CMS y Semptra en Argentina, todos utilizaron esta disposición para proteger a los inversionistas estadounidenses... Pero, si observamos el número de inversores extranjeros que ha utilizado este proceso para recusar exitosamente a los Estados Unidos, veremos que hay una hoja en blanco, porque no se ha hecho algo así". Comité de Medios y Arbitrios, Cámara de Representantes de EUA, 111 Congreso, 1 Sesión, Transcripción, Hearing on Investment Protections in U.S. Trade and Investment Agreements, 14 de Mayo, 2009, disponible en: <http://waysandmeans.house.gov/Hearings/transcript.aspx?NewsID=10394>. [La traducción nos pertenece]

8 King and Spalding, supra ("La posición de los miembros del Partido del Té no ha sido completamente sustanciada, pero parece que una leve mayoría de aquellos que fueron electos probablemente esté en contra de la intrusión del gobierno y a favor del libre comercio."). [La traducción nos pertenece]

9 No está claro, a este punto, quien será probablemente el Demócrata de alto rango que presidirá el Subcomité Comercial del Comité de Medios y Arbitrios. El titular, John Tanner de Tennessee, se rehusó a postularse para la reelección.

10 Después de varios TLCs, incluyendo los acuerdos celebrados con Chile, Singapur y el TLCAC, que fueron aprobados por escasos márgenes y frente a una creciente oposición demócrata en el Congreso, la administración Bush negoció un trato con los líderes Demócratas y Republicanos, con líderes del Comité de Medios y Arbitrios de la Cámara de Representantes y con el Comité de Finanzas del Senado, en particular para la inclusión de protecciones laborales y ambientales que acumularían más apoyo demócrata para futuros acuerdos. Véase, Oficina del Representante Comercial de EUA, Hechos Comerciales, "Bipartisan Trade Deal," Mayo de 2007, disponible en http://www.ustr.gov/sites/default/files/uploads/factsheets/2007/asset_upload_file127_11319.pdf. El Grupo de Trabajo sobre Comercio de la Cámara de Representantes protestó fuertemente en contra del trato. El próximo TLC a ser presentado ante el Congreso, el TLC entre EUA y Perú, obtuvo sustancialmente más apoyo del partido Demócrata. Pero los acuerdos con Colombia, Panamá y Corea del Sur se encuentran atascados en medio de la controversia.

11 Todd Tucker, "TRADE Act Cosponsors Fared Better than Anti-Fair Traders," Eyes on Trade, 11 de Noviembre, 2010. Disponible en: <http://citizen.typepad.com/eyesontrade/2010/11/before-many-election-results-were-in-the-chamber-of-commerce-was-gleeful>. También véase el análisis completo, "Election 2010: the Best Defense Was a Fair Trade Offense," disponible en: http://www.citizen.org/documents/2010_election_Trade_report.pdf.

12 Pew Research Center for People and the Press, "Americans Are of Two Minds on Trade: More Trade, Mostly Good; Free Trade Pacts, Not So," 9 de Noviembre, 2010 ("El público quiere un mayor comercio con Canadá, Japón y varios otros países [siendo China y Corea del Sur las excepciones más notables], pero el apoyo a los tratados de libre comercio está en baja de 13 años, y más dicen que tratados comerciales tienen un impacto negativo más que positivo sobre el empleo, los salarios y el crecimiento económico."), Disponible en: <http://pewresearch.org/pubs/1795/poll-free-trade-agreements-jobs-wages-economic-growth-china-japan-canada>. [La traducción nos pertenece]

13 H.R. 3012, pp. 29-30, disponible en: <http://thomas.loc.gov/cgi-bin/query/z?c111:H.R.3012.JH>.

14 Lori Wallach, "2010 Election Focus on Trade and Offshoring Exposes Obama's G-20 Political Peril: Pushing Bush's Korea Trade Pact Endangers Obama's Reelection," disponible en: <http://www.citizen.org/documents/G20%Korea%FTA%20Reporter%20memo.pdf>. Véase también, Public Citizen, "Selected Campaign Statements by President Barack Obama on U.S. Trade and Globalization Policy, 2008," disponible en: <http://www.citizen.org/documents/ObamaTradeCampaignstatementsFINAL.pdf>.

15 Paul Steinhauser, "2012 Senate Battle Already Under Way," CNN Politics, 5 de Noviembre, 2010, disponible en: <http://cnn.com/2010/POLITICS/11/05/senate.battle/index.html>.

16 Reid votó en contra del TLC entre EUA y Perú, por ejemplo.

17 Manu Raju, "Mitch McConnell Doubles Down on President Obama," Politico, 4 de Noviembre, 2010, disponible en: <http://www.buzzbox.com/top/default/preview/mcconnell-defeat-obama-in-2012/?clusterId=23393258&id=12519759&topic=barack-obama%Aboehner>.

18 Politics Daily, "Mitch McConnell: Agreement with White House Possible on Some Issues," 6 de Noviembre, 2012, disponible en: <http://www.politicsdaily.com/2010/11/06/mitch-mcconnell-agreement-with-white-house-possible-on-some-issues>

19 Steinhauser, supra (Los senadores republicanos que se presentarán para la reelección y que podrán ser atacados por el movimiento del Partido del Té incluyen a Orrin Hatch de Utah...).

20 El autor ha pasado una considerable cantidad de tiempo en Salt Lake City debatiendo sobre la relación entre los AII y las regulaciones relativas a la moral pública con miembros de la legislatura de Utah y miembros de la comisión de supervisión de políticas comerciales del estado.

21 En noviembre de 2009, el Senador Sherrod Brown de Ohio presentó al Senado la versión más reciente de la Ley TRADE. Sus co-patrocinadores, todos Demócratas, incluían a Byrd de West Virginia (fallecido), Casey de Pennsylvania, Dorgan de Dakota del Norte (retirado), Feingold de Wisconsin (derrotada en elecciones generales), Franken de Minnesota, Merkley de Oregon, Sanders de Vermont y Specter de Pennsylvania (derrotado en primarias). Congreso Abierto, "S. 2821 – TRADE Act of 2009," disponible en: <http://www.opencongress.org/bill/111-s2821/show>. Como otro indicador de oposición radical al comercio internacional y a los tratados de inversión entre los Demócratas del Senado, considere la lista de votos sobre el TLC entre EUA y Perú: 77 si, 18 no (incluyendo uno Republicano) y 5 sin voto. Senado de los Estados Unidos, Lista de Votos, 110 Congreso, 1era Sesión, sobre la promulgación de H.R. 3688, disponible en: www.senate.gov/legislative/LIS/roll_call_lists/roll_call_vote_cfm?congress=110&session=1&vote=00413. [La traducción nos pertenece]

22 Véase, Senado de EUA, Comité de Finanzas, "Baucus Comments on U.S. China Talks," disponible en: <http://finance.senate.gov/newsroom/chairman/release/?id=8dfcd6a9-43e2-4975-970e-93daccd7b7f5>.

23 En el pasado, Wyden ha votado en favor de tratados que contenían capítulos de inversión, incluyendo el Tratado de Libre Comercio de América Central (TLCAC), al cual incluso Max Baucus votó en contra. Votó en contra de los TLCs con Chile, Singapur y Omán, pero a favor del TLC entre EUA y Perú. OnTheIssues, "Ron Wyden on Free Trade," disponible en: http://www.ontheissues.org/international/Ron_wyden_Free_Trade.htm.

24 Oregon Fair Trade Campaign, "Oregon Legislators Warn of Trade Deal's Threats to State Sovereignty," 31 de agosto de 2010 ("Un grupo bipartidario de Legisladores del Estado de Oregon envió hoy al Senador Ron Wyden (D-OR) una carta urgiéndolo a utilizar su cargo como presidente del Subcomité sobre Comercio Internacional del Senado para que quite de un tratado de comercio pendiente las disposiciones que amenazan con exponer las leyes de Oregon a un ataque en tribunales internacionales.") [La traducción nos pertenece]

25 Constitución Nacional de EUA, artículo II, sección 2, párrafo 2.

26 Senado de EUA, Comité de Relaciones Exteriores, "Reglas del Comité," 111 Congreso, 1era Sesión, Septiembre de 2009, disponible en: <http://foreign.senate.gov/about/jurisdiction>.

27 La enmienda Kerry, No. 3430 to H.R. 3009, fue diferida (rechazada) por un voto de 55 a 41. Comité de Emergencia para el Comercio Americano, "Senate Trade Scorecard, 107th Congress, 2nd session, 2002," disponible en: <http://www.ecatrade.com/keytrade/scorecard2.asp>.

28 Comité de Relaciones Exteriores del Senado de EUA, Informe de Actividades Legislativas, 29 de marzo de 2007, 110avo Congreso, 1era sesión, Informe 110-40, p.3, p.7; Organización de los Estados Americanos, Sistema de Información sobre Comercio Exterior, "United States – Uruguay," disponible en: http://www.sice.oas.org/TPD/URY_USA/URY_USA_eASP.

29 World Trade Online, "Hormats Says Administration To Seek Further Vetting With Congress On Model BIT," 16 de Noviembre, 2010, disponible solamente contra suscripción ("La Administración Obama planea hacer más consultas sobre un nuevo modelo de tratado bilateral de inversión [TBI] al nuevo Congreso como parte de sus esfuerzos por finalizar una revisión en curso que debía ser resumida el año pasado..."). [La traducción nos pertenece]

Imparcialidad e independencia en el arbitraje de diferencias relativas a inversión : Crítica al estudio “Development and Outcomes of Investment Treaty Arbitration*” Gus Van Harten

artículo 2

Recientemente ha habido mucho interés en el uso de herramientas de investigación cuantitativa para evaluar la imparcialidad e independencia en el arbitraje de diferencias relativas a inversión. En el presente artículo, el Profesor Gus Van Harten critica uno de los estudios más destacados donde se examina este tema. El estudio en cuestión, “Development and Outcomes of Investment Treaty Arbitration” (Franck 2009)¹, ha sido utilizado en algunos círculos políticos para respaldar el argumento de que el arbitraje de inversión funciona justamente. Sin embargo, Van Harten alega que el estudio tiene limitaciones que impiden llegar a conclusiones como tales.

Preocupación sobre la percepción de parcialidad

El arbitraje sobre los tratados de inversión es diferente a otras formas de arbitraje y de adjudicación internacional. Otorga a los árbitros el poder para tomar decisiones finales en torno a cuestiones de derecho público y de políticas de inversión. Plantea temas de independencia e imparcialidad que generalmente otras formas de arbitraje no plantean.

En otros contextos, tanto nacionales como internacionales, decisiones finales de derecho público son tomadas por jueces cuya independencia del poder estatal y privado está preservada por protecciones institucionales, incluyendo la titularidad garantizada, restricciones sobre la compensación externa y un método objetivo de asignación de casos. La ausencia de estas salvaguardias en los arbitrajes relativos a tratados de inversión en todos los casos genera una percepción razonable de que hay factores inapropiados que han influido en una decisión o laudo determinado.

Una serie de influencias posibles surge de los intereses financieros y profesionales de los árbitros que carecen de una titularidad garantizada y quienes se dedican a actividades remuneradas por fuera de su papel de árbitros. Otras surgen de la potencial influencia de las instituciones arbitrales y los actores privados que se desempeñan en la industria del arbitraje. Por supuesto, la presencia de estas preocupaciones no explica plenamente el comportamiento que se espera de los árbitros. Uno espera y confía en que otras consideraciones, valores de imparcialidad e integridad, guían sus decisiones.

El problema es que nadie—excepto los individuos encargados de la toma de decisiones—puede saber si factores inapropiados han entrado en juego. Por esta razón, el real comportamiento de los árbitros no es la única preocupación. De igual importancia es el papel que juegan las salvaguardias institucionales para hacer frente a una percepción razonable de parcialidad.

Un último punto es que la transparencia es parte integrante de la independencia y la imparcialidad. Sin transparencia, no es posible verificar la ecuanimidad e integridad de un proceso de toma de decisiones. Toda la investigación empírica conducida sobre los arbitrajes de inversión enfrenta este problema. Actualmente, en algunos casos, no sabemos quién tomó las decisiones, qué decisiones se tomaron y qué asuntos de políticas surgieron a partir de las mismas.² Esto genera preocupación sobre una importante falta de ecuanimidad por la mera razón de que el proceso es mantenido en secreto.

Comentario sobre Franck (2009)

La investigación empírica puede contribuir, junto con el razonamiento deductivo y el análisis doctrinal, al desarrollo de conocimientos sobre el derecho de inversión y sus instituciones. Sin embargo, los investigadores empíricos deben ser claros sobre las cuestiones que examinan y sobre las limitaciones y reservas de sus conclusiones. Estos puntos pueden parecer obvios, pero es importante destacarlos.

En un número de estudios se han reportado resultados de arbitrajes de inversión conocidos. Algunos comentaristas se han basado en estos datos para presentar reclamos sobre el real desempeño de los árbitros. Muchos de los estudios realizados hasta la fecha, sin embargo, no examinan hipótesis específicas de parcialidad ni posicionan el estudio en base a literatura existente sobre los aspectos institucionales de la independencia de adjudicación. Los estudios existentes también enfrentan graves limitaciones metodológicas y se basan en suposiciones que limitan fuertemente los resultados.³ Por esta razón, se debe ser muy cauteloso en la utilización de tales estudios para sacar conclusiones sobre el real comportamiento de los árbitros.

Pocos estudios han pretendido analizar hipótesis específicas de una posible parcialidad por parte de los árbitros que intervienen en diferencias de inversión. Los mismos se han enfocado en una parcialidad real (generalmente a nivel sistémico) a diferencia de las razones que justifican una parcialidad percibida. El estudio realizado por Franck es probablemente el más distinguido.⁴

Resumen del estudio

En el estudio, la Profesora Franck examinó hipótesis que surgen de factores particulares que podrían generar una parcialidad real en los arbitrajes de diferencias relativas a inversión. Estos factores involucran un posible prejuicio de los árbitros vinculado con su nacionalidad y/o con características del Estado demandado. Ambos factores fueron agrupados de acuerdo con el “estatus de desarrollo” de los árbitros en base a su nacionalidad y de los países demandados, y luego se compararon con resultados de casos específicos.

