



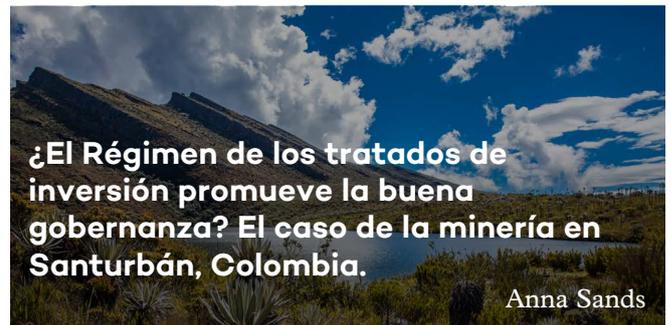
UN BOLETÍN EN LÍNEA SOBRE DERECHO Y POLÍTICAS DE INVERSIÓN
DESDE UNA PERSPECTIVA DEL DESARROLLO SOSTENIBLE

NÚMERO 4. TOMO 11. DICIEMBRE 2020



Reconciliando los derechos de las empresas multinacionales bajo los All con la responsabilidad civil surgida de sus filiales

Pablo Agustín Escobar Ullauri



¿El Régimen de los tratados de inversión promueve la buena gobernanza? El caso de la minería en Santurbán, Colombia.

Anna Sands



El Retorno del control de las inversiones como una herramienta de políticas

Jonathan Bonnitcha



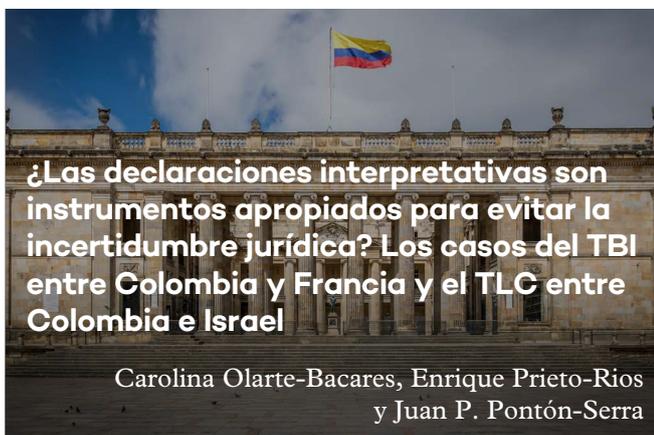
Nacionalidad de inversores corporativos y reforma de los tratados de inversión: ¿Pueden los tratados de antigua generación menoscabar las reformas sustantivas?

Anil Yilmaz Vastardis



La negociación de un tratado vinculante sobre derechos humanos desde la perspectiva del derecho internacional de las inversiones

Joe Zhang



¿Las declaraciones interpretativas son instrumentos apropiados para evitar la incertidumbre jurídica? Los casos del TBI entre Colombia y Francia y el TLC entre Colombia e Israel

Carolina Olarte-Bacares, Enrique Prieto-Ríos y Juan P. Pontón-Serra



Incorporando la responsabilidad social empresarial en el derecho de los tratados de inversión y la práctica arbitral: ¿progreso o remedio de fantasmioso?

David Lark y A. Claire Cutler





Contenido

ARTÍCULO 1 Reconciliando los derechos de las empresas multinacionales bajo los All con la responsabilidad civil surgida de sus filiales	4
ARTÍCULO 2 El retorno del control de las inversiones como una herramienta de políticas.....	8
ARTÍCULO 3 ¿Las declaraciones interpretativas son instrumentos apropiados para evitar la incertidumbre jurídica? Los casos del TBI entre Colombia y Francia y el TLC entre Colombia e Israel	12
ARTÍCULO 4 ¿El régimen de los tratados de inversión promueve la buena gobernanza? El caso de la minería en Santurbán, Colombia.	16
ARTÍCULO 5 Nacionalidad de inversores corporativos y reforma de los tratados de inversión: ¿Pueden los tratados de antigua generación menoscabar las reformas sustantivas?.....	19
ARTÍCULO 6 La negociación de un tratado vinculante sobre derechos humanos desde la perspectiva del derecho internacional de las inversiones.....	22
ARTÍCULO 7 Incorporando la responsabilidad social empresarial en el derecho de los tratados de inversión y la práctica arbitral: ¿progreso o remedio de fantasmioso?	25
NOTICIAS EN BREVE	30
Control de las Inversiones en la UE	30
La CE sugiere que su retirada del tratado es una posibilidad mientras continúan las negociaciones sobre la modernización del Tratado sobre la Carta de la Energía.....	30
Líderes de Asia-Pacífico firman RCEP.....	31
Reunión previa al período de sesiones del Grupo de Trabajo III de la CNUDMI sobre el uso de la mediación en la ISDS	31
Se Lanza Acelerador de la Reforma de los All	33
LAUDOS Y DECISIONES	34
Tribunal del CIADI rechaza demanda de denegación de justicia contra la República de Panamá	34
En otro caso sobre energía contra Italia, un tribunal del CIADI rechaza todas las demandas sobre el fondo en base a que Italia actuó de manera razonable y en pos del interés público	36
Tribunal del CIADI admite parcialmente jurisdicción sobre demandas bajo Acuerdo de Fomento y Protección de las Inversiones entre Austria y Polonia y rechaza aplicabilidad de <i>Achmea</i>	38
Tribunal del CIADI desestima las demandas de Interocean Oil Development Company e Interocean Oil Exploration Company contra Nigeria mientras admite su jurisdicción para atender únicamente las demandas basadas en el estatuto nacional de inversiones de Nigeria	40
RECURSOS Y EVENTOS	43

INVESTMENT TREATY NEWS

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

Directora Principal - Derecho y Políticas Económicas
 Nathalie Bernasconi

Directora Editorial
 Zoe Phillips Williams

Redactora, edición en francés
 Suzy Nikièma

Redactora, edición en español
 Marina Ruete

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

Traductora, edición en francés
 Isabelle Guinebault

Traductora, edición en español
 María Candela Conforti

Oficial de Prensa y Comunicaciones
 Sofía Baliño

Design (PDF)
 PortoDG



LISTA DE ABREVIATURAS

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



ARTÍCULO 1

Reconciliando los derechos de las empresas multinacionales bajo los AII con la responsabilidad civil surgida de sus filiales

Pablo Agustín Escobar Ullauri



Debido a su estructura, las empresas multinacionales (EMN) pueden recurrir a un AII para proteger a sus filiales. Siempre y cuando cumplan con determinadas condiciones, las EMN pueden activar la cláusula de solución de controversias entre inversionista y Estado (ISDS, por sus siglas en inglés) bajo el AII pertinente y solicitar una compensación monetaria a los Estados receptores por los daños ocasionados a sus filiales. A la inversa, en virtud de los principios de segregación de las funciones corporativas y de responsabilidad limitada, las EMN pueden sacar ventaja de su estructura y evitar la responsabilidad por los daños ocasionados por sus filiales. Este trato contradictorio destaca la necesidad de un enfoque más equilibrado entre los derechos y las obligaciones de las EMN bajo un AII.

Conectadas cuando buscan compensación

La estructura de las EMN comprende a una empresa matriz y sus filiales. La UNCTAD define a una empresa matriz como una “empresa que controla los activos de otras entidades en países que no son su país de origen”¹ mientras que una filial es definida como una “empresa donde un inversor, que es residente en otra economía,

posee una participación accionaria que le permite un interés duradero en el manejo de dicha empresa”².

Un aspecto central de estas definiciones es la conexión entre la empresa matriz y las filiales -es decir, el control que la primera ejerce sobre las últimas- y también es una de las condiciones que los inversores deben cumplir a fin de gozar de la protección otorgada por los AII. El acceso a la ISDS está limitada a los nacionales de los Estados partes de un AII. Las personas jurídicas generalmente justifican su nacionalidad en base a su lugar de constitución. De esta manera, debido a su constitución en una de las partes contratantes de un AII, la empresa matriz de una EMN cumpliría con el criterio de nacionalidad para calificar como un inversor. Otra condición para gozar de la protección de un AII es cumplir con la definición de inversión protegida. Es bastante común que un AII contenga una lista de activos que son considerados como una inversión a los fines de recibir protección, que habitualmente incluye a empresas.

En definitiva, bajo un AII la conexión entre el inversor y la inversión debe ser establecida. Los AII generalmente abordan esta relación requiriendo que los inversores tengan propiedad o control de la inversión. Dado que las características de la estructura de una EMN es el control que las empresas matrices ejercen sobre sus filiales, las EMN también cumplirían con esta condición y, por consiguiente, estarían facultadas para recibir protección bajo un AII. El hecho de que la empresa matriz y las filiales sean entidades separadas que operan en una jurisdicción diferente, cada una con su propia personería jurídica, resulta irrelevante a los fines del AII; lo que importa es la conexión entre las mismas. La misma lógica, sin embargo, no aplica cuando de las filiales surge una responsabilidad civil.

¹ UNCTAD, (2017). Nota metodológica: Informe sobre las Inversiones en el Mundo 2017, *Informe sobre las Inversiones en el Mundo* p.3, <https://unctad.org/en/PublicationChapters/wir2017chMethodNote_en.pdf> [La traducción al español nos pertenece]

² Ibid.



Separadas cuando surge responsabilidad

En algunos casos, las víctimas de un daño en materia civil ocasionado por las filiales de una EMN deciden solicitar reparación ante los tribunales de la empresa matriz (Estado de origen) en lugar de hacerlo en sus propios tribunales nacionales. Varios factores pueden justificar esta decisión, tales como deficiencias en el poder judicial del Estado receptor, un régimen más favorable en términos de responsabilidad en el Estado de origen y la posibilidad de apuntar a activos más importantes de la empresa matriz. Sin embargo, solicitar reparación ante los tribunales del Estado de origen ha demostrado ser una tarea ardua porque la mayoría de las jurisdicciones adhieren a los principios de separación de funciones corporativas y responsabilidad limitada.

Por medio de la constitución como personas jurídicas bajo el derecho de los Estados de origen, las filiales de las EMN se convierten en entidades diferentes a la empresa matriz. Adquieren personería jurídica y, por lo tanto, son capaces de actuar independientemente, y de ejercer derechos y asumir obligaciones. A este respecto, los principios de segregación de funciones corporativas y responsabilidad limitada protegen a las empresas matrices de una responsabilidad que pueda surgir de las actividades de sus filiales. Pese a que dicha protección no es absoluta, las víctimas por daño civil deben afrontar barreras jurídicas significativas cuando intentan probar la responsabilidad de las empresas matrices.

El primer obstáculo es convencer a un tribunal extranjero para que admita su jurisdicción sobre el caso. Una objeción común a la jurisdicción civil extraterritorial planteada por las EMN en los Estados regidos por el *common law* es la doctrina de *forum non conveniens*. Otras objeciones incluyen las doctrinas de los actos propios y de no interferencia en los asuntos internos de otros Estados. Las víctimas también pueden enfrentarse con un umbral generalmente alto para correr el velo societario así como también dificultades para establecer la existencia de responsabilidad de la empresa matriz con respecto a sus filiales.

Por lo tanto, conforme a los principios de separación de funciones corporativas y responsabilidad limitada, bajo el régimen de responsabilidad de la mayoría de las jurisdicciones, se presume que las empresas matrices y sus filiales no están vinculadas, independientemente del control que las empresas matrices ejerzan sobre sus filiales. Dada la forma en que se trata el control de las empresas matrices sobre sus filiales bajo los AII, resulta concebible un escenario en el cual una empresa

matriz recurra a un AII para proteger a su filial, y simultáneamente, invoque los principios de segregación de funciones y responsabilidad limitada para evitar ser declarada responsable.

En cierto grado, esto es lo que ocurrió en el caso Chevron, que es uno de los más extensos y complejos casos que involucra víctimas de daño civil y responsabilidad empresarial. En este caso, los tribunales de los Estados Unidos se negaron a admitir su jurisdicción sobre la demanda entablada por los demandantes de Lago Agrio en base a *forum non conveniens*. Sin embargo, Chevron pudo impugnar directamente las decisiones de los tribunales ecuatorianos a este respecto al invocar el TBI entre Ecuador y Estados Unidos.

Este trato contradictorio, donde la EMN se benefició de las ventajas de ambos regímenes, destaca la necesidad de un enfoque más equilibrado y coherente para manejar la relación entre las empresas, sus filiales y los Estados receptores.

All como mecanismos para equilibrar los derechos y obligaciones de las EMN

Algunas críticas dirigidas a los AII se han enfocado en su asimetría, ya que tradicionalmente han impuesto obligaciones exclusivamente a los Estados receptores, mientras que únicamente los inversores pueden activar la ISDS. Para abordar estas inquietudes, algunos AII nuevos contienen disposiciones tales como cláusulas de responsabilidad social y empresarial, y hacen referencia al derecho de los Estados receptores para presentar demandas reconventionales contra los inversores. Por ejemplo, el TBI entre Colombia y los Emiratos Árabes Unidos establece un mecanismo para obtener el consentimiento de un inversor a la presentación de demandas reconventionales³. Sin embargo, mientras que un mecanismo como tal marca una diferencia con los antiguos AII, su operatividad aún es limitada, ya que solamente puede ser invocado una vez que el inversor inicie un procedimiento arbitral. Más importante, no establecen el acceso de las víctimas a reparación. Por ejemplo, en *Burlington vs. Ecuador*, pese a no estar establecido expresamente en el TBI entre Ecuador y Estados Unidos, el tribunal arbitral aceptó la

³ Acuerdo Bilateral sobre la Promoción y Protección entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de los Emiratos Árabes Unidos <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5727/download>>



reconvencción presentada por Ecuador con respecto al daño ocasionado por el inversor al medio ambiente y la infraestructura, ordenando a Burlington el pago de 41 millones en compensación⁴. Sin embargo, la población que sufrió las consecuencias del daño ambiental no está facultada para instituir un arbitraje contra Burlington en virtud del TBI entre Ecuador y Estados Unidos.

Paralelamente, existe un interés renovado a nivel internacional en las iniciativas sobre responsabilidad empresarial y la responsabilidad de las empresas matrices. Estas iniciativas, que varían en términos de alcance y naturaleza, incluyen las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales, los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las empresas y los derechos humanos y la propuesta de un Instrumento Internacional Jurídicamente Vinculante sobre Empresas Transnacionales y otras Empresas con respecto a los Derechos Humanos⁵.

La evolución de los AII en torno a las obligaciones de los inversores, por un lado, y las iniciativas internacionales destinadas a mejorar la responsabilidad social empresarial de las EMN, por otro lado, parecen estar dirigiéndose hacia algún tipo de convergencia. En este contexto, los nuevos AII podrían servir como mecanismos para impulsar esta convergencia.

Tal como se señaló anteriormente, bajo los AII, los inversores deben demostrar su propiedad o control de una inversión cubierta. Esta conexión entre la inversión y el inversor, que es una de las condiciones para gozar de la protección de los AII, también podría operar de manera inversa. Dicho de otra forma, las víctimas de un daño civil deberían tener acceso a reparación frente a la empresa matriz ante los tribunales del Estado de origen en aquellos casos donde se demuestre que la empresa matriz tenía propiedad o control de la filial que dio lugar a la responsabilidad. La lógica que subyace a esta propuesta es sencilla. Si la EMN se beneficia de los derechos conferidos por un AII para proteger a sus filiales, a cambio deberían asumir la eventual responsabilidad que pueda surgir de dicha inversión.

El objetivo de esta propuesta consta de tres dimensiones. Primero, abordaría una de las principales deficiencias del marco de responsabilidad empresarial eludiendo los obstáculos jurídicos planteados por los principios de la separación de funciones corporativas y responsabilidad limitada. Por lo tanto, las víctimas de daño civil podrían alegar directamente sobre el fondo de la causa en lugar de pasar años litigando para determinar si el tribunal extranjero posee jurisdicción sobre el caso en cuestión. Segundo, brindaría un mecanismo efectivo para ejecutar la responsabilidad empresarial de las EMN mientras atiende las inquietudes expresadas con respecto a los AII. Tercero, serviría como incentivo para los países exportadores de capital para que ejerzan mayor control sobre las EMN bajo su jurisdicción.

El mecanismo para implementar esta propuesta es relativamente simple. Las partes contratantes de un AII podrían incorporar una cláusula para acordar otorgar jurisdicción ante sus tribunales a los demandantes de las otras partes que aleguen haber sufrido daños por una filial de propiedad o control de una empresa bajo su jurisdicción. En otras palabras, en virtud de esta cláusula, las partes de un AII otorgarían jurisdicción civil extraterritorial a sus tribunales por hechos alegados ocurridos en el Estado receptor. Resulta interesante que el Artículo 20 del Acuerdo Bilateral sobre la Promoción y Protección entre Marruecos y Nigeria⁶ y el Artículo 7.4 del nuevo modelo de TBI holandés contengan algunos de los elementos de la cláusula propuesta⁷.

Asimismo, una revisión de los casos presentados por víctimas de daño civil contra empresas matrices indica que estos casos generalmente involucran lesiones personales masivas producto de un daño ambiental o violaciones a los derechos humanos. Por esta razón y a fin de prevenir un abuso de una disposición que otorgue a las víctimas de daño civil el derecho a iniciar acciones legales contra una empresa matriz, es aconsejable especificar que los fundamentos para entablar dichas acciones se limiten a delitos graves.

Otro elemento que debería ser incorporado a la cláusula es el derecho aplicable, ya que esto no solo evitaría más litigios sino, y más importante, que este sería el marco jurídico para evaluar la responsabilidad de la

⁴ IISD, 'Ecuador otorgado USD41 millones en demanda de reconvencciones contra compañía de petróleo y gas de Estados Unidos, Burlington Resources' (26 de septiembre de 2017) <<https://www.iisd.org/itn/es/2017/09/26/ecuador-awarded-41-million-counterclaim-against-u-s-oil-gas-company-burlington-resources-matthew-levine/>> accedido el 15 de abril de 2020.

⁵ ACNUDH. (2018, 16 de julio) BORRADOR CERO: Instrumento Internacional Jurídicamente Vinculante sobre Empresas Transnacionales y otras Empresas con respecto a los Derechos Humanos <https://www.ohchr.org/documents/hrbodies/hrcouncil/wgtranscorp/session3/drafttbi.pdf>

⁶ <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5409/download>

⁷ 'New model text investment agreements' Ministerio holandés de Asuntos Exteriores <https://www.rijksoverheid.nl/ministeries/ministerie-van-buitenlandse-zaken/documenten/publicaties/2019/03/22/nieuwe-modeltekst-investeringsakkoord>



empresa matriz. Sobre este punto vale recordar que una de las razones que llevan a las víctimas de daño civil a iniciar acciones legales contra una empresa matriz es la percepción de que el sistema jurídico del Estado receptor es más favorable a sus intereses. Por consiguiente, sería recomendable introducir en la cláusula propuesta, lenguaje específico en torno a que el derecho aplicable sea el del Estado receptor o, alternativamente, dejar la decisión de elección del derecho aplicable a los demandantes extranjeros.

Vale destacar que a diferencia de otras ideas dirigidas a equilibrar los AII, tales como permitir el acceso de terceras partes a la ISDS, la propuesta descrita anteriormente no implica un cambio fundamental del régimen de inversión internacional. Procura construir en base a lo que parece ser una convergencia gradual entre la reforma progresiva de los AII y la creciente importancia que los Estados receptores de las EMN otorgan a la responsabilidad social empresarial tal como lo demuestra la adopción de legislación nacional, como es el caso de Francia⁸, y el desarrollo de instrumentos internacionales sobre esta materia.

En suma, los AII podrían convertirse en un mecanismo efectivo para abordar la responsabilidad limitada de las empresas matrices con respecto a sus filiales, mientras se equilibran los derechos y obligaciones de los inversores bajo estos instrumentos. La lógica que respalda esta propuesta es que, dado que se considera que las EMN están conectadas con sus filiales cuando buscan protección en virtud de los AII, esta misma conexión también debería ser reconocida cuando dichas filiales incurren en responsabilidad civil.

Autor

Pablo Agustín Escobar Ullauri es diplomático en Ecuador. Ha ocupado varios cargos en el Departamento de Economía del Ministerio de Asuntos Exteriores y Movilidad Humana de Ecuador a cargo de negociaciones de comercio e inversión. Posee un Master en Derecho Internacional Económico del World Trade Institute y un LL.M. del Graduate Institute of International and Development Studies.

⁸ Ley n° 2017-399 del 27 de marzo de 2017 sobre el Deber de Vigilancia de las Casas Matrices y Empresas Contratistas.



ARTÍCULO 2

El retorno del control de las inversiones como una herramienta de políticas

Jonathan Bonnitcha



Una de las tendencias más llamativas de las políticas de inversión durante la última década ha sido el aumento del uso del control de las inversiones como una herramienta de políticas, particularmente en las economías desarrolladas. Un ejemplo reciente es el nuevo marco de la UE para el control de las inversiones extranjeras directas, el cual entró en vigencia el 11 de octubre de 2020. La UE prevé una red que abarca los mecanismos nacionales de control de las inversiones en cada Estado Miembro de la UE¹. El Reglamento de la UE que establece este marco, estipula la coordinación y el intercambio de información entre los Estados Miembros, incluyendo un proceso por medio del cual la Comisión Europea y otros Estados Miembros pueden formular observaciones sobre una inversión sometida al control de un Estado Miembro². Varios requisitos nuevos, o mejorados, para el control de las inversiones han sido adoptados en varios otros países, incluyendo a los Estados Unidos, Canadá, Australia, el Reino Unido y Nueva Zelanda³. Pese a que esta tendencia

antecede a la crisis del COVID, se ha visto acelerada en respuesta a nuevas inquietudes sobre la inversión extranjera a raíz de la pandemia.

