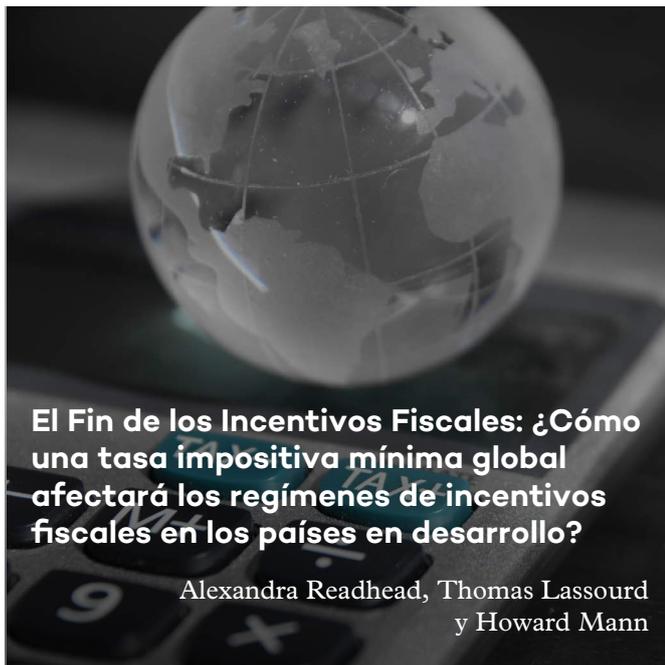




UN BOLETÍN EN LÍNEA SOBRE DERECHO Y POLÍTICAS DE INVERSIÓN DESDE UNA PERSPECTIVA DEL DESARROLLO SOSTENIBLE

NÚMERO 3. TOMO 12. OCTUBRE 2021



El Fin de los Incentivos Fiscales: ¿Cómo una tasa impositiva mínima global afectará los regímenes de incentivos fiscales en los países en desarrollo?

Alexandra Readhead, Thomas Lassourd y Howard Mann



Entrevista con Esmé Shirlow sobre la publicación “Juzgando en la Interfaz: Deferencia a la autoridad estatal de toma de decisiones en la resolución internacional”

Esmé Shirlow



El enigma de la “relación con el comercio” en el Grupo de Expertos del ALC entre la UE y Corea: ¿Son los ALC un foro novedoso para hacer cumplir los objetivos de desarrollo sostenible?

Rebecca Walker



Pese al consenso sobre la incompatibilidad del TCE con la agenda climática mundial, persisten las afirmaciones de que este tratado es muy adecuado para abordar la transición hacia energías limpias

Lea Di Salvatore, Nathalie Bernasconi-Osterwalder y Lukas Schaugg



De la transparencia a la prohibición: el WGIII de la CNUDMI contempla opciones para regular la financiación por terceros

Brooke Guven, Lise Johnson, H. Suzy Nikiéma y Daniel Uribe





Contenido

ARTÍCULO 1 El Fin de los Incentivos Fiscales: ¿Cómo una tasa impositiva mínima global afectará los regímenes de incentivos fiscales en los países en desarrollo?.....	4
ARTÍCULO 2 Entrevista con Esmé Shirlow sobre la publicación “Juzgando en la Interfaz: Deferencia a la autoridad estatal de toma de decisiones en la resolución internacional”	9
ARTÍCULO 3 El enigma de la “relación con el comercio” en el Grupo de Expertos del ALC entre la UE y Corea: ¿Son los ALC un foro novedoso para hacer cumplir los objetivos de desarrollo sostenible?	13
ARTÍCULO 4 Pese al consenso sobre la incompatibilidad del TCE con la agenda climática mundial, persisten las afirmaciones de que este tratado es muy adecuado para abordar la transición hacia energías limpias	18
ARTÍCULO 5 De la transparencia a la prohibición: el WGIII de la CNUDMI contempla opciones para regular la financiación por terceros	23
NOTICIAS EN BREVE	28
De la transparencia a la prohibición: el WGIII de la CNUDMI contempla opciones para regular la financiación por terceros	28
Continúan los debates estructurados sobre la facilitación de las inversiones en la OMC.....	29
WGIII de la CNUDMI considera propuestas sobre varios elementos de la reforma de la ISDS mientras continúa pendiente la consideración del resultado de la solicitud de financiación adicional	29
Ecuador se reincorpora al Convenio del CIADI	31
España y Colombia firman nuevo TBI	31
Pakistán termina 23 TBI	32
UNWG sobre Empresas y Derechos Humanos lanza su informe 2021	32
LAUDOS Y DECISIONES	33
Tribunal del TCE dictamina que las modificaciones de Italia a su programa de incentivos a las energías renovables son razonables, previsibles y proporcionadas	33
Tribunal <i>ad hoc</i> falla a favor de inversor alemán en el sector energético	36
Tribunal del CIADI en <i>Infinito Gold vs. Costa Rica</i> admite varias demandas pero no adjudica daños. La mayoría del tribunal encuentra violaciones del estándar de TJE pero la demanda de daños es demasiado especulativa.....	38
RECURSOS Y EVENTOS	44