La hipótesis de Franck fue que el estatus de desarrollo no afectaría los resultados y “que los árbitros pueden tomar decisiones de manera neutral en base a cuestiones de hecho y de derecho”⁵. Mediante el diseño del estudio solo se examinó el primer elemento de esta hipótesis, pero evidentemente se pretendió brindar una base para generar comentarios sobre el segundo.

Para probar la hipótesis, Franck analizó los resultados de 52 casos de tratado con información públicamente disponible. Aplicó dos indicadores para clasificar el estatus de desarrollo de los árbitros presidentes del tribunal y de los estados demandados. El primer indicador fue la membresía de la OCDE. Los árbitros y países fueron considerados como “desarrollados” si los mismos (o sus países de procedencia) son miembros de la OCDE y como “en vías de desarrollo” si no son miembros. Segundo, en el estudio se clasificó a los árbitros y países basándose en el sistema de clasificación de ingresos del Banco Mundial.⁶

En base a este análisis, el estudio no encontró ninguna variación significativa entre los resultados vinculados con el estatus de desarrollo de los árbitros que presiden los tribunales y los países demandados. A su vez, Franck sacó algunas conclusiones audaces sobre la integridad e imparcialidad del arbitraje de inversión.

El resumen de Franck de su metodología es admirable por su claridad y transparencia. Sin embargo, el estudio posee limitaciones y, en algunos casos, defectos importantes. De mayor importancia es el grado en que Franck exagera o distorsiona conclusiones clave. Los siguientes son ejemplos, extraídos del texto principal, la conclusión o de un extracto del estudio.

En el texto principal que aborda la comparación del estatus de desarrollo con resultados de triunfo/pérdida, se afirma que el estudio “ofrece una poderosa narrativa en cuanto a que hay integridad procesal en los arbitrajes de inversión”⁷.

En el texto principal donde se compara el estatus de desarrollo y el importe de la indemnización por daños, se señala que “la falta de un efecto principal por el estatus de desarrollo del demandado se encuentra en marcado contraste con la afirmación de que el arbitraje de los tratados de inversión privilegia injustamente al mundo desarrollado o perjudica inadecuadamente al mundo en vías de desarrollo”⁸.

En la conclusión del estudio se señala que:

“La noción que dice que el resultado no está asociado con el estatus de desarrollo del árbitro o el demandante debería ser la base de un optimismo cauteloso. Brinda evidencia sobre la integridad del arbitraje y arroja dudas sobre la presunción de que los árbitros de los estados desarrollados muestren cierta parcialidad en términos de los resultados de los arbitrajes o que el estatus de desarrollo de los estados demandados afecte tales resultados. Esto sugiere que una revisión estructural grande puede no ser necesaria porque no está claro que el arbitraje tiene una predisposición inherente a alcanzar resultados particulares”⁹.

En el extracto del estudio se indica que:

“Los resultados demuestran que, a un macro nivel, el estatus de desarrollo no posee ninguna relación estadística significativa con los resultados. Esto sugiere que el sistema de arbitrajes relativos a tratados de inversión, en su conjunto, funciona de manera justa y que la erradicación o revisión radical del proceso de arbitraje es innecesaria”.¹⁰

Por las razones señaladas anteriormente, estas declaraciones resultan, en diferentes niveles, exageradas o infundadas.

Las limitaciones del indicador de la OCDE

Una limitación inicial del estudio se relaciona con el indicador de la OCDE. La ecuación de la membresía en la OCDE con el estatus de desarrollo hace posible que países de la OCDE que son razonablemente calificados como países en transición o en vías de desarrollo (México, Turquía y los países del ex Bloque del Este que son miembros de OCDE) fueran clasificados como “desarrollados”. Esto plantea la posibilidad de que haya una clasificación errónea del estatus de desarrollo de los árbitros o de los países.

Esta limitación no sería grave si la misma fuera comunicada de manera clara y transparente por parte del investigador. Sin embargo, Franck no identificó esta limitación del indicador de la OCDE en su estudio. Tampoco procuró indicar si y cómo las conclusiones de su estudio podrían variar si los datos fueran desglosados a fin de separar a los países de la OCDE desarrollados de los países de la OCDE en transición/en vías de desarrollo.

Examiné los datos de Franck a fin de determinar si tener en cuenta este aspecto del indicador de la OCDE afectaba los resultados. Esto fue hecho haciendo una distinción entre México, Corea del Sur y los países del ex Bloque del Este y otros miembros de la OCDE¹¹. La revisión confirmó que esta limitación del indicador de la OCDE afectó significativamente los resultados del estudio. En particular:

En los 49 casos revisados por Franck utilizando el indicador de la OCDE, los 36 árbitros que presidían los tribunales eran ciudadanos de un país “desarrollado” de la OCDE. Esto incluía a árbitros de 13 países: Reino Unido (6 casos), Suecia (5), Australia (4), Alemania (4), EUA (4), Suiza (3), Canadá (2), Francia (2), España (2), Dinamarca (1), Grecia (1), Italia (1) y los Países Bajos (1).

De los 36 tribunales cuyos árbitros presidentes eran ciudadanos de un país desarrollado de la OCDE, 109 tomaron decisiones contra un país en transición o en vías de desarrollo según la OCDE (incluyendo a 7 casos contra México, 2 contra la República Checa y 1 contra Eslovaquia).

De los 13 tribunales cuyos árbitros presidentes no eran ciudadanos de un país de la OCDE, 1 decidió en contra de un país en vías de desarrollo de la OCDE (México).

Teniendo en cuenta la heterogeneidad de la membresía de la OCDE, 10 casos deberían haber sido clasificados como arbitrajes de país desarrollado a país en desarrollo o de país desarrollado a país en transición, en lugar de ser clasificados como arbitrajes entre dos países desarrollados. Asimismo, 1 caso debería haber sido clasificado como un arbitraje de país en desarrollo a país en desarrollo en lugar de ser un arbitraje de un país en desarrollo a un país desarrollado.

De esta manera, en el estudio de Franck, 11 de 49 casos dudosamente fueron clasificados de manera errónea según el indicador de la OCDE. Además, al considerar la heterogeneidad de los miembros de la OCDE, la proporción entre los países desarrollados demandados y los países en desarrollo demandados en los datos de Franck bajó dramáticamente de una proporción de 18 a 31 a una proporción de 7 a 42.

Las limitaciones del indicador de la OCDE no son el punto crítico en cuestión aquí. El tema clave es la falta de transparencia sobre una limitación metodológica que perjudica la validez y confiabilidad del estudio. Tal como se resumió antes, el uso del indicador de la OCDE podría decirse que llevó a una clasificación errónea en aproximadamente un 22% de los casos. Pero en el estudio no se señala esta limitación al lector ni se intenta examinar la manera en que esto afectó los resultados¹².

Colapso del indicador del Banco Mundial

Una segunda limitación concierne al indicador de clasificación de ingresos del Banco Mundial que fue utilizado por Franck para medir el estatus de desarrollo. Esta limitación surgió a partir de una falta de datos.

Franck procuró comparar los diferentes niveles de ingresos de los países de nacionalidad de los árbitros presidentes con los niveles de ingresos de los estados demandados. De esta manera, se presentaron 16 casillas donde se requirieron datos para probar la hipótesis del estudio de Franck utilizando el indicador de 4-niveles del Banco Mundial. Sin embargo, Franck no contó con suficientes datos para realizar esto. Primero, no hubo ningún caso decidido por un árbitro proveniente de países de bajos ingresos; por lo tanto, cuatro de las 16 casillas en el análisis de Franck no contenían ningún dato. Segundo, se encontró solo un caso decidido por un árbitro de un país con un nivel de ingresos medio bajo.

En respuesta a esta falta de datos, Franck convirtió la cuadrícula de 16 casillas a una con 8 casillas¹³. A su vez, todos salvo uno de los casos decididos por un árbitro proveniente de un “país desarrollado” involucraron a árbitros provenientes de países de un nivel de ingresos medio alto. Franck fue transparente sobre la necesidad de convertir el indicador del Banco Mundial. Esto permite al lector ver que el indicador del Banco Mundial fue frustrado por una falta de datos.

Por otro lado, las limitaciones de los indicadores del Banco Mundial y de la OCDE dan prueba de que en el estudio se probaron solo aspectos muy reducidos de preocupaciones sobre posible parcialidad, ni mucho menos temas de ecuanimidad e independencia, en los arbitrajes de inversión. Específicamente, el estudio se basó en una base de datos limitada para verificar si había una conexión entre el agrupamiento de árbitros o países según su nacionalidad y determinados resultados. Independientemente de sus resultados, el estudio no brindó una “fuerte narrativa” ya sea a favor o en contra de la integridad procesal del sistema o para respaldar las conclusiones sobre si el sistema “funciona justamente” o no. Se requiere mucha más información en torno a una amplia gama de factores para contemplar tales reclamos.

Falta de datos y el correspondiente riesgo de error

Una limitación importante del estudio es muy común en todo trabajo empírico sobre el arbitraje de inversión. Esta es la falta de datos, que a su vez plantea cierta preocupación sobre su confiabilidad.

La falta de datos en este caso frustró la posibilidad de sacar una conclusión fiable para respaldar o refutar la hipótesis de Franck de que el estatus de desarrollo no afectaría los resultados¹⁴. De hecho, la única conclusión claramente respaldada en el estudio de Franck fue que no hubo datos suficientes para verificar su hipótesis con un aceptable nivel de confiabilidad. Esta falta de confiabilidad afectó los cuatro indicadores empleados en el estudio.

Un reclamo de relevancia estadística sobre la conexión hipotética (o la falta de conexión) entre variables requiere que haya suficientes datos para descartar todo riesgo de que aparentes relaciones sean casualmente explicadas. Franck calculó el número de laudos necesarios para generar conclusiones significativas estadísticamente (sobre su estándar, conclusiones que tenían un 20% de posibilidad de error). Dependiendo del indicador y de la magnitud del efecto de los resultados, se requirieron entre 382 y 781 laudos para realizar las comparaciones de Franck¹⁵. Sin embargo, las muestras disponibles incluían de 47 a 49 laudos.

Esto llevó a una posibilidad de error entre 40 y 80% (denominado “error tipo II”, que se refiere al riesgo de un negativo falso) en los resultados de Franck. Como resultado, no hubo evidencia suficiente sobre la presencia o ausencia de una conexión estadística significativa entre el status de desarrollo y los resultados. Conclusiones más allá de esto, en base a los resultados, carecen de confiabilidad debido al alto riesgo de error.

Para Franck era riguroso y transparente brindar estos cálculos sobre el riesgo de error e indicar las limitaciones correspondientes. Pero estos temas fueron reportados solo en una serie de notas al pie, y en algunos casos, tangencialmente en el texto principal¹⁶.

Es importante remarcar que Franck no mencionó el alto riesgo de error que subyace en las audaces afirmaciones reproducidas anteriormente.

Más fundamentalmente, el estudio se basó en el riesgo de error asociado con una conexión hipotética entre el estatus de desarrollo y el resultado a fin de transmitir que de hecho no hay una conexión entre el estatus de desarrollo y el resultado¹⁷. Esto último no necesariamente sigue lo primero. La conclusión más apropiada es que no hubo datos suficientes para verificar la hipótesis de que el estatus de desarrollo no afectaría los resultados.

Por estas razones, las conclusiones de Franck no establecen que “el estatus de desarrollo no tiene una relación estadística significativa con el resultado”, por ejemplo, tal como se reclamó. Según el estudio de Franck, no sabemos en un grado razonable de confiabilidad, si el estatus de desarrollo puede afectar los resultados o no. Similarmente, el alto riesgo de error debería haber evitado que Franck reportara que “el resultado [del arbitraje] no está asociado con el estatus de desarrollo del árbitro o del demandado”.

Ausencia de explicaciones alternativas

En la investigación empírica, habitualmente hay una amplia gama de explicaciones alternativas para justificar los resultados. Es importante que un investigador transmita claramente que dichas alternativas existen y evite hacer un énfasis inadecuado sobre una o unas pocas explicaciones posibles.

Sin embargo, Franck destacó solo una limitada serie de explicaciones para justificar sus resultados —tales como la posibilidad de que el sistema funcione de manera justa—mientras que omitió otras. Una explicación alternativa, por ejemplo, es que los árbitros no toman decisiones basándose en la nacionalidad sino en su membresía a una cultura o industria común de árbitros. Otra es que los hechos de los casos que involucran algunas clases de países son más favorables para los inversores que los hechos de los casos que involucran a otros países, y que las diferencias factuales generarán variaciones en los resultados.

Aun suponiendo que sus resultados fueran confiables, Franck se extralimitó, en torno a las explicaciones alternativas, al sacar conclusiones sobre la “integridad del arbitraje”, sobre si el sistema “funciona de manera justa” o si hay una necesidad de hacer un “importante reajuste estructural”. Una amplia gama de temas de interés institucionales e individuales sobre una potencial parcialidad simplemente no fueron probados por el estudio.

Conclusiones

Estos temas y preocupaciones no plantean problemas con el método empírico en sí mismo, sino más bien con la manera en que el método fue empleado en el estudio de Franck. Muchas de las limitaciones del estudio podrían haber sido evitadas con mayor transparencia y cautela por parte del investigador en la declaración de las conclusiones.

El problema fundamental es la manera en que Franck preparó y presentó sus conclusiones. Los problemas clave son:

El reclamo de que la falta de evidencia confiable para probar que hay una conexión entre la nacionalidad y los resultados demostró la ausencia de una conexión como tal,

No dejar en claro que la falta de datos impide que la hipótesis del estudio sea chequeada de manera confiable, y

No destacar explicaciones alternativas para justificar los resultados en la presentación de las conclusiones.

Este debate subraya lo importante que es que un investigador presente sus conclusiones adecuadamente y con cautela. De otra manera, existe el riesgo de que los creadores de políticas utilicen un estudio para propósitos que la investigación no respalda, tal como sucedió en el caso del trabajo de Franck¹⁸.

