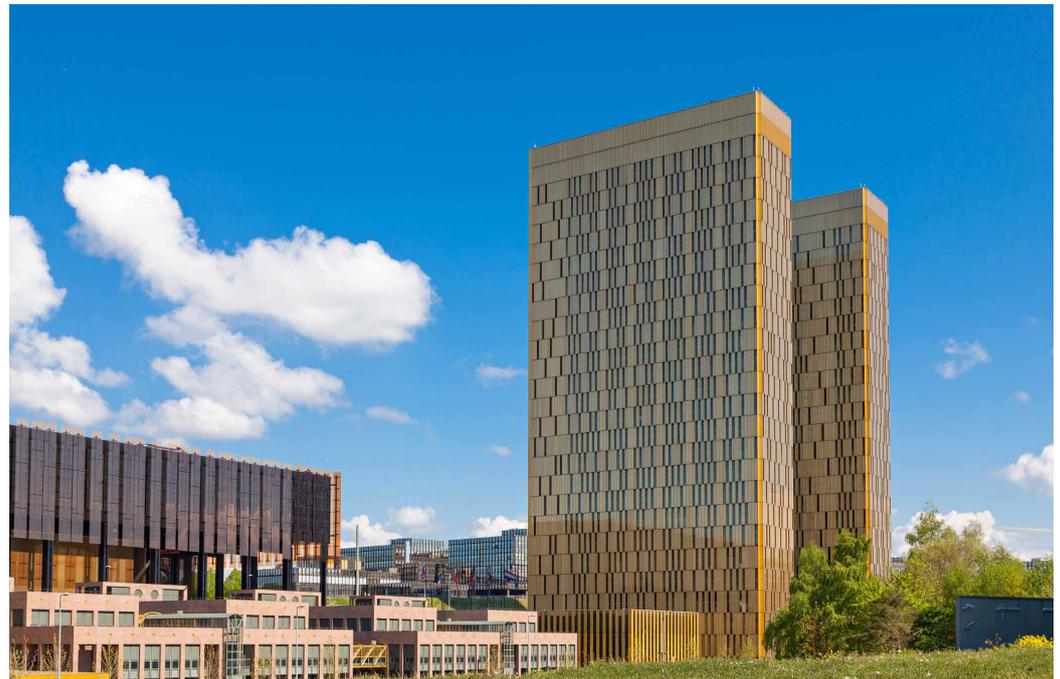




## Competencia para Celebrar Nueva Generación de TLCs de la UE: AG Sharpston sobre el Dictamen 2/15

Laurens Ankersmit



### ¿Pueden las Empresas Estatales Bolivianas Someterse a Arbitraje Internacional? Analizando el Complejo Marco Jurídico de Inversión Extranjera en Bolivia

José Carlos Bernal Rivera

### La Solución de Controversias Relativas a Inversión: Debate sobre Responsabilidad Democrática y el Interés Público

Lise Johnson y Brooke Skartvedt Guven

**También en esta edición:** Nuevos reglamentos de SIAC y CCE; Parlamento de la UE aprueba AECG; Trump retira a los Estados Unidos del TPP; UE y Canadá co-organizan debates sobre tribunal multilateral de inversiones; Académicos proponen reformas en la negociación de inversión de la UE; *Churchill Mining & Planet Mining vs. Indonesia*; *Renco vs. Perú*; *Pac Rim vs. El Salvador*; *Windstream Energy vs. Canadá*; *Allard vs. Barbados*

# contenido

- 3 Artículos**  
Competencia para Celebrar Nueva Generación de TLCs de la UE: AG Sharpston sobre el Dictamen 2/15  
*Laurens Ankersmit*
- 5** ¿Pueden las Empresas Estatales Bolivianas Someterse a Arbitraje Internacional? Analizando el Complejo Marco Jurídico de Inversión Extranjera en Bolivia  
*José Carlos Bernal Rivera*
- 7** La Solución de Controversias Relativas a Inversión: Debate sobre Responsabilidad Democrática y el Interés Público  
*Lise Johnson y Brooke Skartvedt Guven*
- 10 Noticias en Breve**  
Reglamento de Arbitraje del SIAC entra en vigor, nuevo reglamento de la CCE incluye apéndice sobre controversias de tratados de inversión; AECG aprobado por el Parlamento de la UE, aplicación provisional depende de la ratificación de Canadá; Trump retira a los Estados Unidos del TPP, pretende firmar tratados bilaterales, Unión Europea y Canadá co-organizan debates sobre un tribunal multilateral de inversiones; Después de las críticas al AECG, académicos proponen reformas en la negociación y políticas de comercio e inversión de la UE
- 11 Laudos y Decisiones**  
Tribunal del CIADI desestima demanda contra Indonesia por falsificación de licencias mineras  
*Inaê Siqueira de Oliveira*
- 12** Renco no cumplió con el requisito formal de renuncia bajo el Acuerdo de Promoción Comercial entre Estados Unidos y Perú  
*María Florencia Sarmiento*
- 13** *Pac Rim vs. El Salvador*: todas las demandas desestimadas; OceanaGold debe pagar US\$8 millones por gastos  
*Martin Dietrich Brauch*
- 15** Tribunal del TLCAN ordena a Canadá el pago de más de CAD28 millones a desarrollador de energía eólica estadounidense  
*Matthew Levine*
- 16** Tribunal de la CPA no admite demandas de expropiación y FET en relación con emprendimiento ecoturístico  
*Amr Arafa Hasaan*
- 18 Recursos y Eventos**

Investment Treaty News Quarterly es publicado por el Instituto Internacional para el Desarrollo Sustentable International Environment House 2, 9, Chemin de Balaxert, 5th Floor 1219, Chatelaine, Geneva, Switzerland

Tel +41 22 917-8748  
Fax +41 22 917-8054  
Email [itn@iisd.org](mailto:itn@iisd.org)

Directora del Grupo de Derecho y Políticas Económicas  
Nathalie Bernasconi

Gerente Principal de Comunicación  
Mira Oberman

Redactor  
Martin Dietrich Brauch

Redactora, edición en francés  
Suzy Nikiéma

Traductora, edición en francés  
Isabelle Guinebault

Redactora, edición en español  
Marina Ruete

Traductora, edición en español  
María Candela Conforti

Líder de Arquitectura Informática (web)  
Matt Rock

Design (PDF)  
PortoDG | [f](#) [t](#) /portodg

# Competencia para Celebrar Nueva Generación de TLCs de la UE: AG Sharpston sobre el Dictamen 2/15

## artículo 1

Laurens Ankersmit



A raíz de la entrada en vigencia del Tratado de Lisboa en 2009, que otorgó a la Unión Europea nuevas facultades en el campo de la inversión extranjera directa (IED)<sup>1</sup>, la Unión Europea comenzó a negociar una nueva generación de tratados de libre comercio (TLCs). Estos acuerdos —incluyendo el Acuerdo Económico y Comercial Global (AECG), con Canadá, y el Acuerdo de Asociación Transatlántica de Comercio e Inversión (ATCI), con los Estados Unidos— se están tornando cada vez más políticamente contenciosos. Más allá de la reducción de tarifas y la facilitación de la **hiperglobalización**, estos tratados han enfrentado gran criticismo de la sociedad civil, los sindicatos y académicos.

En particular, la cuestión jurídica de quién es competente para celebrar acuerdos como tales (la Unión Europea sola, o junto con sus Estados Miembros) ha recibido considerable atención pública. En noviembre de 2015, la Comisión Europea solicitó un Dictamen al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) (Dictamen 2/15) sobre la conclusión del TLC entre la Unión Europea y Singapur (TLCUES). La respuesta de la Abogada General (AG), Eleanor Sharpston, ha salido en los titulares de **varios periódicos europeos**. En este contexto, discutimos la distribución de poderes entre la Unión y los Estados Miembros en el campo de la inversión.

### 1. Antecedentes sobre las competencias de la UE y el Dictamen 2/15

La Unión Europea se rige por el principio básico de atribución, el cual determina que la Unión actúa dentro de los límites de las competencias que le atribuyen los Estados miembros en los Tratados para lograr los objetivos que éstos determinan; y que toda competencia no atribuida a la Unión en los Tratados corresponde a los Estados miembros<sup>2</sup>. Las competencias de la UE pueden ser subdivididas en competencias exclusivas<sup>3</sup>, compartidas con los Estados miembros de la UE<sup>4</sup>, y coordinación y apoyo<sup>5</sup>. La “política comercial común”, que incluye la IED, se encuentra detallada como una competencia exclusiva de la UE<sup>6</sup>. Sin embargo, las inversiones de cartera no lo son, y resulta jurídicamente cuestionable si la Unión Europea posee alguna competencia en este campo.

El principio de atribución también tiene consecuencias sobre la capacidad tanto de la Unión como de los Estados miembros para celebrar acuerdos internacionales. Por lo tanto, si un acuerdo internacional

cubre áreas sobre las cuales la Unión y los Estados miembros ejercen sus competencias respectivas, el acuerdo debe ser “mixto”, lo cual significa que tanto la Unión como los Estados miembros deberán ratificarlo conjuntamente. En relación con las competencias compartidas, la Unión y los Estados miembros deciden quien ejerce su competencia para celebrar esa parte del acuerdo; los Estados miembros de la UE a menudo insisten en ejercer sus competencias para garantizar que el acuerdo sea mixto. En la práctica, casi todos los acuerdos de la UE son mixtos.

En una Unión de 28 estados miembros, éste puede resultar un asunto intrincado y complejo. Quizás debido a estas potenciales complicaciones, la Comisión Europea solicitó un dictamen al TJUE sobre el alcance de las competencias de la UE en relación con el TLCUES previsto, preguntando si se trataba de un acuerdo de competencia exclusiva de la UE. La AG Sharpston expresó su opinión en un Dictamen (que confusamente lleva la misma denominación) que sirve como un consejo no obligatorio al TJEU, quien tomará la decisión final y obligatoria sobre este asunto.

### 2. El dictamen de la AG Sharpston sobre el Dictamen 2/15

**El Dictamen de la AG Sharpston sobre el Dictamen 2/15** no solo concierne las competencias de la UE en el campo de la inversión; sino que también cubre un razonamiento detallado sobre los aspectos específicos del TLCUES, tales como el servicio de transporte, la protección de las inversiones, la contratación pública, el desarrollo sostenible y la solución de controversias. En general, el Dictamen matizado de la AG es condescendiente con los argumentos de la Comisión sobre las competencias de la UE, pero finalmente rechaza la propuesta de la Comisión de que la UE tenga competencia exclusiva sobre todos los asuntos relacionados con la protección de las inversiones del TLCUES<sup>7</sup>.

Al interpretar la noción de IED del Artículo 207 del TFUE, la AG adoptó un enfoque contextual, utilizando el concepto de “inversión directa” de la jurisprudencia del TJUE donde se interpretan las disposiciones sobre el libre movimiento de capitales, así como las definiciones del Fondo Monetario Internacional (FMI), la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) y la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD). Asimismo, la IED sería entendida como una inversión extranjera “que sirve para establecer o mantener vínculos duraderos y directos, bajo la forma de una participación efectiva en el manejo y control de la empresa, entre la persona que proporciona la inversión y la empresa a la cual la inversión se hace disponible a fin de llevar a cabo una actividad económica”<sup>8</sup>. Consecuentemente, la AG sugirió un umbral de al menos el 10 por ciento de la competencia de votación como “orientación probatoria” de la participación efectiva en el manejo y control de la empresa. Además, concluyó que el término también cubre temas que regulan la fase de post-establecimiento de la inversión y no meramente el acceso al mercado de la IED.

Si bien esto coincidía con el argumento de la Comisión, la AG no concordó con su postura en relación con las inversiones de cartera y la competencia para terminar

tratados bilaterales de inversión (TBIs) anteriormente celebrados por los Estados miembros de la UE<sup>9</sup>. Particularmente con respecto a los TBIs de los Estados miembros, la AG no pudo identificar un apoyo suficiente en la UE y el derecho internacional para respaldar el argumento de que la Unión habría sucedido a los Estados miembros de la UE sobre la cuestión de terminar TBIs anteriores. Como resultado, terminar estos acuerdos recaería totalmente dentro de la competencia de los Estados miembros de la UE.

### 3. Comentarios sobre el dictamen de la AG Sharpston

En consideración de estos avances, se solicitará al TJEU que interprete el término “IED” por primera vez y que aclare si las competencias de la UE en el área de las inversiones de cartera (a diferencia de la IED) también recaen dentro de la (implícita) competencia exclusiva de la UE.

Si el TJUE coincide con el Dictamen de la AG, la competencia para celebrar acuerdos que cubren inversiones sería, a todos los efectos, compartida entre la Unión y los Estados miembros. Esto significaría que celebrar tratados de inversión con la Unión y sus Estados miembros no será fácil, y podría esperarse que la ratificación de dichos acuerdos lleve muchos años. El “antídoto” convencional a esta práctica de ratificación en la Unión Europea es el de aplicar provisionalmente aquellas áreas del acuerdo sobre la cual la Unión tiene competencia exclusiva.

“Si el TJUE coincide con el Dictamen de la AG, la competencia para celebrar acuerdos que cubren inversiones sería, a todos los efectos, compartida entre la Unión y los Estados miembros.”

Sin embargo, tal como puede observarse en el caso del AECG, esto podría resultar en la no aplicación provisional de los mecanismos de arbitraje contenidos en el acuerdo, y lo que no es menos importante, debido a la controversia que los rodea. Esto tiene una buena razón, dado que la aplicación provisional de los acuerdos a nivel de la UE no necesariamente resulta en la correcta supervisión democrática de los mismos. Aunque, para implementar la aplicación provisional, el Consejo de la UE generalmente espera el consentimiento del Parlamento Europeo a la decisión del Consejo para celebrar un acuerdo, el Parlamento no se encuentra formalmente involucrado en esta decisión<sup>10</sup>.

Todo esto podría provocar la consternación de los defensores de acuerdos tales como el AECG y el ATCI, quienes quisieran que se dé un cambio rotundo en el proceso de ratificación, pero uno podría preguntarse, en primer lugar, si presionar para la celebración de acuerdos tan controvertidos a nivel de la UE es políticamente conveniente para la Unión Europea. En todo caso, parece claro que el tema del carácter “mixto” de los acuerdos debería estar regido por el principio constitucional de atribución y no por la conveniencia política a los ojos de los defensores de tales tratados de comercio e inversión.

Finalmente, vale destacar los comentarios de la AG sobre la compatibilidad de la solución de controversias entre inversionista y Estado (ISDS) en el TLCUES con los tratados de la UE. Es probable que este asunto jurídico contencioso llegue al TJUE bajo la forma de una solicitud de un Dictamen por parte de Bélgica<sup>11</sup>. La Comisión no solicitó al Tribunal que resuelva esta cuestión y únicamente le preguntó quién era competente para celebrar el TLCUES. Podría sugerirse que la solicitud de la Comisión se basó en una conveniencia política, para ampliar sus competencias y evitar cualquier restricción jurídica que pudiera limitarla. Además, en reuniones públicas con Miembros del Parlamento Europeo, la Comisión incluso estaría afirmando que, si el TJUE no objeta la ISDS en el Dictamen 2/15, **podríamos asumir que considera el mecanismo compatible con los Tratados de la UE**<sup>12</sup>.