INVESTMENT TREATY NEWS

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

Tel +41 22 917-8748

Fax +41 22 917-8054

Email itn@iisd.org

Twitter [iisd_news](https://twitter.com/iisd_news)

Directora Principal - Derecho y Políticas Económicas
 Nathalie Bernasconi

Directora Editorial
 Zoe Phillips Williams

Redactora, edición en francés
 Suzy Nikiéma

Redactora, edición en español
 Marina Ruete

Traductora, edición en francés
 Isabelle Guinebault

Traductora, edición en español
 María Candela Conforti

Oficial de Prensa y Comunicaciones
 Andrew Aziz

Noticias en Breve
 Cesar Henrique Arrais

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

El Fin de los Incentivos Fiscales: ¿Cómo una tasa impositiva mínima global afectará los regímenes de incentivos fiscales en los países en desarrollo?

Alexandra Readhead, Thomas Lassourd y Howard Mann



Introducción

A principios de junio, el G7 llegó a un acuerdo para hacer que las empresas multinacionales paguen más impuestos¹. En principio, acordaron introducir una tasa impositiva mínima global sobre la renta de sociedades de al menos el 15% con el fin de evitar la competencia en materia fiscal. Algunos países del G7 consideraron esta tasa demasiado baja, y Estados Unidos promovió una tasa del 21%. Sin embargo, en una reunión del G20 a realizarse a fines del corriente mes procurarán llegar a un acuerdo que también involucre a los 139 países que participan en el Marco Inclusivo OCDE/G20.

Si es adoptada, la tasa impositiva mínima global aplicará a todos los sectores de la economía. Los países deberán derogar los incentivos fiscales de la legislación nacional y los acuerdos de inversión para alinear la tasa efectiva de tributación con la tasa impositiva global. Mientras que los incentivos fiscales en la ley pueden ser derogados unilateralmente, por medio de una enmienda de dicha legislación, otros están sujetos a disposiciones de estabilización contenidas en las leyes o contratos, lo cual puede impedir la plena implementación de la tasa

impositiva mínima global. Esta nota informativa investiga el impacto de la tasa impositiva mínima global sobre el uso de incentivos fiscales en los países en desarrollo, y qué acuerdos de transición son necesarios para proteger a los países de una transferencia de ingresos fiscales. Refleja la experiencia de los autores en las industrias extractivas, pero también aplica a otros tipos de inversión a gran escala, proyectos intensivos en capital, tales como energía e infraestructura de transporte.

Cómo una Tasa Impositiva Mínima Global Afectaría los Incentivos Fiscales

Una tasa impositiva mínima global busca reducir la competencia fiscal y la transferencia de ganancias en todos los sectores económicos. Lo hace a través de reglas que, si se adoptan, garantizarían que todas las ganancias mundiales de las empresas multinacionales estén gravadas por lo menos a una Tasa Efectiva de Tributación (TET) mínima.