Lo que es más importante, sería un error basarse en métodos cuantitativos para abordar la parcialidad percibida en la adjudicación de casos. Sin que un responsable de la toma de decisiones lo admita, no es posible demostrar definitivamente si factores inapropiados han afectado una decisión o un laudo en particular. Esto explica

por qué es crucial para la estructura institucional de la adjudicación de casos despejar la preocupación sobre los intereses financieros o profesionales de los adjudicadores, independientemente de si estos factores realmente afectan las decisiones o no. La prioridad no está en la búsqueda de pruebas definitivas para probar una real parcialidad sino en anticiparse y abordar las ambigüedades que dan lugar a una percepción razonable de parcialidad. A nivel institucional, esto apela a la incorporación de salvaguardias ya conocidas de independencia judicial a fin de respaldar la confianza pública en el carácter justo del proceso de adjudicación.

Autor

Gus Van Harten es Profesor Asociado de la Escuela de Derechos Osgoode Hall, en la Universidad de York, donde enseña Derecho Administrativo, Derecho Internacional de Inversión, y Gobernabilidad del Sistema Internacional de Finanzas.

Notas

* Nota del Traductor: el nombre del estudio en español sería “Desarrollo y Resultados del Arbitraje de Tratados de Inversión”. [La traducción nos pertenece]

1 S.D. Franck, “Development and Outcomes of Investment Treaty Arbitration” (2009) 50 Harvard International Law Journal 435. Más antecedentes metodológicos para este estudio fueron brindados en S.D. Franck, “Empirically Evaluating Claims About Investment Treaty Arbitration” (2007) 80 North Carolina Law Review 1. Esto es específicamente el caso de arbitrajes conducidos en foros privados tales como la Cámara Internacional de Comercio.

2 Esto es particularmente cierto para los arbitrajes en foros privados como la Cámara de Comercio Internacional.

3 Por ejemplo, los datos sobre los resultados son generalmente extraídos del CIADI debido a la relativa apertura de los procedimientos del CIADI, y pueden informar poco o nada sobre otros foros. Además, los datos sobre los resultados como una medida del real desempeño están abiertos a una amplia gama de explicaciones alternativas, tales como variaciones en la fortaleza de las reclamaciones de las partes, la diversidad de situaciones de hecho, la posible inflación de las sumas reclamadas por los demandantes, variaciones procesales entre los diferentes foros, niveles variables de experiencia e incentivos entre árbitros e influencias políticas variables de los estados y de actores privados. Los datos existentes sobre los resultados tampoco capturan algunos aspectos de las decisiones de los tribunales —tales interpretaciones del derecho— que pueden reflejar una parcialidad independientemente de los resultados. También es muy difícil, si no imposible, identificar la diseminación “apropiada” o “justa” de los resultados con respecto a los cuales se miden los resultados reales. Por último, los datos acumulativos sobre los resultados no explican si los resultados de un caso en particular fueron influidos por factores inapropiados. De esta manera, siempre habrá una base para la percepción de una parcialidad que favorezca a un inversor o a un estado en instancias específicas basadas en las deficiencias de la estructura institucional. Esta es la preocupación que las salvaguardias institucionales de independencia pretenden abordar.

4 Franck (2009), nota 1 anteriormente citada.

5 Franck (2009), nota 1 anteriormente citada, pág. 454.

6 El sistema de clasificación de ingresos del Banco Mundial divide a los países, basándose en el ingreso interno bruto per capita, en cuatro categorías: ingreso alto, ingreso alto medio, ingreso medio bajo e ingreso bajo. Al clasificar los resultados, Franck caracterizó como un triunfo para el estado demandado, un laudo que no establece daños contra el estado. Consideró como una pérdida, un laudo de cualquier suma que excediera a cero daños contra el estado. Segundo, Franck evaluó los resultados en términos de la cantidad de dinero otorgada en casos donde los demandantes tuvieron éxito. Debido a las limitaciones de los datos disponibles, la muestra de Franck se redujo a resultados en 49 casos para el indicador de la OCDE y en 47 o 49 casos (dependiendo de si el triunfo/pérdida o el resultado sobre daños totales estaba siendo medido) para el indicador del Banco Mundial.

7 Franck (2009), nota 1 anteriormente citada, pág. 464.

8 Franck (2009), nota 1 anteriormente citada, pág. 470.

9 Franck (2009), nota 1 anteriormente citada, pág. 487.

10 Franck (2009), nota 1 anteriormente citada, pág. 435.

11 Examiné la membresía de la OCDE de 2009, que fue el año de publicación del estudio de Franck. Por lo tanto, Chile, Israel y Eslovenia — que se unieron a la OCDE en 2010 — fueron caracterizados como no miembros de la OCDE para los fines de esta revisión de los datos de Franck.

12 Nótese que esta crítica del indicador de la OCDE fue transmitida a la Profesora Franck antes de la publicación de su estudio en 2009, nota 1 anteriormente citada. Otras críticas presentadas en este artículo fueron transmitidas después de la publicación del estudio.

13 Franck (2009), nota 1 anteriormente citada, Pág. 459.

14 Franck (2009), nota 1 anteriormente citada, pág. 454.

15 Franck (2009), nota 1 anteriormente citada, págs. 461-70.

16 Franck (2009), nota 1 anteriormente citada, págs. 461-70

17 Franck (2009), nota 1 anteriormente citada, págs. 460-62.

18 Véase la otra declaración de un miembro del comité de revisión del Modelo de TBI de EUA, Mark Kantor, quien citó la conclusión de Franck sobre el estatus de desarrollo y los resultados en apoyo a su posición contra la reforma del Modelo de TBI de EUA. United States, Report of the Advisory Committee on International Economic Policy Regarding the Model Bilateral Investment Treaty (30 de septiembre de 2009), Anexo B (Particular Viewpoints of Subcommittee Members), Declaración de Mark Kantor, págs. 28-9

artículo 3

Sed Mundial: Cómo el agua está generando la nueva ola de inversión extranjera en tierras agrícolas

Carin Smaller

Ya no es un secreto que se está desarrollando una nueva ola de inversión extranjera en tierras agrícolas, principalmente en África. Una gran cantidad de informes y una serie de estudios del Banco Mundial, de la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO), el fondo internacional para el desarrollo agrícola (International Fund for Agricultural Development, IFAD), la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) y el Instituto Internacional para el Ambiente y el Desarrollo International (International Institute for Environment and Development, IIED), han confirmado la escala y las consecuencias de este nuevo flujo de inversión extranjera. En el informe del Banco Mundial, por lejos el más comprehensivo, se reportó la firma de acuerdos que ascienden a 45 millones de hectáreas solo en 2009¹; esto comparado con una tasa de expansión de la tierra de un promedio de 4 millones de hectáreas al año en la década que terminó en 2008. Los principales cuatro objetivos de los inversionistas fueron Sudán (4 millones de hectáreas), Mozambique (2,7 millones de hectáreas), Liberia (1,6 millones de hectáreas) y Etiopía (1,3 millones de hectáreas).

Después de décadas de negligencia, las zonas rurales y el sector agrícola necesitan desesperadamente inversiones. Sin embargo, no toda la inversión extranjera contribuye al desarrollo ni aumenta las fuentes de empleo. De hecho, en el informe del Banco Mundial se encontró que los inversionistas eligen a los países con un manejo débil de las tierras, lo cual resulta en un proceso de transferencia de tierras que a menudo infringe los actuales derechos a la tierra. En todos los informes se destaca una cultura de clandestinidad donde las comunidades, e incluso los funcionarios públicos, no son consultados o informados sobre los acuerdos hasta después que los mismos son firmados. El Banco Mundial también reportó que los proyectos de inversión no generaron más fuentes de empleo.

La motivación de esta nueva ola de inversión está regida fuertemente por el agua. Los Estados que poseen escasos o agotados recursos hídricos están buscando tercerizar el uso del agua, por ejemplo, mediante la importación de cultivos del extranjero, y los inversores privados están aprovechando estas oportunidades. En una reciente conferencia de inversores en Ginebra², el agua fue uno de principales temas en la agenda. Neil Crowder de Chayton Africa, un fondo de inversión, señaló: "en África el valor no está en las tierras. El agua es el aspecto clave que estamos buscando para nuestras inversiones". Judson Hill de NGP Global Adaptation Co, un fondo privado de dividendos, dijo: "cuando un país importa una tonelada de trigo se ahorra aproximadamente 1.300 metros cúbicos de agua a nivel interno".

En un artículo del diario Foreign Policy, el presidente y ex CEO de Nestle, Peter Brabeck-Letmathe, lo llamó "el gran arrebato de agua". Escribió: "las adquisiciones no se hicieron por la tierra, sino por el agua. Ya que la compra de tierras lleva aparejado el derecho a extraer agua en la mayoría de los países se trata esencialmente de un regalo que puede resultar lo más valioso del trato."³

La declaración de Nestle captura la esencia del problema: que el "arrebato de tierras" es de hecho un "arrebato de agua". ¿Por qué? Primero, porque los países que van en busca de inversiones en tierras agrícolas están profundamente preocupados por la escasez interna de agua como resultado de la producción agrícola. La segunda causa, y de mayor relevancia, es que el actual régimen mundial de tratados de inversión y los acuerdos de los gobiernos anfitriones brindan a los inversores extranjeros la garantía legal que necesitan para salvaguardar y operar sus inversiones (y a llevar a los Estados a arbitraje internacional si no honran los contratos). Sin embargo, en muchos de los países que experimentan un flujo de inversión extranjera en el sector agrícola, estas protecciones favorables para los inversores no están compensadas con adecuadas regulaciones internas destinadas a resguardar los derechos a la tierra y al agua de los ciudadanos.

Cuando se trata de la agricultura, la tierra es solo una pequeña parte de la ecuación. El agua es el elemento clave para operar las inversiones agrícolas. Sin agua, la tierra no tiene absolutamente ningún valor para los inversionistas.

Incorporando al agua a la ecuación

La agricultura es por lejos la actividad con el uso más intensivo de agua. Cerca del 70 por ciento de toda el agua dulce apta para uso humano va a la agricultura. Durante el último siglo, si bien la población mundial se ha triplicado, el uso del agua ha aumentado más de dos veces este índice.

El incremento de la producción agrícola para biocombustible también ha agregado presión a los recursos hídricos. En 2008, más de un tercio de la producción de maíz (uno de los cultivos con mayor uso intensivo de agua) de Estados Unidos fue utilizado para producir etanol y aproximadamente la mitad de los aceites vegetales producidos en la Unión Europea fueron usados para biocombustible⁴.

Un creciente número de regiones tienen una escasez de agua crónica. Para el 2025, 1,8 mil millones de personas vivirán en países o regiones con una escasez absoluta de agua, y dos tercios de la población mundial podrían llegar a encontrarse bajo condiciones de estrés hídrico. Se espera que el cambio climático sea el causante de alrededor de un 20 por ciento del aumento global de escasez de agua.

De acuerdo con la FAO, la falta de agua es probablemente el problema más importante que enfrenta el sector agrícola en China hoy y podría afectar a más del 36 por ciento de la producción de granos de este país⁵. Arabia Saudita está agotando rápidamente sus fuentes no renovables de recursos hídricos pese al hecho de que ya importa un 70 por ciento de sus alimentos. Incluso en Europa, que según se considera tiene recursos hídricos adecuados, la escasez de agua y la sequía son ahora más frecuentes y generalizadas⁶.

Invirtiendo en agua en el extranjero

Por lo tanto, no resulta sorprendente que haya una fuerte correlación entre los países que pretenden preservar sus recursos hídricos en casa y los inversores que están haciendo arrendamientos financieros en el extranjero, incluyendo a inversionistas privados y estatales de Estados Unidos, la Unión Europea, Japón, los Estados del Golfo, China, Corea e India.

Un fondo de pensiones con sede en EUA, TIAA-CREF, por ejemplo, tiene asignados US\$ 2 mil millones para invertir en tierras agrícolas⁷. Duxton, la corporación de gestión de activos con sede en Singapur, ha reunido US\$330 millones. Agrifirma Brazil, con sede en Londres, ha recaudado US\$179⁸ millones. En enero de 2009, Arabia Saudita lanzó la iniciativa agrícola King Abdullah, un fondo de inversión patrocinado por el gobierno, respaldado por US\$800 millones, para ayudar a las empresas sauditas a invertir en proyectos agrícolas⁹. El Ministro de Agricultura de ese país, Fahad Abdul-Rahman Balghunaim, dijo "el país ahora está dando prioridad a la seguridad hídrica por sobre la seguridad alimentaria... esta es una decisión de gabinete, que también nos llevó a dejar de producir trigo localmente"¹⁰.

¿África tiene abundante abastecimiento de agua?

Dos tercios de los acuerdos sobre tierra reportados han tenido lugar en África debido a la detección de abundante tierra fértil, agua y recursos naturales. De acuerdo con la FAO, África utiliza apenas el 5,5 por ciento de sus recursos hídricos renovables, y solo el dos por ciento de sus recursos de agua dulce para riego. La FAO estima que el potencial de riego del continente es de más de 42,5 millones de hectáreas de tierra.

Pero si bien algunas partes de África tienen importantes recursos hídricos, de los 800 millones estimados de personas que viven en el continente, más de 300 millones viven en un ambiente con escasez de agua¹¹. Solo el 64 por ciento de la población tiene acceso a una fuente de agua mejorada, por lo que es la región con la cobertura más baja del mundo. La situación es mucho peor en las zonas rurales, donde el acceso a una fuente de agua mejorada es solo del 50 por ciento comparado con el 86 por ciento en zonas urbanas¹². Algunos productores solo realizan uno o dos tipos de cultivos y se encuentran bajo riesgo de hambruna si no llueve lo suficiente. Las proyecciones del cambio climático muestran que para el 2050 el continente africano enfrentará una disminución en la cantidad de lluvia, un rápido incremento de la erosión del suelo y una mayor desertificación.