El dictamen de la AG Sharpston refuta este argumento. Señala que “no se solicitó al Tribunal que considerara, por ejemplo, la compatibilidad de un mecanismo de ISDS con los Tratados. [...] Mi análisis en el presente dictamen, por lo tanto, es sin perjuicio de estos temas (si hubiera alguno) ya que podrían afectar la compatibilidad material del TLCUES, incluyendo las disposiciones sobre el mecanismo de ISDS, con los Tratados”<sup>13</sup>.

Aun así, la opinión del TJUE en el Dictamen 2/15 podría tener implicancias en una futura solicitud de un Dictamen sobre la compatibilidad del Sistema Judicial de Inversión (SJI) en el AECG, en el TLC entre la UE y Vietnam o en cualquier otro TLC. Si el TJUE adoptara una visión más amplia que la de la AG sobre la competencia de la UE, esto podría facilitar la celebración de acuerdos tales como el AECG como de la “UE solamente”. Lo que, a su vez, complementaría la capacidad de los Estados miembros para solicitar un Dictamen, ya que un cambio en la ratificación garantizaría que **el TJUE ya no pudiera expresarse sobre este tema**<sup>14</sup>.

#### Autor

Laurens Ankersmit es abogado en ClientEarth, una organización jurídico-ambiental sin fines de lucro con sede en Londres, Bruselas y Varsovia.

#### Notas

- 1 Para un historial del esfuerzo durante décadas de la Comisión para extender la políticas de comercio de la UE para cubrir las inversiones, culminando en el Tratado de Lisboa, véase la excelente contribución de Basedow, R. (2016). A legal history of the EU's international investment policy. *The Journal of World Investment & Trade*, 17(5), 743–772.
- 2 Versiones Consolidadas del Tratado de la Unión Europea [en adelante TUE] y el Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea [en adelante TFUE] [2012] O.J. C326/01, TEU, art. 5, párrafos 1–2. Extraído de <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A12012E%2FTXT>.
- 3 TFUE, nota 2 *supra*, art. 3.
- 4 TFUE, nota 2 *supra*, art. 4.
- 5 TFUE, nota 2 *supra*, arts. 5–6.
- 6 TFUE, nota 2 *supra*, arts. 3(1)(e), 207.
- 7 Dictamen de la Abogado General Sharpston emitido el 21 de diciembre de 2016, Dictamen de procedimiento 2/15, iniciado después de una solicitud realizada por la Comisión Europea. Extraído de <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=186494&pageInIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=429984>.
- 8 *Id.*, párrafo 322. [La traducción de la cita pertenece a la traductora.]
- 9 Para un debate detallado, véase <http://europeanlawblog.eu/2017/01/10/the-power-to-conclude-the-eus-new-generation-of-ftas-ag-sharpston-in-opinion-215/>.
- 10 TFUE, nota 2 *supra*, arts. 218(5)–(6).
- 11 Ankersmit, L. (2016). Belgium requests an Opinion on Investment Court System in CETA. *Environmental Law Network International [ELNI] Review*, 2, 54–57. Extraído de [https://dial.uclouvain.be/downloader/downloader.php?pid=boreal:178426&datastream=PDF\\_01](https://dial.uclouvain.be/downloader/downloader.php?pid=boreal:178426&datastream=PDF_01).
- 12 Comité de la UE sobre Comercio Internacional (INTA), Reunión de Comité, 10 de noviembre de 2016, 09:05–12:40 a las 12:30:30. Extraído de <http://www.europarl.europa.eu/ep-live/es/committees/video?event=20161110-0900-COMMITTEE-INTA>.
- 13 Dictamen de la Abogado General, nota 7 *supra*, párrafo 85.
- 14 Véase Dictamen 3/94 [1995] ECR I-4577. Extraído de <http://curia.europa.eu/juris/show-Pdf.jsf?text=&docid=99635&doclang=ES>.

# ¿Pueden las Empresas Estatales Bolivianas Someterse a Arbitraje Internacional? Analizando el Complejo Marco Jurídico de Inversión Extranjera en Bolivia

## José Carlos Bernal Rivera

## artículo 2



Las nuevas políticas de Bolivia en torno a la inversión extranjera y el arbitraje no han pasado desapercibidas por ITN en el pasado<sup>1</sup>. Las leyes que rigen la promoción de las inversiones y el arbitraje son dos de los más notables productos del proceso de cambio iniciado por el gobierno boliviano al mando del Presidente Evo Morales desde el 2006. Estas dos leyes, junto con la Ley de la Empresa Pública, han sido rotuladas por el Procurador General de Bolivia como las “Nuevas Leyes de Inversión” de Bolivia<sup>2</sup>, y reflejan las políticas públicas de dicho país con respecto a la protección de las inversiones y la participación del sector privado en la economía.

Sin embargo, todavía es difícil brindar una respuesta clara y certera a una de las preguntas más importantes que estas leyes deberían responder: ¿pueden las empresas estatales bolivianas someterse a arbitraje internacional? Dependiendo del tipo de empresa estatal, de la transacción en cuestión y de la industria específica se pueden obtener diferentes respuestas. Para esto, debemos hacer una lectura detallada de las tres Nuevas Leyes de Inversión en su totalidad. No obstante, incluso combinando las tres leyes, la redacción de normas sobre este tema no está clara, y puede ser objeto de diferentes interpretaciones. En este artículo se intenta describir el actual escenario en Bolivia a este respecto.

### 1. ¿Por qué las empresas estatales son tan importantes para las políticas de inversión bolivianas?

La estructura de la economía boliviana ha sufrido muchos cambios bajo la presidencia de Morales. Antes del 2006, las principales empresas y servicios públicos de Bolivia eran “empresas mixtas”, con capital del Estado y de empresas privadas extranjeras, como resultado de las medidas de privatización y capitalización implementadas en la década de 1990 (Ley 1554 de 1994). Desde el 2006, el gobierno ha implementado una política para recuperar los recursos naturales, que llevó a una serie de nacionalizaciones y expropiaciones, y al surgimiento de muchas empresas estatales.

El nuevo papel del Estado en la economía boliviana es la razón por la cual las empresas estatales actualmente son tan importantes en las políticas de inversión. Estas empresas se han convertido en los protagonistas de las industrias más importantes de la economía boliviana. Como parte de esta nueva política, la Constitución boliviana fue reformada en 2009, y la recuperación de los recursos naturales fue uno

de los cambios más importantes de la nueva Constitución. El Artículo 309 establece que uno de los objetivos de las empresas de propiedad estatal es administrar los derechos de propiedad sobre los recursos naturales y control de la producción y la industrialización de dichos recursos. La Constitución solo menciona la palabra “arbitraje” una vez, y lo hace para disponer que las empresas extranjeras que realicen actividades en el sector hidrocarburífero no podrán invocar el arbitraje internacional (Art. 366).

Bajo la Constitución, el papel del Estado en la economía es “ejercer la dirección y el control de los sectores estratégicos de la economía” (Art. 316), tales como petróleo y gas, minería, electricidad y otros. El resultado de este cambio de políticas es que los inversores extranjeros no pueden acceder a las industrias estratégicas de la economía boliviana, a menos que la inversión sea canalizada a través o con la colaboración de empresas estatales.

Además, muchas empresas estatales más pequeñas han accedido a sectores no estratégicos de la economía y compiten en los mismos con el sector privado. Entre estas empresas se encuentran Papelbol (papel), Cartonbol (cartón), Lacteosbol (productos lácteos) y BOA (línea aérea). Se ha reportado que actualmente operan en Bolivia 63 empresas estatales, con diferentes grados de intervención estatal<sup>3</sup>.

### 2. ¿Qué establecen las Nuevas Leyes de Inversión para las empresas de propiedad estatal?

Considerando que la inversión extranjera en Bolivia está intrínsecamente conectada con la operación de las empresas estatales, la importancia de la pregunta a este respecto resulta más evidente ¿Qué normas se aplican a las empresas estatales? En particular, ¿pueden someterse las empresas estatales a arbitraje con empresas privadas que invierten en Bolivia? Una lectura detallada de la Ley de Conciliación y Arbitraje (Ley 708)<sup>4</sup>, la Ley de la Empresa Pública (Ley 466)<sup>5</sup> y la Ley de Promoción de Inversiones (Ley 516)<sup>6</sup> nos brindan algunas pistas, pero no respuestas definitivas.

#### a. Ley de la Empresa Pública y de Promoción de Inversiones

Estas dos leyes abordan el arbitraje indirectamente. La Ley de la Empresa Pública —la cual precede a la Ley de Arbitraje— simplemente dispone que las controversias entre los socios de empresas públicas (es decir, entre las empresas públicas y privadas) estarán sujetos a las normas específicas a ser establecidas en la nueva ley de arbitraje.

Sin embargo, también se desarrollan conceptos importantes. Hace una distinción entre tres tipos de empresas públicas: i) Empresa Estatal, cuyo capital pertenece en un 100 por ciento al Estado; ii) Empresa Estatal Mixta, cuyo capital pertenece en más del 70 por ciento al Estado; y iii) Empresa Mixta, que poseen más del 50 por ciento de capital del Estado (Ley 466, Art. 6).

La Ley de Promoción de Inversiones adopta un enfoque similar en cuanto a la solución de controversias. Ordena la publicación de una nueva ley de arbitraje, la cual “incluirá regulaciones específicas para la resolución de controversias en materia de inversiones” (Ley 516, Artículo Transitorio 3.I) y deberá enmarcarse en los “principios de equidad, veracidad, buena fe, confidencialidad, imparcialidad, neutralidad, legalidad, celeridad, economía

y aceptabilidad mutua” (Ley 516, Artículo Transitorio 3.II). En línea con este mandato, la ley de arbitraje promulgada posteriormente incluye una sección aparte donde se aborda la solución de controversias relativas a inversión y la ampliación de los principios jurídicos aplicables a esa sección específica.

Otra característica importante de la Ley de Promoción de Inversiones es que refuerza las disposiciones de la Constitución estableciendo que los inversionistas privados podrán desarrollar actividades económicas en sectores estratégicos, en sujeción a los derechos que el Estado otorgue para el efecto (Ley 516, Art. 6). También establece diferencias entre las inversiones bolivianas, Mixtas y Extranjeras. Estos términos también son utilizados en la Ley de Arbitraje promulgada posteriormente.

#### b. Ley de Arbitraje

Para llegar al núcleo de la pregunta, es necesario observar en detalle la Ley 708 de Conciliación y Arbitraje.

El punto de partida es la lista de materias excluidas del arbitraje (es decir, materias expresamente excluidas por ley de ser sometidas a conciliación y arbitraje). Entre estas, la ley excluye expresamente “la propiedad de los recursos naturales”, “los contratos administrativos, salvo lo dispuesto en la presente Ley” y las “cuestiones que afecten al orden público” (Ley 708, Art. 4).

Por lo tanto, los contratos administrativos no pueden ser sometidos a arbitraje, con algunas excepciones poco claras que no están expresamente mencionadas. Las empresas estatales pueden celebrar contratos administrativos, y también acuerdos comerciales, que, según este artículo, no serán alcanzados por esta restricción. Asimismo, la ambigüedad del término “orden público” brinda amplio espacio para el debate ¿Cualquier derecho de una empresa estatal sería considerado como no arbitrable, dado que afecta intereses públicos y, por ende, sería considerado como una “cuestión que afecta al orden público” según el significado de la Ley?

¿Cuáles son las excepciones que no están expresamente mencionadas? La Ley parece brindar dos respuestas posibles. Primero, establece que las entidades estatales o empresas públicas podrán iniciar arbitraje, en controversias que surjan de un contrato con empresas extranjeras sin domicilio legal en Bolivia (Ley 708, Art. 6). Segundo, las empresas públicas podrán incorporar en sus contratos administrativos cláusulas de solución de controversias, en tanto se produzca la migración al régimen legal de la Ley N° 466 de la Empresa Pública (Ley 708, Art. Transitorio 4).

Con respecto a estos dos puntos, es importante remarcar que el Artículo 6 podría contradecir la disposición constitucional que prohíbe otorgar a empresas extranjeras condiciones más beneficiosas que las establecidas para las compañías bolivianas (Constitución, Art. 320) ¿Por qué las empresas extranjeras pueden recurrir al arbitraje, mientras que esta opción no está disponible para las empresas bolivianas? Por otro lado, el Artículo Transitorio 4 también crea problemas de interpretación con respecto a la expresión “en tanto”, porque no resulta claro si el arbitraje está disponible para las empresas que ya han migrado a la Ley 466 o si únicamente está disponible para las empresas que aún no han acogido el nuevo régimen. Por último, la Ley de Arbitraje incluye toda una nueva

sección sobre “controversias con el Estado en inversiones” (Ley 708, Título IV, Capítulo II). En esta sección, la ley se basa en gran medida en las definiciones de las otras Nuevas Leyes de Inversión, estableciendo reglas diferentes para las Inversiones Bolivianas, por un lado, y para las Inversiones Mixtas y Extranjeras, por el otro. Sin embargo, en ambos casos, la ley dispone que el arbitraje debe ser nacional y tener como sede el territorio boliviano, que la ley boliviana será la ley de procedimiento aplicable al arbitraje (*lex arbitri*), dejando de lado la posibilidad de someter las controversias de inversión a una sede de arbitraje internacional.

Es lógico asumir que estas disposiciones de inversión son aplicables a todos los tipos de inversión realizadas en Bolivia, incluyendo la inversión externa directa. Sin embargo, como resultado de las disposiciones constitucionales explicadas anteriormente y de la gran presencia del Estado en tantas industrias de la economía boliviana, es probable que estas disposiciones tengan especial relevancia para las inversiones canalizadas a través de Empresas Mixtas o Empresas Estatales Mixtas.

### 3. Conclusiones

No es fácil sacar conclusiones sobre normas indefinidas. Creo que la mejor manera de resumir este artículo es desde la perspectiva del inversor extranjero. Si el inversor participa en un sector estratégico de la economía boliviana (por ejemplo, petróleo y gas), el arbitraje internacional con el Estado parece estar totalmente prohibido en las disposiciones constitucionales. Los contratos entre los inversores extranjeros y las empresas públicas con respecto a otras industrias pueden ser sometidos a arbitraje, solo si los contratos no son administrativos en esencia, o siempre y cuando la restricción de las materias “excluidas del arbitraje” pueda ser evitada con éxito aplicando una de las excepciones de la ley de arbitraje. Por otro lado, si una inversión extranjera se realiza a través de una empresa estatal, las controversias entre el inversor y el Estado como socios de la empresa pueden ser sometidas a arbitraje, pero siempre respetando las normas específicas aplicables a los diferentes tipos de inversión y de empresas públicas, en cuyo caso el arbitraje internacional está fuera de discusión. Jurisdicción clara y concluyente resultará de suma importancia para arrojar más luz sobre estas complejas reglas.