El control de las inversiones, a los fines de este artículo, se refiere a los requisitos bajo el derecho del Estado receptor tendientes a que los inversores extranjeros obtengan la aprobación antes de (o simultáneamente con) la realización de una nueva inversión, junto con los mecanismos institucionales asociados por medio de los cuales tal aprobación es otorgada o denegada. A diferencia de otras aprobaciones regulatorias que pueden exigirse para llevar a cabo un proyecto de inversión –tales como los permisos de construcción o arrendamientos mineros– el control de las inversiones se relaciona con la admisión de una nueva inversión extranjera. A menudo involucra la evaluación de posibles inversiones según criterios abstractos, tales como ‘la seguridad nacional’ o ‘el interés nacional’⁴. El marco de la UE establece el control en base a ‘la seguridad y el orden público’.

El control de las inversiones ha sido generalmente utilizado como una herramienta de políticas en los países en *desarrollo* antes de la década de 1990. Muchos países en desarrollo desmantelaron los requisitos de control y aprobación como parte de un cambio de políticas para lograr una mayor apertura a las inversiones extranjeras⁵. Por ejemplo, las primeras etapas de industrialización de Corea del Sur estuvieron caracterizadas por una actitud altamente restrictiva de la inversión extranjera, la cual se veía reflejada en un mecanismo transectorial de control de las inversiones. La Ley de Promoción de Inversiones Extranjeras de 1998 eliminó el requisito general de que toda nueva inversión extranjera tenga que obtener la aprobación del Gobierno⁶.

¹ La decisión de establecer un mecanismo de control de las inversiones recae dentro de la competencia exclusiva de cada Estado Miembro, pero la UE ha alentado a todos los Estados Miembros a establecer un mecanismo nacional de control de las inversiones y brinda apoyo a los Estados Miembros que procuren establecer tales mecanismos https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2019/june/tradoc_157945.pdf. Hasta el 4 de noviembre de 2020, 15 de los 27 Estados Miembros de la UE habían notificado a la Comisión la existencia de un mecanismo nacional de control de las inversiones https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2019/june/tradoc_157946.pdf

² Artículo 6 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:02019R0452-20200919&from=EN>

³ UNCTAD, *National Security-Related Screening Mechanisms for Foreign Investment: An Analysis of Recent Policy Developments* (UNCTAD 2019); OECD

⁴ UNCTAD, *National Security-Related Screening Mechanisms for Foreign Investment: An Analysis of Recent Policy Developments* (UNCTAD 2019) 2

⁵ Te Velde, *POLICIES TOWARDS FOREIGN DIRECT INVESTMENT IN DEVELOPING COUNTRIES: EMERGING BEST-PRACTICES AND OUTSTANDING ISSUES* (2001) págs. 17-18.

⁶ Nicolas, F., Thomsen S. y Bang M. (2013), “Lessons from Investment Policy Reform in Korea”, OECD Working Papers on International Investment, 2013/02, OECD Publishing. <http://dx.doi.org/10.1787/5k4376zqcpf1-en> p 20



El retorno del control de las inversiones difiere de lo ocurrido en la era anterior en el hecho de que los países profesan un alto grado de apertura a nuevas inversiones extranjeras. Por ejemplo, la política de inversión de Australia, la cual dispone el marco de control de las inversiones a cargo de la Junta de Revisión de Inversiones Extranjeras de Australia, comienza con la declaración: ‘El Gobierno australiano da la bienvenida a las inversiones extranjeras’⁷. Según la información que se encuentra públicamente disponible, al parecer sólo una pequeña proporción de inversiones extranjeras fue bloqueada como resultado de los controles⁸.

(También es probable que algunas propuestas posibles de inversión nunca despeguen del suelo debido al riesgo de ser bloqueadas producto de estos controles). No obstante, el retorno de los controles de inversión muestra que los Gobiernos están asumiendo un papel más activo para evaluar los costos y beneficios de la inversión extranjera analizando caso por caso, en lugar de simplemente asumir que todas las inversiones extranjeras son beneficiosas.

Disparadores y criterios de políticas en el control de las inversiones

Existen diferencias importantes entre el diseño y el funcionamiento de los mecanismos de control de las inversiones en los diferentes Estados. Una evaluación integral de los distintos mecanismos va más allá del alcance de este artículo⁹. Sin embargo, es posible identificar dos elementos principales que son comunes a la mayoría de los mecanismos de control de las inversiones.

El primer elemento clave es la serie de ‘disparadores’ que definen el ámbito de funcionamiento de un mecanismo de control. Una inversión propuesta que active un disparador determinado debe ser sometida a un proceso de control; una inversión propuesta que no cumpla con ninguno de los disparadores generalmente podrá seguir adelante sin ser evaluada o aprobada a través del proceso

de control. El segundo elemento clave es la especificación de los criterios de políticas por medio de los cuales la inversión propuesta, que recae dentro del ámbito de aplicación del mecanismo de control, será evaluada –por ejemplo, ‘la seguridad nacional’ o ‘el interés nacional’. Habitualmente existe una estrecha relación entre estos dos elementos. Una inversión extranjera propuesta en el sector militar o de defensa generalmente activará un mecanismo de control de inversiones que evaluará la inversión en base a criterios de seguridad nacional.

La variedad de disparadores para el control de las inversiones

Los diferentes mecanismos de control de las inversiones poseen diferentes series de disparadores, que a menudo funcionan en combinación unos con otros. Entre otros factores, los disparadores pueden estar relacionados con:

- El valor de la inversión propuesta;
- El sector donde se realiza la inversión propuesta;
- El origen (Estado de origen) de la inversión propuesta;
- Las características del inversor, particularmente si se trata de una empresa estatal o privada;
- El tipo de activos que son adquiridos –por ej. compra de tierras vs. compra de acciones en una empresa comercial; y
- En el caso de una inversión en una empresa comercial:
 - Si la inversión involucra la adquisición de una empresa existente o, alternativamente, el establecimiento de una nueva empresa;
 - El alcance de la propiedad/control sobre la empresa –por ej. una participación accionaria por encima del umbral del 10% puede requerir un control;
 - La cuota de mercado de un producto/servicio que estará bajo el control de la empresa. (Este factor es de particular importancia en los mecanismos de control de inversiones que incorporan la evaluación de inversiones sobre la base de políticas de competencia, tal como es el caso del Reino Unido bajo la Ley de Sociedades de 2002)¹⁰.

⁷ <https://firb.gov.au/guidance-resources/policy-documents>

⁸ Por ejemplo, la UNCTAD identifica veinte inversiones extranjeras conocidas en nueve Estados receptores que fueron bloqueadas o retiradas después de los controles en términos de seguridad nacional entre 2016 y septiembre de 2019. Durante el mismo período, varios miles de inversiones fueron otorgadas aprobación en estos mismos países. Y muchas más inversiones extranjeras habrían sido realizadas en cada uno de estos países sin activar los requisitos de control de inversiones. UNCTAD, *National Security-Related Screening Mechanisms for Foreign Investment: An Analysis of Recent Policy Developments* (UNCTAD 2019) Anexo I, Anexo II

⁹ Algunas firmas jurídicas han compilado resúmenes introductorios de los mecanismos de control de las inversiones de diferentes países. Véase, por ejemplo, DLA Piper ‘Multi-jurisdiction guide for screening of foreign investment’ (2019) https://www.dlapiper.com/-/media/files/insights/publications/2019/11/a00493_fdi_guide_v19.pdf Incluso esta revisión comparativa relativamente básica supera las 100 páginas.

¹⁰ Para un resumen, véase DLA Piper (n 9). El Reino Unido actualmente está proponiendo modificaciones para este mecanismo https://www.gov.uk/government/news/new-powers-to-protect-uk-from-malicious-investment-and-strengthen-economic-resilience?utm_source=3296e277-d0a4-44ec-9ff2-d6db10546512&utm_medium=email&utm_campaign=govuk-notifications&utm_content=immediate



Esta serie de disparadores refleja un conjunto de supuestos sobre los riesgos asociados con la inversión extranjera, incorporados en el funcionamiento de todo mecanismo de control en particular. En general, las inversiones en infraestructuras críticas de las cuales depende toda economía, las inversiones que crean o consolidan facultades de monopolio y las inversiones de las empresas estatales tienen mayor probabilidad de activar el funcionamiento de mecanismos de control de las inversiones.

Criterios de políticas aplicados al control de las inversiones

Una distinción entre los diferentes mecanismos de control de las inversiones reside entre aquellos que se enfocan únicamente en consideraciones de seguridad nacional, como sucede en el caso de los Estados Unidos, y aquellos que incorporan asuntos de interés más amplios, tal como es el caso de la prueba de ‘interés nacional’ aplicada en Australia y los criterios de ‘beneficios netos’ aplicados en Canadá¹¹. Sin embargo, en los últimos años, esta distinción se ha disipado a través de la adopción de conceptos más expansivos de seguridad nacional en los Estados donde el control se limita a las consideraciones de seguridad nacional.

Por ejemplo, en agosto de 2018, el Congreso de los Estados Unidos promulgó la Ley de Modernización de la Revisión de Riesgos de la Inversión Extranjera (FIRRMA, por sus siglas en inglés). FIRRMA establece el papel del Comité de Inversiones Extranjeras en Estados Unidos (CFIUS, por sus siglas en inglés) —el mecanismo de control de las inversiones de Estados Unidos. FIRRMA define el mandato básico del CFIUS de la misma manera que la legislación anterior:

El Comité de Inversiones Extranjeras en los Estados Unidos debe continuar revisando las transacciones con el objetivo de proteger la seguridad nacional y no debe revisar casos de interés nacional si no existe un nexo a la seguridad nacional¹².

Pero FIRRMA, en conjunto con las regulaciones para su implementación, cambia la forma en la cual la revisión del CFIUS funciona de manera significativa. Primero, requiere la presentación de declaraciones obligatorias al CFIUS para ciertas inversiones extranjeras

que involucran a una entidad en la que un Gobierno extranjero tenga un interés sustancial o una inversión de cualquier inversor en la industria estadounidense de ‘tecnologías críticas’¹³. Segundo, otorga al CFIUS facultades adicionales para revisar transacciones que involucran a una empresa estadounidense que ‘mantenga o recopile datos personales sensibles’¹⁴. El efecto combinado de estas modificaciones es expandir significativamente el ámbito de la seguridad nacional más allá de las cuestiones tradicionales relacionadas con la inversión en el sector de defensa e infraestructuras críticas. Cambios similares están en marcha en el Reino Unido, bajo el Proyecto de Ley de Inversión y Seguridad Nacional. El Gobierno del Reino Unido actualmente está conduciendo una consulta sobre la ampliación de los requisitos de notificar una inversión extranjera propuesta en el ámbito de los sectores de tecnología, comunicaciones e ‘infraestructura y datos’.

Más desarrollos en respuesta a la pandemia por el COVID

En marzo de 2020, la Comisión Europea emitió una Comunicación formal con nuevas orientaciones dirigidas a los Estados miembros en relación con el control las inversiones a la luz de la pandemia por el COVID. Tal como se menciona anteriormente, la Regulación de la UE sobre el Control de la IED prevé la revisión de la inversión extranjera a través de una red de mecanismos nacionales de control en concordancia con los criterios de políticas de ‘seguridad o el orden público’. Las orientaciones sobre el COVID no modifican formalmente estos criterios sino que, en cambio, alientan a los Estados Miembros que los interpreten ampliamente, teniendo en cuenta:

- El riesgo de tentativas de adquisición de capacidades sanitarias o de centros de investigación que ‘podrían tener efectos perjudiciales en la capacidad de la UE para cubrir las necesidades sanitarias de sus ciudadanos’; y
- El riesgo de venta de activos ‘infravalorados’ a inversores extranjeros más allá del sector de salud e investigación por parte de firmas europeas que enfrentan dificultades financieras temporales como resultado de la pandemia¹⁵.

¹³ Ibid § 1706.

¹⁴ § 1703 (4).

¹⁵ ‘Orientaciones dirigidas a los Estados miembros en relación con las inversiones extranjeras directas y la libre circulación de capitales de terceros países, así como la protección de los activos estratégicos de Europa, antes de la aplicación del Reglamento (UE) 2019/452 (Reglamento para el control de las inversiones extranjeras directas)’, C(2020) 1981 final, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52020XC0326%2803%29>

¹¹ UNCTAD, 9.

¹² Ley de Modernización de la Revisión de Riesgos de la Inversión Extranjera de 2018 (FIRRMA) § 1702 (9).



Las mismas consideraciones se encuentran reflejadas en las modificaciones de los disparadores del proceso de control de las inversiones en varios otros países¹⁶. Por ejemplo, Australia redujo temporalmente el disparador monetario para el control de las inversiones a \$0¹⁷, considerando las inquietudes sobre la venta de activos devaluados a compradores extranjeros oportunistas¹⁸. El efecto de este cambio es que cualquier inversión extranjera en Australia debe ser sometida al mecanismo de control de las inversiones de Australia por el momento. No obstante estos cambios, no está claro si alguna inversión extranjera en Australia o en cualquier otro lado ha sido bloqueada debido a las consideraciones relativas a la pandemia por el COVID.

Implicancias

El retorno de los mecanismos de control de las inversiones posee tres implicancias relacionadas. Primero, apunta a un mayor consenso de que todas las inversiones extranjeras no son igualmente beneficiosas. En lugar de maximizar la *cantidad* de inversión extranjera entrante, las políticas de inversión deberían enfocarse en maximizar sus beneficios. Controlar las nuevas inversiones extranjeras es un ejemplo de una herramienta de políticas más amplia para alcanzar este objetivo.

La segunda implicancia se relaciona con la importancia para los Estados de conservar el ‘espacio político’ necesario bajo los acuerdos internacionales para permitir el funcionamiento de los mecanismos de control de las inversiones. Varias disposiciones encontradas en los tratados posiblemente creen complicaciones legales para el funcionamiento de dichos mecanismos, que incluyen:

- **Disposiciones de trato nacional y nación más favorecida**, siempre y cuando estas disposiciones de tratado sean aplicadas en la fase de pre-establecimiento.
- **Prohibiciones sobre el uso de requisitos de desempeño**. Muchos mecanismos de control de las inversiones poseen la facultad de aprobar condicionalmente, además del poder de bloquear, una inversión extranjera. Las condiciones anexadas a la aprobación de la inversión extranjera pueden

incluir requisitos relativos a la estructura de gestión, empleo y provisión de prácticas de inversión, entre otros. Estas disposiciones posiblemente no concuerden con las prohibiciones generales sobre los requisitos de desempeño encontradas en algunos tratados de inversión.

- **Disposiciones sobre expropiación**. En algunos países, los inversores extranjeros no tienen que obtener aprobación antes de realizar una nueva inversión, pero el mecanismo de control tiene la facultad de hacer un llamado a, en inglés ‘*call in*’, – es decir, forzar la desinversión– las inversiones que posteriormente son identificadas como que afectan la seguridad nacional. Este es el modelo propuesto por el Proyecto de Ley Nacional de Inversión y Seguridad Nacional del Reino Unido. En ausencia de excepciones apropiadas, un tribunal arbitral podría caracterizar el ejercicio de las facultades de hacer estos llamados o *call in* como una expropiación que requiera compensación bajo un tratado de inversión. Este tema casi no ha recibido atención hasta la fecha, aunque las facultades de hacer llamados o *call in* no son exclusivos a los mecanismos de control de las inversiones del Reino Unido.

Tercero, muchas de las inquietudes que ahora están siendo abordadas por el control de las inversiones no fueron previstas ni siquiera una década atrás. Esto sucede tanto en la serie de transacciones que ahora se considera que afectan la seguridad nacional de alguna manera, como las inquietudes relativas a la seguridad interna de suministro en el sector de salud y venta de activos devaluados a raíz de la pandemia COVID. En las próximas décadas, las políticas de inversión posiblemente tengan que lidiar con nuevos asuntos que ahora son difíciles de predecir. Esta es otra razón para garantizar que los tratados que están siendo negociados actualmente no atenen de manos a los Gobiernos de manera indebida en el futuro.

Autor

Jonathan Bonnitche es Asociado del Programa de Derecho y Políticas Económicas basado en Sidney, Australia. También es profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad de New South Wales.

¹⁶ OECD, Investment screening in times of COVID – and beyond’ (2020) p3

¹⁷ <https://firb.gov.au/guidance-resources/guidance-notes/gn53>

¹⁸ <https://firb.gov.au/qa-temporary-changes-foreign-investment-framework>



ARTÍCULO 3

¿Las declaraciones interpretativas son instrumentos apropiados para evitar la incertidumbre jurídica? Los casos del TBI entre Colombia y Francia y el TLC entre Colombia e Israel

Carolina Olarte-Bacares, Enrique Prieto-Ríos y Juan P. Pontón-Serra



Antecedentes: Revisión Constitucional y los Acuerdos Internacionales de Inversión

Según la Constitución colombiana, la Corte Constitucional debe evaluar la constitucionalidad de todos los tratados internacionales luego de la firma y antes de la ratificación. De esta manera, si la Corte dictamina que todo el tratado o una de sus cláusulas es inconstitucional, no puede entrar en vigencia en su totalidad¹. En 2019, la Corte Constitucional colombiana dictó las sentencias C-252² y C-254³, relacionadas con el control de la constitucionalidad del TBI firmado con Francia en 2014 y del TLC firmado con Israel en 2013, respectivamente⁴.

Estas dos sentencias fueron consideradas como decisiones históricas⁵ por tres razones principales. Primero, la Corte consideró que había suficientes razones para abandonar la norma de revisión indulgente que ha caracterizado el control de constitucionalidad conducido con respecto a anteriores AII en favor de una norma más estricta de revisión, evaluando los tratados desde el punto de vista de la razonabilidad⁶. Segundo, la Corte utilizó los laudos arbitrales para entender el alcance y contenido de cada cláusula. Tercero, fue la primera vez que la Corte condicionó la constitucionalidad de varias disposiciones a la emisión de declaraciones interpretativas conjuntas donde se aclara su alcance y contenido. Sin embargo, la metodología de la Corte ha suscitado diferentes inquietudes⁷, una de las cuales es si las declaraciones interpretativas conjuntas eran medios idóneos bajo el derecho internacional para tratar las inquietudes de la Corte con respecto a la constitucionalidad.

Las declaraciones interpretativas conjuntas

La Corte Constitucional determinó, en la sentencia C-252 (TBI entre Francia y Colombia), que varias disposiciones de dicho tratado; en primer lugar, admitían interpretaciones contrarias a la Constitución, y, en particular, a los principios de igualdad, certeza jurídica y soberanía nacional y, en segundo lugar, que afectaban la competencia de autoridades nacionales. Por consiguiente,

¹ “Constitución Política de Colombia” (1991) art. 141:10; http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html.

² Para un análisis más detallado de la sentencia C-252, véase Federico Suárez Ricaurte, “Judgment C-252 of 2019 of the Constitutional Court of Colombia: Change of Precedent on the Control of BITs”, IISD, *Investment Treaty News* (blog), 19 de septiembre, 2019, <https://rspace.iisd.org/itm/2019/09/19/judgment-c-252-of-2019-of-the-constitutional-court-of-colombia-change-of-precedent-on-the-control-of-bits-federico-suarez-ricaurte/>; la versión original en español de la sentencia C-252 está disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/c-252-19.htm>.

³ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-254 de 2019, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/C-254-19.htm>

⁴ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-252 de 2019 (Magistrado Ponente: Carlos Bernal Pulido 6 de junio, 2019); Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-254 de 2019 (Magistrado Sustanciador: José Fernando Reyes Cuartas 6 de junio, 2019).

⁵ Rafael Tamayo-Alvarez, “Constitutionality of the Colombia-France Bilateral Investment Treaty,” *American Journal of International Law* 114, no. 3 (2020): 475.

⁶ Según la sentencia C-252, esto implica verificar (i) que las finalidades globales y de cada una de las cláusulas del tratado resulten legítimas, y (ii) que las medidas individualmente previstas en dicho instrumento, sean idóneas, y que contribuirán a alcanzar sus finalidades (Sentencia C-252 de 2019, párrafo 65).