Según la propuesta actual, se aplicaría una tasa impositiva mínima global a las empresas multinacionales que poseen ingresos brutos por encima de los 750 millones de euros. La TET se calcula anualmente país por país. Se trata del total de impuestos (cubiertos) pagados a las autoridades gubernamentales, o "impuesto en efectivo" (el numerador), como una proporción de la base imponible, que se basa en las ganancias contables (el denominador) expresadas como una fracción (ver la ecuación a continuación).

$$\text{TET} = \frac{\text{Impuestos Cubiertos (el impuesto en efectivo pagado en el año actual)}}{\text{Base impositiva (beneficios contables)}}$$

En cada año de ingresos, si la TET de una subsidiaria está por debajo de la tasa mínima acordada globalmente, su empresa matriz debe pagar un 'impuesto complementario' sobre la parte proporcional de ingresos de la subsidiaria de baja tributación al país donde se encuentra ubicada (usualmente referido como el país de origen o de residencia). Bajo ciertas circunstancias, la responsabilidad de pago del impuesto complementario se traslada a uno o más miembros del grupo multinacional.

¹ Inman, P. y Savage, M. (2021, 5 de junio). Rishi Sunak announces historic agreement by G7 on tax reform. *The Guardian*. <https://www.theguardian.com/world/2021/jun/05/rishi-sunak-announces-historic-agreement-by-g7-on-tax-reform>



Como resultado, los principales beneficiarios de la tasa impositiva mínima global serían los países exportadores de capital, donde las empresas multinacionales generalmente suelen tener su sede, tienen prioridad para gravar las ganancias sub-gravadas. La propuesta incluye otras tres reglas, dos de las cuales podrían beneficiar a los países en desarrollo, pero resulta poco probable que generen ingresos sustanciales².

En la práctica, ¿qué implicaría para una empresa localizada en tres jurisdicciones, con la subsidiaria 1 en el País A, la subsidiaria 2 en el País B y la empresa matriz en el País C? En todas las jurisdicciones, una empresa paga impuestos según las normas tributarias de cada país. Sin embargo, si las subsidiarias 1 y 2 no pagan impuestos al nivel de la tasa impositiva mínima global, entonces el impuesto complementario — la diferencia entre la TET y el impuesto mínimo global — es recaudado por el País C bajo la regla de inclusión de ingresos.

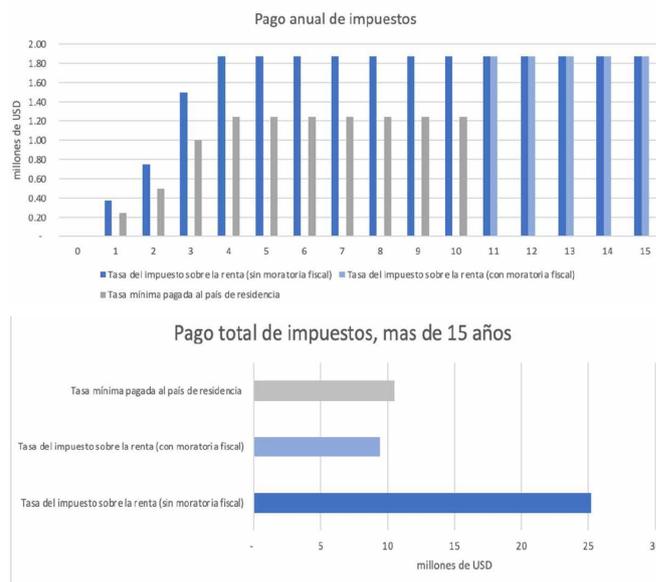
Una vez que se promulgue la reforma, se esperará que cualquier subsidiaria de una empresa multinacional pague un impuesto sobre la renta de sociedades de al menos la tasa impositiva mínima global — el 15%, según la propuesta del G7. En principio, esto debería ser fácil de lograr, ya que la mayoría de los países en desarrollo poseen tasas impositivas nominales sobre la renta de sociedades mucho más elevadas, que van del 20 al 40%. Sin embargo, las empresas pueden llegar a pagar un valor menor que la tasa impositiva mínima cuando reciben incentivos fiscales. Existen dos categorías de incentivos fiscales que los países en desarrollo a menudo otorgan a los inversores extranjeros.

La primera incluye los incentivos que crean diferencias de tiempo entre los estados financieros de las empresas, que declaran ganancias de conformidad con las normas internacionales de contabilidad (“ganancias contables”), y sus ganancias imponibles, calculadas en base a las normas tributarias nacionales — por ej., una depreciación acelerada de activos de capital. Estos incentivos no reducen el monto total de los impuestos debidos; meramente los posponen. Tienden a ser efectivos para atraer inversiones: bajan los costos de capital y de esta manera tornan viables aquellas inversiones menos rentables. El Marco Inclusivo está comprometido a encontrar una solución factible para

evitar que este tipo de incentivos genere un impuesto complementario, pese a que los detalles aún no fueron determinados — véase el informe IGF-ATAF³.