Los gobiernos africanos están respondiendo a esta crisis, pero la nueva ola de inversión extranjera podría socavar estos esfuerzos.¹³

Las consecuencias del derecho de inversión internacional

La escala y la naturaleza de la actual ola de inversión aumentan el potencial de un traspaso de derechos de actores internos a actores externos y de socavar el acceso de las comunidades locales a la tierra y el agua. Esto se da debido a los actuales marcos del derecho de inversión a nivel nacional e internacional. En muchos de los Estados donde se están llevando a cabo inversiones en tierra agraria, no hay legislación interna o la misma es demasiado vaga o insuficiente en cuanto a los derechos a la tierra y el agua. Por otro lado, el marco internacional del derecho de inversión brinda fuertes derechos contractuales para proteger a los inversores extranjeros. Cuando sucede esto, los usuarios primarios del agua y la tierra no tienen ningún recurso legal mientras que los inversores poseen derechos contractuales a los cuales recurrir, que son ejecutables en virtud a un mecanismo internacional de solución de diferencias relativas a inversión.

Algunas de las disposiciones clave que permiten a los inversores extranjeros asegurar sus derechos al agua cuando invierten en tierras agrícolas son las siguientes:

1. Los tratados de inversión a menudo incluyen una norma de **trato justo y equitativo**. Esta norma contiene el concepto de una "expectativa legítima" del inversor para garantizarse no solo el título de la inversión sino también los derechos necesarios para mantener sus operaciones, por ejemplo, para extraer agua con fines agrícolas. Este derecho dentro de la legislación internacional podría garantizar un derecho a los inversionistas extranjeros, aun si entrara en conflicto con las necesidades hídricas locales presentes o futuras.
2. Los tratados de inversión contienen una **prohibición contra la expropiación sin indemnización**. La compensación es un tema turbio cuando ciertos derechos para operar un emprendimiento son reducidos pero no completamente sustraídos. Esta es una situación previsible en relación con las inversiones en tierras agrícolas, todas las cuales se basan en la disponibilidad de agua, y muchas de las cuales se extienden por períodos de 50 a 99 años de arrendamiento. Si los recursos hídricos decaen a un nivel inferior al requerido por la inversión, el Estado anfitrión no tendría culpa y la indemnización no sería probable. Sin embargo, si hay suficiente agua disponible, y se reduce la cantidad asignada al inversor para satisfacer las necesidades de otros usuarios; reducir las asignaciones de agua al inversor puede ser definido por un tribunal como una expropiación del derecho a operar la inversión¹⁴.
3. Los tratados de inversión pueden contener derechos de **pre-establecimiento** (o compromisos de liberalización), lo que significa que los inversores extranjeros deben recibir el mismo trato que los inversores nacionales, incluyendo el permiso para comprar tierras y acceder al agua en los mismos términos.
4. Es posible que los contratos de inversión entre inversor y Estado contengan una **cláusula de estabilización**, que permita al inversor dejar de cumplir con, o tener derecho a, la indemnización cuando se promulgan nuevas regulaciones, por ejemplo, medidas ambientales para reducir la contaminación o para proteger contra el derramamiento de pesticidas y fertilizantes.
5. Por último, actualmente casi todas las inversiones incluyen un mecanismo para la **solución de diferencias** para permitir a los inversionistas extranjeros recusar a los gobiernos si hay algún cambio que afecte sustancialmente una inversión extranjera autorizada y su nivel de ganancias. Cuando se otorgan derechos al agua cualquier cambio a estos derechos podría generar un arbitraje entre inversionista y Estado.

Conclusión

Si los gobiernos están interesados en utilizar su base de recursos naturales para alcanzar un desarrollo económico que sea seguro, es fundamental que éstos cuenten con un sólido cuerpo de leyes internas para proteger los derechos a la tierra, el uso del agua, el medioambiente y los derechos laborales. Los acuerdos de inversión internacional protegen los derechos e intereses de los inversores extranjeros. Las leyes nacionales para proteger los derechos e intereses de los individuos y las comunidades son cruciales para garantizar un campo de juego equilibrado.

Un enfoque frecuentemente identificado para mejorar los impactos sobre el desarrollo de los acuerdos de un gobierno anfitrión es el de imponer ciertos requisitos sobre los inversionistas para lograr una contribución para la comunidad local en términos económicos y sociales. Estos pueden incluir contratar un número designado de trabajadores locales, que se compre un porcentaje de insumos locales, que se genere transferencia de tecnología, que se brinde capacitación, mínimos niveles de agricultura contratada, que se venda un porcentaje de la producción en los mercados locales, que se construyan escuelas, viviendas y clínicas médicas y otros requisitos para garantizar un impacto positivo a nivel local¹⁵.

Los acuerdos de un gobierno anfitrión también deberían establecer controles periódicos de los derechos al agua y la asignación de agua a los inversionistas de una manera que no perjudica el acceso al agua de los ciudadanos. Además, los acuerdos de un gobierno anfitrión no deberían socavar la capacidad del gobierno de promulgar nuevas regulaciones internas en pos del interés público; por ejemplo, controles de contaminación o la prohibición de determinados químicos para proteger la salud humana.

Para que la inversión extranjera beneficie a los países pobres, la misma debe ser parte de una estrategia más amplia de desarrollo, incluyendo una mejor gestión de los recursos hídricos. La actual ola de inversiones está operando en un vacío y fácilmente puede socavar los objetivos de desarrollo. Si los gobiernos pueden controlar la actual ola de inversión para nutrir las estrategias agrícolas y de desarrollo rural, los mismos serán capaces de transformar décadas de negligencia en un motor de crecimiento.

Por último, los procesos que pretenden dar valor a la tierra para la inversión extranjera deben tener en cuenta plenamente el valor del agua. Es inaceptable que las corporaciones extranjeras puedan, tal como señala el Sr. Brabeck-Letmathe, "[recibir] esencialmente un regalo que puede resultar lo más valioso del trato" mientras que los países en desarrollo se desprenden del recurso más valioso del mundo.

Traducido al español por María Candela Conforti

Autor

Carin Smaller es asesor del Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible (IISD) donde se especializa en temas relacionados con la agricultura y la inversión. Es ex presidente de la oficina en Ginebra del Institute for Agriculture and Trade Policy (IATP) donde ha asistido a gobiernos de países en desarrollo en las negociaciones sobre agricultura de la OMC. Posee un Título de Grado en Leyes y un Título de Grado en Artes en estudios de desarrollo.

Notas

- 1 World Bank, Rising Global Interest in Farmland: can it yield equitable and sustainable benefits? Banco Mundial, septiembre de 2010
- 2 Global Aginvesting Europe 2010, 9-10 de noviembre en Ginebra, organizado por HighQuest Partners y Soyatech.
- 3 Peter Brabeck-Letmathe, The Next Big Thing: H2O, Foreign Policy, 15 de abril de 2009
- 4 3rd World Water Report, Water in a Changing World,
- 5 FAO Unlocking the Water Potential of Agriculture, FAO, 2003
- 6 En 2007, al menos un 11 por ciento de la población de Europa y un 17 por ciento del territorio se vio afectado por la falta de agua. Entre 1976 y 2006 el número de personas y zonas afectadas por la sequía creció en al menos un 20 por ciento. EU, Water Scarcity and Drought in the European Union, agosto de 2010
- 7 Tom Sullivan, TIAA-CREF bets the farm, 16 de octubre de 2010
- 8 Marcelo Balive, Chinese Investors Look to Brazil for farmland, water, 21 de julio de 2010
- 9 John Sfakianakis, Turki A. Al Hugail y Daliah Merzaban, Saudi Arabia Economics - Pressure on Prices, Banque Saudi Fransi, agosto de 2010
- 10 Nadim Kawach, Arab food gap crosses \$180bn over past decade, Emirates Business, junio de 2010
- 11 UNECA, Water in Africa, UNECA 2006
- 12 African Union, Water for Agriculture in Africa, Conference on Water for Agriculture and Energy in Africa: The Challenges of Climate Change, diciembre de 2008
- 13 En 2002, el Comprehensive African Agriculture Development Programme (CAADP) de NEPAD ofreció un marco para la inversión en agricultura en África, con especial énfasis en el control del agua. En Maputo, en 2003, los Jefes de Estado y los Gobiernos de la Unión Africana se comprometieron a destinar al menos un 10 por ciento de sus recursos presupuestarios nacionales al desarrollo agrícola y rural. En 2004, la Declaración Sirte se enfocó en la forma de implementar un plan de desarrollo integrado y sostenible de la agricultura y el agua en África.
- 14 Carin Smaller & Howard Mann, A Thirst for Distant Lands: foreign investment in agricultural land and water, IISD, mayo de 2009.
- 15 Ibid.

Foro Mundial de Inversión 2010 de la UNCTAD:

Expertos de alto nivel debaten sobre políticas de inversión para el desarrollo sostenible

artículo 4

James X. Zhan

El Foro Mundial de Inversión 2010 (World Investment Forum, WIF), celebrado del 6 al 9 de septiembre de 2010, en Xiamen, China, convirtió a la UNCTAD en el foro mundial para la disertación abierta, universal, inclusiva y de alto nivel sobre la inversión internacional y la formulación de políticas. 1.800 participantes asistieron a los 8 eventos y conferencias de alto nivel, provenientes de 120 países y de 16 organizaciones internacionales, entre los cuales se encontraban nueve jefes de Estado, cuatro presidentes de organizaciones internacionales, 79 funcionarios de nivel ministerial y 116 altos ejecutivos de empresas. Los participantes de todos los ángulos de la comunidad de inversión se reunieron en los eventos para debatir sobre la mejor manera de utilizar la inversión internacional en pos del desarrollo sostenible.

Invirtiendo en el desarrollo sostenible

Bajo el tema general de “invirtiendo en el desarrollo sostenible”, las ocho reuniones celebradas en virtud del Foro Mundial de Inversión 2010 permitieron a los expertos compartir sus experiencias y brindar sus reflexiones con miras al futuro. El segundo WIF¹ reunió a más de 1.800 expertos en inversión de 120 países, incluyendo a creadores y negociadores de políticas de inversión, agencias de promoción de inversiones, participantes clave de las bolsas de valores (por ej. inversionistas, bolsas y reguladores), creadores de políticas en el campo de las finanzas y la deuda soberana (incluyendo a representantes de las instituciones financieras multilaterales), así como académicos, el sector privado y la sociedad civil en general. Tomando un enfoque global de las múltiples facetas que componen la interconexión entre la inversión y el desarrollo sostenible, en las ocho reuniones del WIF se exploró un aspecto específico del desafío de hacer que la inversión trabaje en pos del desarrollo sostenible.

Entre los destacados disertantes en la ceremonia de apertura del WIF se encontraron el Secretario General de las Naciones Unidas (a través de un mensaje en video), el Presidente de Islandia, el Primer Ministro de Mozambique y el Vicepresidente de China, quienes subrayaron la importancia del papel que juega la inversión privada para superar el desafío del calentamiento global, la promoción de una recuperación económica sostenida y el logro de los Objetivos de Desarrollo del Milenio (en inglés, MDGs). En la Cumbre Mundial de Líderes en Inversión, los jefes de Estado y Directores Generales (en inglés, CEOs) de las principales empresas destacaron la necesidad de que la inversión privada sea un motor de crecimiento, subrayando su papel decisivo para superar las múltiples crisis relacionadas con los alimentos, la energía y la economía.

En la Conferencia Tripartita de Alto Nivel, que reunió a CEOs, altos funcionarios públicos y directores de agencias de promoción, los participantes llegaron a un acuerdo sobre la importancia del papel que juega la inversión para combatir el cambio climático y sobre la necesidad de aprovechar las oportunidades que conllevan dichas inversiones. Los participantes destacaron también la importancia de que haya políticas adecuadas para la creación de un mercado verde, asociaciones público-privadas y la necesidad de desarrollar el talento en los países en desarrollo. El evento Bolsas de Valores Sostenibles 2010 se enfocó en la relación que existe entre los principales intercambios y los marcos regulatorios en que operan, en cuanto a temas relativos al medio ambiente, el sector social y la gobernanza. Importantes reguladores de bolsas de valores, junto con los más importantes ejecutivos de las bolsas de valores, y los CEOs exploraron la manera en que las bolsas de valores podrían cooperar con los inversionistas, los reguladores y los empresarios para alentar un enfoque responsable a largo plazo de la inversión. La 8ava reunión del Consejo de Asesores sobre Inversión Internacional de la UNCTAD se desarrolló bajo el tema “invirtiendo en los pobres (inversión viable y sostenible para el alivio de la pobreza), para los pobres (productos y servicios accesibles y asequibles) y con los pobres (promoviendo los vínculos comerciales con PYMEs)”. En la Conferencia sobre Captación y Concesión de Prestamos se revisó un primer borrador de trabajo sobre una

serie de principios para la captación y concesión responsable de préstamos, y se debatió sobre la manera de establecer un proceso transparente e inclusivo para seguir trabajando en esta área bajo los auspicios de la UNCTAD.

Políticas nacionales e internacionales de inversión

Dentro de este contexto más amplio del WIF, el Foro Ministerial y la Conferencia 2010 sobre Acuerdos de Inversión Internacional (AI) se destacan por abordar las políticas nacionales e internacionales de inversión. En el Foro Ministerial de medio día de duración intervinieron 26 funcionarios a nivel ministerial que trataron asuntos de inversión y desarrollo; un jefe de Estado; el Dr. Supachai Panitchpakdi, Secretario-General de la UNCTAD y el Sr. Pascal Lamy, Director-General de la Organización Mundial de Comercio (OMC). La Conferencia sobre acuerdos de inversión internacional 2010, de un día completo de duración, reunió a 223 expertos en IIA de 80 países - entre los cuales se encontraban seis ministros y dos jefes de organizaciones internacionales. Esta amplia participación y el carácter mundial de la reunión resaltan el papel de la UNCTAD como punto focal para el intercambio intergubernamental sobre temas relativos a la inversión y el desarrollo sostenible.

Los debates sobre las políticas de inversión se enfocaron en un número de áreas interrelacionadas: (i) cómo complementar las políticas destinadas a atraer la inversión a través de políticas que ayuden a garantizar beneficios para el desarrollo sostenible que devengan de dicha inversión (por ej. cómo mejorar la interacción entre el régimen de inversión y otras áreas de políticas públicas); (ii) cómo aumentar la coherencia dentro del régimen de inversión (por ej. coherencia entre los acuerdos internacionales y entre las políticas nacionales e internacionales de inversión); (iii) cómo manejar el tema de la solución de diferencias entre inversionista y Estado (en inglés, ISDS); y (iv) cómo aprovechar la cooperación internacional como una herramienta para abordar los desafíos que quedan por delante.