⁷ Alejandro Linares Cantillo, Aclaración de voto y salvamento parcial de voto a la Sentencia C-252/19 (6 de junio, 2019); Diana Fajardo Rivera, Salvamento parcial de voto a la Sentencia C-252/19 (6 de junio, 2019); Eduardo Zuleta y María Camila Rincón, “Colombia’s Constitutional Court Conditions Ratification of the Colombia-France BIT to the Interpretation of Several Provisions of the Treaty,” *Wolters Kluwer, Kluwer Arbitration Blog* (blog), 4 de julio, 2019, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/07/04/colombias-constitutional-court-conditions-ratification-of-the-colombia-france-bit-to-the-interpretation-of-several-provisions-of-the-treaty/>; Rafael Tamayo-Alvarez, “Constitutionality of the Colombia-France Bilateral Investment Treaty,” *American Journal of International Law* 114, no. 3 (2020): 471–78.



la Corte procuró, a través de declaraciones interpretativas conjuntas, (i) evitar el otorgamiento de un trato más favorable injustificado a los inversionistas extranjeros con respecto a los inversionistas nacionales, (ii) aclarar los aspectos vagos de la disposición de TJE, y (iii) definir el ámbito de aplicación y contenido de expresiones tales como “*inter alia*”, “trato”, “en situaciones similares”, “expectativas legítimas” y “necesarias y proporcionales”⁸, contenidas en las disposiciones sobre NMF, TJE y expropiación indirecta del TBI⁹. Luego de la sentencia, el 5 de agosto de 2020, Francia y Colombia firmaron las declaraciones interpretativas conjuntas; cuyas disposiciones más relevantes son las siguientes:

1. “El Acuerdo no dará lugar al otorgamiento de un trato más favorable injustificado a los inversionistas extranjeros con respecto a los inversionistas nacionales”.
4. “Las expectativas legítimas [...] se refieren a si una Parte Contratante se había dirigido específicamente a un inversionista para inducirle a realizar una inversión, creando unas expectativas razonables que motiven la decisión de este último de realizar o mantener la inversión y que, sin embargo, acaben siendo frustradas por dicha Parte Contratante”.
6. “Sin perjuicio del párrafo 4 del artículo 5 del Acuerdo, las obligaciones sustantivas previstas en otros [AII] y en otros acuerdos comerciales celebrados entre las Partes Contratantes no constituyen en sí mismas un ‘trato’ en relación con el principio de nación más favorecida, por lo que no podrán dar lugar a un incumplimiento de dicho artículo [...]”.
7. Se determinará si una medida es necesaria y proporcional “[...] mediante un análisis realizado para cada caso, en el que se tendrá en consideración la existencia de alternativas apropiadas razonablemente disponibles a la luz de las circunstancias y la relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la importancia del objetivo perseguido. Se entiende que una medida no será proporcional si su impacto es tan grave a la luz del objetivo perseguido que parece manifiestamente excesiva”¹⁰.

En el caso del TLC con Israel, la Corte Constitucional siguió la misma norma de revisión establecida en la sentencia sobre el TBI entre Francia y Colombia (C-252). Planteó objeciones a determinadas disposiciones del capítulo de inversión citando directamente algunas de las consideraciones presentadas en la sentencia C-252 y solicitó a ambos Gobiernos que realizaran declaraciones interpretativas conjuntas. Como resultado de esta sentencia, Israel y Colombia acordaron una declaración interpretativa conjunta negociada durante abril y mayo del 2020.

Los párrafos 1 y 2 de esta interpretación conjunta son análogos a los párrafos 1 y 6 de la interpretación conjunta sobre el TBI entre Francia y Colombia, respectivamente¹¹. Asimismo, la interpretación aborda la expresión “expectativas razonables” estableciendo que:

3. Determinar si la expectativa es razonable dependerá “de factores como si el gobierno proporcionó al inversionista garantías obligatorias y por escrito y la extensión de la regulación gubernamental o la potencial regulación gubernamental en el sector respectivo”¹².

Las declaraciones interpretativas conjuntas a la luz de las sentencias C-252 y C-254 y del derecho internacional público: ¿son modificaciones en vez de interpretaciones?

La decisión de la Corte de solicitar declaraciones interpretativas conjuntas puede explicarse por el hecho de que los Acuerdos Internacionales de Inversión (AII) son encriptados. El término “encriptación” ha sido utilizado anteriormente para describir la “relación dialéctica entre los tecnicismos y la vaguedad” que caracteriza al Derecho Internacional de las Inversiones (DII), específicamente a los AII y laudos, y que excluye la participación pública y la rendición de cuentas pública¹³.

⁸ Sentencia C-252, nota 6 *supra*.

⁹ “Acuerdo entre la República de Colombia y la República Francesa sobre el Fomento y Protección Recíprocos de Inversiones” (2014), http://apw.cancilleria.gov.co/Tratados/adjuntosTratados/6F5A7_FRANCIA_B-ACUERDOFOMENTOYPROTECCIONINVERSIONES2014-TEXTO.PDF

¹⁰ “Declaración Interpretativa Conjunta entre la República de Colombia y la República Francesa sobre el Acuerdo sobre el Fomento y Protección Recíprocos de Inversiones entre Colombia y Francia, suscrito el 10 de julio de 2014” (2020) http://apw.cancilleria.gov.co/Tratados/adjuntosTratados/17523_DECLARACION%20N%20INTERPRETATIVA%20CONJUNTA%20APRI%20FRANCIA.PDF

¹¹ “Declaración Interpretativa Conjunta entre la República de Colombia y el Estado de Israel con respecto al Tratado de Libre Comercio entre Colombia e Israel, suscrito el 30 de septiembre, 2013” (2020) (la versión original en español está disponible en: http://apw.cancilleria.gov.co/Tratados/adjuntosTratados/C7994_DECLARACION%20N%20INTERPRETATIVA%20CONJUNTA%20AL%20TLC%20CON%20ISRAEL.PDF).

¹² Declaración interpretativa conjunta, nota 34 *supra*, párrafo 3.

¹³ Enrique Prieto-Ríos, “Encrypted International Investment Law in the Age of Neo-Colonialism”, en *Decrypting Power*, ed. Ricardo Sanín-Restrepo (Rowman y Littlefield Publishers, 2018).



No obstante, resulta dudoso si las declaraciones interpretativas efectivamente descriptan los tratados y resuelven cabalmente algunas de las inquietudes expresadas por la Corte Constitucional. Como por ejemplo, el párrafo 1 de la interpretación sobre el TBI entre Francia y Colombia, el cual procura evitar un trato favorable “injustificado” a los inversores extranjeros con respecto a los inversores nacionales, de hecho, no resuelve el problema. El término “injustificado” no fue definido ni en la sentencia C-252 ni en la declaración interpretativa. Sin embargo, el TBI en sí mismo, que ahora es parte del sistema jurídico colombiano, podría ser considerado tanto por las autoridades nacionales como por los tribunales arbitrales como una justificación para tratar a los inversores extranjeros de manera más favorable que a los inversores nacionales.

Otras disposiciones no resuelven el problema de la ambigüedad y, en algunos casos, lo empeoran. Por ejemplo, el párrafo 4 de la interpretación sobre el TBI entre Colombia y Francia es circular ya que define las “expectativas legítimas” haciendo referencia a “expectativas razonables”. Similarmente, el párrafo 3 de la interpretación sobre el TLC con Israel no define adecuadamente las “expectativas razonables”, ya que incluye la expresión “factores como” antes de mencionar la conducta estatal que crearía tales expectativas. Esta expresión abre la posibilidad a que otras acciones estatales, no mencionadas en la interpretación conjunta, puedan ser consideradas de manera que generen expectativas razonables.

Además, dada la redacción exacta de las condiciones de la Corte sobre los tratados, se plantearon algunas inquietudes en torno a la naturaleza de las declaraciones subyacentes que fueron solicitadas por la Corte Constitucional. Específicamente, éstas se relacionan con que si algunas de las solicitudes de la Corte, e incluidas en las declaraciones interpretativas conjuntas, eran cambios sustanciales a los tratados que constituyen una enmienda real y no meras interpretaciones del instrumento legal. En el escenario de una modificación, los tratados requerirían la renegociación de sus términos¹⁴, o incluso de las reservas¹⁵, no obstante su naturaleza bilateral.

Mientras que la Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados de la CDI de 2011 establece que la interpretación resultante de una declaración interpretativa de un tratado bilateral hecha por un Estado o una organización internacional parte en el tratado y aceptada por la otra parte “constituye una interpretación auténtica de ese tratado”¹⁶, el Proyecto de Conclusiones sobre los Acuerdos Ulteriores y Práctica Ulterior en relación con la Interpretación de los Tratados de la CDI de 2013 establece que los acuerdos ulteriores sobre el entendimiento de las partes en cuanto al significado del tratado son “medios auténticos de interpretación”¹⁷ lo cual “no implica que esos medios surtan necesariamente efectos concluyentes o jurídicamente vinculantes”¹⁸, contrariamente a una “interpretación auténtica”¹⁹. Esto marca una distinción entre una interpretación y una modificación del tratado fundamental. La respuesta a esta pregunta puede surtir efectos a nivel internacional, dado que los tribunales otorgarían a las declaraciones un peso diferente dependiendo de su naturaleza. Además, tendrá un efecto a nivel interno constitucional, ya que, si la declaración conjunta constituye una modificación, tendría que ser sometida al mismo proceso de ratificación que los tratados. Es preciso recordar que la aceptación de los tribunales arbitrales de la interpretación de la Comisión de Libre Comercio sobre el TLCAN destinada a limitar el alcance del NMT dependía principalmente de si era considerada una interpretación razonable o como una modificación, la cual fue ampliamente ignorada²⁰.

¹⁴ Zuleta y Rincón, nota 9 *supra*.

¹⁵ Linares Catillo, nota 9 *supra*.

¹⁶ Asamblea General, “Reservas a los Tratados. Texto y Título de las Directrices que componen la Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados, tal como fue Finalizada por el Grupo de Trabajo sobre Reservas a los Tratados desde el 26 al 29 de abril, y el 4, 5, 6, 10, 11, 12, 17 y 18 de mayo de 2011,” A/CN.4/L.779 § (2011) Directriz 1.6.3.

¹⁷ Asamblea General, “Acuerdos Ulteriores y Práctica Ulterior en relación con la Interpretación de los Tratados. Texto de los Proyectos de Conclusión 1 a 5 Aprobados Provisionalmente por el Comité de Redacción en el 65° Período de Sesiones de la Comisión de Derecho Internacional. 6 de mayo - 7 de junio y 8 de julio - 9 de agosto, 2013.”, A/CN.4/L.813 § (2013) Proyecto de conclusión 4.

¹⁸ Asamblea General, “Informe de la Comisión de Derecho Internacional. 65° período de sesiones. Acuerdos Ulteriores y Práctica Ulterior en relación con la Interpretación de los Tratados”. (2013), 22.

¹⁹ David Gaukrodger, “The Legal Framework Applicable to Joint Interpretive Agreements of Investment Treaties,” *OECD Working Papers on International Investment*, 10 de febrero, 2016, <https://doi.org/10.1787/5jm3xgt6f29w-en>.

²⁰ Véase por ejemplo, Charles H. II Brower, “Why the FTC Notes of Interpretation Constitute a Partial Amendment of NAFTA Article 1105,” *Virginia Journal of International Law* 46, no. 2 (2005): 349.



Conclusión

Desde el punto de vista constitucional e internacional, parece que las declaraciones interpretativas conjuntas sobre ambos tratados no son suficientes para superar la encriptación y la incertidumbre que rodea al DII. Si bien la Corte Constitucional estaba en lo cierto al perseguir una revisión de la constitucionalidad de los tratados aquí discutidos, los medios más apropiados para implementarlos aun no fueron encontrados.

Autores

Carolina Olarte-Bacares es Decana de la Facultad de Derecho –Pontificia Universidad Javeriana (Bogotá, Colombia). Posee un doctorado en Derecho de la Universidad Paris 1 Panthéon-Sorbonne.

Enrique Prieto-Ríos es Profesor Adjunto, Director del Grupo de Investigación en Derecho Internacional y Director de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia). Posee un doctorado en Derecho de Birkbeck – Universidad de Londres.

Juan P. Pontón-Serra es Investigador Junior en la Facultad de Derecho de la Universidad del Rosario. Posee un título de posgrado en Derecho Internacional de la Universidad Paris 1 Panthéon-Sorbonne.



ARTÍCULO 4

¿El régimen de los tratados de inversión promueve la buena gobernanza? El caso de la minería en Santurbán, Colombia.

Anna Sands



Los defensores del régimen de los tratados de inversión a menudo argumentan que fomenta la buena gobernanza y el estado de derecho en los países donde rige este régimen. Estiman que el riesgo de recibir demandas de inversión incentiva a los Estados a crear procedimientos justos y coherentes para los inversores extranjeros que luego tendrán efectos indirectos positivos para la población en general. Sin embargo, hay muy pocos estudios que prueben empíricamente esta proposición. Mi estudio sobre las inversiones en minería en el páramo de Santurbán¹, en Colombia, muestra que la concepción de la buena gobernanza promovida por el arbitraje de inversión está incompleta. Al priorizar las expectativas legítimas y la previsibilidad, no se otorga suficiente atención a los sistemas de frenos y contrapesos (*checks and balances*) de poder de los Estados receptores, y particularmente al papel del poder judicial. Incluso se puede asumir que el poder judicial en los países en desarrollo se encuentra politizado o es débil por defecto. El estudio sobre Santurbán demuestra que, para entender cabalmente el efecto del régimen de inversión en la buena gobernanza, es preciso considerar los frenos y contrapesos de poder junto con la previsibilidad del sistema jurídico.

¹ Un ecosistema alpino.

La lógica de la buena gobernanza

La promoción de la buena gobernanza y el estado de derecho frecuentemente es invocada como la lógica del régimen de los tratados de inversión. Los defensores del arbitraje de inversión alegan que su existencia incentiva la reforma de los sistemas jurídicos internos en los países en desarrollo, y que los estándares impuestos sobre los inversores garantizan la previsibilidad y coherencia en la toma de decisiones de los tribunales nacionales². Esta justificación también ha sido planteada por los tribunales de inversión. Tal como lo analizó Sattorova³, en una serie de laudos de tribunales arbitrales se ha proclamado que la transparencia, estabilidad, previsibilidad y coherencia son elementos del estándar de TJE⁴. En el caso Occidental, por ejemplo, Ecuador fue demandado por la denegación de reembolsos impositivos a un inversor extranjero⁵. La agencia tributaria de este país había anulado el otorgamiento de reembolsos, al concluir que estaba basada en una interpretación errónea del derecho tributario. El tribunal arbitral determinó que había una obligación internacional de no alterar el ambiente jurídico y comercial donde la inversión fue realizada, la cual fue incumplida por Ecuador a través de su agencia tributaria. En este y otros casos, los tribunales interpretaron que el estándar de TJE comprende no solo una norma procesal sobre la claridad de las modificaciones al marco jurídico, sino también un requisito sustantivo de estabilidad jurídica.

² Dolzer, R. (2005). *The impact of international investment treaties on domestic administrative law*. Universidad de Nueva York, Journal of International Law and Politics, 37(4), 953–972.; Muchlinski, P., Ortino, F. y Schreuer, C. (2008). Prefacio. En *The Oxford Handbook of International Investment Law*. Oxford University Press.

³ Sattorova, M. (2018). *The impact of investment treaty law on host states electronic resource: Enabling good governance?* Hart Publishing.

⁴ Metalclad Corporation vs. Los Estados Unidos Mexicanos, ARB(AF)/97/1 (CIADI 2001). <https://www.italaw.com/cases/671>; Occidental Petroleum Corporation y Occidental Exploration and Production Company vs. La República de Ecuador, No. ARB/06/11 (CIADI 2015). <https://www.italaw.com/cases/767>; Técnicas Medioambientales Tecmed, S. A. vs. Los Estados Unidos Mexicanos, ARN(AF)/00/2 (CIADI 2003). <https://www.italaw.com/cases/1087>

⁵ Occidental Exploration and Production Company vs. La República de Ecuador, Caso del CIADI No. ARB/06/11



La necesidad de la prueba empírica

Si bien la “lógica de la buena gobernanza” juega un papel importante en las decisiones arbitrales y los debates sobre políticas, se han realizado pocas pruebas empíricas de la proposición de que recurrir al arbitraje de inversión mejora la buena gobernanza y el estado de derecho. Los pocos estudios realizados sobre este tema han cuestionado la validez de tales argumentos, principalmente debido a la conclusión de que muchos funcionarios de los países estudiados tienen poca conciencia sobre las implicancias de los tratados de inversión⁶.

También existe la necesidad de debatir más sobre el papel que desempeña el poder judicial a nivel interno con respecto a las demandas de tratados de inversión. Generalmente, la “lógica de la buena gobernanza” asume que el poder judicial nacional de los países en desarrollo es débil y probablemente se encuentre politizado; y aun así ha habido una tendencia general, en América Latina y alrededor del mundo, en que los tribunales se apartan de convenciones formalistas y asumen una postura más activista para proteger los derechos constitucionales⁷. En América Latina, los tribunales han adquirido mayor relevancia como actores políticos⁸. Esto ha sucedido en parte gracias a litigantes activistas que realzan el papel de los tribunales como protectores de los derechos humanos, y esto ha sido apoyado en mayor medida por el desarrollo de protecciones para los tribunales frente a la presión política⁹. La percepción de los órganos judiciales en América Latina como débiles por defecto y requerir su sustitución por un órgano internacional de arbitraje es una idea perimida y no da espacio para que los poderes judiciales internos cumplan con su papel de preservar el estado de derecho.

Mi investigación sobre minería en el páramo de Santurbán contribuye a subsanar estos vacíos en la literatura sobre los tratados de inversión y la buena gobernanza a través de un estudio empírico de las interacciones entre un poder judicial interno y el arbitraje de inversión.

⁶ Bonnitcha, J. (2019). *The Impact of Investment Treaties on Domestic Governance in Myanmar* (SSRN Scholarly Paper ID 3644056). Social Science Research Network. <https://doi.org/10.2139/ssrn.3644056>; Sattorova, M. (2018). *The impact of investment treaty law on host states electronic resource*: Enabling good governance? Hart Publishing.

⁷ Gargarella, R., Domingo, P. y Roux, T. (2006). *Courts and social transformation in new democracies: An institutional voice for the poor?* Ashgate.; Rodríguez-Garavito, C. (2011). Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America. *Texas Law Review*, 89(7), 1669–1698.

⁸ Helmke, G. y Figueroa, J. R. (2013). *Courts in Latin America*. Cambridge University Press.

⁹ Gonzalez-Ocantos, E. (2019). *Courts in Latin American Politics*. En G. Prevost y H. Vandem (Eds.), *The Oxford Encyclopedia of Latin American Politics*. Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/acrefore/9780190228637.013.1680>; Rios-Figueroa, J. (2013). *Institutions for Constitutional Justice in Latin America*. En *Courts in Latin America* (pp. 27–55). Cambridge University Press.

La historia de Santurbán

El páramo es un ecosistema de tierras altas, único en los Andes, que alberga biodiversidad importante y es una fuente valiosa de agua dulce. Resulta que muchos de los páramos colombianos yacen sobre reservas de oro y minerales. Durante la administración de Uribe (2002–2010), atraer la inversión extranjera a las industrias extractivas era la principal prioridad, y muchas empresas mineras multinacionales iniciaron actividades en estas áreas. Esto creó una situación complicada para el Gobierno de Santos (2010–2018) que, si bien apoyaba a las industrias extractivas, procuraba brindar más protección ambiental a los páramos. Santurbán, tradicionalmente una región minera, es un caso particularmente difícil. Fuertes grupos de la sociedad civil de las ciudades que rodean al páramo se oponen a la minería a gran escala, mientras que las personas que viven en el páramo dependen de alguna u otra manera de la minería para obtener sus medios de vida.

El Gobierno se dispuso a delimitar los páramos y prohibir la minería dentro de los mismos. No obstante, esta prohibición incluyó una cláusula de extinción que permitía continuar operando a aquellos que ya habían obtenido licencias mineras¹⁰. La Corte Constitucional concluyó que esta cláusula era inconstitucional y que creaba una prohibición inmediata de la minería¹¹. Los jueces sabían que esto podría suscitar demandas de inversión –de hecho, fue una de las principales razones para la disidencia del Juez Linares, donde presentó argumentos sobre la cláusula de extinción.

Por consiguiente, las empresas mineras entablaron demandas de inversión contra el Estado colombiano. Basaron sus demandas, inter *alia*, en la falta de certeza jurídica en torno a la delimitación de los páramos¹².

El estudio de Santurbán analiza las diferentes etapas de la toma de decisiones que llevaron a la prohibición de la minería, y está basado en más de 30 entrevistas con funcionarios, jueces y representantes de la sociedad civil, conducidas durante dos meses en trabajo de

¹⁰ Ley 1450 por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2010–2014, 90 (2011). <https://www.dnp.gov.co/DNP/Plan-Nacional-de-Desarrollo/Paginas/Planes-de-Desarrollo-anteriores.aspx>

¹¹ C035–16, (Corte Constitucional de Colombia 2016). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/c-035-16.htm>

¹² Eco Oro Minerals Corp. vs. La República de Colombia, Caso del CIADI No. ARB/16/41.; Red Eagle Exploration Limited vs. La República de Colombia, Caso del CIADI No. ARB/18/12.; Galway Gold Inc. vs. La República de Colombia, Caso del CIADI No. ARB/18/13.



campo en Colombia. Un análisis detallado del proceso de toma de decisiones arroja luz sobre los efectos que el arbitraje de inversión puede tener sobre la buena gobernanza en la práctica, en particular en torno al papel del poder judicial nacional.

Un concepto incompleto de buena gobernanza/Estado de Derecho

Contrario a las conclusiones de otros estudios empíricos sobre el impacto de los tratados de inversión, los funcionarios y jueces involucrados en el caso Santurbán generalmente han tenido un alto nivel de conciencia sobre la ley de inversiones y sus implicancias. Además, Colombia estableció programas para capacitar a funcionarios estatales sobre el derecho de inversiones, como parte de una estrategia más amplia para crear un ambiente jurídico estable¹³. El riesgo de las demandas de arbitraje fue debatido en la Corte Constitucional, pero la mayoría de los jueces no consideró que esta fuera una razón válida para permitir la minería en los *páramos*; en cambio, fundaron su decisión de prohibir esta actividad en base a principios constitucionales. Los jueces que entrevisté me dijeron que hubo debates acalorados sobre el riesgo de que la prohibición propuesta generase demandas internacionales. No obstante, la mayoría de los jueces no estimó el riesgo de arbitrajes como una consideración relevante. Determinaron que su papel era el de brindar un contrapeso a la perspectiva a corto plazo de aquellos que se encuentran en el poder adoptando una visión más a largo plazo del problema constitucional (párrafo 176 de la sentencia). Por lo tanto, los efectos a corto plazo —el riesgo de arbitraje— podría ser omitido si la protección de los derechos constitucionales así lo requiere.