#### Autor

José Carlos Bernal Rivera es abogado boliviano. Posee un título LL.M. de la Facultad de Derecho de Harvard y está facultado para ejercer como abogado en Bolivia y en el Estado de Nueva York. Actualmente es socio *senior* de la firma Guevara & Gutiérrez en La Paz, Bolivia. Texto traducido al español por María Candela Conforti.

#### Notas

- 1 Brauch, M.D. (2014, 11 de agosto). ¿Abriendo la puerta a la inversión extranjera? Análisis sobre la nueva ley de promoción de inversiones de Bolivia. *Investment Treaty News*, 5(3), 9–12. Extraído de [http://www.iisd.org/sites/default/files/publications/iisd\\_itn\\_august\\_2014\\_es.pdf](http://www.iisd.org/sites/default/files/publications/iisd_itn_august_2014_es.pdf); Menacho Diederich, P. (2015, 26 de noviembre). Ley de conciliación y arbitraje: Tiempos de cambio en la protección de las inversiones en Bolivia. *Investment Treaty News*, 6(4), 6–7. Extraído de <https://www.iisd.org/sites/default/files/publications/iisd-itn-november-2015-espanol.pdf>.
- 2 Procuraduría General del Estado. (2015, agosto). *Procurador destaca tres leyes que garantizan la inversión privada*. Extraído de <http://www.procuraduria.gob.bo/index.php/en/design-and-features/noticias/275-procurador-destaca-tres-leyes-que-garantizan-la-inversion-privada>.
- 3 EJV (2015, 30 de abril). *En Bolivia hay 63 empresas estatales; Gobierno advierte con cerrar las que no dan ingresos*. Extraído de <http://eju.tv/2015/04/en-bolivia-hay-63-empresas-estatales-gobierno-advierte-con-cerrar-las-que-no-dan-ingresos>.
- 4 Estado Plurinacional de Bolivia. (2013, 27 de diciembre). *Ley 708: Ley de conciliación y arbitraje*. Extraído de: <http://www.lexivox.org/norms/BO-L-N708.xhtml>.
- 5 Estado Plurinacional de Bolivia. (2013, 27 de diciembre). *Ley 466: Ley de la empresa pública*. Extraído de: <http://www.lexivox.org/norms/BO-L-N466.xhtml>.
- 6 Estado Plurinacional de Bolivia. (2014, 4 de abril). *Ley 516: Ley de promoción de inversiones*. Extraído de: <http://www.lexivox.org/norms/BO-L-N516.xhtml>.

# La Solución de Controversias Relativas a Inversión: Debate sobre Responsabilidad Democrática y el Interés Público

## artículo 3

Lise Johnson y Brooke Skartvedt Guven



Un gran porcentaje de demandas relativas a la solución de controversias entre inversionista y Estado (ISDS, por sus siglas en inglés) supuestamente son resueltas entre las partes antes de que se dicte un laudo. Según **una fuente**, el 26 por ciento de las controversias relativas a inversión presentadas desde el 31 de diciembre de 2015 (444 casos) fueron acordadas<sup>1</sup>. Se trata de un número que casi seguro está subestimado: no abarca la solución de controversias que no son de público conocimiento, y no refleja los acuerdos negociados antes de la presentación de una demanda ISDS.

Los acuerdos pueden ser considerados como resultados positivos, ya que ahorra tiempo a las partes y los gastos del arbitraje. Sin embargo, en el contexto de las controversias que involucran a gobiernos, la solución surge como una amenaza para los **principios de buena gobernanza**, incluyendo la responsabilidad del gobierno, respeto por el estado de derecho, la transparencia y el respeto por los derechos e intereses del ciudadano bajo el derecho interno y las normas internacionales de derechos humanos<sup>2</sup>. Cuando un acuerdo de solución también incluye el acuerdo de una contrademanda, las amenazas se agudizan.

Hasta la fecha, pese a que el debate sobre los tratados de inversión y la reforma de la ISDS se ha intensificado y en algunas áreas se han efectuado cambios, los temas relativos a los acuerdos y contrademandas han recibido relativamente poca atención. No obstante, dada la frecuencia de los acuerdos y la aparente influencia que plantean las contrademandas y los asuntos de políticas, toda reforma de la agenda también debería cubrir estos temas. Después de destacar algunos de los aspectos conflictivos de la solución de demandas y contrademandas, en el presente artículo se sugieren algunos pasos posibles a seguir.

### 1. Acuerdos por gobiernos demandados: Implicancias para la buena gobernanza

En las controversias relativas a la ISDS, los Estados demandados a menudo son representados por determinadas agencias nacionales que, dependiendo del derecho interno y las instituciones nacionales, pueden ejercer el control único o predominante sobre la estrategia de litigio al decidir qué argumentos presentar

o evitar, así como si debería llegarse a un arreglo y en qué términos. Esto plantea problemas de distribución de poderes tanto dentro del gobierno como a nivel nacional.

Supongamos, por ejemplo, que la agencia a cargo de la controversia también es responsable de negociar tratados de inversión y de otros asuntos relativos a actividades económicas y políticas transfronterizas, y que la conducta impugnada por el inversor es la negación de una autorización a un proyecto por parte de funcionarios a cargo de asuntos ambientales. El organismo gubernamental que defiende el caso puede tener el poder de eximir al inversor de los requisitos medioambientales para acordar la controversia, independientemente de los asuntos legítimos planteados por los funcionarios ambientales.<sup>3</sup>

Asimismo, podría surgir una amplia gama de situaciones similares cuando la entidad a cargo de la solución adopta una postura contraria a las prerrogativas de otras agencias nacionales, la intención de la legislatura o los derechos de los gobiernos sub-nacionales.

Del mismo modo, la agencia podría menoscabar los derechos de los electores. Podría autorizar la ejecución de un proyecto minero que enfrenta gran resistencia de las comunidades locales; otorgar una **exención impositiva** agotando los fondos disponibles para servicios sociales; aprobar una tarifa eléctrica fuera del alcance de los consumidores; garantizar un acceso privilegiado al agua, la tierra u otros recursos naturales **por sobre demandas concurrentes**<sup>4</sup>; o incluir un número de compromisos de actuar o no actuar, o pagar o renunciar al pago de daños.

Tal como ha sido reconocido por cortes y comentaristas en el contexto del litigio interno, otorgar al gobierno un poder tan amplio como para determinar unilateralmente qué argumentos presentar y qué soluciones adoptar puede tener un impacto significativo —y negativo— **sobre los derechos e intereses de las partes no contendientes** en el litigio<sup>5</sup>. Tal como **remarcó un académico**, el “consentimiento del *Gobierno*” no es lo mismo que el “consentimiento del *gobernado*”<sup>6</sup>.

Destacando estos asuntos, la Cámara de Comercio de los Estados Unidos, una organización comercial, ha subrayado el problema de “demandar y acordar” que surge cuando una agencia gubernamental acuerda, en lugar de defender, un juicio entablado por una parte privada. Según afirma esta Cámara de Comercio, al celebrar este tipo de acuerdos, la agencia gubernamental se compromete a “soluciones legalmente vinculantes y aprobadas por la corte a puertas cerradas, sin la participación de otras partes afectadas o el público en general”, lo cual permite que las agencias pasen por alto las normas establecidas legislativamente que rigen el proceso de formulación de normas; frustrando la división de poderes y distorsionando las prioridades y obligaciones de la agencia en favor de los grupos privados externos<sup>7</sup>.

Estas preocupaciones son aún más válidas en el contexto de la ISDS.

## 2. Protección del interés público: Derecho Interno vs. Derecho Internacional

Existen varias normas y mecanismos en algunos contextos nacionales para la supervisión pública y judicial de los acuerdos de solución. Estos incluyen:

- Requisitos reglamentarios que rigen antes de la formulación de un acuerdo de solución, tales como normas que exigen al gobierno dar notificación al público y la oportunidad de presentar comentarios sobre los acuerdos propuestos<sup>5</sup>
- Normas que permiten u otorgan a las partes no contendientes el derecho a intervenir en controversias y presentar comentarios u objetar las soluciones<sup>8</sup>
- Requisitos para la aprobación judicial de determinados acuerdos propuestos<sup>9</sup>
- Doctrinas que impiden la ejecución de acuerdos de solución que violan la ley<sup>10</sup>.

Las disposiciones de ISDS y las reglas arbitrales, sin embargo, no brindan normas similares destinadas a proteger los derechos e intereses de las partes no contendientes, ni mecanismos para garantizar la supervisión pública de los acuerdos de solución propuestos.

En primer lugar, a excepción de un acuerdo firmado recientemente por la Unión Europea<sup>11</sup>, no existe un requisito en los tratados o en las reglas de arbitraje que exija expresamente que se haga público un acuerdo de solución pactado entre las partes contendientes que no haya sido sometido a un tribunal. Si el mismo es sometido al tribunal y registrado como una orden o laudo, el acuerdo podría salir a la luz, pero quizás demasiado tarde para presentar una respuesta al mismo. Un creciente número de tratados y el Reglamento sobre la Transparencia de la Comisión de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) exigen la transparencia en los laudos, así como en otros documentos relacionados con un arbitraje. Aun así, no hay reglas precisas en cuanto a la pertinencia temporal sobre tal divulgación, y no hay exigencia de que, incluso cuando un acuerdo haya sido sometido a un tribunal, el mismo deba ser hecho público *antes* de que sea sellado con la aprobación del tribunal.

Además, los tratados de inversión y las reglas arbitrales que los rigen no contienen disposiciones que permitan a las partes no contendientes unirse a un litigio en curso y opinar o impugnar una solución propuesta. Lo máximo que pueden hacer las partes no contendientes es intervenir como *amicus curiae*, sin garantía de que su opinión sea considerada. Y, aunque existan doctrinas tales como el principio *Monetary Gold* que puedan salvaguardar los derechos de las partes no contendientes exigiendo la desestimación de casos cuya resolución afectará sus intereses, los tribunales tienden a aplicar esta doctrina de manera muy reducida, si es que lo hacen. Esto resulta particularmente preocupante porque, tal como se concluyó en **un estudio reciente**, es más factible que se llegue a una solución cuando las partes privadas y estatales deseen ocultar los resultados procesales y sustantivos de otros actores interesados<sup>12</sup>.

Finalmente, dada la naturaleza de los casos de ISDS

en el derecho internacional, la agencia a cargo de la solución de controversias puede conseguir que se justifique, o quizás ordenar, que se priorice el derecho internacional por sobre el derecho interno, en la aplicación de cualquier solución de ISDS.

Aun cuando el acuerdo de solución sea claramente ilegal bajo el derecho del Estado demandado, podría resultar difícil para el Estado (o los electores de dicho Estado) evitar su ejecución. Supongamos que los actores interesados de un Estado logren impugnar la validez de un acuerdo de solución en los tribunales nacionales, si el gobierno posteriormente se rehusara a cumplir dicho acuerdo, el inversor podría alegar una violación de ISDS por parte del gobierno y ganarla, ya que los tribunales pueden hacer cumplir compromisos contractuales asumidos por los gobiernos aun cuando dichos compromisos sean de dudosa legalidad bajo el derecho interno pertinente<sup>13</sup>.

Un acuerdo de solución sería aún más inmune a ser impugnado si fuera celebrado como un laudo, a pesar de que podrían surgir cuestionamientos en cuanto a la ejecución de una reparación no pecuniaria. Según la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de Nueva York), el acuerdo podría ser potencialmente invalidado en la sede de arbitraje, o su ejecución podría ser denegada si fuera contraria al orden público del país. Sin embargo, estas opciones de recursos podrían no excluir su eventual ejecución<sup>14</sup>. Bajo el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (Convenio del CIADI), la posibilidad de objetar la ejecución es aún menor.

## 3. Temas de acuerdos como parte de contrademandas

Estas inquietudes acerca de la solución de controversias pueden agravarse cuando las obligaciones sustantivas que son el objeto de un acuerdo de solución también involucran contrademandas de gobiernos.

Muchas de estas preocupaciones están relacionadas con el tema general de si y qué demandas los gobiernos deben o deberían presentar y resolver: ¿Un Estado demandado puede resolver demandas relativas a los daños que un inversor causó a sus ciudadanos? De ser así, ¿la solución excluiría acciones futuras contra el inversor por parte de aquellos que resultaron damnificados? Si bien algunos tribunales han declarado que los inversores que no son parte de un acuerdo de solución no se encuentran afectados por sus términos, no está claro si la misma regla aplicaría cuando se evalúan los efectos de un acuerdo de solución de ISDS celebrado por el Estado, dado el poder discutible del Estado de representar (y potencialmente descartar demandas) a sus electores<sup>15</sup>.

¿Qué se necesita para impedir que un Estado utilice demandas por daños ambientales o de derechos humanos para marginar a las comunidades como piezas de negociación? ¿Existen mecanismos confiables para garantizar que las comunidades recibirán alguna suma recuperada del inversor? Similarmente, ¿existe alguna revisión que garantice que todo acuerdo de solución celebrado por el Estado sea adecuado considerando la conducta del inversor y el daño sufrido por terceras

partes? ¿Existe alguna regla para evitar la colusión entre el inversor y el Estado para disponer de determinadas demandas a un acuerdo de solución de ISDS?

Cuando un acuerdo de solución ISDS pretende incorrectamente limitar o tiene el efecto de limitar las demandas de partes no contendientes, ¿(cómo) afecta esto la validez y ejecución de dicho acuerdo?

¿Un acuerdo podría ser revocado por partes no contendientes del acuerdo en base a estos fundamentos? ¿Tendrían las partes no contendientes la capacidad de plantear una excepción de “orden público” a la ejecución? Similarmente, si el inversor, el Estado o ambos violaran las obligaciones establecidas en el acuerdo de solución beneficiando a las partes no contendientes, dichas partes podrían solicitar la ejecución del mismo?

No resulta fácil responder estas preguntas, y explorarlas en detalle queda fuera del ámbito de este artículo — así como las muchas preguntas que puedan surgir—. Aun así, resulta importante plantearlas para destacar la realidad de que las contrademandas podrían beneficiar al Estado que interviene en la solución de la controversia, pero podrían no beneficiar, y de hecho perjudicar, los derechos e intereses de las partes interesadas de dicho Estado. Los mecanismos procesales y sustantivos a nivel nacional e internacional son necesarios para evitar estos daños intra-nacionales.