Interacción entre los acuerdos de inversión internacional y otros cuerpos de leyes

Atraer la inversión no es un fin en sí mismo, sino un medio para alcanzar el desarrollo sostenible. En el Foro Ministerial, los ponentes no solo compartieron experiencias y las mejores prácticas en torno a los esfuerzos de sus países para atraer la inversión extranjera y los beneficios que esperan de la mismas, sino que los Ministros también acordaron que las políticas de inversión deben ser desarrolladas en conjunto con otras importantes políticas para lograr beneficios de desarrollo. Esto incluye políticas destinadas a garantizar beneficios para los pobres y los grupos marginados de la sociedad; políticas sociales, de salud y de educación; políticas de empleo y del mercado laboral; políticas industriales; políticas ambientales; normas de salud y trabajo; políticas de ciencia y tecnología; iniciativas de responsabilidad social empresarial y políticas de competencia—todo esto requiere una coordinación eficaz entre los ministerios nacionales con responsabilidad en las diferentes áreas. La clave reside en encontrar el equilibrio adecuado entre los derechos y las obligaciones de los inversionistas y de los Estados anfitriones. Instituciones fuertes y una capacidad humana calificada son de suma importancia en este contexto.

Similarmente, las políticas de inversión internacional no pueden ser observadas de manera aislada. La mayoría de los desafíos actuales son globales e involucran a una variedad de regímenes legales y de políticas que interactúan y se superponen. Los regímenes relativos al cambio climático, el medio ambiente, la seguridad nacional, las finanzas, el comercio y los derechos humanos interactúan cada vez más con el régimen de la inversión internacional que está en expansión. Este régimen en sí mismo coloca cada vez más importancia a los asuntos de políticas públicas. Muchos AIs ya contienen disposiciones concretas sobre medio ambiente y cambio climático (véase Informe Mundial de Inversión de la UNCTAD)², salud, seguridad y normas laborales, así como también sobre temas financieros. Al mismo tiempo, la previsibilidad, estabilidad y credibilidad de los relevantes regímenes legales y de políticas son de gran interés para los inversionistas al momento de buscar atractivos destinos de negocios.

En la Conferencia sobre AIs, los participantes discutieron este desafío clave de preservar un espacio para que los gobiernos puedan regular en pos del interés público y en apoyo a las prioridades internas de desarrollo. Ya sea justificado o no, los inversores pueden solicitar compensación a los gobiernos por la violación de la norma de trato justo y equitativo o por expropiación indirecta, que resulte de tales políticas. En consecuencia, los Estados han estado adoptando más políticas para contrarrestar tales riesgos y proteger el interés público.

Cautelosa formulación de AIs para garantizar un espacio apropiado de políticas

Hay muchas herramientas que pueden usar los gobiernos para abordar la preocupación de que las políticas de inversión puedan afectar de manera no favorable el legítimo interés público. Entre los enfoques discutidos se encuentran la exclusión de determinados sectores o políticas afuera de los compromisos de liberalización conforme a los AIs, o compromisos pre-establecimiento y la inclusión de excepciones generales (o específicas a algunos temas). El proceso de liberalización de las inversiones en sí mismo en ocasiones requiere mecanismos de reajuste, y existe la necesidad de que las políticas económicas, fiscales y otras políticas tengan un ritmo y secuencia apropiados en línea con las condiciones de desarrollo y económicas subyacentes. Controles temporarios y excepciones de "estado de emergencia" son cada vez más comunes en las disposiciones de los AIs para proteger contra situaciones de severa tensión a la sociedad, la economía, el sistema financiero o la seguridad nacional.

Respecto del potencial del proteccionismo

De acuerdo con los expertos, brindar tales protecciones y excepciones es legítimo y altamente recomendable, pese a que las mismas deben usarse con cautela y no deberían dar como resultado un proteccionismo de las inversiones. La amenaza del proteccionismo de las inversiones también fue abordada en el Foro Ministerial, donde los ministros remarcaron que hasta el momento, los países se han resistido ampliamente a las presiones proteccionistas —una declaración que coincide con las conclusiones del trabajo de la UNCTAD sobre políticas de inversión nacional e internacional³. El informe más reciente de la UNCTAD sobre las medidas de inversión del G20 (elaborado conjuntamente con la OCDE) y presentado en la Cumbre del G20 en Seúl, Corea, establece que los países del G20 han seguido resistiéndose a las presiones proteccionistas y que mediante la mayoría de las nuevas medidas de inversión se ha pretendido facilitar y alentar los flujos de inversión⁴. En el Foro Ministerial, se señaló que los beneficios tangibles del desarrollo que emanan de la inversión extranjera pueden ayudar a superar las demandas proteccionistas a nivel interno.

El desafío de la solución de diferencias entre inversionista y Estado

Tanto en el Foro Ministerial como en la Conferencia sobre AIs se ha prestado especial atención a los desafíos que surgen de la solución de diferencias entre inversor y Estado (en inglés, ISDS), donde el creciente número de casos y las interpretaciones expansivas de las disposiciones en torno a la protección de las inversiones han aumentado cada vez mayor inquietud sobre el equilibrio entre los derechos y las obligaciones de los gobiernos y de los inversionistas. Se expresó gran preocupación en torno a la ISDS en su estado actual, notablemente por su falta de previsibilidad, legitimidad y transparencia, así como la incoherencia de la jurisprudencia y un fuerte foco en el litigio a través del arbitraje internacional. En el Foro Ministerial, el régimen de la solución de diferencias entre inversionista y Estado fue contrastado con el régimen de solución de diferencias del marco de la OMC. Se consideró que el hecho de que los inversores puedan presentar casos de arbitraje internacional contra Estados soberanos debe tratarse con suma prudencia y se necesita reflexionar mucho sobre la manera de abordar este tema.

En la Conferencia sobre AIs, los participantes sugirieron que la previsibilidad, coherencia y estabilidad del sistema de ISDS podrían ser fortalecidas a través de la intervención de comités de anulación o de un sistema de apelación. Los enfoques adoptados actualmente para mejorar el sistema incluyen

cambios en las reglas procesales, la consideración de medios menos contendientes para la solución de diferencias y esfuerzos para evitar y prevenir las diferencias⁵. En ambas reuniones, se apeló a fortalecer los mecanismos para evitar y prevenir las diferencias, y para considerar con mayor frecuencia el uso de técnicas alternativas para la solución de las mismas (por ej. conciliación y mediación) en el contexto de las diferencias de inversión internacional. Los ministerios nacionales también deben establecer procedimientos administrativos adecuados y coordinar entre ellos para estar bien preparados para manejar y prevenir las diferencias entre inversionista y Estado.

Cooperación internacional

Los desafíos contemporáneos que enfrenta el régimen de inversión internacional apelan a una mayor cooperación internacional sobre la inversión. Además, los desafíos actuales más tremendos en torno a las políticas públicas—incluyendo la seguridad alimentaria, el cambio climático, la crisis económica y la pobreza — son mundiales y solo pueden ser superados de manera conjunta. Con la inversión extranjera jugando un papel clave para superarlos, la cooperación internacional sobre temas de inversión parece justificarse cada vez más.

La cooperación internacional puede tomar muchas formas, desde el intercambio de experiencias y mejores prácticas, la capacitación, cooperación y diferentes formas de construir consenso inter-gubernamental hacia una visión mundialmente compartida sobre asuntos de inversión y un cuerpo más coherente de leyes internacionales.

En el WIF, los ministros reconocieron los beneficios de participar multilateralmente en asuntos de inversión con miras a utilizar la inversión para el desarrollo sostenible y materializar resultados de desarrollo concretos. Junto con su investigación y análisis de políticas, y actividades dedicadas a asistencia técnica y capacitación, los esfuerzos de la UNCTAD para llegar al consenso pueden contribuir a hacer que las reglas de inversión trabajen en pos del desarrollo sostenible, tal como se demostró en el Foro Mundial de Inversión 2010. Las acciones de seguimiento marcarán el camino hacia el tercer WIF de la UNCTAD, que está programado a realizarse en conjunto con la XIII Conferencia Intergubernamental de la UNCTAD en abril de 2012 en Doha, Qatar.

Autor

James X. Zhan, Director, Investment and Enterprise Division (DIAE), UNCTAD. Para mayor información sobre el Foro Mundial de Inversión 2010 consulte: <http://www.unctad-worldinvestmentforum.org/>. Para preguntas específicas sobre el WIF o el trabajo de la UNCTAD sobre inversión y empresas, incluyendo los acuerdos de inversión internacional (AIs), favor de contactarse con: Elisabeth.Tuerk@unctad.org.

Notas

¹ El primer WIF de la UNCTAD fue celebrado en conjunto con la conferencia intergubernamental cuatrienal de la UNCTAD, UNCTAD XIII, en Accra, Ghana. <http://www.unctad.org/templates/Page.asp?intItemID=4992&lang=1>.

² Véase Informe Mundial de Inversión 2010 de la UNCTAD "Investing in a Low-carbon Economy", (Nueva York y Ginebra: Naciones Unidas), Publicación de Naciones Unidas, Sales No. E.10.II.D.2. Disponible en: http://www.unctad.org/en/docs/wir2010_en.pdf.

³ Véase Monitoreo trimestral de Políticas de Inversión de la UNCTAD (en inglés, IPMs), que brinda información actualizada y específica a los países sobre las políticas de inversión nacional e internacional. Para obtener la versión más actualizada, véase UNCTAD (2010). Investment Policy Monitor, No. 3 (Octubre de 2010). Disponible en: http://www.unctad.org/en/docs/webdiaeia20105_en.pdf.

⁴ Cuarto Informe sobre las Medidas de Inversión del G20, "Fourth Report on G20 Investment Measures", UNCTAD y OCDE, 4 de noviembre de 2010. <http://www.unctad.org/templates/Page.asp?intItemID=5716&lang=1>.

⁵ UNCTAD (2010). Investor-State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration. Series on International Investment Policies for Development (Nueva York y Ginebra: Naciones Unidas), Publicación de Naciones Unidas, Sales No. E.10.II.D.11. Disponible en: http://www.unctad.org/en/docs/diaeia200911_en.pdf.

Noticias en Breve

Instituciones de la Unión Europea consideran la futura política de inversión internacional de la UE

El debate sobre la futura política de inversión internacional de la UE está levantando temperatura a medida que las instituciones de la UE intervienen en el mismo presentando sus recomendaciones.

Con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa el 1 de diciembre de 2009, la UE recibió competencia exclusiva sobre la inversión externa directa, mediante el cual se ha traspasado el poder de negociar tratados bilaterales de inversión con Estados no pertenecientes a la UE (a menudo referidos como 'TBI extra UE') de los estados miembro de la UE a la Unión misma.

Como resultado, tres instituciones europeas—la Comisión Europea, el Consejo Europeo y el Parlamento Europeo—han emprendido la delicada tarea de forjar un nuevo marco legal para la negociación de acuerdos de inversión internacional por la UE, así como un proceso de transición para más de 1.200 TBIs extra-UE existentes.

La Comisión Europea dio el puntapié inicial al debate con un borrador de Regulación en una Comunicación del 7 de julio de 2010. La Regulación daría a los estados miembro la autoridad temporal de conservar sus actuales TBIs con países no pertenecientes a la UE, e incluso de negociar nuevos. Sin embargo, la Comisión tendría mayores poderes para retirarles esa autoridad si encontrara que un TBI de un estado comprometiera la política de inversión de la UE.

El 9 de noviembre de 2010 el Parlamento Europeo celebró una audiencia en Bruselas para discutir la propuesta de la Comisión.

Una importante contribución al debate provino del Dr. Stephan Woolcock de la Escuela de Economía y Ciencias Políticas de Londres (London School of Economics and Political Science, LSE), quien presentó un estudio encargado por el Parlamento y elaborado por LSE y el Overseas Development Institute (ODI).¹

En el estudio se aborda tanto la futura política de la UE sobre la inversión externa directa así como también el borrador de la regulación sobre acuerdos de transición, y propone un menú de opciones con respecto a ambos temas. Un punto de mayor preocupación es la "extrema vaguedad" de las disposiciones contenidas en los actuales TBIs:

"Surge un problema, sin embargo, a partir de la extrema vaguedad de las disposiciones de TBI, la ausencia de toda jurisprudencia vinculante y congruente así como la falta de toda instancia central que pudiera garantizar una interpretación y aplicación uniforme del derecho. Esto significa que los estados miembro pueden tener que pagar grandes daños establecidos por los árbitros, quienes no deben lealtad a ninguna otra constitución o tratado constitucional que no sea el TBI en sí mismo".

Con respecto al acuerdo de transición, el estudio, por un lado, parece apoyar el borrador de la regulación de la Comisión como un "marco que tiene el mérito de garantizar que la Unión pueda asumir eficazmente su nueva competencia exclusiva y desarrollar coherentemente su futura política sobre inversión internacional". Al mismo tiempo, el estudio subrayó la necesidad de un equilibrio institucional.

El Consejo Europeo, que representa los intereses de los estados miembro de la UE, también ha presentado sus puntos de vista.² En un documento publicado el 25 de octubre, el Consejo destacó que la nueva política de inversión de la UE no debería afectar las protecciones establecidas en los actuales TBIs de los estados miembro—tales como las disposiciones de trato justo y equitativo, plena protección y seguridad, protección contra la expropiación y los mecanismos de solución de diferencias.

El Consejo también subraya que los TBIs existentes de los estados miembro deberían seguir en vigencia siempre y cuando no sean reemplazados por nuevos acuerdos de inversión de la UE.

Por el contrario, el relator del Comité sobre Comercio Internacional del Parlamento Europeo (INTA), el eurodiputado Sueco del Partido Verde, Carl Schlyter, ha elaborado un informe borrador recomendando que se introduzca una cláusula de terminación* para todos los TBIs extra UE. Bajo la propuesta de Schlyter, los estados miembro estarían autorizados a conservar sus TBIs por un máximo de 13 años.