Las empresas mineras que demandan a Colombia reclaman que sus expectativas legítimas fueron violadas debido a la incertidumbre, inestabilidad e imprevisibilidad del marco legal de Colombia. Sin embargo, el estudio de caso demuestra que cualquier falta de previsibilidad involucrada en el proceso de regular no se debía a instituciones débiles e incompetentes. En cambio, la modificación de políticas se debió a instituciones sólidas, que fueron capaces de ejercer un juicio de manera independiente. La Corte Constitucional tomó decisiones que controlaban el poder del Gobierno. Muchos autores

que escriben sobre el estado de derecho argumentan que un poder judicial independiente es uno de sus componentes esenciales¹⁴. Para que el régimen de tratados de inversión respalde plenamente el estado de derecho, es necesario que reconozca que puede haber casos donde el correcto funcionamiento de un poder judicial independiente, que involucra la revisión de leyes creadas por las otras ramas del Estado, de alguna manera puede generar menos estabilidad y previsibilidad del régimen jurídico que rige los derechos del inversor. Por lo tanto, la “lógica de la buena gobernanza”, al estar basada en la presunción de que los poderes judiciales son débiles e ineficientes, ignora la posibilidad de que el proceso de formulación de leyes podría llevar a resultados menos previsibles (creando, así, incertidumbre jurídica) precisamente debido a que los poderes judiciales son fuertes y hacen su trabajo.

La necesidad de considerar el control y equilibrio

El impacto del régimen de los tratados de inversión sobre el estado de derecho y la buena gobernanza variará según el contexto; para entenderlo mejor, necesitamos probarlo empíricamente. El caso Santurbán destaca el papel crucial que juega el poder judicial nacional, que no se encuentra suficientemente reconocido en el debate de la buena gobernanza y el estado de derecho por los tribunales arbitrales. Muestra que los conceptos de buena gobernanza y estado de derecho en las decisiones de los tribunales arbitrales están incompletos, ya que no consideran la importancia del control y equilibrio de poder en el proceso de toma de decisiones de un Estado. El pleno entendimiento de estos conceptos reconocería que en ocasiones el control del ejercicio de poder puede justificadamente llevar a una menor estabilidad o previsibilidad del marco legal.

Autor

Anna Sands es especialista en políticas de comercio del WWF del Reino Unido. También colabora con el Programa de Gobernanza Económica Global de la Facultad de Administración Pública Blavatnik. Posee un MPhil en Estudios de Desarrollo y su investigación de MPhil se enfocó en los efectos empíricos del arbitraje de inversión en las elecciones de políticas públicas.

¹³ CONPES. (2010). *Consejo Nacional de Política Económica y Social*, Doc. 36842 de 2010.

¹⁴ Bingham, T. H. (2011). *The rule of law*. Penguin.; Raz, J. (1979). *The authority of law*. Oxford University Press.



ARTÍCULO 5

Nacionalidad de inversores corporativos y reforma de los tratados de inversión: ¿Pueden los tratados de antigua generación menoscabar las reformas sustantivas?

Anil Yilmaz Vastardis



Consultando la base de datos sobre la solución de controversias de inversión de la UNCTAD, se puede detectar, incluso sin leer los laudos o decisiones, que algunas empresas que, según se sabe públicamente, son nacionales corporativos de un Estado en particular buscan la protección de los tratados de inversión de otros Estados. Por ejemplo, la base de datos de la UNCTAD muestra una demanda entablada por Chevron contra Filipinas en 2019¹. Se podría esperar que esta demanda haya sido presentada en virtud del tratado de inversión entre los Estados Unidos y Filipinas, ya que Chevron Corporation está constituida y su sede central es en los Estados Unidos. Pero lo que se desprende de la base de datos de acuerdos de inversión de la UNCTAD es que no existe ningún tratado de inversión entre estos dos países. En cambio, Chevron entabló esta demanda bajo el tratado de inversión entre Filipinas y Suiza utilizando su filial suiza, Chevron Overseas Finance GmbH.

Un inversor, nacionalidades convenientes

Esta práctica de *shopping* de nacionalidades es relativamente común y ampliamente permitida en la práctica de los tratados de inversión. Esto se ve posibilitado por los textos de los tratados de inversión y generosas interpretaciones arbitrales sobre el vínculo

de una empresa con su supuesto Estado de origen². En el ejemplo de Chevron, si bien ciertamente posee presencia corporativa en Suiza, a través de la cual puede haber canalizado sus inversiones a Filipinas, la cuestión a determinar es si este solo hecho convierte a Chevron en un inversor suizo. El tratado de inversión en cuestión define al 'inversor' suizo protegido incluyendo a una empresa constituida de conformidad con el derecho suizo. Según esta definición, Chevron en Filipinas es un inversor suizo y no un inversor estadounidense. Sin embargo, en dos demandas anteriores relativas a tratados de inversión entabladas por Chevron contra Ecuador, esta empresa se constituyó como un inversor estadounidense³. No se trata de una instancia aislada. En su demanda de 2011 contra Australia, Philip Morris argumentó que era un inversor de Hong Kong⁴, mientras que al mismo tiempo alegó, en una demanda contra Uruguay de 2010, que era un inversor suizo⁵. Philip Morris es una empresa tabacalera muy conocida de los Estados Unidos. Pero en las demandas de tratado de inversión, nunca se presentó como un inversor estadounidense. Similarmente, Mobil entabló una demanda contra Venezuela en 2007 como un inversor holandés⁶ y contra Argentina en 1999 como un inversor estadounidense⁷. Total se presentó como un inversor francés en su demanda contra Argentina en 2004⁸, pero como un inversor holandés en una demanda contra Uganda en 2015⁹.

¹ *Chevron Overseas Finance GmbH vs. La República de Las Filipinas* (Caso de la CPA No. 2019-25)

² A. Yilmaz Vastardis, *The Nationality of Corporate Investors under International Investment Law* (Hart Publishing 2020) págs. 1-12.

³ *Chevron Corporation y Texaco Petroleum Company vs. La República de Ecuador* (I) (Caso de la CPA No. 2007-02/AA277); *Chevron Corporation y Texaco Petroleum Company vs. La República de Ecuador* (II) (Caso de la CPA No. 2009-23)

⁴ *Philip Morris Asia Limited vs. La Mancomunidad de Australia* (Caso de la CPA No. 2012-12)

⁵ *Philip Morris Brand Sàrl (Suiza), Philip Morris Products S.A. (Suiza) y Abal Hermanos S.A. (Uruguay) vs. La República Oriental del Uruguay* (Caso del CIADI No. ARB/10/7)

⁶ *Mobil Cerro Negro Holding, Ltd., Mobil Cerro Negro, Ltd., Mobil Corporation y otros vs. La República Bolivariana de Venezuela* (Caso del CIADI No. ARB/07/27)

⁷ *Mobil Argentina S.A. vs. La República Argentina* (Caso del CIADI No. ARB/99/1)

⁸ *Total S.A. vs. La República Argentina* (Caso del CIADI No. ARB/04/1)

⁹ *Total E&P Uganda BV vs. La República de Uganda* (Caso del CIADI No. ARB/15/11)



Las narrativas de buena gobernanza y desarrollo ya no justifican nacionalidades fabricadas

Existen muchos casos similares de inversores corporativos que se basaron en identidades corporativas o nacionalidades fabricadas a los fines de invocar las protecciones de un tratado de inversión. Y todas estas fueron permitidas dentro de los límites del derecho de los tratados de inversión y del derecho societario. Tomando una página de la publicación *Code of Capital* por Katharina Pistor, entendemos que los tratados de inversión y los principios del derecho societario brindan una codificación jurídica de la inversión extranjera que permite a los inversores cambiar su identidad para aumentar la durabilidad y prioridad de sus intereses¹⁰. Aquellos que se proclaman en favor de esta flexibilidad del derecho de los tratados de inversión argumentan que deberíamos enfocarnos en la foto más amplia: que el objetivo del derecho de las inversiones de mejorar la buena gobernanza y el desarrollo económico sería alcanzado de mejor manera si todos los inversores tuvieran acceso a las protecciones de tratado y el arbitraje de inversión, independientemente de su origen o nacionalidad¹¹. Por lo tanto, es en concordancia con los objetivos de los tratados de inversión que se interpreta el concepto de inversor o de nacionalidad corporativa de manera expansiva y flexible –en tanto que un inversor puede ser un nacional de un Estado a los efectos de una demanda y un nacional de otro Estado a instancias de otra demanda.

Las narrativas de buena gobernanza y desarrollo en los tratados de inversión, sin embargo, han sido refutadas por recientes trabajos empíricos¹². Después de 20 años de proliferación de demandas de tratados de inversión, falta evidencia para apoyar estas narrativas como una justificación para expandir el alcance personal de las protecciones de los tratados de inversión. Los Estados han comenzado a prestar atención al alcance personal de sus tratados de inversión, especialmente para los inversores corporativos, en la negociación de nuevos tratados. Cada

vez más, los Estados están adoptando cláusulas más detalladas que requieren que un inversor corporativo posea una conexión más fuerte con su Estado de origen en vez de su mera constitución en dicha jurisdicción¹³. La cuestión del alcance personal de la protección de un tratado de inversión también está siendo considerada por el Grupo de Trabajo III de la CNUDMI como una de las áreas de reforma para resolver los problemas de coherencia y corrección de la solución de controversias entre inversionistas y Estados¹⁴. El *Acelerador de la Reforma de los AII de la UNCTAD* recientemente publicado también identifica las definiciones de ‘inversor’ entre las ocho disposiciones de los tratados de inversión que mayor reforma necesitan. Los objetivos de estos esfuerzos de reforma procuran ajustar la definición de ‘inversor’ e introducir cláusulas de ‘denegación de beneficios’ para evitar que los inversores corporativos se basen en vínculos tenues con un Estado de origen para acceder a la protección de un tratado.

La reforma y las dificultades por venir

La reforma resulta vital en el área de la cobertura personal de los tratados para (1) restaurar la naturaleza recíproca de las protecciones de los tratados de inversión, y (2) para evitar que las reformas perseguidas por los Estados sobre los estándares sustantivos de los tratados de inversión sean eludidas por los inversores basándose en tratados de inversión de antigua generación que aún se encuentran en vigor. Definiciones permisivas de inversor e interpretaciones expansivas de las definiciones incluso más estrictas de los antiguos tratados por parte de los tribunales arbitrales¹⁵ han dado como resultado el menoscabo de la naturaleza recíproca de los compromisos asumidos en los tratados de inversión entre los Estados. No existe una barrera para que un inversor estadounidense se base en las protecciones de un tratado de inversión para cubrir sus inversiones en Filipinas, pese a que estos dos países no se hayan comprometido a extender dicha protección a los inversores de cada una de las partes. Las definiciones de inversor, junto con la conveniencia de crear entidades corporativas, transforman artificialmente los estándares

¹⁰ K. Pistor, *The Code of Capital: How the Law Creates Wealth and Inequality* (Princeton University Press 2019) 3; Véase también A. Yilmaz Vastardis, ‘Investment Treaty Arbitration as Justice Bubbles for the Privileged’ en T. Schultz y F. Ortino (eds), *The Oxford Handbook of International Arbitration* (Oxford University Press 2020).

¹¹ SW. Schill, *The Multilateralization of International Investment Law* (Cambridge University Press, 2009) 17–18; R. Dolzer y C. Schreuer, *Principles of International Investment Law* (2da ed. Oxford University Press, 2012) 25.

¹² M. Sattorova, *The impact of investment treaty law on host states: Enabling good governance?* (Oxford, Hart Publishing, 2018), 196 (‘La principal conclusión de nuestra investigación empírica es que los Estados receptores no necesariamente reaccionan a su encuentro con el derecho de los tratados de inversión tornándose más reacios al riesgo y de conformidad con las normas de la buena gobernanza.’); Sobre la contribución del DII al desarrollo económico véase J. Bonnitcha, L. Poulsen y M. Waibel, *The Political Economy of the Investment Treaty Regime* (Oxford University Press 2017), 46–47.

¹³ Véase, por ej., Acuerdo de Inversión entre la UE y Singapur donde se adopta el test de constitución y sede real combinado con operaciones comerciales sustantivas (Art. 1 (2)(5)).

¹⁴ Grupo de Trabajo III de la CNUDMI (Reforma de la Solución de Controversias entre Inversionistas y Estados) 36º período de sesiones en Viena, 29 de octubre al 2 de noviembre de 2018. Posible reforma de la solución de controversias entre inversionistas y Estados (SCIE): uniformidad y asuntos conexos, A/CN.9/WG.III/WP.150 [17]; Grupo de Trabajo III de la CNUDMI (Reforma de la Solución de Controversias entre Inversionistas y Estados) 38º período de sesiones en Viena, 14 al 18 de octubre de 2019. Posible reforma del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados (SCIE): Reclamaciones de los accionistas y pérdidas reflejas, A/CN.9/WG.III/WP.170.

¹⁵ A. Yilmaz Vastardis, *The Nationality of Corporate Investors under International Investment Law* págs.199–206.



de protección, contenidos en los tratados de inversión, en obligaciones pseudo-*erga omnes* para los Estados que pueden ser invocadas por cualquier inversor, sea o no que estén genuinamente cubiertos por un tratado. Si bien la reforma de los tratados es necesaria para revertir esta tendencia, la redacción de los tratados por sí sola puede no brindar la rigurosidad de los estándares que procuran los Estados. Los tribunales de los arbitrajes de inversión continúan teniendo una influencia decisiva en la interpretación de los estándares de los tratados¹⁶. Esto significa que estándares aún más precisos pueden perder su rigurosidad en el proceso de interpretación arbitral. Una de las principales reformas agregadas a las definiciones de inversor es requerir que un inversor protegido posea una sede real o actividades comerciales sustanciales en el Estado de origen. Sin embargo, en un reciente laudo arbitral en el caso *Mera Investment vs. Serbia*, el tribunal interpretó el concepto de sede real como el lugar de constitución y permitió que una empresa ficticia, cuya propiedad indirecta pertenecía a nacionales del Estado receptor, se beneficiase del tratado de inversión, pese a que el inversor careciera de una conexión genuina con el Estado de origen, tal como lo requiere el tratado de inversión¹⁷. Por lo tanto, la reforma textual de los tratados podría no alcanzar los resultados deseados con el actual modelo de arbitrajes de inversión.

La segunda consecuencia de las actuales definiciones de inversor y de las interpretaciones arbitrales es que pueden menoscabar las reformas sustantivas de los tratados de inversión perseguidas por los Estados receptores. Esto ocurre debido a la capacidad de los inversores para adoptar nuevas nacionalidades, o basarse en una nacionalidad corporativa existente, utilizando filiales o empresas fantasma y en base a tenues vínculos con un Estado de origen que ha firmado un tratado de antigua generación con el Estado receptor. De esta manera, los inversores que pueden ser nacionales genuinos de un Estado de origen que recientemente ha suscrito un tratado reformado con el Estado receptor, podría eludir el tratado reformado y basarse en un tratado de antigua generación para entablar su demanda contra el Estado receptor. Muchos tratados de inversión nuevos incorporan estándares sustantivos de protección y excepciones de aplicación de dichos estándares más atenuadas, tales como el estándar de TJE o expropiación indirecta, en áreas de políticas y medidas en pos del interés público¹⁸. Si, por ejemplo, un inversor canadiense dentro de la UE desea aludir las disposiciones

de salvaguarda del derecho de un Estado receptor para regular a fin de alcanzar objetivos legítimos de políticas públicas¹⁹, éste podría basarse en un tratado de inversión de antigua generación suscrito por el Estado miembro de la UE pertinente con un tercer Estado en cuyo territorio el inversor puede establecer una empresa ficticia o donde posee una filial existente para recanalizar su inversión antes de entablar una demanda y antes de que una controversia fuera razonablemente previsible²⁰.

Conclusión

Muchos Estados están trabajando en la reforma de sus tratados de inversión para subsanar los excesos de los tratados de inversión de antigua generación. A diferencia de sus contrapartes de primera generación, estos nuevos tratados están siendo negociados prestando mayor atención a los detalles y las lecciones aprendidas. El proceso para que cualquier Estado reforme enteramente su programa de tratados de inversión puede llevar una importante cantidad de tiempo. Mientras tanto, las definiciones de inversor en los tratados y la interpretación expansiva de esta noción por parte de los tribunales arbitrales puede permitir un acceso por la puerta trasera de los inversores a los tratados de antigua generación a través de sus filiales o empresas ficticias en terceros países. Aun cuando un Estado reforme todos sus tratados y haga más estrictas sus definiciones de inversor e incluya cláusulas de denegación de beneficios, aún habrá riesgo de que los tribunales arbitrales menoscaben los objetivos de las partes al interpretar estos conceptos incorrectamente, tal como sucedió en el caso *Mera Investment vs. Serbia*. Los problemas relativos tanto al texto de los tratados de inversión como a la influencia decisiva de la interpretación de los tribunales arbitrales sobre dichos textos indican que incluso un cambio serio de un aspecto del sistema de los tratados de inversión, de manera aislada, puede verse menoscabado por la ausencia de una reforma más sistémica.

Autor

Anil Yilmaz Vastardis es Profesora y Co-Directora del Proyecto Essex Business and Human Rights, Facultad de Derecho y Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Essex. La autora desea agradecer a Daria Davitti, Nathalie Bernasconi, Paolo Vargiu y a Zoe Phillips Williams por sus comentarios de gran utilidad.

¹⁶ Algunos tratados nuevos han tomado medidas para establecer comités de tratados bilaterales u otros procedimientos para ofrecer interpretaciones conjuntas del texto de los tratados; Véase por ej. AECG, TBI entre Corea y Uzbekistán, Artículo 15.

¹⁷ *Mera Investment Fund Limited vs. La República de Serbia*, Caso del CIADI No. ARB/17/2.

¹⁸ Véase por ej. Artículo 8.9 del AECG, Artículos 8 y 15 del TBI entre Hong Kong y Australia.

¹⁹ Artículo 8.9 del AECG.

²⁰ La cuestión de cuándo la elección de la nacionalidad más conveniente o *nationality shopping* utilizada de esta forma se convierte en un abuso de derechos es un tema conflictivo en los laudos arbitrales. Para mayor información, véase A. Yilmaz Vastardis, *The Nationality of Corporate Investors under International Investment Law* pp. 221-222.



ARTÍCULO 6

La negociación de un tratado vinculante sobre derechos humanos desde la perspectiva del derecho internacional de las inversiones

Joe Zhang



La 6ta Sesión

La negociación del tratado vinculante sobre las empresas y los derechos humanos fue reanudada en su 6to período de sesiones en Ginebra desde el 26 al 30 de octubre de 2020. La sesión tuvo lugar en medio de la segunda ola de contagios de Covid-19 que golpea a Suiza. A diferencia de las sesiones anteriores, donde la Sala de Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 754 puestos ubicada en Ginebra siempre ha estado llena de diplomáticos y representantes de ONG; por primera vez, la mayoría de los participantes tuvieron que unirse a la sesión por medio de video conferencias o meramente siguiendo los *streamings* en vivo por internet.

La pandemia puede haber obstaculizado la participación en persona, especialmente de los Estados y organizaciones internacionales, pero con certeza no impidió que los delegados pudieran expresar sus opiniones acerca del tercer proyecto de Instrumento Jurídicamente Vinculante (LBI). Pese al intento del Presidente de incorporar tanto como sea posible muchos de los comentarios anteriores formulados por los Estados para tratar de que el documento LBI siga siendo un documento coherente, parece que las chances para encontrar puntos en común entre los Estados se han visto aún más reducidas. Tal como lo señaló un delegado, los Estados enfrentan un dilema: si bien, por un lado, resulta importante alcanzar un resultado que demuestre su compromiso con los valores y estándares más elevados de protección de los derechos humanos, por el otro, las limitaciones prácticas deben ser reconocidas para garantizar que estos estándares puedan ser implementados.

Una sensación de *déjà vu*

Para las personas familiarizadas con los esfuerzos de reforma en curso del derecho de las inversiones en foros de varios niveles, puede surgir la sensación de que ya han presenciado debates similares por parte de aquellos que participaron en la última sesión de negociación del tratado vinculante. El autor desea ofrecer las siguientes observaciones desde la perspectiva del derecho internacional de las inversiones, esperando contribuir a la negociación de un tratado vinculante sobre las empresas y los derechos humanos.

Alcance

Una de las cuestiones que los Estados deberán abordar al desarrollar o negociar un tratado de inversión es el alcance de su cobertura ¿Qué se considera un instrumento que goce de la protección de los tratados de inversión? ¿Una inversión puede seguir siendo protegida por un tratado de inversión si no es establecida u operada en observancia del derecho del Estado receptor? Según la base de datos de la UNCTAD, la mayoría de los tratados de inversión actualmente en vigencia definen la inversión y al inversor de manera amplia. Pese a que se han introducido algunos límites a la protección de las inversiones en los tratados “en concordancia con las leyes y regulaciones” del Estado receptor, la mayoría no hace ninguna referencia al incumplimiento durante la operación de las mismas. La protección es, por lo tanto, generalmente otorgada independientemente de la conducta del inversor o la inversión¹. Como resultado, los Estados a menudo se han encontrado inesperadamente castigados por regular a los inversores que han violado sus obligaciones de derechos humanos o no han cumplido con los estándares ambientales².