#### 4. Propuestas relativas a la solución de controversias de inversión

Mientras la ISDS siga siendo parte de los tratados de inversión, los Estados pueden considerar adoptar medidas para identificar y abordar las amenazas a la buena gobernanza surgidas de las soluciones y contrademandas. Las opciones podrían incluir:

- A nivel interno, como un primer paso fundamental, los Estados podrían implementar normas y prácticas internas en relación con su capacidad para resolver controversias de ISDS. Estas leyes podrían establecer quién tiene la autoridad para resolver y qué proceso debe seguirse, requerir la transparencia adecuada y brindar la oportunidad para presentar comentarios sobre las soluciones propuestas. También podrían exigir que los acuerdos de solución especifiquen su nulidad o invalidez cuando no sean congruentes con el derecho interno y las normas aplicables de derecho internacional, incluyendo los derechos humanos, la protección ambiental y otras áreas.

- A nivel internacional:

- Los Estados podrían garantizar que los tratados y las reglas arbitrales exijan claramente la transparencia en los acuerdos de solución celebrados por el gobierno, incluyendo aquellos no registrados como laudos o mandatos.

- En los tratados se podría especificar que la validez de todo acuerdo de solución esté sujeto al cumplimiento de requisitos procesales y sustantivos del derecho interno, las normas internacionales de derechos humanos y otras áreas del derecho internacional, según corresponda.

- Independientemente de si este tipo de lenguaje se encuentra presente en el tratado, los árbitros no deberían celebrar acuerdos que sean ilegales bajo

el derecho interno (por ejemplo, la falta de autoridad para celebrar un acuerdo) como órdenes y laudos, y no debería permitirse a los inversores que invoquen obligaciones de trato justo y equitativo (FET, por sus siglas en inglés) o de expropiación para ejecutar acuerdos ilegítimos o para asegurarse la compensación por su violación.

- Los árbitros deberían abstenerse de celebrar acuerdos de solución como laudos si no cumplen con criterios apropiados, que incluyen la legalidad de la solución y que el mismo esté libre de colusión o corrupción, y que no pretenda la renuncia o afectación de los derechos de las partes no contendientes.

- Los Estados partes de la Convención de Nueva York podrían considerar acordar un instrumento interpretativo donde se aclare que la excepción del “orden público” implique la exclusión de la ejecución de acuerdos de solución que sean inválidos o donde haya un abuso de poder bajo el derecho del Estado receptor, así como el derecho de los derechos humanos u otras áreas del derecho internacional. Aquellos Estados que sean partes del Convenio del CIADI podrían aclarar que constituiría una “extralimitación manifiesta de poderes” que el tribunal pretenda o celebre un acuerdo de este tipo como un laudo.

#### Autores

Lise Johnson es Directora, de Derecho y Políticas de Inversión, del *Columbia Center on Sustainable Investment* (CCSI). Brooke Skartvedt Guven es Investigadora Jurídica, CCSI. Texto traducido al español por María Candela Conforti.

#### Notas

1 Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD). (2016, junio). Investor–state dispute settlement: Review of developments in 2015. *IIA Issues Note*, 2. Extraído de [http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2016d4\\_en.pdf](http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2016d4_en.pdf).

2 Véase Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos (UN OHCHR). *Good governance and human rights*. Extraído de <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Development/GoodGovernance/Pages/GoodGovernanceIndex.aspx>.

3 Véase, por ejemplo, *Vattenfall AB, Vattenfall Europe AG, Vattenfall Europe Generation AG vs. la República Federal de Alemania*, Caso del CIADI No. ARB/09/6, Laudo (11 de marzo de 2011) (acuerdo). Extraído de <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0890.pdf>.

4 Cordes, K. Y., Johnson, L., & Szoke-Burke, S. (2016, marzo). *Land deal dilemmas: Grievances, human rights, and investor protections*. Extraído de [http://ccsi.columbia.edu/files/2016/03/CCSI\\_Land-deal-dilemmas.pdf](http://ccsi.columbia.edu/files/2016/03/CCSI_Land-deal-dilemmas.pdf).

5 Véase, en general, Morley, M. T. (2014). Consent of the governed or consent of the government? The problems with consent decrees in government-defendant cases. *Journal of Constitutional Law*, 16(3), 637–696, pp. 647–649. Extraído de <http://scholarship.law.upenn.edu/jcl/vol16/iss3/2>. Véase también Johnson, L., & Sachs, L. (2015). *The TPP's investment chapter: Entrenching rather than reforming a flawed system*. Extraído de <http://ccsi.columbia.edu/2015/11/18/the-tpps-investment-chapter-entrenching-rather-than-reforming-a-flawed-system>.

6 Morley, nota 5 *supra*, p. 637 [la cursiva pertenece a la traductora].

7 Cámara de Comercio de los Estados Unidos. (Mayo, 2013). *Sue and settle: Regulating behind closed doors*, p. 3. Extraído de <https://www.uschamber.com/sites/default/files/documents/files/SUEANDSETTLEREPORT-Final.pdf>.

8 Por ejemplo, Normas Federales de Procedimiento Civil de los Estados Unidos, Normas 24(a) y 24(b), extraído de [https://www.law.cornell.edu/rules/frcp/rule\\_24](https://www.law.cornell.edu/rules/frcp/rule_24).

9 Por ejemplo, 42 U.S.C.S. § 9622, extraído de <https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/USCODE-2015-title42/html/USCODE-2015-title42-chap103-subchapl-sec9622.htm>; *Estados Unidos vs. Akzo Coatings of Am.*, 949 F.2d 1409, 1435 (6to Cir., 1991), extraído de <http://openjurist.org/949/f2d/1409/united-states-v-akzo-coatings-of-america-inc>; véase también Morley, nota 5 *supra*.

10 Morley, nota 5 *supra*, pp. 644, 683–688.

11 Tratado de Libre Comercio (TLC) entre la UE y Singapur, Mayo de 2015, anexo 9-E, art. 4(6). Extraído de <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=961>.

12 Hafner-Burton, E. M., Puig, S., & Victor, D. G. (2016, 27 de septiembre). Against international settlement? The social cost of secrecy in international adjudication. *Yale Journal of International Law*, 45 (en curso). Extraído de <https://ssrn.com/abstract=2720706>.

13 Véase *Railroad Development Corp. vs. Guatemala*, Caso del CIADI No. ARB/07/3, Laudo (29 de junio de 2012), párrafo 234; *Kardassopolulos vs. Georgia*, Decisión sobre jurisdicción (7 de julio de 2007), párrafos 182–184. Extraído de <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7443.pdf>.

14 Por ejemplo, *Belize Social Development. Ltd. v. Belize*, 794 F.3d. 99 (D.C. Cir., 2015), cert. denegada, 84 USLW 3361 (9 de enero de 2017).

15 Véase *Sempra Energy Int'l vs. Argentina*, Caso del CIADI No. ARB/02/16, Laudo (28 de septiembre de 2007), párrafo 227. Extraído de <http://www.italaw.com/documents/SempraAward.pdf>.

# noticias en breve

## Reglamento de Arbitraje del SIAC entra en vigor; nuevo reglamento de la CCE incluye apéndice sobre controversias de tratados de inversión

El 1 de enero de 2017, entró en vigencia el **Reglamento de Arbitraje** del Centro Internacional de Arbitraje de Singapur (SIAC, por sus siglas en inglés). Entre los puntos más notables se encuentran las disposiciones sobre la desestimación temprana de demandas y defensas, las presentaciones de partes no contendientes y la divulgación obligatoria de los acuerdos de financiamiento de terceras partes. El tribunal podría considerar estos aspectos al momento de asignar los costos.

El **Reglamento de Arbitraje de 2017 de la Cámara de Comercio de Estocolmo (CCE)** entró en vigor el mismo día. El Apéndice III contiene otras disposiciones aplicables al arbitraje entre inversionista y Estado en base a los tratados. Las terceras partes o partes no contendientes podrán solicitar, o el tribunal podrá invitarlos a que realicen una presentación por escrito. Además, ante la falta de acuerdo sobre el número de árbitros, los tribunales de inversión estarán conformados por tres árbitros por defecto.

## AECG aprobado por el Parlamento de la UE; aplicación provisional depende de la ratificación de Canadá

El 15 de febrero de 2017, el Parlamento Europeo aprobó el **Acuerdo Económico y Comercial Global (AECG)**, firmado por Canadá y la Unión Europea el 30 de octubre de 2016 después de siete años de negociación. El acuerdo fue aprobado por 408 Miembros del Parlamento Europeo y rechazado por 254, con 33 abstenciones.

**Tal como se informó en ITN**, esta aprobación prepara el terreno para su aplicación provisional, que se espera ocurrirá dentro de unos meses, una vez que Canadá también ratifique el acuerdo. Las disposiciones sobre la protección de las inversiones (incluyendo el Sistema de Tribunales de Inversiones [STI]), las inversiones de cartera y disposiciones similares del capítulo de servicios financieros únicamente entrarán en vigencia después de la ratificación nacional de cada uno de los Estados miembros de la UE, proceso que podría llevar varios años.

Después del voto, el Presidente de la Comisión Europea **Jean-Claude Juncker declaró**: “Este acuerdo progresivo ofrece una oportunidad para configurar juntos la globalización e influir en la elaboración de las normas del comercio mundial. Buen ejemplo de ello es que ya estamos trabajando con nuestros amigos canadiense para establecer normas multilaterales sobre cuestiones relacionadas con la inversión”.

## Trump retira a los Estados Unidos del TPP; pretende firmar tratados bilaterales

El 23 de enero de 2017, **cumpliendo con una promesa de campaña**, el Presidente de los Estados Unidos Donald Trump retiró formalmente a su país del Acuerdo Transpacífico de Asociación Económica (TPP, por sus siglas en inglés), **firmado en febrero de 2016**. La administración de Trump **indicó que, en cambio, pretende celebrar tratados bilaterales**.

En su campaña, el Presidente de los Estados Unidos también **prometió renegociar el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN)** con Canadá y México. En una reunión con el Primer Ministro canadiense, Justin Trudeau, el 13 de febrero, Trump señaló que **las relaciones comerciales entre Estados Unidos y Canadá meramente necesitan un “reajuste”**, mientras que las relaciones entre Estados Unidos y México implican grandes desafíos.

## Unión Europea y Canadá co-organizan debates sobre un tribunal multilateral de inversiones

El 13 y 14 de diciembre de 2016, la Comisión Europea y el Gobierno canadiense co-organizaron **debates exploratorios** para el establecimiento de un tribunal multilateral de inversiones. Los representantes del gobierno de diferentes países asistieron a la reunión

celebrada a puertas cerradas en Ginebra.

Al momento de firmar el AECG, **los dos anfitriones prometieron “trabajar expeditivamente”** para crear un tribunal permanente de inversiones, basándose en el mecanismo del **STI** (sistema judicial en materia de inversiones) contenido en el acuerdo. La **meta del nuevo tribunal** es reemplazar el actual régimen de arbitraje ad hoc entre inversionista y Estado así como también los mecanismos bilaterales de STI incluidos en los acuerdos de comercio e inversión de la UE. El mismo estará disponible para todos aquellos países interesados en resolver controversias en virtud de actuales y futuros tratados de inversión.

**Argentina, Brasil, India, Japón y otras naciones presuntamente rechazaron** la iniciativa, pero Canadá y la Unión Europea siguieron avanzando en el Foro Económico Mundial (WEF, por sus siglas en inglés), en Suiza. La Ministra de Comercio e Industria india **Nirmala Sitharaman declaró** que “rechazó inmediatamente” la idea de que el AECG, al contener un mecanismo de solución de controversias entre inversionista y Estado (ISDS), pudiera ser la plantilla para elaborar un acuerdo multilateral similar.

En la misma ocasión, la **Ministra Sitharaman también enfatizó** la postura de India en favor de exigir a los inversores el agotamiento de todos los remedios locales antes de recurrir a tribunales internacionales: “Únicamente después de haber agotado todas las opciones locales para resolver las controversias entre una empresa y un gobierno, permitiremos que los asuntos en cuestión sean presentados ante tribunales de arbitraje internacional”.

El 27 de febrero, la Comisión Europea celebró una **reunión de actores interesados** sobre la reforma multilateral de la solución de controversias relativas a inversión. También está realizando una **consulta pública** sobre las opciones de una reforma como tal, que cerrará el 15 de marzo.

## Después de las críticas al AECG, académicos proponen reformas en la negociación y políticas de comercio e inversión de la UE

El 5 de diciembre de 2016, la región belga de Wallonia publicó la **Declaración de Namur**, que propone un cambio en las negociaciones y políticas de comercio de la UE. El documento fue firmado inicialmente por 40 académicos de varios países, incluyendo a Paul Mignette, Ministro -Presidente de Wallonia. La región dio la noticia en octubre del 2016, cuando su parlamento **bloqueó temporalmente la aprobación del AECG** por parte del gobierno federal belga.

Basándose en las preocupaciones públicas expresadas en el contexto de las negociaciones del AECG, la declaración incluye tres propuestas bajo los siguientes tres principios: (1) respeto por los procedimientos democráticos, (2) cumplimiento con la legislación socio-económica, sanitaria y ambiental, y (3) garantizar el interés público en el mecanismo de solución de controversias.

En respuesta a la Declaración de Namur, más de 60 académicos europeos elogiaron el “único proceso de toma de decisiones que garantiza la legitimidad democrática en varios niveles (yendo más allá que cualquier otro país)” de la Unión Europea y denunciaron la amenaza asociada con los “intentos de renacionalizar las políticas de la UE”. Asimismo, emitieron la **Declaración Trading Together**, donde se desarrollan cinco propuestas para tornar la Unión Europea más democrática.

Entre las cinco propuestas se encuentran un aumento en la transparencia de todas las instituciones de la UE sobre sus objetivos en materia de políticas de comercio internacional, así como el acceso de “todos los actores involucrados privados (no únicamente los inversores extranjeros)” a mecanismos que garanticen el cumplimiento de los Estados con acuerdos internacionales, “incluyendo las obligaciones de sustentabilidad, protección ambiental, social y de salud”.

# laudos y decisiones

## **Tribunal del CIADI desestima demanda contra Indonesia por falsificación de licencias mineras *Churchill Mining PLC y Planet Mining Pty Ltd vs. la República de Indonesia, Caso del CIADI No. ARB/12/14 y Caso del CIADI No. ARB/12/40*** **Inaê Siqueira de Oliveira**

Luego de dictar dos decisiones separadas sobre jurisdicción —una en el caso entablado por la empresa británica Churchill Mining PLC en virtud del tratado bilateral de inversión (TBI) entre el Reino Unido e Indonesia, y otra en el caso de la empresa australiana Planet Mining Pty. Ltd. bajo el TBI entre Australia e Indonesia— el tribunal arbitral unificó ambos arbitrajes, dado que se encontraban basados en los mismos hechos, y emitió un único laudo.

La solicitud de ambas demandantes se fundó en la misma serie de documentos, que según la opinión de dicho tribunal habían sido falsificados. Por lo tanto, declaró todas las demandas inadmisibles, ordenando a las demandantes el pago de todos los costos del arbitraje y el reembolso del 75 por ciento de las costas legales de Indonesia.