La segunda categoría de incentivos fiscales simplemente reducen o eliminan los impuestos pagados sobre las ganancias, a menudo por un período de tiempo determinado —por ej., exoneraciones temporales de impuestos, tasas impositivas preferenciales, créditos fiscales, deducciones por inversión o exenciones impositivas⁴. Estos incentivos son considerados menos eficaces que la primera categoría de incentivos fiscales y tienen mayor probabilidad de dar como resultado un traslado de beneficios⁵. Se trata del tipo de incentivos al que apunta la reforma. La tasa impositiva mínima global tornará inefectivos muchos de los mismos ya que la empresa multinacional que se beneficia de un incentivo de manera tal que su tasa impositiva resulta ser menor que la tasa mínima, simplemente deberá pagar el balance a una jurisdicción extranjera (a menudo el país de residencia de la empresa que recibe el incentivo). El ejemplo a continuación muestra el impacto de una moratoria fiscal de diez años bajo la tasa impositiva mínima global.

Ilustración: Impacto de una moratoria fiscal de 10 años bajo la tasa impositiva mínima global



Fuente: cálculo de los autores, basado en una inversión simplificada de 15 años, descrito en el Apéndice A de IGF y ATAF, 2021.

² Proyecto de la OCDE/G20 sobre la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios. (2020). *Tax challenges arising from digitalisation – Economic impact assessment*. <https://www.oecd.org/tax/beps/tax-challenges-arising-from-digitalisation-economic-impact-assessment-0e3cc2d4-en.htm>

³ Foro Intergubernamental sobre Minería, Metales y Desarrollo Sostenible (IGF) y el Foro Africano de Administración Tributaria (ATAF), 2021, *Reformas fiscales digitales mundiales y minería: El problema de las diferencias en el tiempo* <https://www.iisd.org/system/files/2021-04/global-digital-tax-reforms-mining-es.pdf>

⁴ UNCTAD-CIAT, *Diseño y Evaluación de Incentivos Tributarios en Países en Desarrollo*, 2018, https://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2018/02/tax-incentives_sp.pdf

⁵ Plataforma de Colaboración en materia Tributaria. (2015). *Opciones para el uso eficaz y eficiente de los incentivos fiscales a la inversión en países de ingreso bajo: Informe del FMI, de la OCDE, de la ONU y del Banco Mundial para el Grupo de Trabajo sobre Desarrollo del G-20*. <https://www.imf.org/external/spanish/np/g20/pdf/101515s.pdf>



La tasa impositiva mínima global sólo afectará las tasas calculadas sobre las ganancias de las empresas multinacionales. Esto incluiría los impuestos sobre la renta, retención de impuestos sobre los pagos transfronterizos de dividendos o intereses y cualquier gravamen basado en ganancias; como por ejemplo, una regalía minera basada en ganancias o el impuesto sobre la renta económica. No tendrá efecto alguno sobre tasas y cargas que no estén basadas en el impuesto sobre la renta de sociedades tales como el IVA, derechos de aduana, impuestos sobre la nómina, impuestos sobre los ingresos brutos tales como regalías mineras y acuerdos de distribución de la producción; y no tendrá efecto alguno sobre cualquier incentivo otorgado por los Gobiernos en torno a estos flujos de ingresos. Esto plantea la pregunta de si los países competirán para atraer inversiones bajando este tipo de impuestos en el futuro. Sería aconsejable no hacerlo, especialmente considerando que estas tasas impositivas son más confiables y fáciles de recaudar que los impuestos sobre la renta.

¿Cómo deberían los países en desarrollo enmendar sus regímenes de incentivos fiscales para beneficiarse en lugar de salir perdiendo por la tasa impositiva mínima global?

El objetivo de la tasa impositiva mínima global es combatir la carrera hacia el abismo. Todos los países son alentados a tomar acciones para beneficiarse de una menor competencia en materia fiscal y evitar que se recauden ingresos fiscales en otro país bajo la tasa impositiva mínima global.