¹ Para consultar un debate más amplio sobre la incorporación de obligaciones del inversor en los acuerdos de inversión, véase IISD (2018), Integrating Investor Obligations and Corporate Accountability Provisions in Trade and Investment Agreements. Disponible en <https://www.iisd.org/system/files/material/report-expert-meeting-versoix-switzerland-january-2018.pdf>

² Véase por ejemplo, *Urbaser vs. Argentina*, Caso del CIADI No. ARB/07/26 y *Bear Creek vs. Perú*, Caso del CIADI No. ARB/14/2.



Similarmente, durante la negociación del tratado vinculante, los artículos sobre el alcance y definición fueron altamente debatidos. El Artículo 3 del LBI establece que el instrumento se aplica a todas las “empresas comerciales”. El Artículo 8 además requiere a los Estados partes que impongan la responsabilidad sobre las personas jurídicas y físicas por abusos a los derechos humanos surgidos de sus “actividades comerciales” o “relaciones comerciales”. Todos estos términos se encuentran ampliamente definidos en el Artículo 1 del LBI. Según el redactor del LBI, este enfoque expansivo fue adoptado para garantizar el rango más amplio posible de empresas que puedan ser responsabilizadas por abusos a los derechos humanos resultantes de sus operaciones o de sus cadenas de abastecimiento. Algunos participantes criticaron el enfoque durante el debate, expresando sus inquietudes en torno a que las empresas tengan una carga excesiva por algunas de estas responsabilidades con respecto a los derechos humanos. Otros defendieron el enfoque citando los **Principios Rectores de las Naciones Unidas (UNGP)** —el Principio 14 del UNGP reconoce explícitamente que la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos se aplica a todas las empresas independientemente de su tamaño, sector, contexto operacional, propietario y estructura. Si comparamos esto con los derechos y protecciones expansivas otorgadas a las empresas bajo los tratados de inversión, parece justo que el mismo alcance amplio sea aplicado en el tratado vinculante con respecto a los derechos humanos para garantizar que estas empresas observen cierto nivel de estándares de derechos humanos en sus operaciones.

Acceso a la justicia

Uno de los principales propósitos del LBI es “garantizar [a las víctimas de abuso a los derechos humanos] el acceso a la justicia”. (Art. 2.1.c) El presente proyecto intenta abordar esto, entre otras cosas, facilitando el acceso a las víctimas a un foro apropiado donde sus quejas puedan ser escuchadas, y proporcionarles los recursos financieros necesarios para entablar una demanda.

En términos de acceso a un foro apropiado, el actual proyecto de LBI intenta limitar el uso de la doctrina *forum non conveniens* (Artículos 7.5, 9.3), la cual ha impedido a la mayoría de las víctimas que puedan entablar demandas contra empresas transnacionales en los tribunales de sus Estados de origen por abusos a los derechos humanos ocurridos en los Estados receptores. Algunos Estados plantearon inquietudes de que esto pueda permitir que las víctimas se involucren

en prácticas de “*shopping de foro*”, y que esto pueda dar como resultado “procedimientos múltiples”.

Se trata de asuntos serios sobre la mesa que también precisan ser tratados en la reforma del arbitraje entre inversionistas y Estados. De hecho, bajo el actual marco del derecho internacional de las inversiones, hemos observado una proliferación de casos de arbitraje entre inversionistas y Estados, con casos iniciados contra los Estados en múltiples foros por esencialmente los mismos demandantes en base a los mismos hechos. Hasta el momento, según la base de datos de la UNCTAD, más de dos tercios de los tratados de inversión existentes aun no contienen disposiciones que aborden estos procedimientos múltiples o paralelos iniciados por inversores extranjeros. Al mismo tiempo, sin embargo, las víctimas de abusos y violaciones de derechos humanos generalmente no cuentan con vías de recurso alternativas para recibir una reparación significativa por los daños sufridos, especialmente cuando los tribunales del Estado de origen —que en muchos casos brindan los medios más eficaces para obtener compensación— son inaccesibles debido a la doctrina de *forum non conveniens*.

Asimismo, en muchos casos, las víctimas de abusos a los derechos humanos no poseen suficientes recursos financieros para recurrir a diferentes foros e iniciar procedimientos múltiples. De hecho, en ocasiones luchan para obtener los recursos financieros necesarios para poder iniciar siquiera un procedimiento. Sin embargo, con el actual proyecto de LBI donde se propone proporcionar a las víctimas apoyo financiero adecuado para entablar sus demandas (Art. 15), se planteó la inquietud sobre la posibilidad de que esto pueda alentar demandas infundadas. Al mismo tiempo, estamos observando un mayor uso de financiación por terceros en el arbitraje entre inversionistas y Estados. Financiadores especulativos están financiando demandas contra Estados a cambio de una contingencia en la recuperación. Algunos fondos buitre incluso han convertido esto en un negocio lucrativo derivado³. No obstante, cuando este tema fue planteado en los procesos de reforma de la ISDS, muy pocos Estados consideraron que esta práctica deba ser prohibida, y algunos llegaron tan lejos para objetar las propuestas de aumentar la transparencia y requerir a los demandantes que divulguen la fuente de su financiamiento.

³ F. Dafe & Z. Williams (2020). Banking on Courts: The Rise of Third Party Funding of Investment Arbitration. *Review of International Political Economy*. <https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/09692290.2020.1764378>



All Compatibles con los Derechos Humanos

El Artículo 14.5 del actual proyecto de LBI impone una obligación sobre los Estados Partes de garantizar la compatibilidad de sus inversiones y acuerdos comerciales con los derechos humanos, tanto en términos de interpretación y aplicación de los tratados existentes como en la redacción y celebración de tratados futuros. Sin embargo, no está claro cómo esta obligación será monitoreada o ejecutada, o hasta qué punto esta obligación influirá en los tribunales de ISDS. No es insólito que los tribunales de ISDS hayan malinterpretado la intención de los Estados partes y pasado por alto las notas interpretativas⁴. A este respecto, el LBI debería aclarar que la interpretación y aplicación de un acuerdo de comercio o inversión sobre asuntos relativos a los abusos de derechos humanos está a cargo del Comité Conjunto (Art. 15) para su consideración y que la decisión del Comité Conjunto sobre este asunto sea vinculante para el tribunal en cuestión. Este es el enfoque adoptado en el TLC entre China y Australia de 2015 (Artículo 9.11.4, 9.11.6, 9.18.3).

Conclusión

Si bien hay consenso entre los Estados participantes en torno a que en la negociación del tratado vinculante los elementos clave de la relación entre las empresas y los derechos humanos precisan ser abordados –incluyendo la responsabilidad de las empresas por abusos a los derechos humanos y acceso a recursos para las víctimas de abusos de derechos humanos– también existe un serio desacuerdo sobre el alcance y contenido de un tratado como tal. Algunos Estados consideran que esta negociación ofrece la oportunidad de establecer una serie de estándares internacionales uniformes y vinculantes con respecto a los derechos humanos, tanto para los Estados como para las empresas. Algunos Estados procuran cambios progresivos dentro del actual marco del derecho de los derechos humanos, por ejemplo, subsanando algunos de los actuales vacíos pero absteniéndose de crear nuevos derechos u obligaciones bajo el derecho internacional. Finalmente, algunos Estados consideran que las acciones adoptadas por Estados y empresas

individuales para abordar las inquietudes relativas a los derechos humanos son suficientes, y que la negociación del tratado vinculante posiblemente obstaculice e incluso trabe dichos esfuerzos.

Al analizar el proceso de la CNUDMI para reformar el arbitraje de inversión, Anthea Roberts, experta en derecho internacional de las inversiones, señaló que la postura de los Estados en general puede ser etiquetada como “revolucionistas”, “reformistas” o “lealistas”, muy similar a lo que está sucediendo en las negociaciones del tratado vinculante. En la misma publicación del blog, Roberts también observó que “está llegando un cambio; solo se trata de una cuestión de qué cambio ocurrirá y cómo transcurrirá.... Quizás los Estados sean capaces de acordar sobre la necesidad de debatir tales reformas en un foro multilateral, aun cuando sigan siendo incapaces de acordar (al menos por ahora) sobre qué reforma o reformas será necesario adoptar”. Las mismas preguntas siguen abiertas con respecto al panorama de las empresas y los derechos humanos.

Autor

Joe Zhang es Asesor Jurídico Senior del Grupo de Derecho y Políticas Económicas del IISD.

⁴ Véase L. Johnson y M. Razbaeva (2014). State Control over Interpretation of Investment Treaties. http://ccsi.columbia.edu/files/2014/04/State_control_over_treaty_interpretation_FINAL-April-5_2014.pdf



ARTÍCULO 7

Incorporando la responsabilidad social empresarial en el derecho de los tratados de inversión y la práctica arbitral: ¿progreso o remedio de fantasioso?

A. Claire Cutler y David Lark



Introducción

El derecho internacional de las inversiones ha sido sometido a un mayor escrutinio por una variedad de razones¹. Una crítica particularmente destacada está dirigida a su naturaleza ‘unilateral’, donde los tratados de inversión históricamente han brindado a los inversores extranjeros derechos sustantivos de protección sin las correspondientes responsabilidades jurídicas. Esta crítica se ve reforzada por el aumento de demandas de alto perfil entre inversionistas y Estados durante los últimos años, que resaltan la directa intersección de los derechos del inversor con las principales áreas del interés público².

Algunas de las reformas recientes han intentado abordar este desequilibrio a través de una mayor incorporación de los principios de RSE en el texto de los tratados de inversión y en la práctica arbitral. En el texto de los tratados de inversión, los Estados están optando cada vez más por incluir la RSE a través de su incorporación en el preámbulo de los tratados, o, mediante la inclusión de una disposición sustantiva más amplia (o Capítulo) del tratado haciendo referencia directa a la RSE. Dentro de la práctica arbitral, la conducta del inversor extranjero se está convirtiendo en un fundamento potencial sobre el cual los Estados pueden reclamar la inadmisibilidad de una demanda entre inversionista y Estado o interponer reconveniones contra los inversores extranjeros por una conducta dañina.

En este artículo, revisamos algunas de las principales características de estas reformas recientes del derecho y la práctica de los tratados de inversión. En conclusión, argumentamos que, pese a que estas reformas están siendo propuestas como un movimiento progresivo para restablecer el equilibrio del derecho internacional de las inversiones, existe la necesidad de una reflexión más profunda sobre sus implicancias teóricas y prácticas más amplias.

Incorporando la RSE en el texto de los tratados de inversión

Disposiciones de RSE como obligaciones del Estado

La incorporación más prominente de la responsabilidad social empresarial en el derecho internacional de las inversiones que ha surgido actualmente se da, ya sea a través de la inclusión de lenguaje de RSE dentro del preámbulo de un tratado de inversión, o mediante una disposición (o Capítulo) dedicada a la RSE dentro del cuerpo del texto del tratado.

En el caso de su incorporación en el preámbulo, la base de datos de mapeo de la UNCTAD actualmente incluye en su lista a 223 tratados de inversión, 170 de los cuales se encuentran vigentes, con una ‘mención a los derechos humanos, laborales, salud, RSE o pobreza’ en

¹ Véase J. Kelsey, D. Schneiderman y G. Van Harten (2019). Phase 2 of the *UNCITRAL ISDS Review: Why ‘other matters’ really matter*. *Investment Treaty News*, 1(20): 8-10.

² Algunos casos recientes han demostrado la crucial intersección de los derechos del inversor con: La protección ambiental (*Pacific Rim Cayman LLC vs. La República de El Salvador*, Caso del CIADI No. ARB/09/12; *Bilcon of Delaware Inc. vs. El Gobierno de Canadá*, CNUDMI, Caso de la CPA No. 2009-04); La salud pública (*Philip Morris y otros vs. La República Oriental del Uruguay*, Caso del CIADI No. ARB/10/7, CNUDMI, Caso de la CPA No. 2012-12); El derecho al agua (*Aguas del Tunari SA vs. La República de Bolivia*, Caso del CIADI No. ARB/02/3; *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A.; Vivendi Universal, S.A. vs. La República Argentina*, Caso del CIADI No. ARB/03/19); Los derechos de los pueblos indígenas; (*Chevron Corporation y Texaco Petroleum vs. La República de Ecuador*, CNUDMI, Caso de la CPA No. 2009-23; *Border Timbers Limited, y otros vs. La República de Zimbabue*, Caso del CIADI No. ARB/10/25); y, los derechos sociales (*Piero Foresti y otros vs. La República de Sudáfrica*, Caso del CIADI No. ARB(AF)/07/01), entre otros.



sus preámbulos³. En teoría, estas inclusiones marcan un paso hacia adelante para establecer estándares de RSE dentro del marco rector de los tratados de inversión. Sin embargo, si bien los preámbulos pueden brindar cierta asistencia para interpretar el objeto y propósito del tratado en cuestión, en general se considera que no generan las mismas obligaciones sustantivas que las disposiciones establecidas dentro del cuerpo del texto de un tratado⁴.

Por el contrario, únicamente 40 tratados de inversión, 23 de los cuales se encuentran actualmente en vigencia, incluyen una disposición (o Capítulo) por separado que contiene lenguaje que promueve la adopción y fortalecimiento de iniciativas de RSE⁵. Estas disposiciones pueden variar ampliamente en su terminología, influyendo tanto en la cuestión de la responsabilidad como en la naturaleza de la obligación.

En la mayoría de los tratados de inversión, el lenguaje incluido es voluntario y vago y refleja una responsabilidad agregada sobre los Estados ya sea para promover los estándares de RSE o perseguir la adopción de legislación nacional para regular los abusos de los inversores extranjeros. Por ejemplo, el Artículo 16 del *APPRI entre Canadá y Kosovo*, establece que los Estados ‘deberían alentar’ a las empresas a ‘incorporar voluntariamente’ los estándares internacionalmente reconocidos de responsabilidad social empresarial en sus prácticas y políticas internas... [tales como aquellas que abordan] el trabajo, el medio ambiente, los derechos humanos, relaciones comunitarias y anti-corrupción⁶.

En otros tratados de inversión, hay una referencia más directa y afirmativa a instrumentos internacionales existentes en materia de RSE. El Artículo 422 del Acuerdo de Asociación entre la UE y Ucrania, reza que los Estados ‘fomentarán la responsabilidad social de las empresas y la rendición de cuentas de las mismas e impulsarán las prácticas empresariales responsables,

como las promovidas por [el Pacto Mundial de las Naciones Unidas del año 2000 (UN Global Compact of 2000), la Declaración Tripartita de la OIT y las Directrices de la OCDE sobre Empresas Multinacionales]’⁷. Sin embargo, mientras que el cambio de ‘deberían fomentar’ a ‘fomentarán’ sugiere en teoría una mejor incorporación, estos instrumentos del derecho internacional han sido muy criticados hasta la fecha por la debilidad de su lenguaje y su naturaleza voluntaria⁸.

Otra estrategia que surge para la implementación de la RSE dentro del texto de los tratados de inversión es estipular la jurisdicción extraterritorial en relación con la responsabilidad civil de la conducta de los inversores extranjeros en el exterior. Tal como se establece en el Artículo 17.2 del *Modelo de Tratado Bilateral de Inversión de la Comunidad de Desarrollo de África*, este enfoque obligaría a los Estados Receptores a ‘garantizar que sus sistemas y normas jurídicas permitan, y no impidan o restrinjan indebidamente, la interposición de acciones judiciales en cuanto al fondo ante tribunales nacionales en relación con la responsabilidad civil de los Inversores y las Inversiones por daños resultantes de los actos, decisiones u omisiones, que según se alega, corresponden a los Inversores en relación con sus Inversiones en el territorio del Estado Receptor’⁹. En teoría, si fuera redactado apropiadamente, esto podría servir como una respuesta útil al alegato de defensa común *forum non conveniens*¹⁰.

Disposiciones de RSE como obligaciones de los inversores

Además de lo antedicho, un pequeño número de tratados de inversión ha impuesto, de manera explícita, obligaciones sustantivas a los inversores extranjeros. El reciente tratado de inversión de Brasil firmado con Malawi brinda un ejemplo instructivo a este respecto. Si bien no se encuentra en vigencia actualmente, el tratado incluye una sección dedicada a la RSE, en el Artículo 9, donde establece que ‘[l]os inversores y su inversión *emprenderán sus mejores esfuerzos* para cumplir

³ UNCTAD (2020). *Investment Policy Hub: Mapping of IIA Content*. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/iiia-mapping>

⁴ Dumberry, P. (2013). *How to incorporate human rights obligations in investment treaties?* Investment Treaty News (22 de marzo). Extraído de: <https://www.iisd.org/itn/en/2013/03/22/how-to-incorporate-human-rights-obligations-in-bilateral-investment-treaties/>

⁵ UNCTAD (2020). *Investment Policy Hub: Mapping of IIA Content*. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/iiia-mapping>

⁶ Véase *Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones entre Canadá y Kosovo*, Artículo 16. Extraído de: <https://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/kosovo/fipa-apie/text-texte.aspx?lang=eng> [La traducción al español de la cita nos pertenece]

⁷ Véase *Acuerdo de Asociación entre la UE y Ucrania*, Artículo 422. https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2016/november/tradoc_155103.pdf

⁸ Cutler y Lark (2020). The hidden costs of law in the governance of global supply chains: the turn to arbitration, *Review of International Political Economy*, DOI: 10.1080/09692290.2020.1821748

⁹ Véase *SADC Model Bilateral Investment Treaty Template with Commentary* (2012), p. 37-38. <https://www.iisd.org/itn/wp-content/uploads/2012/10/sadc-model-bit-template-final.pdf> [La traducción al español de la cita nos pertenece]

¹⁰ Ibid.



con los siguientes principios y estándares voluntarios de conducta empresarial responsable y compatible con las leyes adoptadas por la Parte Receptora de la inversión¹¹.

El Artículo 9 luego lista un número de principios y estándares voluntarios sobre la conducta del inversor extranjero, que cubre diversas áreas, tales como: desarrollo sostenible; derechos humanos; empleo local y participación comunitaria; gobernanza empresarial y prácticas auto-regulatorias; salud pública y respeto por las actividades y procesos políticos locales. Disposiciones similares pueden encontrarse dentro del *Protocolo de Facilitación de Inversiones Intra-Mercosur de 2017*, el *Código Panafricano de Inversión de 2016* y el *Tratado Bilateral de Inversiones entre Argentina y Qatar de 2016*.

Sin embargo, resulta importante mencionar que el lenguaje dentro de estos tratados sigue siendo vago y voluntario por naturaleza al utilizar terminología en condicional ‘*deberían*’, y, al hacer referencia a ‘*estándares internacionalmente reconocidos*’ vagamente definidos. Tal como se mencionó anteriormente, pese al valor de estas inclusiones en la teoría, se cuestiona si funcionan en la práctica para brindar mayor espacio para que los inversores extranjeros rindan cuentas, o, si llevará a exacerbar la ambigüedad, complejidad y discrecionalidad interpretativa dentro de la práctica arbitral.

Por el contrario, el *Tratado Bilateral de Inversiones entre Marruecos y Nigeria*, contiene lenguaje más directo, explícito y comprensivo sobre las obligaciones de los inversores extranjeros dentro del texto del tratado¹². De hecho, en lugar de utilizar la terminología ‘*deberían*’, el tratado establece que los inversores ‘*deberán cumplir*’ con sus obligaciones de RSE, y, amplía el alcance de las actividades cubiertas para incluir: estudios de impacto (Artículo 14); anti-corrupción (Artículo 17); gestión ambiental post-establecimiento, derechos humanos, derechos laborales y derechos ambientales (Artículo 18); gobernanza y práctica empresarial (Artículo 19) y responsabilidades civiles del Estado Receptor (Artículo 20). El tratado va más allá para incluir una obligación dinámica, que reza que: ‘[c]uando los estándares de responsabilidad social empresarial sean más elevados, los inversores *deberían* esforzarse por aplicar y alcanzar

estándares de más alto nivel’ (Artículo 24)¹³. Aunque este tratado aún no se encuentra en vigor, representa un paso comprensivo hacia estándares más claros sobre la responsabilidad de los inversores extranjeros.

Incorporando la RSE en la práctica arbitral

La RSE como medio de inadmisibilidad

La mayor incorporación de lenguaje de RSE dentro de los tratados de inversión también ha coincidido con una gradual evolución de la práctica arbitral. Si bien se encuentra fuera del alcance del presente artículo detallar el crecimiento de la jurisprudencia a este respecto, algunos casos recientes sugieren que los tribunales arbitrales se muestran cada vez más dispuestos a reconocer la conducta del inversor extranjero como fundamento para rechazar su jurisdicción y/o admisibilidad de una demanda de ISDS.

A este respecto, los árbitros han reconocido la importancia de la conducta del inversor extranjero en un número de casos hasta la fecha, invocando un ‘nivel mínimo de diligencia social empresarial’, que incluye los principios de ‘manos sucias’, la ‘obligación de transparencia’ y ‘enriquecimiento ilícito’¹⁴. Tal como señala Monebhurrin en su análisis detallado sobre esta tendencia, ‘[l]a inclusión esperada de una [obligación de RSE] de las empresas en los acuerdos de inversión discutiblemente ha fundado las bases y el primer paso para la construcción –seguramente lenta– de una doctrina de nivel mínimo de diligencia social empresarial: partiendo de este supuesto, los inversores deberán mínimamente ser (socialmente) diligentes para poder reclamar la aplicación de un acuerdo de inversión’¹⁵.