### *Antecedentes de hecho y demanda*

Un grupo de siete empresas indonesias —el grupo Ridlatama— presentó el proyecto minero East Kutai Coal Project (EKCP) a las demandantes, para la exploración de un gran depósito de carbón en la provincia del Este de Kutai, Indonesia. Las demandantes invirtieron en EKCP al adquirir todas las acciones de PT Indonesian Coal Development (PT ICD), una compañía registrada en dicho país.

Posteriormente, algunas empresas del grupo Ridlatama obtuvieron licencias mineras (de manera fraudulenta, según concluyó posteriormente el tribunal) sobre extensas áreas del EKCP. Estas empresas tenían contratos de prenda de acciones y acuerdos de cooperación con PT ICD, quien planificaría, establecería y ejecutaría todas las operaciones mineras a cambio del 75 por ciento de las ganancias generadas.

Los conflictos comenzaron a partir del 2010. Las áreas de determinadas licencias otorgadas al grupo Ridlatama se superponían sustancialmente con aquellas otorgadas a otras empresas. Por recomendación del Ministerio Forestal de Indonesia, la provincia del Este de Kutai revocó todas las licencias pertenecientes a las empresas Ridlatama.

Este grupo inició un procedimiento contra Indonesia ante los tribunales de dicho país, mientras que las demandantes recurrieron al Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias relativas Inversiones (CIADI) en 2012, solicitando compensación plena por la expropiación de su inversión.

*Derecho aplicable — y el “deber de adoptar los principios establecidos en una serie de casos consistentes”*

Dado que los TBIs no detallaban las consecuencias jurídicas de la falsificación, el tribunal consideró apropiado aplicar, aparte de los TBIs, el derecho indonesio y el derecho internacional (párrafo 235). En cuanto a la pertinencia de decisiones anteriores, el tribunal explicó que, pese a que no se encontraba obligado a respetar decisiones previas, debía prestar “debida consideración” a las mismas porque tenía el “deber de adoptar los principios establecidos en una serie de casos consistentes” a fin de contribuir “al desarrollo armonioso del derecho internacional de las inversiones” (párrafo 253).

### *Esquema fraudulento para falsificar licencias mineras*

Indonesia objetó la autenticidad de 34 documentos. En esencia, la controversia se centró en la firma de los mismos. Los registros del gobierno mostraban que los funcionarios habitualmente firman a mano documentos importantes (tales como los relacionados con licencias mineras), mientras que todas las firmas de los documentos disputados habían sido producidas mecánicamente.

Además del asunto de las firmas, varias singularidades preocupantes en elementos secundarios también apuntaban a un esquema fraudulento para fabricar la documentación. Había más de una versión de otros documentos, que no contenían firmas o iniciales de funcionarios públicos, o que no se encontraban registrados en la base de datos del gobierno. Tampoco había rastro en papel del proceso de solicitud de las licencias, y diez días después de que el Gobernador del Este de Kutai revocara las licencias de las empresas Ridlatama se emitió un supuesto Decreto de Re-Promulgación a fin de declarar la validez de las licencias nuevamente. Estas singularidades no escaparon al tribunal arbitral: “¿Por qué un gobierno revocaría una licencia un día y la reinstauraría diez días después?” (párrafo 441). Habiendo considerado todo esto, el tribunal “concluyó que las inversiones de las demandantes en el EKCP estaban impregnadas de un esquema fraudulento” (párrafo 507).

En cuanto a si las demandantes habían sido parte de este esquema, el tribunal arbitral remarcó que los antecedentes apuntaban “a Ridlatama más que a las demandantes en relación con la falsificación de los documentos contenciosos” (párrafo 476).

### *Consecuencias jurídicas de la falsificación*

El tribunal recurrió al derecho internacional y a la jurisprudencia de casos de inversión para establecer las consecuencias jurídicas de la falsificación. Condujo una extensa revisión de dichos casos y concluyó que, dependiendo de las circunstancias de cada uno, el fraude podría afectar la jurisdicción del tribunal (tal como en *Phoenix vs. la República Checa*, *Inceysa vs. El Salvador* y *Europe Cement vs. Turquía*), o podría afectar la admisibilidad de la demanda (como en *Plama vs. Bulgaria*) o ser considerado en la etapa de los méritos (como en *Cementownia vs. Turquía*, *Malicorp vs. Egipto* y *Minotte vs. Polonia*).

Basándose en los casos *Venezuela Holdings vs. Venezuela*, *Phoenix vs. la República Checa*, *Europe Cement vs. Turquía* y *Hamester vs. Ghana*, el tribunal explicó que la conducta fraudulenta constituye un abuso de derechos (o, bajo algunas circunstancias, un abuso de proceso), que se contrapone al principio de buena fe, porque un inversor no puede beneficiarse de la protección de un tratado cuando su conducta subyacente es considerada impropia.

El tribunal arbitral prosiguió, observando que algunos casos particularmente graves de conducta fraudulenta, tales como *WDF vs. Kenia* y *Metal-Tech vs. Uzbekistán*, fueron declarados contrarios a las políticas públicas de orden internacional. Siguiendo esa línea de pensamiento, el tribunal explicó que “las demandas surgidas de derechos en base a fraude o falsificación que un demandante ignoró deliberada o irrazonablemente son inadmisibles en virtud de las políticas públicas de orden

internacional” (párrafo 508).

Habiendo establecido la gravedad del esquema fraudulento para adular las licencias mineras, el tribunal arbitral se avocó a la cuestión de si un delito cometido por una tercera parte (el grupo Ridlatama) podía afectar la demanda de los inversores. Para hacerlo, se basó en la prueba propuesta en el caso *Minnotte vs. Polonia* para evaluar si las demandantes sabían o deberían haber sabido sobre el delito cometido por el grupo Ridlatama.

Utilizando el estándar de omisión deliberada (también denominado “ignorancia deliberada”), el tribunal arbitral concluyó que las demandantes habían incurrido en una ausencia remarcable de diligencia. Según la opinión del mismo, tenía conocimiento sobre el riesgo de invertir en la industria minera de carbón en Indonesia, que tenía un “problema endémico” de corrupción y, aun así, no efectuó la debida diligencia y supervisión de los arreglos con el grupo Ridlatama.

En resumen, dado que el esquema fraudulento afectó la totalidad de la inversión de las demandantes, el tribunal consideró todas sus demandas inadmisibles.

#### Costos

El tribunal arbitral consideró apropiado adoptar el enfoque “los costos surgen después de los acontecimientos” y ordenó a las demandantes que asumieran todos los gastos. Dado que Indonesia había incurrido en muchas más costas y gastos legales (aprox. US\$12 millones) que las demandantes (US\$4 millones), el tribunal arbitral les ordenó el pago del 75 por ciento de los honorarios y gastos incurridos por Indonesia.

*Notas:* El tribunal estuvo compuesto por Gabrielle Kaufmann-Kohler (Presidente nominada por los co-árbitros, ciudadana suiza), Albert Jan van den Berg (designado por la demandante, nacional holandés) y Michael Hwang (nominado por la demandada, nacional de Singapur). El laudo del 6 de diciembre de 2016 está disponible en <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7893.pdf>. las Decisiones sobre Jurisdicción de los casos *Churchill Mining Plc vs. Indonesia* y *Planet Mining Pty Ltd vs. Indonesia*, ambos con fecha del 24 de febrero de 2014, están disponibles respectivamente en <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3103.pdf> y <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3104.pdf>.

#### **Renco no cumplió con el requisito formal de renuncia bajo el Acuerdo de Promoción Comercial entre Estados Unidos y Perú**

*Renco Group Inc. vs la República de Perú, UNCT/13/1 María Florencia Sarmiento*

Un tribunal arbitral conformado bajo el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) declaró que el inversor estadounidense Renco Group Inc. (Renco) no cumplió con el requisito de renuncia bajo el acuerdo de promoción comercial (APC) entre Estados Unidos y Perú. En esta línea, el tribunal no admitió su jurisdicción sobre este caso.

#### *Antecedentes*

El 4 de abril de 2011, la compañía minera estadounidense Renco inició un procedimiento de arbitraje en su nombre y

el de su empresa, Doe Run Peru S.R. LTDA (DRP). Renco alegó que Perú no cumplió con sus obligaciones asumidas bajo el APC de brindarle trato justo y equitativo (FET, por sus siglas en inglés) y trato nacional, así como algunas obligaciones contractuales. En una Notificación de Arbitraje Modificada con fecha del 9 de agosto de 2011, Renco retiró la demanda de su empresa mientras que siguió adelante con la demanda en su nombre.

El Artículo 10.18(2)(b) del APC abarca dos requisitos diferentes: uno *formal*, que requiere que la notificación de arbitraje esté acompañada de la renuncia por escrito del demandante de cualquier derecho a iniciar o continuar ante cualquier tribunal judicial o administrativo conforme a la ley de cualquier Parte, u otros procedimientos de solución de controversias, cualquier actuación respecto de cualquier medida que se alegue haber constituido una violación; y uno *material*, que requiere que el inversor se abstenga de iniciar o continuar un procedimiento local en violación de su renuncia por escrito.

El alcance del Laudo Parcial del 15 de julio de 2016 es la renuncia por escrito que acompaña la Notificación de Arbitraje Modificada de Renco. La renuncia establece que, “en la medida en que el Tribunal no admita la consideración de alguna reclamación formulada en la presente en base a la jurisdicción o admisibilidad, la demandante se reserva el derecho de interponer tales reclamaciones en otro foro para su solución en base al fondo del litigio” — “la reserva de derechos” — (párrafos 58–59).

Perú afirmó que Renco no cumplió con los requisitos formales y materiales del Artículo 10.18(2) del APC. Remarcó que con la “reserva de derechos” Renco se reservó el derecho de interponer las reclamaciones en otro foro y que, por ende, la renuncia de Renco no cumplía con el APC.

*El análisis del tribunal sobre el requisito de renuncia bajo el Artículo 10.18(2) del APC*

El tribunal comenzó su análisis interpretando las disposiciones pertinentes que involucran la demanda bajo la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que establece los procedimientos que un inversor debe seguir para presentar una controversia a arbitraje — los Artículos del APC sobre la “Sometimiento de una Reclamación a Arbitraje”, “Consentimiento de Cada una de las Partes al Arbitraje” y “Condiciones y Limitaciones al Consentimiento de las Partes” —.

El tribunal remarcó que su jurisdicción se fundó en la existencia de un acuerdo de arbitraje válido entre Renco y Perú, conformado cuando Renco aceptó la oferta de arbitraje de Perú para someter la reclamación a arbitraje de conformidad con los requisitos establecidos en el APC. Sin embargo, remarcó que el cumplimiento con el Artículo 10.18(2) era una condición y una limitación respecto del consentimiento de Perú para someterse a arbitraje, constituyendo un prerrequisito fundamental para la existencia de un acuerdo de arbitraje y, en consecuencia, para la jurisdicción del tribunal.

En cuanto a la validez de la renuncia y la reserva de derechos de Renco, el tribunal consideró que la redacción del Artículo 10.18(2)(b) demuestra que las renunciaciones calificadas de cualquier forma no están permitidas, y que esta interpretación es coherente con el objeto y el

propósito de dicho Artículo que consiste en proteger al Estado demandado para que no deba litigar en múltiples procedimientos. El tribunal también determinó que el artículo constituye una disposición “sin vuelta atrás” que resulta en que el inversionista no pueda iniciar, subsiguientemente, procedimientos en el foro local en caso de que se desestime la reclamación, ya sea por causales jurisdiccionales o de admisibilidad.

Por último, el tribunal analizó la consecuencia del incumplimiento de Renco con el Artículo 10.18(2)(b). Señaló que hubiera sido preferible que Perú alegara su objeción a la renuncia al inicio del procedimiento, dado que transcurrió mucho tiempo desde que comenzó el arbitraje y que las cuestiones planteadas se tornaron muy complejas ya que las consecuencias del incumplimiento del Artículo 10.18(2)(b) son muy serias.

*Tribunal no admite intento de Renco de subsanar la renuncia o dividir los derechos de reserva y rechaza argumento de Renco de que Perú abusó de sus derechos*

En su decisión, el tribunal también consideró (1) si sería posible subsanar la renuncia, (2) si el tribunal podría separar la reserva de derechos y (3) si los argumentos y la conducta de Perú en virtud de su objeción a la renuncia constituyen un abuso de derechos.

En cuanto a la posibilidad de subsanar la renuncia, Renco argumentó que su renuncia sólo presentaba un vicio en cuanto a la forma y que los tribunales podrían subsanar estos requisitos formales. Perú alegó que el tribunal no estaba facultado para hacerlo. La mayoría del tribunal concluyó que la presentación de una renuncia válida constituye una condición previa a la existencia inicial de un acuerdo de arbitraje válido y, por lo tanto, el tribunal carece de toda autoridad. No obstante, uno de los árbitros afirmó que Renco podría subsanar unilateralmente los vicios de su renuncia.

Con respecto al principio de divisibilidad, el tribunal concluyó que el mismo no puede aplicarse en este caso ya que nunca existió un acuerdo de arbitraje, y por lo tanto, el tribunal no tendría las facultades para separar la reserva de derechos.

Perú planteó por primera vez el tema de los vicios en la reserva en su Notificación de Objeciones Preliminares, presentada tres años después de la iniciación del procedimiento. Renco afirmó que las objeciones de Perú constituían un abuso de derechos, argumentando que el objetivo de la demandada no era asegurar el respeto debido de los derechos de renuncia sino evadir su deber de resolver mediante un arbitraje las reclamaciones de Renco en virtud del Tratado. El tribunal concluyó que Perú buscaba ejercer legítimamente su derecho a recibir una renuncia de acuerdo con el Artículo 10.18(2)(b). Sin embargo, destacó que podría plantearse un posible abuso de derechos si Perú argumentara en un futuro procedimiento que las reclamaciones de Renco han prescrito debido al período de tres años establecido en el Artículo 10.18(1).

#### *Decisiones y costos*

La mayoría concluyó que: Renco no cumplió con el requisito formal del Artículo 10.18(2)(b) al incluir la reserva de derechos en la renuncia junto con la Notificación de Arbitraje Modificada; que no puede

subsanar unilateralmente la renuncia viciada; y que no ha logrado satisfacer los requisitos para que Perú preste su consentimiento al arbitraje en virtud del Tratado. Consecuentemente, el tribunal desestimó las demandas por falta de jurisdicción.

En el Laudo Parcial sobre Jurisdicción, el tribunal se reservó la cuestión de costas para el posterior dictado del laudo. En el Laudo Final, el tribunal decidió apartarse de la presunción de que “la parte vencida paga” establecida en el Reglamento CNUDMI dado que (a) Perú sólo ha logrado un éxito relativo, en lugar de absoluto; (b) los temas planteados en la fase del arbitraje correspondiente a la renuncia fueron novedosos y complejos; y (c) Perú se demoró en oponer su objeción a la jurisdicción del Tribunal sobre la base del incumplimiento del Artículo 10.18(2)(b) del Tratado por parte de Renco. En conclusión, el tribunal le ordenó a cada Parte que sufrague sus propios costos jurídicos y de otro tipo ocasionados por el procedimiento arbitral y que cada Parte asuma la mitad de los costos del tribunal y de la autoridad administradora.