Primero, los países deberán garantizar que su tasa estándar del impuesto sobre la renta de sociedades sea más alta que la tasa mínima acordada globalmente. Estados Unidos, por ejemplo, propuso una tasa del impuesto sobre la renta de sociedades del 28% y una tasa impositiva mínima global de 21%⁶. Esto se debe a que la tasa impositiva mínima global está basada en la tasa efectiva de tributación que es el total de los impuestos (cubiertos) pagados al Gobierno dividido

por las ganancias contables⁷. La TET algunos años puede ser menor que la tasa impositiva estándar. Incluso una tasa del impuesto sobre la renta de sociedades relativamente alta del 30% puede llevar a una tasa efectiva de tributación inferior a la tasa mínima global en algunos años.

Segundo, los países de origen deberían eliminar de sus códigos fiscales y leyes de inversión todos los incentivos fiscales de la segunda categoría descrita en la sección 2 para reducir o eliminar los impuestos a las ganancias. Este tipo de incentivos no solo ha demostrado tener limitada eficacia para atraer inversiones a los países en desarrollo⁸, sino que con una tasa mínima global ni siquiera alcanzarían el objetivo pretendido, y sólo se generaría una transferencia de impuestos de los Estados de origen a los Estados de residencia de las empresas multinacionales.

Una alternativa podría ser que los países promulguen una tasa impositiva mínima a nivel nacional, ya sea sobre los ingresos brutos o las ganancias modificadas, para garantizar que ninguna empresa pague menos que la nueva tasa mínima global en su jurisdicción. Las tasas mínimas nacionales son cada vez más comunes; un estudio del FMI concluyó que en 2018, 52 países aplicaron este tipo de impuestos⁹. En lugar de basarse en la tasa del impuesto sobre la renta de sociedades para alcanzar la tasa mínima global, los países aplicarían en cambio una tasa mínima sobre los ingresos brutos, o además del impuesto sobre la renta de sociedades. Esta opción posiblemente sea más fácil de diseñar y legislar para los países en desarrollo que la opción de eliminar cada incentivo fiscal de las leyes y contratos pertinentes.

⁶ La Casa Blanca. (Marzo 2021). *The American Jobs Plan, factsheet* [Comunicado de prensa]. <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/statements-releases/2021/03/31/fact-sheet-the-american-jobs-plan/>

⁷ IGF y ATAF, nota 3 *supra*.

⁸ Van Parys, S. y James, S. (2009). *Why tax incentives may be an ineffective tool to encouraging investment? The role of investment climate* (SSRN Scholarly Paper ID 1568296). Rochester, NY: Social Science Research Network. <https://papers.ssrn.com/abstract=1568296>.

⁹ Aslam, A. y Coehlo, M. (2021). *The Benefits of Setting a Lower Limit on Corporate Taxation* [Blog]. Fondo Monetario Internacional. https://blogs.imf.org/2021/06/09/the-benefits-of-setting-a-lower-limit-on-corporate-taxation/?utm_medium=email&utm_source=govdelivery



¿Qué pueden hacer los países en desarrollo si algunos incentivos fiscales se encuentran encerrados dentro de cláusulas de estabilización bajo los acuerdos o leyes de inversión?

En la mayoría de los casos, los incentivos fiscales se encuentran contenidos en leyes fiscales y de inversión y pueden ser retirados o eliminados legalmente de manera unilateral por los Gobiernos. Sin embargo, muchos países en desarrollo han celebrado acuerdos tributarios modificados que cubren grandes proyectos de inversión, ya sea a través de disposiciones especiales en la legislación nacional aplicable, o en contratos de inversión con inversores extranjeros. Son especialmente comunes en el sector de las industrias extractivas¹⁰. Estos acuerdos a menudo contienen incentivos fiscales que se encuentran encerrados por cláusulas de estabilización fiscal. Si bien las disposiciones de estabilización varían, habitualmente congelan los términos de la ley en materia fiscal o en los contratos al momento en que comienza el proyecto, de manera que las modificaciones de la legislación fiscal no sean aplicables a los proyectos de inversión existentes, al menos por un lapso determinado de tiempo.