Sin embargo, este optimismo puede resultar prematuro. Tal como lo evidencian las decisiones sobre ISDS existentes, el reconocimiento de las obligaciones del inversor extranjero dentro del arbitraje ha sido remarcablemente inconsistente y ambiguo hasta la fecha, mostrando una promesa principalmente dirigida

¹¹ *Acuerdo de Cooperación y Facilitación de Inversiones entre Brasil y Malawi*, Artículo 9. Extraído de: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/4715/download> [La traducción al español de la cita nos pertenece]

¹² Véase un debate sobre el nuevo modelo de TBI de Marruecos aquí: <https://www.iisd.org/itn/es/2020/06/20/morocco-new-model-bit-innovative-features-and-policy-considerations-hamed-el-kady-yvan-rwananga/>

¹³ Véase *Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones entre el Gobierno del Reino de Marruecos y el Gobierno de la República Federal de Nigeria*. Extraído de: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5409/download> [La traducción al español de la cita nos pertenece]

¹⁴ Para un análisis detallado de la evolución de los estándares de diligencia social empresarial, véase Monebhurrin, N. (2017). Mapping the duties of private companies in international investment law. *Brazilian Journal of International Law*, 14(2), 50-71.

¹⁵ *Ibid.*, 60. [La traducción al español de la cita nos pertenece]



a limpiar la corrupción, en lugar de hacerlo en áreas relacionadas con los derechos humanos, laborales y daño ambiental¹⁶.

¿La RSE como fundamento de reconveniones?

Otro avance en la práctica arbitral ha sucedido a través de la posibilidad de que los Estados interpongan reconveniones contra los inversores extranjeros. Si bien los resultados de las reconveniones en los casos de ISDS han sido divergentes, existe evidencia reciente que sugiere que las reconveniones pueden convertirse en un nuevo y novedoso mecanismo para los Estados al momento de buscar reparación por la conducta de los inversores extranjeros.

En *Urbaser vs. Argentina*, donde se plantearon argumentos en torno al ‘derecho humano al agua’, el Gobierno argentino presentó una reconvenición alegando que la concesionaria de agua no brindó el nivel necesario de inversión para garantizar el acceso adecuado al agua para su población¹⁷. Si bien el pleno alcance de este fallo ha sido detallado en otra publicación, vale destacar aquí algunas conclusiones¹⁸.

Primero, sobre la cuestión de si el tribunal tenía jurisdicción para decidir sobre la reconvenición presentada contra el inversor extranjero, el tribunal rechazó el argumento de que el inversor no brindó consentimiento sobre la posibilidad de interponer reconveniones dentro del tratado de inversión. En cambio, el tribunal sostuvo que ‘ninguna disposición establece que el Estado receptor de las inversiones no posea ningún derecho en virtud del TBI para presentar una demanda reconvenicional en torno a la conducta del inversor extranjero¹⁹. Al hacer esto, el tribunal afirmó que el inversor extranjero podría asumir obligaciones legales sustantivas aplicables en el contexto de una demanda ISDS.

Segundo, el tribunal rechazó el argumento más amplio de que los inversores extranjeros no son ‘sujetos formales

de derecho internacional’, más notablemente con respecto a poseer responsabilidades internacionalmente reconocidas relativas a los marcos generales del derecho internacional público. En su fallo, el tribunal señaló que ‘ya no es posible admitir que las empresas que operan a nivel internacional tienen inmunidad, porque no son sujetos de derecho internacional²⁰. Aunque el tribunal rechazó la demanda reconvenicional de Argentina en base al fondo, el caso no obstante confirma el potencial de movilizar y redactar textos de tratados con el objetivo de incorporar obligaciones positivas para los inversores en los casos de ISDS.

En otro caso, *Burlington Resources vs. Ecuador*, Ecuador logró interponer una reconvenición sobre el daño al medioambiente y a la infraestructura en relación con la conducta de un inversor extranjero²¹. Haciendo referencia tanto al derecho civil nacional y más ampliamente al derecho internacional, Ecuador inicialmente reclamó US\$2,8 mil millones en compensación, señalando que la empresa no mantuvo la infraestructura de su inversión, provocando un costoso daño ambiental que requirió la remediación del suelo y del agua subterránea. Después de conducir un análisis sitio por sitio de los costos ambientales y de remediación, el tribunal otorgó a Ecuador US\$39,2 millones por la reparación ambiental y US\$2,5 millones por los daños a la infraestructura²². Si bien el laudo de la reconvenición fue significativamente menor que la suma reclamada inicialmente, y que aun así la demanda general de ISDS fue decidida en favor del inversor por aproximadamente US\$380 millones, el caso a menudo es utilizado como un ejemplo ilustrativo del potencial de interponer reconveniones en el contexto de una demanda de ISDS.

¿Las promesas y limitaciones de reforma: progreso o remedio de fantasioso?

Combinadas, las reformas antes mencionadas del derecho y la práctica de los tratados de inversión sugieren algunas vías prometedoras para restablecer el equilibrio del derecho internacional de las inversiones a través de la incorporación de la responsabilidad social empresarial. Sin embargo, existen algunas limitaciones

¹⁶ Para un análisis de la inconsistencia de las responsabilidades de la inversión extranjera en la práctica arbitral, véase Marcoux, J.M. (2019). *International investment law and globalization: Foreign investment, responsibilities and international organizations*. Routledge Press: 54-59.

¹⁷ *Urbaser S.A. y Consorcio de Agua Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa vs.*

La República Argentina, Caso del CIADI No. ARB/07/26.

¹⁸ Véase Cutler y Lark (2020). The hidden costs of law in the governance of global supply chains: the turn to arbitration, *Review of International Political Economy*, DOI: 10.1080/09692290.2020.1821748

¹⁹ *Ibid.*, Laudo, párrafo 1183.

²⁰ *Ibid.*, Laudo, párrafo 1195.

²¹ *Burlington Resources Inc. vs. La República de Ecuador*, Caso del CIADI No. ARB/08/5.

²² *Ibid.*, Laudo, párrafo 468.



potenciales de estas reformas en la teoría y en la práctica que merecen mayor atención.

Primero, tal como discutimos más arriba, el lenguaje de RSE ha sido generalmente voluntario por naturaleza. Esto plantea cuestiones sobre el grado en que estas disposiciones pueden ser utilizadas en la práctica, y aporta mayor ambigüedad sobre cuáles son exactamente los estándares aplicables del derecho y cómo serán incorporados. De hecho, hay poca evidencia hasta la fecha que sugiera que las disposiciones de RSE serán movilizadas consistentemente en la práctica. Esto debería plantear cuestiones más profundas sobre si estos avances funcionan fundamentalmente para reequilibrar el derecho internacional de las inversiones, o, si en cambio sirven para legitimar en mayor medida los estándares voluntarios en lugar de promover alternativas más transformadoras.

Segundo, la incorporación de estos estándares sirve de poco para resolver las inquietudes fundacionales en relación con la consistencia, participación y transparencia dentro de la práctica arbitral. Si bien reformas procesales y acceso de terceras partes están teniendo lugar en otros contextos, la naturaleza de las reformas discutidas anteriormente otorgan mayor autoridad y discrecionalidad interpretativa a los tribunales arbitrales transnacionales sobre la idoneidad de la conducta de los inversores extranjeros, y, no disponen el acceso explícito o significativo para aquellos más directamente afectados por los abusos en materia de RSE. Consecuentemente, nos preguntamos si los tribunales arbitrales, en lugar de los tribunales nacionales, son los foros más apropiados para atender y adjudicar demandas relativas a los abusos de RSE, inclusive si son únicamente movilizadas como alegatos de defensa estatal.

Finalmente, argumentamos que es necesario conceptualizar las reformas dentro de un marco teórico más amplio de las relaciones de comercio e inversión en la economía política mundial. En el centro, las reformas listadas anteriormente no problematizan, sino que refuerzan, supuestos dominantes sobre la necesidad y el impacto de las políticas destinadas a liberalizar los flujos de inversión a través de tratados de comercio e inversión cada vez más amplios. Tal como discutimos en nuestro artículo recientemente publicado en *Review of International Political Economy*, el resultado es que estas reformas entendidas como un progreso, en cambio pueden servir para legitimar y encerrar más a los Estados en disciplinas neoliberales, mientras oscurecen y

profundizan los costos asociados con la expansión del capitalismo transnacional²³.

Autores

A. Claire Cutler es Profesora de Relaciones Internacionales y Derecho Internacional en el Departamento de Ciencias Políticas de la Universidad de Victoria, Victoria, CB, Canadá. Su trabajo de docencia e investigación se enfoca en el desarrollo de una economía política crítica del derecho internacional privado y público y las cambiantes configuraciones de poder en el mundo. Sus publicaciones incluyen *The Politics of Private Transnational Governance by Contract* (Routledge 2017) y *New Constitutionalism and World Order* (Cambridge University Press 2014).

David Lark es profesor en período de sesiones y candidato a Ph.D. en Ciencias Políticas en la Universidad de Victoria, C.B., Canadá. Su trabajo de docencia e investigación se enfoca en las intersecciones (y contestaciones) fundamentales del poder público y privado dentro de la formulación y prácticas del derecho internacional y la gobernanza transnacional.

²³ Véase Cutler y Lark (2020). The hidden costs of law in the governance of global supply chains: the turn to arbitration, *Review of International Political Economy*, DOI: 10.1080/09692290.2020.1821748



NOTICIAS EN BREVE

Control de las Inversiones en la UE

El mecanismo de control de las inversiones extranjeras de la UE se hizo operativo el 11 de octubre de 2020. Tal como habíamos [informado](#), las orientaciones sobre los mecanismos de control, que son implementados por los Estados miembros, fueron lanzadas en marzo de 2020 después de la entrada en vigencia, en 2019, del [Reglamento para el control de la IED](#).

Desde abril de 2019, la CE y los Estados miembros han realizado los preparativos pertinentes para la implementación del marco, estableciendo un mecanismo para el intercambio de información sobre proyectos de IED sometidos al proceso de control; para desarrollar procedimientos destinados a responder a aquellas IED que planteen algún riesgo para la seguridad y para actualizar la lista de “proyectos y programas de interés para la Unión” sobre los cuales la CE emitirá dictámenes [que deberán ser observados](#) por los Estados miembros al momento de evaluar la inversión extranjera en estos proyectos. Los mismos incluyen “los proyectos o programas de interés para la Unión que implican una cantidad importante o un porcentaje considerable de financiación de la Unión, o que están regulados por el Derecho de la Unión en materia de infraestructuras críticas, tecnologías críticas o insumos fundamentales que son esenciales para la seguridad o el orden público”, según la [modificación del Anexo del Reglamento de 2019](#).

[Alemania e Irlanda](#) recientemente han ajustado sus mecanismos de control de las inversiones, de conformidad con el Reglamento de la UE.

La CE sugiere que su retirada del tratado es una posibilidad mientras continúan las negociaciones sobre la modernización del Tratado sobre la Carta de la Energía

El 2 de diciembre de 2020, en una [respuesta](#) a las preguntas planteadas por los MPE, la CE sugirió que la UE podría retirarse del TCE.

Específicamente, la Comisión señaló que si, en los esfuerzos de modernización, los objetivos fundamentales de la UE relacionados con el medio ambiente, en particular la armonización con el Acuerdo de París, no se alcanzan “en un plazo razonable”, la Comisión podrá considerar la retirada del TCE.

La más reciente ronda de negociaciones sobre la modernización del TCE tuvo lugar a través de una video conferencia del 3 al 6 de noviembre de 2020.

Según el TCE, las negociaciones se enfocaron en la pre-inversión, organizaciones regionales y disposiciones obsoletas, así como en la continuación de los debates sobre temas pertenecientes a las anteriores rondas de negociación. Estos últimos incluyen definiciones de inversor e inversión y otros estándares de protección de las inversiones, demandas infundadas, financiación por terceros y garantía de cobro de las costas.

Tal como [informamos](#) anteriormente, en 2019 el TCE lanzó un documento donde se describen las posturas de varios signatarios sobre estos temas.

Un informe de progreso, sobre el cual informaremos en su momento, será presentado en la Conferencia sobre la Carta de la Energía a fines de este año. La próxima ronda de conversaciones será celebrada en febrero o marzo de 2021.



Líderes de Asia-Pacífico firman RCEP

El 15 de noviembre de 2020, quince países de Asia-Pacífico firmaron el Acuerdo de Asociación Económica Integral Regional (RCEP, por sus siglas en inglés) casi un año después del cierre de las negociaciones.

Los signatarios incluyen a 10 miembros de la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático (ASEAN, por sus siglas en inglés) y sus seis socios del TLC, Australia, China, India, Japón, Nueva Zelanda y Corea del Sur. India se retiró de las negociaciones en 2019, citando, según fue informado, su deseo de salvaguardar las industrias nacionales.

El Capítulo 10 del acuerdo cubre la inversión, e incluye definiciones comunes de inversor e inversión (aunque excluye la contratación pública) y disposiciones sustantivas de inversión. Este capítulo también incluye secciones sobre la promoción y facilitación de las inversiones, incluyendo, en el Artículo 10.17.1(d), el compromiso de establecer o mantener “puntos de contacto, centros de inversión de ventanilla única, puntos focales u otras entidades ... para brindar asistencia y servicios de asesoramiento a los inversores”, y, cuando resulte apropiado, resolver amistosamente las controversias entre los inversores y las entidades estatales.

Notablemente, el acuerdo no incluye la ISDS esta vez. Sin embargo, el Artículo 10.18 establece un proceso para que las partes entren en discusiones sobre si incluir la ISDS, y aplicar la prohibición de expropiación del tratado a las medidas impositivas. Estas conversaciones tendrán lugar dentro de los próximos dos años.

Además, el RCEP confirma la existencia de tratados entre los signatarios que ya se encuentran en vigencia, muchos de los cuales incluyen disposiciones de ISDS.

Los signatarios tienen dos años para ratificar el tratado.

Reunión previa al período de sesiones del Grupo de Trabajo III de la CNUDMI sobre el uso de la mediación en la ISDS

El 9 de noviembre de 2020, la Academia Asiática de Derecho Internacional celebró un evento virtual sobre el uso de la mediación en las controversias entre inversionistas y Estados. Este evento es uno de los varios que están siendo organizados por la CNUDMI paralelamente a las reuniones formales del Grupo de Trabajo III sobre la reforma de la solución de controversias entre inversionistas y Estados.

La mediación se refiere a “un procedimiento mediante el cual las partes traten de llegar a un arreglo amistoso de su controversia con la asistencia de uno o más terceros (“el mediador”) que carezcan de autoridad para imponerles una solución”¹. El objetivo es que el mediador asista a las partes para que lleguen a un arreglo mutuamente aceptable para resolver su controversia. Si las partes no pueden llegar a un arreglo, entonces cada parte puede continuar sus esfuerzos para resolver la controversia a través de otros procedimientos –por ejemplo, el arbitraje entre inversionista y Estado. La mediación es una suerte de ‘tema candente’ en el derecho económico internacional en este momento: en 2016 la Secretaría de la Carta de la Energía adoptó la Guía sobre Mediación en materia de Inversión²; en 2018 el CIADI comenzó a trabajar en una nueva serie de reglas para la mediación entre inversionistas y Estados³; en septiembre de 2020 la Convención de Singapur sobre Mediación entró en vigencia⁴. En el contexto del Grupo de Trabajo III de la CNUDMI, tanto los Estados desarrollados como aquellos en vías desarrollo han apoyado una mayor utilización de la mediación en las controversias entre inversionistas y Estados.

El evento organizado por la Academia Asiática de Derecho Internacional reunió a más de veinte disertantes durante las seis horas de duración del evento, respaldado por cuatro extensos documentos de antecedentes⁵. Pese a la cantidad de disertantes, se trataron varios temas comunes a lo largo de todo el evento. Los disertantes en general acordaron que un mayor uso de la mediación en las controversias entre inversionistas y Estados sería algo muy bueno. Se afirmó que la mediación es más rápida, menos costosa y más flexible que el arbitraje entre inversionistas y Estados. También se dijo que permitir a los inversores y a los Estados receptores que mantengan la confidencialidad en las controversias ‘sensibles’ entre inversionistas y Estados, en contraposición a la tendencia de aumentar la transparencia en este tipo



de arbitrajes. Sobre todo, se afirmó que mediante la mediación hay mayor probabilidad de obtener resultados 'ganar-ganar' en comparación con el arbitraje entre inversionistas y Estados.

Este balance positivo de la mediación plantea cierta paradoja. Sólo existen pocas instancias conocidas de mediación entre inversionistas y Estados. En contraste, ahora hay más de mil casos conocidos de arbitrajes de este tipo. ¿Por qué la mediación entre inversionistas y Estados no es utilizada más ampliamente?

La respuesta, según muchos de los disertantes, es que existen varios obstáculos para un mayor uso de la mediación entre inversionistas y Estados, principalmente obstáculos sobre la capacidad y la voluntad de los *Estados* para participar. Los mismos incluyen:

- La falta de un mandato jurídico explícito bajo los tratados de inversión y el derecho nacional para participar en la mediación;
- La falta de familiaridad de los funcionarios públicos con la mediación; y
- Desafíos burocráticos, tales como la dificultad de coordinar múltiples agencias públicas que pueden estar involucradas en una controversia, y garantizar que los individuos que representan al Estado en una mediación tengan la autoridad para negociar y resolver una controversia en nombre del Estado.

Hubo un debate entre los diferentes paneles sobre la manera de abordar estos obstáculos, así como un debate técnico detallado sobre cómo el proceso de mediación debería interactuar con el arbitraje entre inversionistas y Estados.

Este debate expuso una suposición del evento: que la mediación debería estar más ampliamente disponible como una *opción adicional* al arbitraje entre inversionistas y Estados (o, en el caso de la propuesta de la UE, como una opción adicional junto con la posibilidad de presentar una controversia entre inversionista y Estado ante un tribunal multilateral de inversiones). Un disertante, por ejemplo, apuntó a la posibilidad de que surjan demandas de ISDS por muchos miles de millones y explicó que un Estado que enfrenta una demanda como tal podría beneficiarse de llegar a un acuerdo de mediación por parte de dicha suma. Sin embargo, no se debatieron opciones alternativas para reducir el riesgo asociado con cuantiosas demandas de ISDS, tales como una reforma sustantiva del contenido de los tratados de inversión, lo de una cuestión clave sobre si un mayor uso de la mediación debería ser alentando, como preferencia, o en conjunción con, tales reformas.

Esto reflejó una mayor falta de compromiso con las posibles desventajas de un mayor uso de la mediación en las controversias entre inversionistas y Estados. El hecho de que algunas de estas controversias no son aptas para la mediación –por ejemplo, aquellas que involucran importantes intereses públicos– fue mencionado por algunos disertantes, pero los desafíos prácticos surgidos del hecho de que los intereses públicos y las consideraciones comerciales a menudo son puestos juntos en las controversias entre inversionistas y Estados no fueron sustancialmente abordados. La tensión entre la mediación, que generalmente es confidencial, y la presión para aumentar la transparencia en la ISDS fue identificada por varios disertantes pero no fue resuelta. La posibilidad de que algunos 'obstáculos' para la participación estatal en la mediación puedan cumplir importantes funciones relativas al interés público fue omitida –por ejemplo, la limitación de la capacidad de funcionarios públicos para autorizar la transferencia de fondos a inversores extranjeros después de llegar a un arreglo de solución podría cumplir una importante función para reducir la corrupción, aun cuando esto torne la mediación más engorrosa de lo que sería en un contexto puramente comercial.

Nada de lo antedicho pretende afirmar que el uso de la mediación entre inversionistas y Estados debería ser desalentado. En cambio, los Estados que evalúan el papel que debería desempeñar la mediación en las controversias entre inversionistas y Estados deberían considerar *tanto* los posibles beneficios *como* los posibles riesgos relacionados con su utilización.

¹ Convención de Singapur sobre la Mediación (2018), artículo 2(3).

² <https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/CCDECS/2016/CCDEC201612.pdf>

³ <https://icsid.worldbank.org/es/servicios/mediacion-conciliacion/proceso/mediacion-entre-inversionistas>

⁴ <https://www.singaporeconvention.org/media/media-release/2020-09-12-singapore-convention-on-mediation-enters-into-force>

⁵ Aquellos lectores interesados en un resumen más detallado del evento pueden consultar estos documentos de antecedentes, los cuales brindan una buena síntesis de todo el contenido y el tono general del evento <https://aail.org/uncitral-wgiii-virtual-pre-intersessional/?fbclid=IwAR1YP-hIYynBEbmX5t4XAdidBaz7PqwWYhEuepvpIxeQFrW951ZOIwcz6pQ>. La grabación completa del evento se encuentra disponible en línea en <https://aail.org/past-event-2020-uncitral-wgiii/>



Se Lanza Acelerador de la Reforma de los AII

La UNCTAD lanzó su Acelerador de la Reforma de los AII en noviembre de 2020.