Schlyter advierte que, "si no hay un cronograma, [el borrador de la Comisión Europea de] la Regulación permitiría la emergencia de regímenes de inversión paralelos y potencialmente incompatibles, agregando así ambigüedad legal. Si bien se necesita un período de transición suficientemente prolongado, una dualidad de duración indefinida en la política de inversión de la UE iría en contra de la eficaz implementación del Artículo 207 (1) del TFEU que establece claramente que la política de inversión corresponde a la competencia de la Unión".

Un segundo relator del INTA, Kader Arif, emitió un comentario sobre la Comunicación de la Comisión.³ Arif expresa cierta preocupación porque los arbitrajes de tratados de inversión puedan generar conflictos entre los intereses privados y las actividades regulatorias públicas, y apela a la celebración de acuerdos de "buena calidad" que tengan en cuenta cuestiones sociales y ambientales.

Arif también alega que el régimen de solución de diferencias debería incluir "una mayor transparencia en los casos atendidos por los tribunales y en las sentencias en sí mismas, la posibilidad de las partes de apelar, la obligación de agotar todos los remedios judiciales locales (bajo ciertas condiciones) antes de iniciar un arbitraje internacional, la posibilidad de utilizar escritos *amicus curiae* y la obligación de elegir un solo lugar de arbitraje para evitar la práctica de 'forum shopping'***".

Si bien la Comisión Europea ha dicho que no quiere crear un modelo de tratado de inversión de la UE, Arif advierte que esta flexibilidad no debería llevar a "elegir" entre los elementos que resume en su Documento de Trabajo.

La transparencia en el reglamento de arbitraje de la CNUDMI se debate en Viena

Un grupo de trabajo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) dirigió su atención al tema de la transparencia en el arbitraje entre inversor y estado durante una reunión en Viena, Austria celebrada del 4 al 8 de octubre de 2010.

El reglamento de arbitraje de la CNUDMI es el segundo reglamento más popular para establecer las reglas del arbitraje entre inversor y estado, detrás del Centro Internacional para la Solución de Diferencias relativas a Inversión del Banco Mundial.

La cuestión de si los arbitrajes de tratados de inversión conducidos bajo el reglamento de la CNUDMI deberían estar sujetos a una mayor transparencia fue analizada varios años atrás cuando el Grupo de Trabajo II comenzó las deliberaciones sobre la revisión del reglamento. Sin embargo, en una reunión celebrada en febrero de 2008, el Grupo de Trabajo decidió proceder con la revisión del reglamento en su forma 'genérica', antes de explorar el tema específico de la transparencia en arbitrajes entre inversor y estado.

Habiendo adoptado el reglamento genérico revisado de la CNUDMI en junio de 2010, la reunión de octubre de 2010 fue el primer lugar donde se discutió cómo debería abordarse la transparencia en el reglamento de la CNUDMI.

En este contexto, el tema de la transparencia abarca una variedad de prácticas, incluyendo el registro público de casos (por ejemplo, utilizando las listas de casos en línea), la publicación de documentos relativos al arbitraje y la provisión de reglas para la presentación de escritos (*amicus curiae*) por terceras partes.

La Secretaría de la CNUDMI informó que hubo un “acuerdo general” entre los gobiernos participantes con respecto a que la transparencia es conveniente en el arbitraje entre inversor y estado, pero las opiniones difieren sobre la mejor manera de alcanzar este objetivo.

Una principal diferencia se refiere a si las reglas de transparencia aplicables al arbitraje de inversión deberían convertirse en las reglas predeterminadas en el caso de que un tratado de inversión se refiera al reglamento de la CNUDMI. Por ejemplo, un anexo al reglamento genérico de la CNUDMI podría ser elaborado para ser aplicado al arbitraje entre inversor y estado, a menos que las partes de un tratado de inversión decidan explícitamente no regirse por el anexo. Esto garantizaría la máxima aplicación de las reglas de transparencia mientras se deja la opción de excluir a los Estados que deseen hacerlo. Pero algunos estados parecen preferir dejar las reglas predeterminadas como las reglas genéricas menos transparentes. Otro punto de contención es si las nuevas reglas deberían aplicarse a las diferencias iniciadas después de su adopción en base a tratados que entraron en vigor antes de su entrada en vigencia.

Los miembros del Grupo de Trabajo también debatieron qué tipo de información debería hacerse pública; por ejemplo, si se incluirían hechos básicos sobre el arbitraje (es decir, el nombre de las partes contendientes y el asunto de la diferencia), o todos los documentos presentados ante, y por, tribunales arbitrales en arbitrajes entre inversor y estado.

Como un próximo paso, se solicitó a la secretaria de la CNUDMI que elabore un análisis sobre la forma y sustancia de los temas de transparencia debatidos en la reunión, incluyendo disposiciones de muestra sobre transparencia.

Uruguay prepara su defensa contra Philip Morris

El gobierno de Uruguay se está preparando para una controvertida diferencia de inversión con la empresa tabacalera Philip Morris International (PMI), pese a informes de que el gobierno reduciría los requisitos de etiquetado de los cigarrillos que generaron el conflicto.

PMI alega que los requisitos de etiquetado y el reciente aumento de impuestos perjudicarían sus inversiones y afectarían a su marca comercial en violación del tratado bilateral de inversión entre Suiza y Uruguay. PMI tiene su sede internacional en Lausanne, Suiza.

La firma legal Foley Hoag anunció en un comunicado de prensa en octubre de 2010 que había sido contratada para defender a Uruguay.

Philip Morris también recurrió a la Corte Suprema de Uruguay, alegando que las medidas anti-tabaco del gobierno eran inconstitucionales. Pero el caso fue recientemente rechazado por la Corte Suprema. La decisión del 20 de noviembre de 2010 de la Corte establece que es “un deber esencial del estado... adoptar todas las medidas que considere necesarias para preservar la salud colectiva” de los ciudadanos.

Uruguay recibió un amplio apoyo internacional por sus esfuerzos de desalentar el tabaquismo: más de 170 países firmaron el acuerdo de la Organización Mundial de la Salud expresando gran preocupación por que la industria tabacalera pretenda socavar las políticas gubernamentales para controlar el consumo de tabaco.

El Congreso será consultado sobre la revisión del modelo de TBI de EUA

La administración Obama consultará al nuevo Congreso de EUA antes de terminar un nuevo modelo de tratado de inversión bilateral.

El año pasado Estados Unidos comenzó a revisar su modelo de TBI poniendo énfasis en tres temas: (a) disposiciones de solución de diferencias; (b) empresas de propiedad del estado; y (c) temas de servicios financieros. El modelo de TBI de EUA, al cual Estados Unidos se adhiere en sus negociaciones sobre tratados bilaterales de inversión y sobre los capítulos de inversión en los acuerdos de libre comercio, fue actualizado por última vez en 2004.

Como parte del proceso de revisión, se estableció un comité asesor del Departamento de Estado de EUA y la Oficina del Representante Comercial de Estados Unidos. Compuesto por aproximadamente 27 asesores, incluyendo a participantes de grupos laborales, organizaciones comerciales, académicos, grupos de políticas públicas y profesionales legales, el comité ofreció sus diferentes opiniones en septiembre de 2009.

De hecho, la administración Obama esperaba terminar un nuevo modelo para fines de 2009⁴.

“Hay un continuo debate con el Congreso sobre cómo sería un modelo de TBI, y no queremos comenzar a negociar internacionalmente antes de tener el apoyo del Congreso sobre al menos en el amplio marco de un modelo de TBI,” dijo el Subsecretario de Estado para Economía, Energía y Asuntos Agrícolas, Robert Hormats, tal como lo informó Inside US Trade⁵.

Inside US Trade informó también que la cuestión de incluir obligaciones relativas a derechos laborales y de protección ambiental es uno de los obstáculos para llegar a un acuerdo sobre un nuevo modelo.

Traducido al español por María Candela Conforti

Notas

1 The EU Approach to International Investment Policy after the Lisbon Treaty, European Commission Directorate-General for External Policies, Policy Department, 2010, <http://www.europarl.europa.eu/activities/committees/studies.do?language=EN>

2 Conclusions on a comprehensive European international investment policy, Consejo Europeo, 25 de octubre de 2010, http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/EN/foraff/117328.pdf
* N. del T.: “Sunset clause”: estatuto o regulación que deroga o revoca toda o parte de una ley después de un fecha específica.

3 Kader Arif, Working Document on the European Union's future investment policy, 18 de noviembre de 2010, <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+COMPARL+PE-452.839+01+DOC+PDF+V0//EN&language=EN>

** N. del T.: “forum shopping” se refiere a la práctica adoptada por algunos litigantes para llevar su caso ante tribunales que, según prevén, les serán más favorables que otros.

4 Advisory Committee on International Economic Policy Submits Report on Review of U.S. Model Bilateral Investment Treaty, Septiembre de 2009, <http://www.state.gov/r/pa/prs/ps/2009/sept/130097.htm>

5 “Hormats: Administration Consult With Congress On Model BIT”, Inside US Trade Vol. 28, No. 45, 19 de Noviembre de 2010.

Laudos y Decisiones

Georgia pierde en arbitraje de diferencia con inversores petroleros griegos e israelíes

Ioannis Kardassopoulos y Ron Fuchs c. la República de Georgia (Casos del CIADI Nos. ARB/05/18 y ARB/07/15)
Martin D. Brauch

En un laudo dictado por el CIADI que amplía la interpretación de la norma de trato justo y equitativo (fair and equitable treatment, FET), se otorgó a dos comerciantes de petróleo más de US\$45 millones cada uno por daños por la República de Georgia.

Los demandantes, Ioannis Kardassopoulos y Ron Fuchs, son co-propietarios de Traxem International, que en 1992 formó una empresa conjunta (llamada GTI) con la empresa de propiedad estatal Georgian Oil. Un año después, GTI obtuvo una concesión por 30 años para administrar el principal oleoducto de Georgia. Sin embargo, en 1996 Georgia puso fin a la concesión de GTI y traspasó algunos de los derechos anteriormente otorgados a GTI a un consorcio de empresas petroleras transnacionales.

Una comisión gubernamental establecida en 1996 consideró compensar a Kardassopoulos y Fuchs. Pero una nueva comisión gubernamental establecida en 2004 finalmente concluyó que los inversores no estaban facultados para recibir ninguna compensación.

En respuesta, en agosto de 2005 Kardassopoulos, un ciudadano griego, inició un arbitraje contra Georgia, alegando que este país violó las disposiciones sobre expropiación y FET del TBI entre Georgia y Grecia y del Tratado sobre la Carta de la Energía (Energy Charter Treaty, ECT). Un año y medio más tarde, Fuchs, ciudadano israelí, inició un procedimiento en base a los mismos hechos, pero solo por la infracción de la disposición FET en virtud del TBI entre Georgia e Israel.

El mismo tribunal arbitral adjudicó los dos casos conjuntamente. El tribunal confirmó su jurisdicción en torno a la demanda de expropiación presentada por Kardassopoulos bajo el ECT, y las demandas de ambos inversores con respecto a FET en virtud de los dos TBIs.

Georgia alegó que la reclamación de los inversionistas no debería ser atendida porque era extemporánea, ya que esperaron diez años para presentar su caso. Pero el tribunal desestimó este argumento en base a que la demora no era poco razonable o injustificada — los inversores pidieron compensación desde 1996 hasta 2004 y era razonable que pensarán que la recibirían.

Georgia también presentó tres alegatos de defensa contractual en virtud del Acuerdo de Asociación en Participación entre Traxem y Georgian Oil—por ser excesivamente injusto (unconscionability), por falsificación y por falta de desempeño. Estos tres argumentos también fueron rechazados, ya que el tribunal concluyó que Georgia no estaba en desventaja en las negociaciones, que los inversores no representaron erróneamente su experiencia y recursos financieros, y que los mismos ejecutaron sustancialmente el contrato hasta que Georgia los privó de sus derechos.

En su laudo del 3 de marzo de 2010, el tribunal concluyó que la inversión de Kardassopoulos fue ilegalmente expropiada en violación del ECT, porque Georgia ni brindó compensación “oportuna, adecuada y efectiva” ni condujo la expropiación conforme a un debido proceso legal. Refiriéndose al caso de ADC c. Hungría¹, el tribunal encontró que los inversores no habían tenido una “posibilidad razonable dentro de un período de tiempo razonable” para ser escuchados y reclamar sus derechos.

El tribunal luego se refirió a la reclamación de Fuchs sobre trato justo y equitativo, e interpretó esta norma ampliamente como una violación de las “expectativas razonables” del inversor. Pese a que el TBI entre Georgia e Israel entró en vigor después de los actos expropiatorios, el tribunal consideró que las garantías de compensación de Georgia después de la inversión generaron en Fuchs expectativas legítimas de que tendría la posibilidad de tener un proceso de compensación justo y equitativo.

Considerando el preámbulo del tratado, que establece su objeto y propósito como la promoción de “condiciones favorables para los inversores y las inversiones”, el tribunal interpretó la protección FET como de alto alcance, tanto en términos de tiempo como de contenido. El mismo señaló que:

“[E]l hecho de que las garantías específicas de compensación fueron otorgadas después de que la inversión fuera hecha, garantías que dieron lugar a una expectativa específica de compensación, no impide que el Sr. Fuchs tenga, a lo largo del término de su inversión, una expectativa legítima de que Georgia se condujera, con respecto a su inversión, de manera razonablemente justificable y que no violara manifiestamente los requisitos básicos de coherencia, transparencia, imparcialidad y no discriminación”. [La traducción nos pertenece].

En cuanto a los daños, el tribunal invocó la norma del derecho consuetudinario internacional ya que en el tratado no había disposiciones específicas sobre la suma correspondiente a la compensación por expropiación ilegal. Los abogados de Kardassopoulos alegaron que el carácter ilegal de la expropiación debería resultar en daños mayores a aquellos que deben pagarse en caso de que haya una expropiación legal. Específicamente, Kardassopoulos solicitó el pago de daños equivalente al valor de los derechos que tenía antes de la expropiación, más toda pérdida de ganancias, o el valor de sus derechos a la fecha en que el laudo fue dictado, cualquiera que fuera el más alto.