*Notas:* El tribunal arbitral estuvo compuesto por Michael J. Moser (Presidente designado por las partes, nacional austríaco), L. Yves Fortier (nominado por la demandante, ciudadano canadiense) y Toby T. Landau (designado por la demandada, nacional británico). El Laudo Parcial sobre Jurisdicción del 15 de julio de 2016 está disponible en inglés en <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7434.pdf> y en español en <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7435.pdf>, y el Laudo Final del 9 de noviembre de 2016 está disponible en inglés en [http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7744\\_1.pdf](http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7744_1.pdf) y en español en <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7745.pdf>.

#### ***Pac Rim vs. El Salvador: todas las demandas desestimadas; OceanaGold debe pagar US\$8 millones por gastos***

*Pac Rim Cayman LLC vs. la República de El Salvador, Caso del CIADI No. ARB/09/12*

#### **Martin Dietrich Brauch**

El 14 de octubre de 2016, un tribunal del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) desestimó todas las demandas presentadas por Pac Rim Cayman LLC (Pac Rim) contra El Salvador en base a los méritos. El tribunal ordenó a la empresa minera —actualmente de propiedad de la empresa australiano-canadiense OceanaGold— que pague US\$8 millones por las costas legales de El Salvador.

#### *Antecedentes de hecho*

Entre 2002 y 2008, dos subsidiarias de Pac Rim en El Salvador adquirieron varias licencias de exploración minera en dicho país. La principal actividad de Pac Rim se realizaba a través del proyecto El Dorado, en Cabañas, una de las regiones más pobres del país. Habiendo verificado que el área contenía una cantidad importante de reservas de oro de alto grado, en diciembre de 2004 la subsidiaria de Pac Rim, Pac Rim El Salvador (PRES), solicitó que sus licencias de exploración —que expirarían en enero de 2005— fueran convertidas en una concesión de explotación.

La solicitud no incluía determinados documentos exigidos

por la Ley de Minería de El Salvador, tales como permisos ambientales y el consentimiento de los propietarios de la superficie de terreno de la concesión solicitada.

A fines de 2005, las autoridades salvadoreñas propusieron una reforma a la Ley de Minería para limitar expresamente la documentación requerida al área afectada por la infraestructura de la mina; de ser aprobada la enmienda reduciría el número de documentos que PRES necesitaba obtener. A pesar de apoyar a PRES esperando que la reforma fuera aprobada, las autoridades también solicitaron formalmente que PRES presentara los documentos faltantes exigidos por la ley.

Sin embargo, PRES nunca los presentó, y en febrero de 2008, la legislatura de El Salvador rechazó la reforma. El 10 de marzo de 2008, el Presidente salvadoreño, Antonio Saca, declaró que en principio estaba otorgando nuevos permisos de explotación minera; un año después, señaló que Pac Rim no sería otorgada la concesión.

#### *Demandas y decisión sobre jurisdicción*

El 30 de abril de 2009, Pac Rim —en su propio nombre y de sus subsidiarias— inició un arbitraje contra El Salvador en virtud de la Ley de Inversiones del país y del Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos, Centroamérica y República Dominicana (CAFTA).

Solicitando un pago por daños de US\$314 millones, alegó que la denegación de la concesión a El Dorado dio como resultado una prohibición de explotación minera *de facto*, en violación a las obligaciones del país bajo el derecho salvadoreño y el derecho internacional. El Salvador argumentó que Pac Rim no estaba facultada para recibir una concesión de explotación, y que el Estado no violó ninguna obligación y, por lo tanto, no era responsable por daños.

En su decisión sobre jurisdicción del 1 de junio de 2012, el tribunal desestimó las demandas presentadas en virtud del CAFTA, pero confirmó su jurisdicción bajo la Ley de Inversiones de El Salvador.

#### *Tribunal omite presentación de CIEL como amicus curiae*

En una presentación de una parte no contendiente, el Centro para el Derecho Internacional Ambiental (CIEL) alegó que las medidas de El Salvador en torno a El Dorado se fundaban en sus obligaciones internacionales de derechos humanos y medio ambiente. Sin embargo, el tribunal consideró innecesario abordar la postura de CIEL, ya que las partes contendientes no consintieron dar a conocer a dicha organización el cuerpo de pruebas, y porque las decisiones del tribunal “no obligan al tribunal a considerar específicamente el supuesto planteado por CIEL; y, en las presentes circunstancias, no sería apropiado que el Tribunal así lo hiciera” (párrafo 3.30).

#### *Tribunal rechaza objeciones adicionales a la jurisdicción por El Salvador*

El Salvador alegó que las demandas fundadas en el derecho internacional y la Constitución de El Salvador caían fuera del alcance del consentimiento a arbitrar contenido en el Artículo 15 de la Ley de Inversiones. El tribunal desestimó la objeción. Remarcando que el derecho aplicable no estaba especificado en la Ley de Inversiones ni en ningún acuerdo entre las partes, el tribunal invocó el Artículo 42(1) del Convenio del CIADI para decidir el arbitraje de acuerdo con el derecho

salvadoreño (incluyendo la Constitución) y las normas aplicables del derecho internacional.

Según El Salvador, el consentimiento a arbitraje internacional bajo el Artículo 15 se ve obstaculizado por otras disposiciones del derecho salvadoreño, dado que la Ley de Inversiones somete específicamente la explotación del subsuelo a la Constitución y las leyes secundarias, y la Ley de Minería hace referencia a que las controversias relacionados con licencias de exploración minera o concesiones de explotación quedan sometidas a la jurisdicción exclusiva de los juzgados salvadoreños. El tribunal, sin embargo, afirmó que la interpretación de El Salvador no era vinculante, y se rehusó a “aplicar otras disposiciones legislativas que invalidarían una expresión de consentimiento a la jurisdicción que es legítima, clara e inequívoca como cuestión [de] derecho internacional” (párrafo 5.68).

El Salvador también invocó el Código Civil salvadoreño para alegar que algunas demandas habían prescrito. El tribunal no aceptó esta objeción recordando que: “una disposición de la legislación salvadoreña otorgue consentimiento al arbitraje no implica que las decisiones sobre jurisdicción del tribunal se rijan por el derecho salvadoreño” (párrafo 5.71). También sostuvo que los tribunales de inversión no están necesariamente obligados a aplicar los plazos de prescripción domésticos.

#### *Laudo se enfoca en proyecto El Dorado*

Al determinar si Pac Rim estaba facultada para obtener la concesión de El Dorado, el tribunal se enfocó en dos aspectos: la interpretación jurídica del Artículo 37(2)(b) de la Ley de Minería y la demanda de *estoppel* o actos propios. Ambos se encuentran resumidos de la siguiente manera.

Pac Rim también planteó demandas subordinadas en torno a cinco áreas de explotación minera, pero el tribunal no las admitió, dado que el inversor no pudo probar su caso en relación con la responsabilidad, causalidad y la afectación.

#### *Artículo 37(2)(b) interpretado adversamente para el caso de Pac Rim*

El Artículo 37(2)(b) exige que el postulante de una concesión de explotación presente “escritura de propiedad del inmueble o autorización otorgada en forma legal por el propietario”. Para Pac Rim, esto meramente requería documentación para el área (probablemente) *directamente afectada*, mientras que El Salvador entendió que se requería documentación para el área *total* de superficie de la concesión solicitada. El tribunal rechazó el argumento de Pac Rim en base a tres factores.

El primer factor fue el consentimiento de Pac Rim y PRES: pese a saber que la interpretación del Artículo 37(2)(b) por parte del Estado no los favorecía, confiaron en la posibilidad de una reforma legislativa, y no avanzaron con ningún otro plan: “Confiaban que una reforma legislativa los llevaría al camino correcto. En este sentido, estaban equivocados” (párrafo 8.30).

Segundo, el tribunal hizo deferencia a la interpretación de la disposición por parte de El Salvador, sosteniendo que: “Como regla general, tiene que haber deferencia de los tribunales internacionales a la interpretación unánime de las propias leyes, ofrecida de la buena fe por las autoridades responsables de un Estado en un momento anterior a que surja la diferencia entre las partes” (párrafo 8.31).

Por último, el tribunal observó el factor teleológico. Aplicando el principio de proporcionalidad bajo la Constitución salvadoreña, concluyó que el Artículo 37(2) (b) exigía el consentimiento de propietarios y ocupantes superficiales que corran un riesgo potencial o real —más allá de aquellos que se encuentran directamente afectados por la actividad— y concluyó que Pac Rim no cumplió con este requisito.

*Tribunal desestima demanda fundada en la doctrina de estoppel o actos propios*

Pac Rim también alegó que El Salvador había realizado “declaraciones claras e inequívocas” de que la cuestión del Artículo 37(2)(b) no llevaría a la denegación de la concesión, y que Pac Rim había confiado en la buena fe de dichas declaraciones; por lo tanto, El Salvador, bajo el derecho internacional y las leyes salvadoreñas, estaría impedido o excluido de alegar lo contrario. Sin embargo, el tribunal no encontró ninguna representación de El Salvador a los efectos de que, en ausencia de la reforma de la disposición, PRES hubiera cumplido con los requisitos, o que la concesión le habría sido otorgada incluso sin dicho cumplimiento.

*Notas:* El tribunal del CIADI estuvo compuesto por V. V. Veeder (Presidente designado por las partes, ciudadano británico), Guido Santiago Tawil (nominado por la demandante, nacional argentino) y Brigitte Stern (designada por la demandada, ciudadana francesa). El laudo se encuentra disponible en inglés en [http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7640\\_0.pdf](http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7640_0.pdf) y en español en [http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7641\\_0.pdf](http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7641_0.pdf).

### **Tribunal del TLCAN ordena a Canadá el pago de más de CAD28 millones a desarrollador de energía eólica estadounidense**

*Windstream Energy LLC vs. el Gobierno de Canadá, Caso de la CPA No. 2013-22*

**Matthew Levine**

Un tribunal arbitral llegó a la etapa de dictado del laudo en virtud del Capítulo 11 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN). Pese a desestimar las demandas sobre discriminación y expropiación indirecta, el tribunal aceptó el reclamo de una falta de trato justo y equitativo (FET, por sus siglas en inglés), y ordenó a Canadá el pago de daños y la mitad de las costas legales del inversor, lo cual llegó a un total de más de CAD28 millones (aproximadamente US\$21,4 millones).

*Antecedentes y demandas*

La demandante, Windstream Energy LLC (Windstream), es una empresa constituida bajo las leyes de Estados Unidos. La misma se dedicaba al desarrollo de un proyecto *offshore* para la generación de energía eólica en la provincia de Ontario, Canadá (Proyecto Offshore).

En 2009, Ontario promulgó un programa de fomento a las energías renovables (*Feed-in-Tariff*, FIT) por medio del cual se abrió un proceso de licitación para que los productores independientes de energías renovables pudieran vender electricidad a la red provincial. A través de este proceso, Windstream se aseguró un contrato FIT para el Proyecto Offshore.

Después de varias demoras en el otorgamiento de los permisos relacionados con las actividades de desarrollo de

Windstream, Ontario finalmente impuso una moratoria en los proyectos de energía eólica *offshore*. La razón principal fue que era necesario realizar otra investigación al respecto. Mientras tanto, ofreció a otros contratistas de FIT varias alternativas para participar en el sector de energías limpias de Ontario, que no fueron ofrecidas a Windstream.

Windstream inició el arbitraje en enero de 2013 y el tribunal fue constituido en julio del mismo año. Las principales demandas de Windstream eran que la conducta de la provincia no cumplía con el estándar FET según lo establecido en el TLCAN y que su efecto equivalía a una expropiación.

*Tribunal no admite demanda de expropiación indirecta*

Para el tribunal, la determinación de si hubo una expropiación indirecta o no es, en primer lugar, una cuestión de evidencia, y por lo tanto, debía demostrarse en los hechos que hubo una confiscación efectiva de la propiedad que podría ser atribuida al Estado. Este sería el caso aunque no haya habido una transferencia formal del título de propiedad, e incluso si el Estado no hubiera obtenido ningún beneficio económico. A su vez, el primer paso para determinar si hubo dicha confiscación fue corroborar si el inversor fue privado sustancialmente del valor de su inversión.

Habiendo revisado cuidadosamente la evidencia pertinente, el tribunal concluyó que en base a los hechos de este caso, no hubo expropiación alguna. Entre otros factores relevantes, el tribunal indicó que el Contrato FIT seguía formalmente en vigencia y que no había sido terminado unilateralmente por Ontario, y que el depósito de seguridad de CAD6 millones por parte del inversor aún seguía allí y no había sido tomado o declarado nulo debido a ninguna acción tomada por la provincia. Por lo tanto, no podría decirse que el inversor hubiera sido privado sustancialmente de su inversión.

*Tribunal concluye que administración de moratoria fue injusta y poco equitativa*

Las partes expresaron su discrepancia con el contenido de nivel mínimo de trato establecido en el Artículo 1105(1) del TLCAN así como la manera en que el estándar debería ser establecido.

Según la opinión del tribunal, a cada parte le correspondía respaldar su postura sobre dicho contenido con la autoridad jurídica y con evidencia pertinente. En principio, el contenido de una norma del derecho consuetudinario internacional, tal como el nivel mínimo de trato, podría ser determinado de mejor manera en base a evidencia de una práctica estatal real que establezca una costumbre que también demuestre que los Estados han aceptado tal práctica como una ley (*opinio juris*). Sin embargo, ninguna de las partes ha presentado evidencia como tal, así que el tribunal tuvo que basarse en evidencia indirecta para verificar el contenido, como las decisiones tomadas por otros tribunales del TLCAN.

Al momento de considerar la evidencia indirecta presentada por las partes, el tribunal remarcó que Windstream invocó el elemento FET pero no el de “protección y seguridad plenas” del Artículo 1105(1) del TLCAN. Por lo tanto, procedió a determinar si la conducta de Ontario fue “injusta” o “poco equitativa” de acuerdo con nivel mínimo de trato del derecho consuetudinario internacional, y recordó que era mejor

realizar esta determinación en el contexto de los hechos del caso, no en lo abstracto.

De esta manera, el tribunal no encontró nada injusto o poco equitativo en la evidencia relacionada con la decisión de Ontario de imponer una moratoria al desarrollo de energía eólica en el extranjero y el proceso relacionado con el mismo. Consideró que, aunque la conducta del gobierno que llevó a la moratoria podría haber sido más transparente y dado que había oposición pública a este tipo de actividades offshore, estos factores no constituían una violación del TLCAN.