El Acelerador es una herramienta destinada a acelerar la modernización del stock existente de acuerdos Internacionales de Inversión (AII) de antigua generación. Procura ayudar a los países a superar los actuales desafíos de la reforma de AII sugiriendo acciones concretas de reforma de las principales disposiciones de estos acuerdos. Al hacerlo, el Acelerador brinda una herramienta para la coordinación, enfocada en el debate y la creación de consenso sobre acciones conjuntas de reforma entre varios países. Tiene el objetivo de ayudar a nivelar el campo de juego para los formuladores de políticas y negociadores de tratados al tornar accesibles los últimos “conocimientos sobre la reforma de los AII” y las más reciente prácticas de tratados más fácilmente. El Acelerador se basa en cinco elementos, que guían y posibilitan los cambios del régimen de AII: (1) Una orientación hacia el desarrollo sostenible; (2) los principios y opciones desarrollados durante mucho tiempo en las herramientas de reforma de políticas de AII de la UNCTAD; (3) la flexibilidad para “adaptar y adoptar” según las necesidades específicas de cada país; (4) el aprendizaje colectivo entre pares y (5) la capacitación.

El Acelerador de la Reforma de los AII de la UNCTAD se enfoca en ocho disposiciones clave de AII: (1) la definición de inversión; (2) la definición de inversor; (3) trato nacional (TN); (4) trato de NMF; (5) TJE; (6) protección y seguridad plenas (PSP); (7) expropiación indirecta y (8) excepciones de políticas públicas. Las disposiciones sustantivas seleccionadas son las más frecuentemente invocadas en las demandas de ISDS, incluyendo la impugnación de medidas genuinas de interés público tales como aquellas destinadas a la protección de la salud pública o el medio ambiente. También son aquellas que tienen mayor impacto en el desarrollo sostenible o que afectan la capacidad de los Estados receptores para regular en pos del desarrollo sostenible. Sin embargo, la reforma de AII es una labor mucho más amplia, el Acelerador de la Reforma de los AII pretende ser un punto de partida y un documento dinámico que será actualizado y desarrollado periódicamente, incluyendo a través de la adición de más disposiciones de tratado.

Para cada una de las ocho disposiciones, el Acelerador ofrece un menú de opciones que favorecen el desarrollo sostenible. Para cada opción, el Acelerador brinda un modelo de lenguaje listo para usar para implementar el enfoque de reforma, este lenguaje está basado en una muestra de tratados reales y modelos de AII. La representación geográfica de las partes de los tratados y su estatus de desarrollo fueron tenidos en cuenta para seleccionar dicha muestra. Se proporcionan comentarios y notas explicativas para la formulación de cada modelo y opción de reforma a fin de resaltar su objetivo y la interacción entre las diferentes opciones. Surgen varias opciones a partir de la utilización del Acelerador: como la interpretación conjunta, enmienda o sustitución de antiguas disposiciones de tratado. El Acelerador permite a los países emprender estas acciones de reforma de manera bilateral, regional o multilateral.



LAUDOS Y DECISIONES

Tribunal del CIADI rechaza demanda de denegación de justicia contra la República de Panamá

Bridgestone Licensing Services, Inc. y Bridgestone Americas, Inc. vs. La República de Panamá, Caso del CIADI No. ARB/16/34

Marios Tokas

El 14 de agosto de 2020, un tribunal del CIADI analizó un caso sobre el fondo en torno a la presunta violación de la cláusula de TJE contenida en el Artículo 10.5.1 del Tratado de Promoción Comercial (TPC) entre Estados Unidos y Panamá. El tribunal confirmó que ambas demandantes poseían *locus standi* para entablar una demanda de denegación de justicia, como un componente del estándar de TJE, pese al hecho de que Bridgestone Americas Inc. (BSAM) no era una parte del procedimiento judicial original donde presuntamente ocurrió la denegación de justicia. Eventualmente, sin embargo, el tribunal desestimó la demanda en base al fondo.

Antecedentes y demandas

Las demandantes, Bridgestone Licensing Services, Inc (BSLS) y BSAM, son filiales estadounidenses de la empresa japonesa BSJ. De esta manera, el Grupo de Empresas Bridgestone conduce el negocio de fabricación y venta de neumáticos bajo las marcas comerciales FIRESTONE y BRIDGESTONE. Ambas marcas comerciales están registradas en Panamá. BSLS es propietaria de estas marcas comerciales y otorgó a BSAM una licencia para utilizarlas en Panamá. (párrafos 118-122)

En 2002, Muresa Intertrade S.A. (Muresa), solicitó registrar la marca comercial RIVERSTONE para los neumáticos en Panamá. BSJ y BSLS iniciaron procedimientos de oposición al registro de la marca RIVERSTONE, debido al riesgo de que haya confusión debido a su utilización. Este procedimiento no tuvo éxito. BSJ y BSLS presentaron un recurso de casación que posteriormente fue retirado en septiembre de 2006.

En septiembre de 2007, un distribuidor de los neumáticos RIVERSTONE entabló una demanda civil en Panamá contra BSJ y BSLS por presuntos daños

como consecuencia del Procedimiento de Oposición de Marcas. La demanda fue desestimada en la primera instancia y en la apelación. La decisión fue luego revocada por la Corte Suprema, la cual otorgó US \$5 millones por daños contra BSJ y BSLS (párrafo 128). La Corte Suprema dictaminó que BSJ y BSLS eran culpables por imprudencia y actuación procesal de mala fe, lo cual constituye un perjuicio bajo el Artículo 217 del Código Judicial de la República de Panamá.

La Corte Suprema otorgó gran importancia a una carta enviada por los representantes legales de Bridgestone a Muresa (la Carta Foley) en la declaración de culpabilidad (párrafo 411). En la carta, los representantes legales de Bridgestone señalaron que el procedimiento de oposición sería interpuesto en varios países contra el registro de la marca comercial RIVERSTONE, si Muresa no se abstenía de vender el producto. La admisión y evaluación de esta carta como evidencia por parte de la Corte Suprema panameña constituyó el principal punto del argumento de las demandantes (párrafos 474-475).

Tribunal rechaza objeción de la demandada de que la demandante no poseía *locus standi* para entablar una demanda de denegación de justicia

La demandada alegó que BSAM carecía de *locus standi* para entablar una demanda de denegación de justicia, dado que no era una parte del procedimiento donde ocurrió la denegación de justicia. La demandada basó su argumentación, entre otros, en dos puntos principales. Primero, que el agotamiento de los recursos locales es un prerrequisito para entablar una demanda de denegación de justicia; y para agotar un recurso en particular, primero es necesario solicitarlo. Segundo, que si una parte desiste de interponer un recurso o argumento, no podría argumentar debidamente una demanda de denegación de justicia (párrafos 144-148).

El tribunal confirmó que esta postura de la demandada se encontraba reflejada en el derecho internacional. Sin embargo, el tribunal aclaró que esta postura no podría ser aplicada automáticamente a una demanda bajo el tratado de inversión aplicable, el cual protege expresamente a las “inversiones cubiertas” y no a los “inversores”. El tribunal apuntó al Artículo 10.5.1 del TPC, la base jurídica de la demanda de las



demandantes, y destacó que se trataba del trato que debía ser conferido a la “inversión” cubierta y no al “inversor”. Por lo tanto, concluyó que lo pertinente no era determinar si BSAM sufrió una denegación de justicia, sino en cambio, si la inversión había sido denegada un trato justo y equitativo (párrafos 165-169).

Tribunal rechaza demanda de denegación de justicia presentada por las demandantes

Al evaluar los argumentos, el tribunal primero aclaró que no pretendía ejercer una función de apelación (párrafo 410). Por consiguiente, las posibles deficiencias en la aplicación de las reglas de procedimiento panameñas no daban lugar a una demanda de denegación de justicia. El tribunal remarcó que únicamente un grave error de derecho constituiría, o incluso, contribuiría a una demanda de denegación de justicia. (para. 474)

El argumento de las demandantes sobre la denegación de justicia principalmente involucró (i) una presunta admisión errónea de evaluación de la Carta Foley como prueba, y (ii) un presunto desconocimiento de la cosa juzgada o *res judicata*.

Con respecto a la presunta admisión errónea de la prueba, el tribunal no emitió una conclusión definitiva sobre si la Corte Suprema actuó correctamente. Afirmó, sin embargo, que no sería un error tan grave como para constituir una denegación de justicia. Tampoco ningún error de evaluación de la Carta Foley permitiría concluir que hubo imprudencia o mala fe. Pese a que el tribunal consideró que la Corte Suprema otorgó un peso injustificado a la carta Foley, no constituye en sí mismo una razón para justificar una denegación de justicia (párrafo 474).

El tribunal también analizó el argumento de las demandantes de que la Corte Suprema desconoció la cosa juzgada o *res judicata* al determinar que hubo una actuación procesal de mala fe. Las demandantes argumentaron que en el Procedimiento de Oposición de Marcas ya se había establecido que la oposición fue presentada de buena fe, lo cual constituye un prerrequisito para su admisibilidad. Luego de examinar la regla de cosa juzgada panameña, el tribunal concluyó que no correspondía aplicar este principio. Comentó, no obstante, que “se podría haber esperado que la Corte Suprema reparara en este hecho”. (párrafo 483)

El tribunal eventualmente reconoció que una sentencia donde se declare culpable a BSJ y BSLs simplemente por ejercer su derecho procesal a presentar una objeción a una solicitud de registro de marcas, de hecho, hubiera sido alarmante. Aun así, el

razonamiento de la Corte Suprema era entendible, pese a sus posibles defectos. El tribunal, por lo tanto, desestimó las demandas (párrafo 547).

Notas: El tribunal estuvo compuesto por Lord Nicholas Phillips Barón de Worth Matravers (Presidente, nacional del Reino Unido), Horacio A. Grigera Naón (nombrado por las demandantes; nacional argentino) y J. Christopher Thomas (nombrado por la demandada; nacional canadiense). El laudo, del 14 de agosto de 2020, está disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw11771.pdf>

Marios Tokas es abogado internacional basado en Ginebra. Está cursando su Master en derecho internacional en el Graduate Institute of International and Development Studies. Es becario adjunto en investigación para el Centre for International Sustainable Development Law.



En otro caso sobre energía contra Italia, un tribunal del CIADI rechaza todas las demandas sobre el fondo en base a que Italia actuó de manera razonable y en pos del interés público

Eskosol S.p.A. in liquidazione vs. La Repubblica Italiana, Caso del CIADI No. ARB/15/50

Maria Bisila Torao

En un laudo del 4 de septiembre de 2020, un tribunal del CIADI desestimó las demandas entabladas por la empresa belga, Eskosol S.p.A. in liquidazione (Eskosol), contra los cambios introducidos por Italia a su programa de incentivos para las inversiones en el sector fotovoltaico (FV) establecidos bajo Conto Energia III. El tribunal concluyó que las nuevas medidas adoptadas por Italia no se encontraban en violación con el artículo 10 del TCE, ya que Eskosol no podría tener expectativas en virtud del régimen de incentivos, debido a que, según sus términos, Conto Energia III no disponía beneficios para ninguna planta FV a menos o hasta que la planta entrara realmente en funcionamiento.

Antecedentes y demandas

Entre mayo y julio de 2010, Eskosol, la demandante, una entidad constituida localmente cuya participación mayoritaria pertenecía a una empresa belga, adquirió el 100% de su participación en 12 entidades con fines especiales (EFEs), que a su vez poseía derechos sobre las tierras para la construcción de plantas FV en el sur de Italia. Para realizar su inversión, los inversores presuntamente se basaron en las garantías provistas en varios decretos legislativos (Conto Energia) que formaban parte de los incentivos de Italia a las inversiones en el sector de energía FV de este país.

En agosto de 2010, Conto Energia III entró en vigencia. Bajo este régimen, las plantas de energía eléctrica que comenzarían a operar dentro de los próximos 14 meses tendrían el derecho al programa de incentivos de tarifas reguladas. Sin embargo, el acceso a estas tarifas únicamente estaría permitido bajo varias condiciones¹.

Al momento de la inversión, la demandante pretendió beneficiarse del régimen de tarifas reguladas bajo Conto Energia III. Sin embargo, dado que Eskosol no obtuvo financiamiento, las plantas nunca fueron construidas.

En 2011, Italia introdujo cambios a su régimen y adoptó los Decretos Romani y Conto Energia IV, que modificaban los incentivos establecidos en la legislación anterior. Según la demandante, los cambios realizados por medio de Conto Energia IV afectaron a su inversión hasta el punto en que Eskosol se tornó insolvente y fue puesta en liquidación. En respuesta, Eskosol presentó un arbitraje contra Italia el 9 de diciembre de 2015, reclamando que la conducta de Italia violó la protección del estándar de TJE del TCE. En particular, la demandante argumentó que los cambios regulatorios introducidos por Italia interfirieron con los esfuerzos de Eskosol para obtener financiamiento, violando sus expectativas legítimas.

Tribunal rechaza objeción de Italia en cuanto al requisito de nacionalidad bajo el Artículo 25 (2) (b) del CIADI: empresa de la demandante seguía estando bajo control extranjero

Italia alegó que Eskosol no poseía estatus para entablar una demanda bajo el Artículo 25 (2)(b) del convenio del CIADI porque, al momento de la presentación, la demandante fue colocada bajo administración judicial en Italia y, por lo tanto, estaba controlada por el síndico de quiebra italiano. Por consiguiente, argumentó Italia, Eskosol no cumplía con el requisito de control extranjero bajo dicho artículo ni bajo el Artículo 26 (7) del TCE.

Al analizar el lenguaje del artículo 25 (2)(b), el tribunal subrayó que la redacción del convenio no carecía de ambigüedad en cuanto a la fecha operativa del control extranjero. Por esta razón, expresó que ejercería prudencia para evitar decidir sobre cuestiones jurídicas pendientes que no eran estrictamente necesarias para resolución del caso en cuestión. Finalmente, el tribunal concluyó que la respuesta a esta cuestión no era esencial para resolver la objeción jurisdiccional de Italia. Al coincidir con el argumento de Eskosol, el tribunal determinó que la única fecha crítica a los fines de establecer el control extranjero era la fecha de las medidas estatales impugnadas, durante la cual una empresa belga tenía el control indiscutible de Eskosol.

El tribunal además explicó que si bien las empresas continuaban bajo un procedimiento de bancarrota, el síndico de la quiebra desempeña el papel de fiduciario que no ejerce autoridad en su nombre. De esta manera, su nacionalidad no podría regir o determinar el acceso al TCE o al Convenio del CIADI, primordialmente porque la determinación del control extranjero con respecto al acceso a estos tratados debe ser coherente con el objeto y propósito de los mismos. “Es una realidad que un número sustancial de inversiones extranjeras son realizadas a través de empresas

¹ Véase Conto Energia III, CL-99, Art. 2(c).



[localmente constituidas] [...], y esta realidad se ve reflejada tanto en el artículo 25 (2) (b) del Convenio del CIADI como en el Artículo 26(7) del TCE”. El tribunal concluyó que no considerar estas empresas bajo el control extranjero privaría a las empresas locales, bajo la propiedad de un inversor extranjero, de la capacidad de entablar “posibles demandas bien fundadas en virtud del TCE” (párrafo 236).

El laudo Blusun: no hay duplicación de procedimiento o abuso de derecho ya que la demandante no es la misma parte

Italia argumentó que las demandas de Eskosol eran abusivas y no debían ser admitidas porque la controversia era sustancialmente la misma que la del caso Blusun². El tribunal desestimó el argumento de Italia en base a que consideraba que Eskosol y Blusun eran partes diferentes “formalmente o en esencia” ya que no poseían la misma participación (párrafo 264).

El tribunal además explicó que Blusun rechazó enérgicamente cualquier aporte o participación de Eskosol cuando Eskosol procuró sumarse al procedimiento de Blusun. Similarmente, Eskosol no presentó a los propietarios de Blusun como testigos. Para el tribunal, el hecho de que los accionistas minoritarios de Eskosol eran nacionales italianos, no calificados para presentar un arbitraje en su propio nombre, no afectaba su evaluación, porque cuando un tratado autoriza la presentación de una demanda por una empresa local, dicha empresa actúa por sí misma y debería estar facultada para buscar reparación plena. El tribunal reconoció que un resultado exitoso de la demanda de Eskosol eventualmente beneficiaría a Blusun. Sin embargo, concluyó que la distribución final de cualquier recuperación de la empresa local no debería afectar su derecho bajo el TCE de presentar una demanda en su propio nombre, aun cuando algunos de sus accionistas puedan no estar calificados para entablar una demanda en su propio nombre bajo el TCE (párrafo 266).

Presunta violación de TJE: la causalidad sólo puede ser determinada una vez que se ha establecido/probado la violación del tratado

Eskosol reclamó que al realizar una lectura amplia y flexible del estándar de TJE, las medidas adoptadas por Italia violaron sus expectativas legítimas ya que Italia no brindó a su inversión un marco estable. La demandante argumentó que Italia actuó de manera arbitraria, irrazonable y desproporcionada al modificar

el régimen de incentivos. Sin embargo, la mayoría del tribunal explicó que la cuestión de la causalidad solo sería pertinente si se demostrara la violación de las obligaciones por parte de Italia, y que Eskosol no pudo argumentar convincentemente que las medidas de Italia estaban dirigidas a las demandantes o eran discriminatorias. El tribunal aclaró que “si un Estado no ha violado sus obligaciones de tratado con respecto a un inversor o una inversión en particular, entonces no importa qué consecuencias puedan tener las acciones no ilícitas del Estado para una empresa específica” (párrafo 380).

El tribunal procedió a examinar si la conducta de Italia violó las expectativas legítimas de la demandante en violación con las obligaciones de Italia de mantener la estabilidad y si la conducta de Italia no fue transparente, y si fue arbitraria, desproporcionada e irrazonable.

Acusaciones de arbitrariedad y desproporcionalidad por la demandante son desestimadas: alusiones generales al común conocimiento no califican como evidencia

Eskosol había alegado que los Decretos Romani y Conto Energi IV eran arbitrarios e irrazonables ya que Italia actuó bajo pretexto de favorecer a la industria de energía nuclear. Para respaldar su acusación, Eskosol se basó en un testigo que argumentó que era de común conocimiento que los cambios al régimen de incentivos eran el resultado de cálculos políticos y no se basaban en cuestiones relativas a un potencial déficit presupuestario. La mayoría del tribunal explicó que esta acusación era similar a alegar que Italia había actuado de mala fe. Las acusaciones de mala fe, según los árbitros, requieren un alto nivel de prueba que la demandante no satisfizo porque la referencia al “común conocimiento no califica como evidencia”. La mayoría se basó en el enfoque adoptado por el tribunal del caso El Paso vs. Argentina y concluyó que la arbitrariedad no evalúa si las medidas tomadas eran las mejores sino si las medidas estaban basadas en un esquema razonado que en sí mismo estaba conectado con “*el objetivo perseguido*” (párrafos 385-386).

Medidas de Italia fueron razonables ya que procuraban atender asuntos de interés público

La mayoría determinó que las medidas de Italia perseguían consistentemente objetivos de políticas y de interés público, y consideraban la posible carga financiera que el anterior programa generaría. La mayoría razonó que cuestionar la sostenibilidad del programa no era irracional o irrazonable y explicó, haciendo referencia a *AES vs. Hungría*, que las medidas de Italia no carecían de una explicación lógica apropiada ya que estaban destinadas a “atender un

² Blusun S.A., Jean-Pierre Lecorcier y Michael Stein vs. La República Italiana, Caso del CIADI No. ARB/14/3.



asunto de interés público” (párrafo 400).

No hay expectativas legítimas: Eskosol no califica para recibir beneficios, por lo tanto, no puede hacer uso de derechos que no posee

El tribunal concluyó que las declaraciones públicas del Gobierno y las declaraciones realizadas directamente a la demandante antes de que Conto Energia III fuera adoptado no constituían una garantía de que Conto Energia II y III no serían alterados. No pudo determinar que las declaraciones públicas en general realizadas a posibles inversores pudieran establecer compromisos más amplios que aquellos estipulados por la legislación en sí misma, “*las expectativas legítimas deben basarse en alguna forma de conducta estatal, y no simplemente en las propias expectativas subjetivas del inversor*” (párrafo 452). El tribunal dictaminó que Eskosol no poseía ninguna expectativa legítima sobre la permanencia del programa de incentivos. Por lo tanto, concluyó que no había evidencia de una representación o aseveración por parte de Italia que pudiera haber llevado a la demandante a esperar que el régimen seguiría en curso por un período definido.

Más fundamentalmente, sin embargo, el tribunal concluyó que Conto III no podría haber creado expectativas legítimas de Eskosol dado que sus plantas nunca fueron operativas. El decreto únicamente se extendía a las plantas operativas, y por lo tanto, el tribunal declaró que “Eskosol simplemente no recae bajo la definición de esta clase de beneficiarios” (párrafo 449).”

Costos

El tribunal estableció que pese a que Italia ganó sobre el fondo, la demandante prevaleció sobre las objeciones jurisdiccionales presentadas por Italia, incluyendo las objeciones preliminares de Italia bajo la regla de arbitraje 41(5) del CIADI. Por lo tanto, el tribunal concluyó que cada parte debía asumir sus propias costas y el 50 % de los costos del arbitraje.

Notas: El tribunal estuvo compuesto por Jean E. Kalicki (presidenta, nacional estadounidense), Guido Santiago Tawil (nombrado por la demandante, nacional argentino) y Brigitte Stern (nombrada por la demandada, nacional francesa). El laudo del 4 de septiembre de 2020, está disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw11779.pdf>.

Maria Bisila Torao es abogada internacional en Londres. Posee un LL.M. en arbitraje de tratados de inversión de la Universidad de Uppsala, un LL.M. en arbitraje comercial internacional de la Universidad de Estocolmo y una licenciatura en derecho de la Universidad de Málaga.