Para alinearse con la nueva tasa impositiva mínima global, será necesario que los países enmienden sus leyes y renegocien sus contratos, ya sea que estén estabilizados o no. De lo contrario, estos incentivos fiscales pueden crear ganancias no gravadas y una posible transferencia de impuestos a los países de residencia de los inversores extranjeros. Cuando los incentivos están sujetos a acuerdos de estabilización, los países que opten por abordar este desafío unilateralmente podrían terminar en arbitraje con las empresas, lo cual es costoso e incierto.

Algunos tratados bilaterales de inversión incluyen disposiciones que presentan una analogía entre el Trato Justo y Equitativo (TJE) y las cláusulas de estabilización. Estas podrían ser interpretadas por algunos tribunales arbitrales como un requerimiento de estabilidad del marco jurídico y, por lo tanto, posiblemente amplíen la cantidad de incentivos fiscales que no puedan ser modificados unilateralmente por los Gobiernos

receptores. También es posible sea necesario que los países revisen sus tratados en torno a cláusulas de TJE demasiado amplias.

Los países deben apelar al Marco Inclusivo para encontrar una solución global. Si no lo hacen, el resultado será políticamente insostenible para los Gobiernos y pondrá en riesgo la licencia social de los inversores para operar.

La solución debería atender los siguientes objetivos:

- I. Evitar una transferencia de ingresos fiscales de los países receptores a los países de origen a raíz de la estabilización de incentivos fiscales.
- II. Permitir que los países modifiquen sus leyes, acuerdos y tratados de inversión para adaptarse al impacto de una tasa mínima, independientemente de las disposiciones de estabilización vigentes. Esto no implicaría una cancelación general de las disposiciones de estabilización, sino una revisión limitada de los incentivos fiscales estabilizados que llevan a una contravención de las nuevas normas que rigen la tasa impositiva mínima global¹¹.
- III. Permitir a los países que optan por retirar los incentivos fiscales de los acuerdos estabilizados con el fin expreso de alinear la TET con la tasa impositiva mínima global de los procedimientos de arbitraje iniciados en su contra.

En lugar de pagar impuestos en otros países, es probable que las empresas estén abiertas a tratar este asunto con sus Estados receptores. Por lo tanto, las empresas deberían declarar su apoyo a una revisión limitada de las disposiciones de estabilización para tomar en cuenta la nueva tasa mínima global y establecer las condiciones bajo las cuales no impugnarán las acciones de un Gobierno para revisar las moratorias fiscales estabilizadas con el fin de colocarlas a la altura de la TET mínima.

¹⁰ Nakhle, M. (2016). *Fiscal Stabilization in Oil and Gas Contracts – Evidence and Implications*. Oxford Institute for Energy Studies. <https://www.oxfordenergy.org/publications/fiscal-stabilization-in-oil-and-gas-contracts-evidence-and-implications/>

¹¹ Esto sería similar a las medidas legítimas para evitar la evasión, aceptadas por los Principios de la OCDE para la Contratación Duradera en el Sector Extractivo.



Conclusión

Dependiendo de su diseño final, una tasa impositiva mínima global podría servir para reducir la transferencia de ganancias en todos los sectores. También puede brindar protección contra la presión que sienten muchos gobiernos para ofrecer exenciones fiscales e incentivos a los inversores, que puede privar a los gobiernos de los ingresos fiscales que tanto necesitan. Sin embargo, para que esto funcione será necesario que los países en desarrollo reciban apoyo de la comunidad internacional para relajar los incentivos fiscales que están sujetos a la estabilización fiscal en las leyes, tratados y contratos. De lo contrario, los países perderán por partida doble: primero, al renunciar a los impuestos del incentivo, y segundo, perdiendo la posibilidad de gravar impuestos a los países desarrollados. El Marco Inclusivo resolvería esta cuestión con carácter prioritario.

Autores

Alexandra Readhead es la Directora en materia de Tributación y el Sector Extractivo del Programa de Políticas y Derecho Económico del IISD. Dirige el trabajo de la Secretaría del IGF sobre Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios (BEPS) en el sector minero.

Thomas Lassourd es Asesor *Senior* de Políticas del Programa de Políticas y Derecho Económico del IISD, trabajando con el proyecto de la Secretaría del IGF para abordar la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios (BEPS) en el sector minero.