A diferencia de un reciente fallo de la Cámara Superior del Tribunal Europeo de Derechos Humanos² (en inglés, European Court of Human Rights), el tribunal del CIADI acordó con Kardassopoulos que los daños deberían ser calculados a la fecha del laudo arbitral, en lugar de basarse en la primera fecha de la expropiación. Sin embargo, al final, el tribunal consideró que Kardassopoulos probablemente hubiera vendido sus acciones en GTI en 1995, y por esta razón, determinó que no debería ser compensado por el valor ganado entre la fecha de expropiación y la del laudo. Por lo tanto, otorgó a Kardassopoulos US\$15,1 millones por daños, en base al valor justo de mercado de sus derechos al 10 de noviembre de 1995, unos pocos meses antes del acto final de la expropiación, para garantizar la restitución del valor del mercado de la inversión antes de todo acto expropiatorio.

El tribunal adoptó el mismo razonamiento en cuanto a la compensación por violación de la disposición FET. Concluyó que debido a que la violación de la disposición FET produjo la misma consecuencia que la expropiación ilegal —privando a los inversionistas de su inversión sin compensación— no había razón para hacer una diferencia entre el daño causado a los dos demandantes; por lo tanto Fuchs también fue otorgado US\$15,1 millones.

Finalmente, el tribunal aplicó un interés pre-laudo (entre 1996 y 2010), estableciendo la suma que Georgia debe a cada inversor en US\$45.125 millones. Además, Georgia fue condenado a pagar a los inversores aproximadamente US\$8 millones por los costos del arbitraje.

Pueden esperarse más acontecimientos post-laudo en este caso. El 16 de julio de 2010 la Secretaría del CIADI registró una solicitud de anulación, y el 11 de agosto de 2010 se constituyó un comité de anulación. Después de una solicitud presentada por los demandantes, el 18 de noviembre de 2010 el comité de anulación ordenó a Georgia otorgar una garantía financiera por US\$100 millones, como una condición para suspender el laudo durante el proceso de anulación.

La diferencia fue noticia en octubre cuando Fuchs fue detenido en Georgia. De acuerdo con los medios de Georgia, Fuchs y un colega fueron acusados de intentar sobornar al viceministro de finanzas para disuadir al gobierno de seguir con la solicitud de anulación.

El arresto de Fuchs y la decisión de ordenar la seguridad financiera no estuvieron conectados, subrayó el comité de anulación.

Notas: el Sr. L. Yves Fortier, C.C., O.Q., Q.C. (presidente), el Profesor Francisco Orrego Vicuña (designado por Kardassopoulos) y el Profesor Vaughan Lowe (designado por Georgia) conformaron el tribunal arbitral. Skadden, Arps, Slate, Meagher y Flom LLP (RU y EUA) representaron a Kardassopoulos y Fuchs. DLA Piper Gvinadze & Partners LLP (RU y EUA) representó a Georgia. El laudo del 3 de marzo de 2010 del caso Kardassopoulos c. Georgia está disponible en: <http://ita.law.uvic.ca/documents/KardassopoulosAward.pdf>.

Tribunal desestima reclamaciones contra Hungría en diferencia sobre centrales eléctricas bajo el ECT

AES Summit Generation Limited y AES-Tiza Erőmű Kft. c. la República de Hungría (Caso CIADI No. ARB/07/22)

Martin D. Brauch

Un tribunal del CIADI desestimó todas las reclamaciones presentadas por la empresa británica de energía AES contra Hungría en base a que Hungría actuó razonablemente cuando frenó las ganancias de la empresa del servicio público de electricidad.

La diferencia tiene su origen en la inversión de AES por US\$130 millones en Tisza II y otras centrales eléctricas húngaras en 1996, cuando Hungría estaba privatizando parte de su sector de energía.

Un Acuerdo para la Compra de Energía (Power Purchase Agreement, PPA) entre AES y Hungría estableció un sistema de precios a ser aplicado una vez que Hungría terminara de administrar los precios de la generación de energía.

Sin embargo, en respuesta a la indignación pública por las presuntas altas ganancias de las empresas de servicios públicos, Hungría promulgó decretos de precios en 2006 y 2007, por medio de los cuales se restauró el régimen administrativo para el establecimiento de precios.

La vuelta de este sistema de precios provocó una significativa pérdida de ganancias para AES, lo cual indujo a la empresa a buscar compensación a través de un arbitraje en el CIADI en virtud del Tratado sobre la Carta de la Energía (Energy Charter Treaty, ECT), un tratado multilateral de comercio e inversión que rige el sector energético. AES alegó que el PPA había creado expectativas legítimas de que el sistema de administración de precios no sería reintroducido.

Además, la empresa sostuvo que Hungría violó su deber de respetar sus obligaciones contractuales, de actuar en buena fe y de brindar estabilidad y previsibilidad. También reclamó que la reintroducción de los decretos fue arbitraria, no fue transparente, faltó un debido proceso y se realizó de manera discriminatoria.

AES fundó sus reclamos en disposiciones del ECT en torno al trato justo y equitativo, a medidas no razonables, protección y seguridad constante, y expropiación, entre otras disposiciones.

En su laudo del 23 de septiembre de 2010, el tribunal concluyó que Hungría estaba en su derecho de reintroducir un sistema de precios regulados. Es importante destacar que el PPA no contenía una "cláusula de estabilización" que hubiera limitado temporalmente el derecho soberano de Hungría a cambiar su legislación. Dado que Hungría no brindó ninguna garantía, AES no podría tener ninguna expectativa legítima, concluyó el tribunal.

Además, las acciones de Hungría fueron declaradas como un ejercicio de poder regulatorio válido y razonable en concordancia con sus objetivos racionales de políticas públicas. "Excesivas ganancias" de acuerdo con el tribunal, "bien pueden dar a los gobiernos razones legítimas para regular".

AES también sostuvo que la norma de constante protección y seguridad también incluía la obligación de garantizar protección y seguridad legal. Sin embargo el tribunal rechazó este alegato, explicando que la norma protege al inversor frente a regulaciones estatales en base a fundamentos racionales de políticas públicas, tales como los decretos de precios promulgados por Hungría. Finalmente, AES alegó que los decretos llegaban a ser una expropiación, facultando a la empresa a recibir compensación del gobierno húngaro. Al desestimar este alegato, el tribunal afirmó que no toda regulación estatal que tenga efectos negativos para un inversor extranjero llega a ser una expropiación. Los decretos de precios no privaron a AES de su propiedad o del control de su inversión, ni provocaron una devaluación sustancial de la inversión—de hecho, AES continuó teniendo ganancias significativas.

Al rechazar todas las reclamaciones, el tribunal determinó que cada parte debía asumir sus propios gastos y compartir igualmente las costas del tribunal y de la Secretaría del CIADI.

Notas: el Sr. Claus von Wobeser (presidente), J. William Rowley QC (designado por AES) y la Profesora Brigitte Stern (designada por Hungría) conformaron el tribunal arbitral. Allen & Overy (Londres) y Polgár & Beb k Law Office (Budapest) representaron a AES. Arnold & Porter (Washington y Bruselas) y el Estudio Jurídico del Dr. János Katona (Budapest) representaron a Hungría. El laudo arbitral completo está disponible en <http://ita.uvic.ca/documents/AESvHungaryAward.pdf>.

Gobierno ucraniano en apuros por intervención en inversión hotelera

Alpha Projektholding GmbH c. Ucrania (Caso CIADI No. ARB/07/16)

Martin D. Brauch

Un laudo del CIADI dictado el 8 de noviembre de 2010 ordenó a Ucrania pagar US\$5,25 millones por daños al inversor austriaco Alpha Projektholding en una diferencia por un frustrado acuerdo para la renovación de un hotel.

Comenzando en 1994, Alpha firmó varios acuerdos de actividad conjunta (joint-activity agreements, JAAs) con Hotel Dnipro, una empresa ucraniana de propiedad estatal en Kiev, para la reconstrucción de las instalaciones del hotel. Conforme a los acuerdos, Alpha sacaría un préstamo bancario para pagar a Pakova—la empresa que emprendería la renovación—y recibiría un pago mínimo mensual de Dnipro.

Sin embargo, las deterioradas finanzas de Dnipro la llevaron a renegociar uno de los JAAs en 2000, suspendiendo el pago mínimo mensual hasta el 2006 y prolongando el término del acuerdo.

Finalmente, la difícil situación financiera del hotel llevaron al gobierno ucraniano a transferir la autoridad para manejar Dnipro de la Administración Estatal de Turismo a la Administración de Asuntos Estatales (State Administration of Affairs, SAA), la cual solicitó una auditoría oficial de las actividades financieras de Dnipro. La auditoría indicó que la inversión de Alpha en Dnipro y su implementación fueron ilegales conforme al derecho ucraniano, debido a la malversación de fondos y a la falta de cumplimiento de las normas de contabilidad.

Pese a que la nueva administración de Dnipro confirmó a Alpha que los JAAs seguían en vigencia, Alpha no recibió más pagos en virtud de ninguno de los JAAs desde julio de 2004.

Después de que consultas entre el gobierno austriaco y el ucraniano fueron interrumpidas, Alpha inició un arbitraje en el CIADI contra Ucrania conforme al Tratado Bilateral de Inversión entre Austria y Ucrania en 2007. Alpha reclamó que la cesación de pagos y otras acciones de Dnipro y del gobierno ucraniano ascendían a una violación de varias disposiciones de TBI, incluyendo aquellas relativas a expropiación, trato justo y equitativo y la cláusula general (umbrella clause).

Específicamente, el tribunal concluyó que Ucrania había ordenado a Dnipro que cese los pagos a Alpha y fue responsable de la continua falla de Dnipro de cumplir con sus obligaciones contractuales.

Con respecto a la demanda de expropiación, el tribunal consideró que ni Ucrania ni Dnipro expresaron su intención de resumir los pagos después que fueron terminados en 2004 o de pagar a Alpha su parte en los JAAs. A la luz de la evidencia presentada, el tribunal concluyó que Ucrania expropió los derechos de Alpha contenidos en los acuerdos, al privar a la inversión de su valor económico de manera sustancial y permanente.

Pese a que el tribunal acordó con Ucrania que Alpha no articuló precisamente qué expectativas legítimas fueron menoscabadas por Ucrania, concluyó que Alpha tenía una expectativa legítima de que Ucrania no interferiría con los JAAs. De acuerdo con el tribunal, Ucrania y el SAA frustraron esta expectativa al negar efectivamente los JAAs, violando, por lo tanto, la norma de trato justo y equitativo contenida en el TBI.

No obstante, el tribunal desestimó la demanda sobre la cláusula general presentada por Alpha—lo cual hubiera elevado una violación de contrato a una violación de TBI—sobre la base de que Alpha no celebró ningún contrato con Ucrania, sino con Dnipro, que no estaba actuando en capacidad de gobierno.

Un aspecto que vale la pena destacar del laudo es el trato por parte del tribunal de la definición de "inversión" conforme al Convenio del CIADI. Al concluir que Alpha había hecho una "inversión" conforme al significado contenido en el TBI, el tribunal remarcó que el Convenio del CIADI no define este término. Para determinar si Alpha tenía una "inversión según el CIADI," los árbitros consideraron el caso *Salini c. Marruecos* (2004), un punto de referencia frecuentemente utilizado en la jurisprudencia del CIADI para determinar la existencia de una "inversión".

En este caso, el tribunal expresó su disconformidad con la prueba *Salini*, en gran parte porque la prueba pretende evaluar la contribución de una inversión al desarrollo económico del país anfitrión. De acuerdo con el tribunal, este criterio tiene poco contenido independiente y permite a un tribunal cuestionar a posteriori la evaluación comercial, económica, financiera o política del inversor al realizar su inversión. Los árbitros alegaron que,

en la mayoría de los casos, cuando se concluye que existe una inversión según el TBI, también se cumple con la definición de "inversión" conforme al Convenio del CIADI:

[C]uando el Estado parte de un TBI acuerda proteger ciertos tipos de actividad económica, y cuando el TBI dispone que las diferencias entre inversionistas y Estados relativas a tales actividades pueden ser resueltas a través de arbitraje en el CIADI, es apropiado interpretar el TBI como que refleja el entendimiento del Estado de que la actividad constituye una "inversión" dentro del significado del Convenio del CIADI también. [...] Un tribunal debería tener razones muy fuertes para sostener que la definición mutuamente acordada por los Estados debería ser dejada de lado (párrafo 315). [La traducción nos pertenece]

Habiendo decidido que Alpha había hecho una "inversión según el CIADI" por implicancia de la definición de "inversión" en el TBI, el tribunal no obstante aplicó la prueba Salini, y concluyó que Alpha satisfizo sus cuatro criterios—duración suficiente, presunción de riesgo, contribución o compromiso financiero y contribución al desarrollo de Ucrania.

Notas: Hon. Davis R. Robinson (presidente), el Dr. Yoram Tubowicz (designado por Alpha Projektholding) y el Dr. Stanimir A. Alexandrov (designado por Ucrania) conformaron el tribunal arbitral. Specht Rechtsanwalt GmbH (Viena, Austria) y Sullivan & Worcester LLP (Boston, EUA) representaron a Alpha Projektholding. El Ministro de Justicia ucraniano, Grischenko & Partners (Kiev, Ucrania) y Proxen & Partners (Kiev, Ucrania) representaron a Ucrania. El laudo del 8 de noviembre de 2010 en el caso Alpha Projektholding c. Ucrania se encuentra disponible en: <http://ita.law.uvic.ca/documents/Alphav.UkraineAward.pdf>.

Se evalúan tratados de Inversión de la UE en diferencia sobre seguro médico *Eureko B.V. c. la República de Eslovaquia (Caso PCA No. 2008-13)* Martin D. Brauch

Un tribunal arbitral ha confirmado su jurisdicción en una diferencia de 100 millones entre la empresa holandesa Eureko B.V. y Eslovaquia. El laudo jurisdiccional del 26 de octubre de 2010 trata principalmente la relación entre el derecho de la Unión Europea (UE) y los TBIs firmados entre los estados miembro de la UE.