Tribunal del CIADI admite parcialmente jurisdicción sobre demandas bajo Acuerdo de Fomento y Protección de las Inversiones entre Austria y Polonia y rechaza aplicabilidad de Achmea

Strabag SE, Raiffeisen Centrobank AG y Syrena Immobilien Holding AG vs. Polonia, Caso del CIADI No. ADHOC/15/1

Sarthak Malhotra

En un laudo del 4 de abril del 2020, un tribunal administrado bajo el Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI rechazó la mayoría de las objeciones a su jurisdicción sobre las demandas entabladas contra Polonia por tres empresas austriacas Strabag SE, Raiffeisen Centrobank AG y Syrena Immobilien Holding AG (juntas, los ‘inversores’). Las partes acordaron que la sede del arbitraje fuera en París, Francia.

Antecedentes y demandas

Raiffeisen Centrobank y Strabag eran las empresas conjuntas matrices de Syrena Immobilien Holding que a su vez tenía la propiedad total de una empresa ficticia constituida en Chipre. Esta empresa ficticia chipriota tenía el 99.6% de Syrena Hotels, una empresa polaca. Syrena Hotels poseía y operaba dos hoteles en Varsovia. Estos hoteles fueron vendidos a Strabag por el Gobierno local de Varsovia bajo un acuerdo de adquisición de acciones como parte del proceso de privatización después de la caída del régimen comunista en Polonia.

Los inversores alegaron que las acciones del Gobierno polaco amenazaron sus derechos perpetuos sobre la tierra y la propiedad de los hoteles. Según los inversores, estas acciones violaron los Artículos 2(1) (TJE), 2(2) (protección plena), 3 (Trato de las Inversiones), 4 (Expropiación), 5 (Transferencias), 7(1) (Otras Obligaciones), 7(2) (Cláusula Paraguas) y el Artículo 8 (Solución de Controversias de Inversión) del Acuerdo de Fomento y Protección de las Inversiones entre Austria y Polonia (‘Tratado’).

Polonia impugnó la jurisdicción del tribunal sobre las demandas de los inversores por cuatro razones. A saber: (i) que los inversores no demostraron que sus demandas *prima facie* recaían bajo las disposiciones de tratado porque estas demandas eran fundamentalmente contractuales por naturaleza y no fueron en ningún caso caracterizadas de manera suficiente como una violación de ninguna disposición de tratado, (ii) que el



uso del tratado por los inversores constituía un abuso de proceso, (iii) que los inversores no tenían estatus como ‘inversores’ bajo el tratado y (iv) que la sentencia *Achmea* invalidaba el Artículo 8 del tratado.

Los inversores demostraron *prima facie* que sus demandas recaían bajo las disposiciones pertinentes del tratado

El tribunal se basó en el test formulado por la Jueza de la CIJ, Rosalyn Higgins, en su opinión del *Caso Concerniente a las Plataformas Petroleras (República Islámica de Irán vs. Estados Unidos de América)*¹ para decidir sobre las objeciones jurisdiccionales preliminares. Sostuvo que sólo se requirió a los inversores que demostraran si los hechos alegados por ellos y, si fueran ciertos, posiblemente podrían dar como resultado una violación de las disposiciones del tratado.

Según el tribunal, la posibilidad de que las demandas de los inversores dieran lugar a demandas contractuales no altera la naturaleza de las demandas presentadas en el arbitraje. Concluyó que las demandas se enmarcaban dentro de las obligaciones sustantivas del tratado de Polonia y no eran demandas contractuales.

El tribunal concluyó que las demandas relacionadas con la violación de los Artículos 2(1), 2(2), 3 y 4 cumplían con el estándar *prima facie*. Sin embargo, determinó que las demandas relativas a la violación de los Artículos 5, 7(1) y 8 fueron presentadas de manera insuficiente y que no cumplían con el umbral *prima facie*.

La demanda de los inversores sobre la violación de la cláusula paraguas contenida en el Artículo 7(2) se basaba en el incumplimiento de las disposiciones del acuerdo de adquisición de acciones. Polonia objetó esta demanda por dos razones; primero, que Raiffeisen Centrobank y Syrena Immobilien no podían entablar demandas relacionadas con este acuerdo porque no eran signatarias del mismo, y segundo, que las violaciones del acuerdo no podrían ser atribuidas a Polonia porque el derecho internacional sobre la responsabilidad estatal únicamente se aplicaba a violaciones de derecho internacional y no a violaciones de un contrato del derecho interno. El tribunal no tomó una decisión sobre estas objeciones y las juntó con el análisis del fondo de la controversia.

Polonia no pudo probar que el uso del tratado por parte de los inversores constituía un abuso de proceso

Polonia alegó que los inversores cometieron un abuso de proceso al presentar sus demandas contractuales en un arbitraje internacional después de entablar algunas de las demandas ante tribunales polacos y austriacos. También alegó que los inversores estaban utilizando el arbitraje internacional para presionarla a privar a terceras partes de sus derechos derivados del régimen jurídico que existía cuando los inversores realizaron su inversión.

El tribunal rechazó las objeciones de Polonia. Sostuvo que el umbral para determinar un abuso de proceso era alto y que una mera acción de mala fe no implicaba un abuso de proceso. Observó que las demandas de los inversores estaban basadas en un incumplimiento de disposiciones del tratado y que dichas demandas no podrían haber sido planteadas en ningún otro foro que no fuera el dispuesto bajo el Artículo 8 del tratado.

La restructuración corporativa de los inversores no torna inadmisibles el reclamo de beneficios bajo el tratado

Polonia alegó que los inversores no podían reclamar la protección del tratado porque habían transferido sus inversiones en Syrena Hotels a la empresa chipriota. Según la demandada, esto posiblemente tornaba al TBI entre Chipre y Polonia aplicable a la controversia y el tratado ya no regía a las demandas de los inversores. También argumentó que la posible aplicación de los dos tratados también podría llevar a un abuso de proceso y, por lo tanto, era necesario que el tribunal determinase qué tratado se aplicaba más adecuadamente a la inversión de los inversores.

El tribunal dictaminó que la objeción de Polonia fue prematura. Según el tribunal, la cuestión de abuso únicamente podría ser planteada y evaluada si y cuando los inversores buscaran la protección del TBI entre Chipre y Polonia. Tomó en cuenta la declaración de los inversores de que la empresa chipriota no iniciaría un procedimiento bajo el TBI entre Chipre y Polonia y sostuvo que no había ningún conflicto entre los tratados que necesitara resolución.

El tribunal también sostuvo que no había ningún requisito en el tratado para demostrar la continua propiedad directa de la inversión más allá de la fecha de la presunta violación por parte del Estado receptor. De esta manera, la creación de una empresa ficticia como intermediaria después de surgidas las controversias no impedía a los inversores reclamar la protección del tratado por violaciones anteriores a la restructuración.

¹ Plataformas petroleras (*República Islámica de Irán vs. Los Estados Unidos de América*) disponible en: <<https://www.icj-cij.org/en/case/90>>



Aplicabilidad de la Sentencia *Achmea*

Según Polonia, la sentencia *Achmea* establece que las disposiciones sobre la solución de controversias entre inversionistas y Estados de los TBI intra-UE eran incompatibles con el derecho de la UE. Polonia argumentó que esto invalidaba el Artículo 8, la disposición de solución de controversias del tratado en cuestión.

El tribunal examinó el derecho de la sede del arbitraje, es decir el derecho francés, y sostuvo que la cuestión de la existencia y validez de un acuerdo de arbitraje estaba regida por los principios del derecho internacional de cumplimiento con los requisitos fundamentales de justicia del comercio internacional. Sobre esta base, sostuvo que el derecho de la UE no podría formar parte del derecho aplicable a cuestiones relativas a la jurisdicción del tribunal. Habiendo rechazado la aplicabilidad del derecho de la UE, el tribunal no consideró necesario evaluar el impacto de la sentencia *Achmea* en su jurisdicción.

El tribunal también aplicó el Artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratado (VCLT, por sus siglas en inglés) para dictaminar que factores extrínsecos, tales como el derecho de la UE o la sentencia *Achmea*, no debían primar sobre el significado común del texto del tratado. Concluyó que el significado común del Artículo 8 era claro y no era ambiguo para determinar el consenso de Polonia a arbitrar las controversias bajo el tratado.

Polonia también alegó, basándose en la sentencia *Achmea*, que según los Artículos 59(1) y 30(3) de la VCLT, el tratado debía considerarse terminado debido al posterior acceso de Polonia al TUE y al TFUE o, alternativamente, únicamente debía ser aplicado en la medida que sus disposiciones fueran compatibles con el TUE y el TFUE.

El tribunal no admitió la objeción de Polonia en base a que no cumplía con la precondition referida al ‘mismo objeto de la causa’ bajo los Artículos 59(1) y 30(3) de la VCLT. El tribunal determinó que el tratado y el TFUE no versan sobre la misma materia, ya que el TFUE no trata la solución de controversias entre inversionistas y Estados ni el arbitraje. Según el tribunal, la sentencia *Achmea* no afecta esta conclusión porque se limita a los principios del derecho de la UE y no altera la relación del derecho internacional entre el TFUE y los TBI intra-UE a los fines de los Artículos 59 y 30 de la VCLT.

Notas: El tribunal estuvo compuesto por V.V. Veeder (presidente nombrado por los árbitros designados por las partes, nacional inglés), Karl-Heinz Böckstiegel (nombrado por las demandantes, nacional alemán) y Albert Jan van den Berg (designado por la demandada, nacional belga). La decisión está disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw11770.pdf>.

Sarthak Malhotra es abogado de origen indio basado en Nueva Delhi, India.

Tribunal del CIADI desestima las demandas de Interocean Oil Development Company e Interocean Oil Exploration Company contra Nigeria mientras admite su jurisdicción para atender únicamente las demandas basadas en el estatuto nacional de inversiones de Nigeria

Interocean Oil Development Company e Interocean Oil Exploration Company vs. La República Federal de Nigeria, Caso del CIADI No. ARB/13/20

Viola Echebima

En un laudo del 6 de octubre del 2020, un tribunal del CIADI, analizó las demandas de expropiación indirecta e incumplimiento del derecho consuetudinario internacional entabladas por dos empresas americanas, Interocean Oil Development Company e Interocean Oil Exploration Company (demandantes) contra la República Federal de Nigeria (demandada), conforme a la Ley de la Comisión para la Protección de las Inversiones de Nigeria (NIPCA, por sus siglas en inglés). Estas demandas se basaron ampliamente en los principios de atribución del derecho internacional. En particular, las demandantes sostuvieron que las acciones colectivas de las agencias y tribunales nacionales de la demandada, así como las acciones



privadas de Festus Fadeyi, que presuntamente llevaron a la expropiación de sus inversiones en Nigeria, eran atribuibles a la demandada.

El tribunal desestimó todas las demandas en base al fondo y otorgó costos por la suma de \$660.129,87, en favor de la demandada. Independientemente de la desestimación, resulta destacable que el tribunal igualmente desestimó todas las objeciones jurisdiccionales planteadas por la demandada.

Antecedentes y Demandas

Las demandantes, a través de la entidad corporativa nigeriana Pan Ocean Oil Company (Pan Ocean), poseía una participación accionaria del 40% bajo el acuerdo de Arrendamiento Minero de Petróleo 98 (OML, por sus siglas en inglés) y la Licencia de Prospección Petrolífera 275 (los activos). Conforme a la estructura de la empresa conjunta de gas y petróleo nigeriana, la demandada, a través de la Corporación Nacional de Petróleo de Nigeria (NNPC, por sus siglas en inglés), retuvo el restante de la participación en los activos. Hasta mediados de 1998, las demandantes poseían 2.500 acciones acumuladas, que fueron las únicas acciones emitidas de las 10.000 acciones autorizadas de Pan Ocean.

Sin embargo, en 2005, Fadeyi, como director gerente de Pan Ocean se adjudicó a sí mismo y a sus socios las 7.500 acciones restantes. Además, el Fadeyi designó a nuevos directores. Estas medidas fueron tomadas sin notificar a las demandantes y sin permitir su participación. Las resoluciones que afectaban a estas acciones fueron posteriormente validadas por el Supremo Tribunal Federal (STF) así como los documentos corporativos pertinentes en apoyo a las adjudicaciones presentadas ante el registro de empresas de Nigeria. Estas acciones dieron como resultado la dilución de la participación de las demandantes en Pan Ocean y finalmente de los activos, y provocó la pérdida de la propiedad y el control de la inversión de las demandantes en Pan Ocean, pese a los esfuerzos continuos de las demandantes para recuperar el control.

Asimismo, las demandantes alegaron que la detención ilícita de Herbert Rooks (quien fue el que asumiría el cargo directivo de Fadeyi) por los operativos de seguridad nigerianos, formaba parte de los actos expropiatorios y conspirativos de la demandada; además, alegaron que esto constituyó una violación de la obligación de protección de la demandante bajo el derecho consuetudinario internacional.

En base a lo antedicho, las demandantes entablaron sus demandas contra Nigeria conforme a algunas disposiciones de la NIPCA.

La falta de registro de Pan Ocean en la Comisión Nigeriana de Promoción de las Inversiones (NIPC, por sus siglas en inglés) no impide la jurisdicción del tribunal para atender las demandas (pero el Magistrado Torgbor emitió una disidencia)

En base al hecho de que las demandas se basaron únicamente en la NIPCA, en contraposición a hacerlo en virtud de un acuerdo o un tratado internacional de inversión, la demandada objetó la jurisdicción del tribunal, argumentando que la demandante no tenía fundamento para invocar la jurisdicción del tribunal porque Pan Ocean, al poseer accionistas extranjeros, no estaba registrada en la NIPC, y por lo tanto, no podría reclamar ningunas de las protecciones de la NIPCA, incluyendo el mecanismo de solución de controversias del CIADI contemplado bajo la Sección 26 de dicha legislación.

En respuesta, las demandantes afirmaron que la Sección 29(2) de la NIPCA dispensa la necesidad de registro porque Pan Ocean existía con anterioridad a la promulgación de dicha legislación; además, esta ley no hace referencia a las implicancias jurídicas surgidas de la falta de registro ante la NIPC.

El tribunal, por mayoría, desestimó la impugnación, concluyendo que no estaba impedido para asumir la jurisdicción por esta razón singular. Notablemente, el tribunal sostuvo que las demandas se relacionaban con la falta de protección, por parte de la demandada, de la inversión de las demandantes en Nigeria. Asimismo, la mayoría aludió al hecho de que sería injusto no admitir su jurisdicción únicamente para razones de tecnicismos relativos al registro bajo la NIPCA.

El lenguaje de la NIPCA es lo suficientemente amplio para admitir las demandas de expropiación y las protecciones conferidas bajo el derecho consuetudinario internacional

Alternativamente, Nigeria urgió al tribunal que no admitiera su jurisdicción, argumentando que las demandas recaían fuera del alcance de la NIPCA ya que las garantías de protección establecidas en la Sección 25 de la NIPCA se limitaban únicamente a la expropiación directa. Además, la demandada alegó que no existía lenguaje alguno en la NIPCA ni en los tratados bilaterales o multilaterales firmados entre las partes sobre el cual pueda fundamentarse una demanda por violación del derecho consuetudinario internacional.

Por el contrario, las demandantes afirmaron que conforme a la decisión del STF, la renuncia/dilución involuntaria de su participación en Pan Ocean constituía una expropiación indirecta, tal como lo



contempla la Sección 25(1)(b) de la NIPCA. En cuanto al argumento en contra del incumplimiento del derecho consuetudinario internacional, las demandantes alegaron que la referencia a acuerdos de tratado en la NIPCA implica demandas de violación del derecho consuetudinario internacional. Además, las demandantes afirmaron que el derecho consuetudinario internacional forma parte del sistema jurídico nigeriano de conformidad con la Sección 32 de la Ley de Interpretación.

El tribunal determinó que el amplio lenguaje utilizado en la Sección 26 de la NIPCA cubría las demandas, aunque el derecho consuetudinario internacional formara parte de la ley nigeriana en la misma medida que el *common law*. Observó que una interpretación estrecha de la NIPCA para alegar lo contrario arrojaría conclusiones sin fundamento.

Actos de NNPC, STF, Fadeyi y otros instrumentos estatales no son atribuibles a la demandada en base a las disposiciones pertinentes de los Artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (artículos de la CDI)

Las demandantes argumentaron que las acciones del STF al aprobar las acciones corporativas dilutivas de Fadeyi, la falta de investigación por parte de la NNPC sobre los asuntos relacionados con Pan Ocean en base a su relación como empresa conjunta así como su continua interacción con Fadeyi (en su facultad de representante de la empresa conjunta OML 98), eran atribuibles a la demandada conforme a los Artículos 4 y 7 de los Artículos de la CDI.

Sin embargo, el tribunal declaró que, independientemente al hecho de que las demandantes habían perdido su inversión en Pan Ocean, las acciones de Fadeyi y de todos los instrumentos estatales no equivalía a una expropiación. Pese a que el tribunal concluyó que los actos de los tribunales nigerianos podrían constituir una expropiación judicial, no podría llegarse a esta conclusión en el presente caso dado que sólo ocurrió un error judicial. El tribunal aludió al hecho de que las demandantes deberían haber agotado todos los recursos internos disponibles apelando la decisión del STF antes de haber considerado que ocurrió una expropiación judicial.

En torno a la inacción de la NNPC, el tribunal dictaminó que, considerando que la NNPC actuó exclusivamente en su capacidad comercial, no pueden activarse las disposiciones pertinentes de los Artículos de la CDI para declarar a Nigeria culpable de expropiación.

No hay violación de estándares de nivel mínimo de trato y TJE

Finalmente, en cuanto al arresto de Rooks, el tribunal sostuvo que las demandantes no vincularon el arresto con la violación de estos estándares. Precisamente, el tribunal destacó que los estándares para demostrar dicha violación tal como se encuentran articulados en *Neer vs. México* no fueron probados con evidencia por las demandantes.

Notas: El tribunal del CIADI estuvo compuesto por el Profesor William W. Park (Arbitro presidente, nacional suizo/americano), el Profesor Julián D.M. Lew (nacional británico; nombrado por las demandantes) y el Hon. Magistrado Edward Torgbor (nacional ghanés/británico; nombrado por la demandada). El laudo está disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw11819.pdf>.

Viola Echebima posee un Master en Derecho de la Universidad de Nueva York (NYU), Facultad de Derecho. Se graduó en la Universidad de Nigeria, donde obtuvo su Licenciatura en Derecho. Actualmente es Becaria del programa de Finanzas y Desarrollo Internacional del IISD en Ginebra.



RECURSOS Y EVENTOS

RECURSOS

Monitor de Tendencias de Inversión

UNCTAD (octubre de 2020)
Disponible [aquí](#)

Incorporando la igualdad de género en la promoción ambiental

The IPA Observer (octubre de 2020). Las agencias de promoción de las inversiones están incorporando cada vez más cuestiones de género en su trabajo.
Disponible [aquí](#)

Acelerador de Reformas de AII de la UNCTAD – una nueva herramienta para facilitar la reforma de los tratados de inversión

Disponible [aquí](#)

24º Informe sobre Medidas de Inversión del G20

UNCTAD/OCDE
Disponible [aquí](#)

Tratados de Inversión y la Imaginación Jurídica. Cómo los Inversores Extranjeros Juegan con sus Propias Reglas

Por Nicolás Perrone. Oxford University Press (enero de 2021)

Este libro explora el papel de los actores del sector privado (líderes empresariales, banqueros y abogados internacionales) en el desarrollo del derecho internacional de las inversiones. Este libro también presenta una nueva mirada a laudos influyentes, incluyendo aquellos relacionados con conflictos que involucran a comunidades locales.

Encuesta sobre Arbitraje Internacional 2020: Solución de Controversias entre Inversionistas y Estados (ISDS)

Por School of International Arbitration, Centre for Commercial Law Studies, Queen Mary University of London (QMUL). Esta encuesta y el informe resultante están enfocados en la visión de los inversores sobre los procesos y posturas de la reforma de la ISDS en curso.
Disponible [aquí](#)

¿Qué hay de Malo en el Arbitraje de Inversiones? Evidencia a partir de una serie de Experimentos Conductuales

Por María Laura Marceddu y Pietro Ortolani. *European Journal of International Law* (septiembre de 2020). Este artículo utiliza el enfoque experimental para entender mejor la crítica pública al arbitraje de inversión.
Disponible [aquí](#)

Proporcionalidad y Protección de los Derechos Humanos en el Arbitraje Internacional de las Inversiones: ¿Qué queda suspendido en el balance?

Por Daria Davitti. *Nordic Journal of International Law* (noviembre de 2020). Este artículo examina el análisis de proporcionalidad conducido por tribunales arbitrales cuando la protección de las inversiones extranjeras entra en conflicto con la protección de los derechos humanos.
Disponible [aquí](#)



EVENTOS 2020

Convocatoria de Ponencias: Teoría Política y Jurídica de las Cortes y los Tribunales Internacionales 2021

Manifestaciones de interés hasta el 4 de enero, 2021. El taller será realizado, por Zoom, el 21 y 22 de junio, 2021. Registrarse [aquí](#)

El Potencial Valor Agregado de un Marco sobre la Facilitación de las Inversiones para el Desarrollo

German Development Institute
14 de diciembre, 2020
Más información [aquí](#)



© 2020 The International Institute for Sustainable Development
Publicado por el Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible.

Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible (IISD)

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

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

Investment Treaty News (ITN)

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

ITN recibe trabajos sin publicar y originales.

Cualquier pregunta debe ser enviada a Zoe Phillips Williams a zoe.williams@iisd.net

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



Investment Treaty News



IISD

International Institute for
Sustainable Development