Sin embargo, concluyó que la conducta de la provincia después de la moratoria se había tornado más conflictiva. Según el tribunal, Ontario no hizo prácticamente nada para abordar la falta de certeza científica, y lo que resulta más importante, para subsanar el limbo legal y contractual en que se encontraba Windstream después de la imposición de la moratoria. Entonces, el tribunal concluyó que “no tomar las medidas necesarias, y cuando correspondiese, por medio de la OPA [“Autoridad de Energía de Ontario” una agencia reguladora], dentro de un período razonable de tiempo después de la imposición de la moratoria, para brindar claridad a la incertidumbre regulatoria en torno al estatus y desarrollo del Proyecto creado por la moratoria, constituye una violación del Artículo 1105(1) del TLCAN” (párrafo 380).

#### *Valuación de daños en base a transacciones comparables*

El tribunal determinó el método apropiado para la valuación en vista de la particular etapa de desarrollo del proyecto. Señaló que, si bien es común utilizar la metodología de valuación por flujo de caja descontado (FCD) para calcular los proyectos eólicos *offshore*, “generalmente no se utiliza para proyectos que no hayan alcanzado el cierre financiero, dada la cantidad de riesgos e incertidumbre que rodea a los proyectos como tales” (párrafo 474). Bajo estas circunstancias, el tribunal consideró que el proyecto sería mejor valorado en base a la metodología de transacciones comparables.

Al momento de evaluar la evidencia sobre transacciones comparables —en los proyectos eólicos *offshore* de Europa— el tribunal consideró pertinente la suma entre 18 y 24 millones de euros para valorar el proyecto de Windstream. Después evaluó los potenciales ajustes, y concluyó que un punto medio del cálculo antes mencionado sería lo más apropiado, es decir, 21 millones de euros. Basándose en la tasa de cambio a la fecha del laudo, esta suma fue convertida a CAD31.182.900.

No obstante, el tribunal destacó que Windstream no estaba facultada para recibir compensación por el valor total de su inversión, que incluía una carta de crédito y el Contrato FIT que aún se encontraban vigentes. Posteriormente, concluyó que, al monto antes mencionado deben descontarse CAD6 millones por la carta de crédito, pero que el valor asociado con la potencial reactivación o renegociación del Contrato FIT se encontraba extinguido cuando se dictó el laudo arbitral.

#### *Costos*

El tribunal coincidió y remarcó el acuerdo entre las partes con el principio del Artículo 42 del Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) donde se establece que “[L]as costas del arbitraje serán a cargo

de la parte vencida” (párrafo 512). Esta regla se aplica a las costas legales, pero no a los costos del arbitraje, es decir, los costos y honorarios del tribunal y de la Corte Permanente de Arbitraje (CPA).

En cuanto a la asignación de las costas legales, el tribunal recordó que Windstream había vencido, y a pesar de que una sola de sus cuatro demandas fueron admitidas, se trataba de una de las dos demandas principales. Finalmente, el tribunal consideró apropiado que Canadá reembolsara la mitad de las costas legales de Windstream. Con respecto a los costos del arbitraje, según el tribunal los mismos surgieron a raíz del acuerdo de arbitraje entre las partes, y por lo tanto, era más conveniente que cada una asumiera la mitad de los costos.

*Notas:* el tribunal estuvo compuesto por Veijo Heiskanen (Presidente por acuerdo de las partes, ciudadano finlandés), R. Doak Bishop (designado por la demandante, nacional de Estados Unidos) y Bernardo Cremades (nominado por la demandada, nacional español). El laudo final de la CPA del 27 de septiembre de 2016 está disponible en: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7875.pdf>.

#### **Tribunal de la CPA no admite demandas de expropiación y FET en relación con emprendimiento ecoturístico**

*Peter A. Allard vs. El Gobierno de Barbados, Caso de la CPA No. 2012-06*

#### **Amr Arafa Hasaan**

El 27 de junio de 2016, un tribunal conformado bajo los auspicios de la Corte Permanente de Arbitraje (CPA) no admitió ninguna de las demandas presentadas por el empresario canadiense Peter A. Allard contra Barbados en virtud del tratado bilateral de inversión (TBI) entre Canadá y Barbados y del Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). Solicitando más de CAD29 millones por daños, Allard reclamó que Barbados no tomó las medidas de protección ambiental y por ende violó el TBI, lo cual dio como resultado un gran perjuicio al valor de su inversión en un sitio de ecoturismo.

#### *Antecedentes*

En 1994, Allard decidió establecer una atracción ecoturística en la zona oeste de la costa sur de Barbados. Entre 1996 y 1999 constituyó una sociedad y adquirió tierras en Barbados para la construcción de un Santuario, abierto al público en 2004. Después de una falla en la Planta de Tratamiento de Aguas Residuales en la Costa Sur en 2005, Allard decidió vender el Santuario en 2007, anunciando su cierre el 29 de octubre de 2008.

Allard inició un arbitraje contra Barbados el 21 de mayo de 2010 reclamando que las acciones del gobierno y la indecisión en el cierre de la esclusa de la planta de tratamiento de aguas residuales provocaron un grave daño ambiental, lo cual dejó sin valor su inversión en el sitio eco-turístico, violando así las disposiciones del TBI sobre trato justo y equitativo (FET, por sus siglas en inglés), protección y seguridad plenas (FPS, por sus siglas en inglés) y expropiación.

Según Allard, el Santuario sufrió una seria degradación ambiental que gradualmente la transformó en “algo así como un pantano infestado de mosquitos” (párrafo 56) al momento de su cierre en 2009. Barbados rechazó esta

acusación, afirmando que la ecología del sitio no era prometedora cuando Allard decidió comenzar su negocio.

En un laudo de 2014, el tribunal desestimó dos objeciones jurisdiccionales de Barbados, *ratione materiae* y *ratione personae*. Concluyó que Allard poseía y controlaba los bienes conforme al derecho de Barbados, y que dichos bienes constituían una inversión bajo el TBI. Sin embargo, pospuso la evaluación de la objeción de Barbados a la jurisdicción *ratione temporis* del tribunal a la etapa de consideración de los méritos.

*Decisión de Allard de invertir precede a declaraciones de Barbados; no hay violación de FET*

Allard alegó que Barbados no satisfizo sus expectativas legítimas como inversor y, por lo tanto, no cumplió con la obligación FET bajo el TBI. Según Allard, se basó en declaraciones de algunos funcionarios de Barbados que reflejaban un compromiso de preservar el ambiente ecológico en el área que circundaba al santuario.

Barbados sostuvo que el estándar FET corresponde al nivel mínimo de trato de extranjeros bajo el derecho consuetudinario internacional. Además, agregó que las declaraciones y circunstancias alegadas por Allard se suscitaron después de su decisión de invertir.

El tribunal concluyó que ninguna de dichas declaraciones calificaba como promesas específicas que podrían generar expectativas legítimas: sino que se trataba de planes o informes elaborados por peritos contratados de manera privada por el mismo Allard. Además, el tribunal concluyó que, a excepción de un documento con fecha del 1986, todas las declaraciones fueron realizadas después de su decisión de invertir, en 1994. Por lo tanto, el tribunal concluyó que Barbados no violó su obligación FET.

*Barbados cumple con su compromiso de FPS*

Allard alegó que el compromiso de FPS implicaba algo más que garantizar la no interferencia física con su inversión. Afirmó que Barbados no manejó adecuadamente la esclusa, lo cual consideró como la principal razón de la degradación ambiental del Santuario, además de su falla en la ejecución de las leyes ambientales. En respuesta, Barbados afirmó que el estándar FPS se encuentra limitado a la protección contra un daño físico directo al inversor o su propiedad.

El tribunal concluyó que Barbados tomó todas las medidas necesarias para proteger la inversión: los funcionarios públicos implementaron procedimientos para prevenir el daño ambiental del Santuario. Asimismo, el tribunal concluyó que la presunta falta de Barbados en la aplicación de la ley ambiental pertinente no resulta relevante para la violación alegada del estándar FPS. Además, señaló que Allard nunca advirtió a Barbados sobre los problemas asociados con la falta de aplicación de dichas leyes. En consecuencia, el tribunal declaró que Barbados cumplió con su obligación de FPS.

*Demanda indirecta de expropiación no comprobada*

Allard alegó que las medidas tomadas por Barbados eran equivalentes a la expropiación. En particular, indicó que, en 2003, Barbados implementó un plan de reclasificación de las tierras adyacentes al Santuario, lo cual presuntamente generó un aumento de impurezas en el Santuario convirtiéndolo en un proyecto de conservación en lugar de ser un proyecto turístico. Agregó que la falla de Barbados

al no aplicar las leyes ambientales pertinentes y en la operación adcauda de la esclusa provocó la degradación ambiental del Santuario. A su vez, Barbados objetó que Allard nunca fue privado del Santuario o de su valor económico. Al contrario, afirmó que el sitio atrajo visitantes hasta su cierre en 2009.

El tribunal se mostró convencido de que Allard siguió siendo el único operador del sitio ya sea como una atracción ecoturística o posteriormente como un café: no fue privado de la posesión física del bien inmueble. También señaló que Allard obtuvo un beneficio económico de operar su negocio hasta que decidió cerrarlo. El tribunal también concluyó que Allard no estableció un vínculo de causa y efecto entre la presunta degradación del ambiente circundante y su decisión de poner fin a su negocio. De acuerdo con el tribunal, tampoco probó la existencia de un daño excepcional a su ambiente marino antes de tomar la decisión de salirse del Santuario. Para el tribunal, la supuesta falla de Barbados para hacer cumplir las leyes ambientales pertinentes no reflejaba una violación de sus obligaciones bajo el TBI. Similarmente, el tribunal no admitió la demanda de expropiación.

*Desestimación de objeciones jurisdiccionales restantes*

El Artículo XIII(3) del TBI establece una prohibición de tres años para la presentación de una demanda para cubrir un daño por la violación del TBI. Dado que Allard presentó la controversia el 21 de mayo de 2010, Barbados sostuvo que el tribunal no tenía jurisdicción sobre los hechos sucedidos antes del 21 de mayo de 2007. En su Laudo sobre Jurisdicción de 2014, el tribunal pospuso la decisión sobre su jurisdicción *ratione temporis* a la etapa de consideración de los méritos en torno al presunto mal manejo de la esclusa antes del 21 de mayo de 2007. En el laudo de 2016, habiendo concluido que Barbados cumplió con sus compromisos bajo el TBI, el tribunal consideró inútil examinar la objeción sobre jurisdicción restante.

En su última declaración en la audiencia, Barbados reclamó que las respuestas de Allard en el interrogatorio cruzado dieron lugar a dos nuevos asuntos jurisdiccionales. Sin embargo, el tribunal afirmó que estas nuevas objeciones no se basaban en ningún hecho o circunstancia nueva, y concluyó que deberían haber sido planteadas antes del Laudo sobre Jurisdicción.

*Notas:* El tribunal de la CPA estuvo compuesto por Gavan Griffith (Presidente designado por los co-árbitros, ciudadano australiano), Andrew Newcombe (nominado por el demandante, nacional canadiense) y W. Michael Reisman (designado por el demandado, ciudadano estadounidense). El laudo del 26 de junio de 2016, incluyendo la Decisión sobre Jurisdicción del 13 de junio de 2014 como anexo, se encuentra disponible en <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7593.pdf>.

#### Autores

**Inaê Siqueira de Oliveira** es estudiante de derecho en la Universidad Federal de Rio Grande do Sul, Brasil.

**Maria Florencia Sarmiento** es ayudante de cátedra e investigación en la Universidad Católica de Argentina.

**Matrin Dietrich Brauch** es un Asesor Legal Internacional y Asociado del Programa de Inversiones y Desarrollo Sostenible del IISD, basado en Latinoamérica

**Matthew Levine**, es un abogado canadiense y contribuyente al Programa de Inversiones y Desarrollo Sostenible del IISD.

**Amr Arafa Hasaan** es Alumnus del *Graduate Institute of Geneva* y la Universidad de Ginebra, y Asesor legal de la Autoridad de Litigios del Estado Egipcio.

# recursos y eventos

## Recursos

### **Treaty Shopping en el Derecho Internacional de las Inversiones** *Por Jorun Baumgartner, Publicado por Oxford University Press, febrero de 2017*

En este libro se examina la práctica de acogerse al tratado más conveniente o *treaty shopping* — un cambio estratégico de nacionalidad o la invocación estratégica de otra nacionalidad con el objetivo de acceder a un tratado de inversión más conveniente a los efectos del arbitraje — para investigar los desafíos que esta práctica implica en el arbitraje de inversiones. Analiza la práctica bajo el derecho consuetudinario internacional y el derecho internacional de las inversiones, y discute las diferentes maneras en que los tribunales arbitrales han tratado el juicio de valores que alberga una distinción entre el *treaty shopping* objetable y el no objetable. El libro evalúa la práctica de redacción de los tratados de inversión pasados y recientes y hace recomendaciones concretas sobre cómo los Estados que desean reducir el *treaty shopping* podrían reformar los acuerdos de inversión para tornarlos menos susceptibles a esta práctica. Disponible en <https://global.oup.com/academic/product/treaty-shopping-in-international-investment-law-9780198787112>.

### **La Cláusula de Nación Más Favorecida en los Tratados de Inversión**

*Por Suzy H. Nikiema, Publicado por IISD, febrero de 2017*

La cláusula de Nación Más Favorecida (NMF) es una disposición muy común y controvertida en los tratados de inversión. Ha sido objeto de interpretaciones muy diferentes e inesperadas por parte de los tribunales arbitrales. En particular, desde el caso *Maffezini vs. España*, una interpretación original de la NMF llevó a la posibilidad de que los inversores pudieran importar disposiciones más favorables de un tratado bilateral de inversión (TBI) de una tercera parte celebrado por su Estado receptor. Las controversias en torno a la MFN plantean cuestiones fundamentales en el contexto de los actuales cambios del derecho internacional de las inversiones y del régimen de arbitraje. Como parte de la publicación **Best Practices Series del IISD**, este estudio brinda una tipología de los tratados de inversión y luego analiza las diferentes interpretaciones de los tribunales sobre varios temas clave. Se hace una revisión de las cuestiones que rodean algunas interpretaciones de la cláusula de NMF, y la reacción de los Estados en sus tratados más recientes, a fin de ofrecer lecciones a los Estados. Disponible en inglés y francés en <http://www.iisd.org/library/iisd-best-practices-series-most-favoured-nation-clause-investment-treaties>.