En respuesta al déficit acumulado por su sistema de salud pública universal, Eslovaquia liberalizó el sistema en 2004. En base a estas reformas, Eureko invirtió en Eslovaquia en 2006, ofreciendo seguro médico a través de una filial de su empresa. Sin embargo, el gobierno Social Democrático electo en 2006 modificó las reformas de 2004 de manera que, de acuerdo con Eureko, se revirtió sistemáticamente la liberalización llevada a cabo en 2004.

Alegando que las nuevas políticas no cumplían con el derecho de la UE, el 28 de febrero de 2008 Eureko presentó una reclamación ante la Comisión Europea. Posteriormente, en base a la reclamación, la Comisión inició un procedimiento por violación en contra de Eslovaquia, el cual está en curso.

Eureko también inició un arbitraje bajo la CNUDMI contra Eslovaquia el 1 de octubre de 2008. La empresa sostuvo que, al revertir las políticas de liberalización de 2004, Eslovaquia violó las disposiciones del TBI entre Holanda y Eslovaquia sobre expropiación, trato justo y equitativo, discriminación, plena protección y seguridad y la libre transferencia de ganancias y dividendos. Tanto el gobierno holandés como la Comisión Europea (CE) presentaron observaciones escritas, con la invitación del tribunal.

En particular, la Comisión caracterizó los TBIs intra-UE (TBIs entre los estados miembro de UE) como "anomalías dentro del mercado interno de la UE" que eventualmente deben terminar. La Comisión señaló que el tribunal, al estar obligado a aplicar el derecho de la UE, debería reconocer el principio de la supremacía del derecho de la UE y negarse a aplicar toda disposición de TBI incompatible, incluyendo la cláusula de arbitraje. Finalmente, sugirió que el tribunal suspendiera el arbitraje pendiente al procedimiento por violación.

De acuerdo con Eslovaquia, en virtud del derecho internacional, el derecho de la UE, al derecho Eslovaco y al Derecho Alemán (aplicable porque el arbitraje se llevó a cabo en este país), el acceso del país al Tratado de la CE el 1 de mayo de 2004 terminó el TBI entre Holanda y Eslovaquia o tornó su cláusula de arbitraje inaplicable, dejando al tribunal arbitral sin jurisdicción sobre la diferencia.

En apoyo a su primer argumento, Eslovaquia planteó que el TBI entre Holanda y Eslovaquia fue terminado por medio del Artículo 59 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Vienna Convention on the Law of Treaties, VCLT), que atañe la abrogación de tratados que tratan el mismo asunto.

El tribunal rechazó este argumento por tres razones. Primero, la abrogación de tratados bajo la VCLT generalmente tiene que estar invocada en el tratado, lo cual no sucedió en el caso del TBI en cuestión. Segundo, el Tratado de la CE no puede ser considerado como un tratado consecutivo que trata el mismo asunto que el TBI. El tribunal no encontró ninguna intención de que el Tratado de la CE abrogara el TBI, ni una incompatibilidad que evitara la aplicación simultánea de ambos tratados. Tercero, el derecho del inversor de llevar al Estado anfitrión ante un tribunal arbitral internacional (conforme al TBI) no podría ser equiparado con el derecho a iniciar juicio en su contra ante su poder judicial interno (bajo el derecho de la UE).

Los árbitros también negaron la argumentación de Eslovaquia de que las disposiciones del TBI en cuanto al trato justo y equitativo, expropiación y plena protección y seguridad estaban cubiertas por las disposiciones del derecho de la UE sobre libertad de establecimiento y la prohibición de discriminación. A la inversa, el tribunal sostuvo que hay derechos bajo el TBI que no están cubiertos por, ni son incompatibles con, el derecho de la UE. También señaló que las protecciones más amplias otorgadas por el TBI, pese a que discutiblemente violen las prohibiciones sobre discriminación entre los Estados Miembro de la UE bajo el derecho de la UE, no eran una razón para denegar los derechos de Eureko bajo el TBI.

En su segundo argumento, Eslovaquia sostuvo que, de acuerdo con el Artículo 30 de la VCLT, la cláusula de arbitraje en el TBI no era aplicable, ya que el Tratado de la CE fue un tratado consecutivo con disposiciones que eran incompatibles con esta cláusula. Sin embargo, el tribunal no encontró ninguna incompatibilidad. Particularmente, estableció que el derecho de la UE no prohíbe el arbitraje entre inversionista y Estado, y que Eslovaquia podría observar sus obligaciones de TBI sin violar el derecho de la UE.

El tercer argumento de Eslovaquia fue que, conforme al derecho de la UE considerado como parte del derecho de Eslovaquia, la cláusula de arbitraje en el TBI era inválida porque era incompatible con el Tratado de la CE, y con los principios de autonomía y supremacía del derecho de la UE. Eslovaquia además sostuvo que el TBI era reemplazado por el derecho de la UE, el cual tenía efecto directo, y prevalecía tanto sobre los tratados internacionales y el derecho nacional, y solo podría ser interpretado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (ECJ). El tribunal no aceptó este argumento, concluyendo que estaba obligado a aplicar el derecho de la UE, como parte del derecho aplicable—rechazando efectivamente la reclamación de que el ECJ tiene el "monopolio interpretativo" sobre el derecho de la UE.

El argumento final presentado por Eslovaquia fue que la diferencia no era arbitrable bajo el derecho alemán porque estaba fuera de la jurisdicción del tribunal en virtud del derecho de la UE, que a su vez es parte del derecho alemán. Sin embargo, habiendo encontrado que el derecho de la UE no privaba al tribunal de jurisdicción, los árbitros desestimaron esta argumentación final.

Por lo tanto, rechazando cada uno de los cuatro argumentos presentados por Eslovaquia, el tribunal desestimó la objeción jurisdiccional del país. También decidió no suspender el arbitraje, por el momento, mientras el procedimiento por violación esté pendiente de resolución. Se esperan más novedades a medida que el tribunal proceda a considerar los méritos del caso. Si bien el tribunal reconoció que podría ser apelado a aplicar las doctrinas legales de la UE, subrayó que tiene jurisdicción para juzgar violaciones de TBI, pero no del derecho de la UE.

Notas: el Profesor Vaughan Lowe QC (presidente), el Profesor Albert Jan van den Berg (designado por Eureko) y el Sr. V.V. Veeder QC (designado por Eslovaquia) conforman el tribunal arbitral. De Brauw Blackstone Westbroek N.V. (Ámsterdam) representa a Eureko. El Ministerio de Finanzas eslovaco, Rowan Legal s.r.o. (Bratislava), KSD Stovík advokátska kancelária, s.r.o. (Bratislava) y Baker Botts LLP (Washington, DC) representan a Eslovaquia. El laudo sobre jurisdicción, arbitrabilidad, y suspensión del 26 de octubre de 2010 en el caso Eureko c. Slovakia se encuentra disponible en: <http://ita.law.uvic.ca/documents/EurekovSlovakRepublicAwardonJurisdiction.pdf>.

Traducido al español por María Candela Conforti

Notas

1 ADC c. Hungría, Caso del CIADI No. ARB/03/16, Laudo, 2 de octubre de 2006.

2 Guiso-Gallisay c. Italia (Solicitud No. 58858/00), Fallo de la Cámara Superior (Grand Chamber judgment) del 22 de diciembre de 2009; véase también fallo de la Cámara del 21 de octubre, 2008

Publicaciones Recientes

The EU Approach to International Investment Policy after the Lisbon Treaty (El Enfoque de la UE para las Políticas de Inversión Internacional Después del Tratado de Lisboa)

La Dirección General de la Comisión Europea para Políticas Externas, Departamento de Políticas, 2010

En este informe se brinda un análisis sobre los desafíos y las opciones que tiene la UE con respecto a la política de inversión internacional después del Tratado de Lisboa. En el informe se alega que la extensión de la competencia exclusiva de la UE para cubrir la inversión externa directa (IED) en el Tratado de Lisboa debería permitir a la UE celebrar tratados comprensivos de comercio e inversión, cuando en el pasado su cobertura con respecto a la inversión sólo era muy parcial. Esto, a su vez, debería fortalecer la capacidad de la UE para dar forma a las políticas de inversión internacional. La mayor influencia en la negociación de tratados comprensivos de comercio e inversión también debería permitir a la UE obtener un mejor acceso para los inversores de la UE a mercados clave. Una mayor competencia de la UE también significa que la Unión Europea será capaz de establecer disposiciones uniformes para los inversionistas a lo largo de la UE, a diferencia de la actual situación donde inversores de algunos estados miembro reciben una mejor protección en algunos mercados que inversores de otros estados miembro. Disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/activities/committees/studies.do?language=EN>

Una presentación del IISD en la audiencia del Parlamento Europeo sobre la Inversión Extranjera Directa

Nathalie Bernasconi-Osterwalder, IISD, noviembre de 2010

En esta presentación ante el Comité de Comercio Internacional del Parlamento Europeo realizada en Bruselas el 9 de noviembre de 2010, Nathalie Bernasconi-Osterwalder examina las actuales tendencias en el área de la protección de las inversiones y el arreglo de diferencias, y aborda los arbitrajes de tratados de inversión que Europa está enfrentando. Bernasconi-Osterwalder, quien maneja el Programa de Inversión del IISD, identifica algunos de los principales desafíos que se han hecho evidentes en el área de la protección de las inversiones y examina asuntos que han surgido en relación con las reglas sustantivas contenidas en los tratados de inversión y en el mecanismo de arreglo de diferencias entre inversionista y estado. A partir de la experiencia de países tales como EUA y Canadá, resume las diferentes maneras de abordar algunos de los principales problemas en el contexto europeo.

Disponible en: <http://www.iisd.org/publications/pub.aspx?pno=1365>

Sustainable Development in World Investment Law (El Desarrollo Sostenible en la Ley Inversiones en el Mundo)

Editado por Markus W. Gehring, Marie-Claire Cordonier Segger y Andrew Newcombe, Kluwer Law International, noviembre 2010

Este libro presenta contribuciones de una variedad de expertos sobre recientes avances en las negociaciones y jurisprudencia relativas al derecho de inversión desde una perspectiva legal del desarrollo sostenible. Se ofrecen respuestas a preguntas relevantes en torno a los avances del derecho de inversión, incluyendo la negociación de numerosos tratados bilaterales y regionales así como el

creciente número de diferencias resueltas en el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) del Banco Mundial, desde diferentes perspectivas de países desarrollados y en vías de desarrollo. El libro presenta directivas futuras para nuevas negociaciones de tratados y procedimientos para el arreglo de diferencias. También se enfoca en temas clave en torno a la legislación que rige la inversión, los cuales han surgido como prioridades en los tratados regionales y bilaterales de inversión, y los cuales han sido aclarados a través de recientes decisiones del CIADI y en laudos dictados por otros paneles arbitrales.

The Yearbook on International Investment Law & Policy 2009-2010 (Anuario de la Ley y Política de Inversiones Internacionales 2009-2010)

Karl Sauvant, Oxford University Press, octubre de 2010

Este libro monitorea los actuales avances en el derecho y las políticas de inversión internacional, con un foco en las tendencias de la IED, los tratados internacionales de inversión y las diferencias relativas a las inversiones. En el libro también se observan temas centrales de los debates contemporáneos sobre el derecho y las políticas de inversión internacional. Presentando contribuciones de expertos líderes en este campo, se procura brindar información autorizada y actualizada sobre la IED que puede ser utilizada por una amplia audiencia, incluyendo a profesionales, académicos, investigadores y creadores de políticas.

Investment Incentives and the Global Competition for Capital (Incentivos a la Inversión y el Concurso Mundial para el Capital)

Kenneth P. Thomas, Palgrave Macmillan, noviembre 2010

La batalla de los gobiernos nacionales, estatales y locales para atraer la inversión ha sido una mayor prioridad durante décadas. Por ejemplo, los gobiernos locales y estatales de EUA gastan casi US\$50 mil millones en incentivos de emplazamiento y más de US\$70 mil millones en subsidios totales por año. Los países en desarrollo a menudo pagan sumas aún mayores por las inversiones pese al hecho de que no pueden afrontar estos gastos. Utilizando estudios de caso de todo el mundo, y en todos los niveles de gobierno, Thomas demuestra que los incentivos de inversión rara vez son una buena política, especialmente en los países que carecen de educación e infraestructura. Por último, analiza la mirada de métodos para controlar los incentivos con un énfasis en las reglas comprensivas y ampliamente exitosas de ayuda estatal de la UE, ilustradas por un extenso estudio de caso de Irlanda.

**Eventos
 2011
 Mayo**

6

ITF PUBLIC CONFERENCE: IS THERE AN EVOLVING CUSTOMARY INTERNATIONAL LAW ON INVESTMENT? (CONFERENCIA PÚBLICA DE LA ITF: ¿HAY UNA EVOLUCIÓN DEL DERECHO CONSUECUDINARIO INTERNACIONAL DE LA INVERSIÓN?)

Londres, Reino Unido, <http://www.biicl.org/events/view/-/id/561/>



Publicado por el Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible

Los materiales del IISD, incluso las imágenes, no se pueden volver a publicar sin el permiso expreso y escrito del IISD. Para obtener un permiso, favor de comunicarse con info@iisd.ca e incluir una lista de la información que se desee volver a publicar o un enlace a la misma.

El IISD contribuye al desarrollo sostenible proponiendo recomendaciones de políticas sobre el comercio y la inversión internacionales, la política económica, el cambio climático y la energía, la medición y la evaluación y la administración de los recursos naturales así como el papel facilitador de las tecnologías de la comunicación en estas áreas. Informamos sobre negociaciones internacionales y diseminamos conocimientos obtenidos a través de proyectos colaborativos con socios globales, lo que tiene como consecuencia una investigación más rigurosa, la creación de capacidad en países en vías de desarrollo, mejores lazos entre el norte y el sur y mejores conexiones globales entre los investigadores, los profesionales, los ciudadanos y los responsables de la creación de políticas.

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

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

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