### **Agotamiento de los Recursos Internos en el Derecho Internacional de las Inversiones**

*Por Martin Dietrich Brauch, Publicado por IISD, enero de 2017*

La norma de agotamiento de recursos internos del derecho consuetudinario internacional pretende salvaguardar la soberanía estatal exigiendo a los individuos que busquen la reparación de cualquier daño presuntamente causado por un Estado dentro de su propio sistema jurídico interno antes de iniciar un procedimiento internacional contra dicho Estado. Los tribunales de inversión — decidiendo sobre su propia jurisdicción — generalmente han hecho caso omiso a esta norma, permitiendo que los inversores extranjeros entablen una demanda sin antes de recurrir a los tribunales administrativos o judiciales del Estado anfitrión. Durante los últimos años, varios Estados han vuelto a introducir, en sus tratados de inversión, un requisito obligatorio de recurrir o agotar los remedios locales, y otros Estados están considerando hacer lo mismo. Este boletín de asesoramiento, parte de **Best Practices Series del IISD**, hace una revisión de los enfoques más innovadores y las opciones de políticas relativas al agotamiento de recursos internos en el derecho internacional de las inversiones, basados en lecciones aprendidas del derecho consuetudinario internacional, el derecho internacional de los derechos humanos y la práctica de tratados y jurisprudencia relativa a las inversiones. Disponible en inglés y francés en <http://www.iisd.org/library/iisd-best-practices-series-exhaustion-local-remedies-international-investment-law>.

### **Promoviendo la Igualdad de Género en las Inversiones Agrícolas Extranjeras: Lecciones de los estándares voluntarios de sostenibilidad**

*Por Kathleen Sexsmith, Publicado por IISD, enero de 2017*

En este informe se analiza el contenido de género de los cinco principales estándares de sostenibilidad agrícola mundiales y

los cinco principios de inversión responsable en agricultura. Responde la pregunta: ¿Los principios y estándares mundiales mejoran la igualdad de género? También examina cómo construir en base a los éxitos y fracasos de estas iniciativas para mejorar la igualdad de género en las inversiones agrícolas. Las experiencias de los estándares de sostenibilidad son utilizadas para brindar orientación a la inversión responsable. Disponible en <http://www.iisd.org/library/promoting-gender-equality-foreign-agricultural-investments-lessons-voluntary-sustainability>.

### **Guía IGF para Gobiernos: Gestión de la minería artesanal y de pequeña escala**

*Por Dan Paget, Nicholas Garrett & Alec Crawford, Publicado por el Foro Intergubernamental sobre Minería, Minerales, Metales y Desarrollo Sostenible (IGF), enero de 2017*

Este documento guía presenta un proceso paso a paso para que los gobiernos puedan desarrollar, implementar y monitorear una estrategia eficaz de manejo de la minería artesanal y a pequeña escala (MAPE). Incluye los pasos para garantizar una estrategia efectiva e inclusiva de desarrollo e implementación, así como la gobernanza en todo el proceso. Alienta a los usuarios a enfocarse en el contexto local, y a seguir pensando la mejor manera práctica y factible para que un gobierno pueda alcanzar sus objetivos de desarrollo relativos a la MAPE. Disponible en <http://www.iisd.org/library/igf-guidance-governments-managing-artisanal-and-small-scale-mining>.

### **Lex Petrolea y el Derecho Internacional de las Inversiones: Leyes y prácticas en el Golfo Pérsico**

*Por Nima Mersadi Tabari, Publicado por Routledge, 2016*

Este libro analiza la jurisprudencia sobre la solución de controversias relativas al petróleo entre los Estados receptores del Golfo Pérsico y los inversores extranjeros. El autor considera las raíces históricas, políticas y socio-económicas de los actuales marcos y niveles de protección ofrecidos a los inversores extranjeros. Enfocándose en las controversias relacionadas con el petróleo, inicialmente brinda una investigación exhaustiva de la jurisprudencia del derecho internacional de las inversiones y el arbitraje de tratados de inversión. Posteriormente, en tres capítulos específicos, el autor ofrece un análisis profundo de los regímenes jurídicos que rigen esta materia en los principales países productores de la región: Arabia Saudita, Iraq e Irán. Disponible en <https://www.routledge.com/Lex-Petrolea-and-International-Investment-Law-Law-and-Practice-in-the-Tabari/p/book/9781138656499>.

### **No Discriminación y el Papel del Fin Regulatorio en el Derecho Comercial Internacional y el Derecho Internacional de las Inversiones**

*Por Andrew D. Mitchell, David Heaton, & Caroline Henckels, Publicado por Edward Elgar, 2016*

Los requisitos de no discriminación, tales como las obligaciones de trato de NMF y trato nacional, son fundamentales tanto en el derecho comercial internacional como en el derecho internacional de las inversiones. Sin embargo, es evidente la gran incoherencia que existe entre estos dos campos, sobre la manera en que los adjudicadores han tratado algunos elementos clave del test de discriminación. Los autores evalúan y critican la forma en que los tribunales han empleado el concepto del fin regulatorio para determinar si ha habido discriminación o no, y proponen una nueva definición del fin regulatorio para ayudar a dar marco al test de discriminación ilegal en ambos campos del derecho. En el libro se compara y contrasta el derecho comercial con el de las inversiones, extrayendo varios paralelismos y sugiriendo áreas en las cuales un sistema jurídico podría responder o echar luz sobre las cuestiones que surjan en el otro. Disponible en <http://www.e-elgar.com/shop/non-discrimination-and-the-role-of-regulatory-purpose-in-international-trade-and-investment-law>.

### **Inversiones Privadas y Agricultura: La importancia de integrar la sostenibilidad en la planificación e implementación**

*Por Livia Bizikova, Publicado por IISD, diciembre de 2016*

Con frecuencia, la agricultura es una fuente importante de medios de vida y seguridad alimentaria para la población de muchos países. Recientemente, hemos observado un incremento de inversiones

en agricultura a gran escala. Las preguntas más importantes sobre las políticas a este respecto son: ¿Hasta qué punto las inversiones agrícolas a gran escala contribuyen a mejorar los medios de vida, y las condiciones económicas y ambientales? ¿Y cómo se comparan estas contribuciones con las inversiones agrícolas necesarias para reducir la pobreza rural y la inseguridad alimentaria? En este breve artículo se examinan algunas dimensiones de estas preguntas, enfocándose en las siguientes áreas: impacto en la cantidad de agua, calidad de tierra y suelo, tenencia de tierras y beneficios para la comunidad, y la migración de las fincas agrícolas. Disponible en <http://www.iisd.org/library/private-investments-and-agriculture-importance-integrating-sustainability-planning>.

#### **Reafirmación del Control sobre el Régimen de Tratados de Inversión**

*Por Andreas Kulick (Ed.), Publicado por Cambridge University Press, diciembre de 2016*

Motivadas por la opinión pública en los Estados receptores, las partes contratantes de los acuerdos de inversión están buscando muchos caminos para evitar un sistema que está siendo percibido fuera de control. En este libro se examina la gran cantidad de cuestionamientos de procedimiento, derecho sustantivo y políticas que están surgiendo de esta tendencia. Desde aspectos procesales, tales como mecanismos frívolos de demanda, el establecimiento de mecanismos de apelación o el arbitraje entre Estados, hasta temas sustantivos tales como interpretaciones conjuntas, revocación de tratados o definiciones detalladas de estándares de protección, en este libro se identifican y discuten los principales medios para que los estados puedan reafirmar su control sobre la interpretación y aplicación de los tratados de inversión. Cada capítulo trata uno de estos caminos y evalúa su potencial como instrumento para la reafirmación del control por parte de los Estados. Disponible en <http://www.cambridge.org/academic/subjects/law/international-trade-law/reassertion-control-over-investment-treaty-regime>.

#### **Derecho Internacional de las Inversiones y Manejo de Recursos Hídricos: Una evaluación de la expropiación indirecta**

*Por Ana María Daza-Clark, Publicado por Brill | Nijhoff, diciembre de 2016*

La variabilidad hidrológica, el aumento de la competencia por el agua y la necesidad de mayor flexibilidad regulatoria pueden obligar cada vez más a los gobiernos a que adopten medidas con un impacto económico significativo en la inversión extranjera. El libro brinda una evaluación de la expropiación indirecta, revisando la doctrina del poder policial. A través de la lente del derecho internacional de las inversiones, el autor explora un marco para evaluar el ejercicio legítimo del poder policial con particular atención a la especial naturaleza de los recursos hídricos. Disponible en <http://www.brill.com/products/book/international-investment-law-and-water-resources-management>.

#### **El Acuerdo de Inversión Global ASEAN: La Regionalización de las Leyes y Políticas sobre la Inversión Extranjera**

*Por Julien Chaisse y Sufian Jusoh, Publicado por Edward Elgar, 2016*

El derecho internacional de las inversiones es una de las áreas de mayor crecimiento dentro del derecho y las políticas internacionales económicas, el cual se remite cada vez más a los acuerdos de inversión que poseen amplia membresía tales como el Acuerdo de Inversión Global (ACIA, por sus siglas en inglés) de la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático (ASEAN). Este libro examina el papel de este tratado en particular, y lo sitúa dentro de una tendencia más amplia a nivel mundial hacia la regionalización de las leyes y políticas de la inversión extranjera. Según los autores, el compromiso colectivo con el desarrollo de un estándar común contribuye a la despolitización de cualquier potencial conflicto entre los inversores individuales y los Estados receptores, tomando el acuerdo particularmente importante para los debates que involucran a los Estados Miembros del ASEAN y los Socios de Diálogo así como para las decisiones de inversión que incluyen la liberalización y la facilitación de las inversiones. Disponible en <http://www.e-elgar.com/shop/the-asean-comprehensive-investment-agreement>.

#### **Requisitos de Desempeño e Incentivos a la Inversión bajo el Derecho Económico Internacional**

*Por David Collins, Publicado por Edward Elgar, 2016*

En este libro se analizan los requisitos de desempeño y los incentivos a la inversión como herramientas fundamentales de la política económica. Al adoptar conscientemente una definición amplia de ambos instrumentos, examina el tratamiento que éstos reciben bajo el derecho económico internacional, y establece un vínculo entre el debate que rodea el uso de tales herramientas con el surgimiento de los mercados emergentes como participantes clave en la globalización económica. Enfocándose en la interrelación entre los requisitos de desempeño y los incentivos a la inversión, el autor ilustra los problemas causados por su control diferencial y considera algunos posibles enfoques para lograr una supervisión efectiva. Inspirándose en la teoría de la gobernanza en red, considera un régimen unificado de gobernanza, que posibilitaría una evaluación global y más sistemática. Disponible en <http://www.e-elgar.com/shop/performance-requirements-and-investment-incentives-under-international-economic-law>.

#### **Eventos de 2017**

##### **29 de marzo**

#### **CONVERSACIONES EN GIBEBRA SOBRE LA INVERSION**

**EXTRANJERA EN AFRICA**, “El Auge de las Obligaciones del Inversor en los Acuerdos de Inversión Africanos”, Universidades de Ginebra y Lausanne, en la Universidad de Ginebra, Ginebra, Suiza, <http://aila.org.uk/resources/Pictures/Geneva%20Talks%20-%2029%20March%202017.pdf>

##### **30 a 31 de marzo**

#### **FORO GLOBAL ANTI-CORRUPCION E INTEGRIDAD DE**

**LA OCDE 2017**, “En pos del Interés Público: Llevando la Integridad a un Mayor Nivel”, Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, en el Centro de Conferencias de la OCDE, París, Francia, <https://www.oecd.org/cleangovbiz/integrity-forum-2017.htm>

##### **2 de abril**

**CONFERENCIA “UN CAMBIO DE PARADIGMA EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LAS INVERSIONES”**, Africa International Legal Awareness (AILA) & la Facultad de Derecho de la Universidad de Ginebra, en Cairo Regional Centre for International Commercial Arbitration, Cairo, Egipto, <http://aila.org.uk/page-1806075>

##### **4 de abril**

#### **CONFERENCIA CONJUNTA CNUDMI-LAC SOBRE SOLUCIÓN**

**DE CONTROVERSIAS**, Comisión de las Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) & Ljubljana Arbitration Centre (LAC), en la Cámara de Comercio e Industria de Eslovenia, Ljubljana, Eslovenia, <http://www.sloarbitration.eu/en/Joint-UNCITRAL-LAC-Conference>

##### **11 de abril**

**REUNIÓN DE EXPERTOS “DESARROLLANDO UN MECANISMO SOBRE RESPONSABILIDAD Y SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN MATERIA DE INVERSIONES”**, IISD & Programa sobre Derecho Ambiental Comparativo e Internacional de la Facultad de Derecho de American University, en American University, Washington D.C., Estados Unidos, <http://www.iisd.org/event/washington-expert-meeting-developing-new-accountability-dispute-settlement-mechanism-investment>

##### **12 a 15 de abril**

**111<sup>VA</sup> REUNIÓN ANUAL DE ASIL**, “Lo que Valora el Derecho Internacional”, American Society of International Law (ASIL), en Hyatt Regency Capitol Hill, Washington D.C., Estados Unidos, <https://www.asil.org/annualmeeting>

##### **12 de abril**

**14<sup>TA</sup> CONFERENCIA ANUAL ITA-ASIL**, “Financiamiento de Terceras Partes en el Arbitraje Internacional: Consideraciones Jurídicas y Éticas”, Institute for Transnational Arbitration (ITA) & ASIL, en Hyatt Regency Capitol Hill, Washington D.C., Estados Unidos, <http://www.cailaw.org/Institute-for-Transnational-Arbitration/Events/2017/ita-asil.html>



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](mailto:info@iisd.ca) e incluir una lista de la información que se desee volver a publicar o un enlace a la misma.

El IISD contribuye al desarrollo sustentable mediante el fomento de recomendaciones políticas sobre comercio e inversiones internacionales, política económica, cambio climático, gestión del capital natural y social, así como del papel fundamental de las tecnologías de la comunicación en estas áreas. Informamos sobre las negociaciones internacionales y difundimos el conocimiento adquirido a través de proyectos colaborativos, lo que se traduce en investigaciones más exhaustivas, el desarrollo de capacidades en países en desarrollo, un diálogo más fluido entre el Norte y el Sur, y una mejor conexión mundial entre los investigadores, los profesionales, los ciudadanos y los encargados de la formulación de políticas.

La visión del IISD es lograr una mejor calidad de vida para todos de manera sustentable. Su misión es propugnar la innovación con el propósito de que las sociedades tengan un estilo de vida sustentable. En Canadá, el IISD está registrado como organización benéfica, mientras que en Estados Unidos está clasificado como entidad 501(c)(3). Para llevar a cabo sus operaciones, el IISD recibe apoyo fundamental del Gobierno de Canadá, a través del Centro Internacional de Investigaciones para el Desarrollo (IDRC, por sus siglas en inglés), el Ministerio de Asuntos Exteriores de Dinamarca y la provincia de Manitoba. La financiación de los proyectos del Instituto proviene de distintas fuentes públicas dentro y fuera de Canadá, así como de diferentes organismos de las Naciones Unidas, fundaciones y el sector privado.

El Boletín trimestral ITN agradece el envío de trabajos originales no publicados. Por favor envíe sus solicitudes a Martin Dietrich Brauch en [itn@iisd.org](mailto:itn@iisd.org)

Para suscribirse al Boletín ITN, por favor visite: <http://www.iisd.org/itn/subscribe>