Howard Mann es consultor sobre el BEPS del IGF en el Programa de Minería y ex Asesor *Senior* en Derecho Internacional del International Institute for Sustainable Development.

ARTÍCULO 2

Entrevista con Esmé Shirlow sobre la publicación “Juzgando en la Interfaz: Deferencia a la autoridad estatal de toma de decisiones en la resolución internacional”

Esmé Shirlow



¿Qué la llevó a escribir este libro? ¿Qué vacío en la comprensión de la deferencia puede subsanar esta publicación?

Este proyecto surgió a raíz de mi trabajo sobre la resolución internacional, incluyendo mi labor como abogada de la Oficina de Derecho Internacional del Gobierno de Australia. Por medio de este trabajo, me di cuenta de que muchos enfoques diferentes para evaluar el papel y la pertinencia de las decisiones nacionales en la resolución internacional han sido clasificados como “deferenciales” (por ejemplo, la doctrina del “margen de apreciación” o el análisis del “estándar de revisión”). Sin embargo, la conexión entre estos enfoques —y cómo cambian ya sea con el tiempo o ante diferentes cortes y tribunales internacionales— no está bien entendida. Trabajando con distintos Gobiernos, también me percaté de que tampoco se entendía qué revelan los diferentes enfoques a la deferencia sobre la naturaleza y la estructura de la resolución internacional en sí misma, incluyendo la pertinencia de la deferencia en cuanto a la “interfaz” entre los sistemas jurídicos nacionales e internacionales.

Uno de los casos en los que trabajé durante mi labor en la Oficina de Derecho Internacional fue la demanda de Philip Morris sobre empaquetado simple. El tema de la “deferencia” fue planteado de manera bastante despareja a lo largo de todo el caso. Por ejemplo, la Corte Suprema de Australia había dictaminado que la

medida de empaquetado simple no dio como resultado una “apropiación” de la propiedad intelectual de Philip Morris bajo la constitución, lo cual implicaba que — si el caso hubiera procedido a la etapa de fondo— el tribunal internacional debería haber analizado si la sentencia de la Corte Suprema era pertinente, de alguna manera, para determinar si ocurrió una “expropiación” de propiedad en virtud del tratado. Australia también solicitó al tribunal que defiriera su evaluación de políticas para determinar si el empaquetado simple sería eficaz para bajar las tasas de consumo de tabaco. El tribunal respondió que correspondía a Australia —y no a un tribunal internacional— realizar evaluaciones de políticas públicas de ese tipo. Esta es solo una de muchas controversias internacionales que plantean cuestiones sobre si un tribunal o corte internacional debería deferir las decisiones nacionales y, de ser así, cómo lograr tal deferencia. Estos son los tipos de casos y cuestiones que investigo en este libro.

En el mismo, exploro cómo los decisores de cuatro regímenes internacionales diferentes (la Corte Permanente de Justicia Internacional, la Corte Internacional de Justicia, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales de tratados de inversión) han enfocado la cuestión de la deferencia en 1.700 decisiones que involucran la presunta interferencia estatal con los derechos de propiedad privada en el transcurso de 95 años (desde 1924 a 2019). He revisado estas decisiones para identificar ejemplos donde las decisiones nacionales fueron deferidas por los decisores internacionales y procuré identificar si la resolución internacional defirió estas decisiones nacionales para otorgarles cierta relevancia ; cómo estructuraron el otorgamiento de dicha deferencia y las razones presentadas para otorgar deferencia a las mismas.

En base a este análisis, el libro identifica una gran cantidad de técnicas capaces de lograr la deferencia a la toma de decisiones nacionales en el marco de la resolución internacional. Asimismo, exploro la función y manifestación de la deferencia en la resolución



internacional y qué revelan los distintos enfoques a la misma en diferentes tiempos y contextos acerca de la naturaleza del derecho internacional y su relación cambiante con el orden jurídico interno.

En el libro Ud. desarrolla una taxonomía de la deferencia que se basa en diferentes comprensiones de la autoridad. A grandes rasgos ¿cuáles son estos diferentes enfoques a la deferencia y cómo se relacionan o responden a la autoridad nacional en la toma de decisiones?

En el Capítulo 1 del libro, defino la deferencia como una práctica que surge en situaciones bajo las cuales los decisores internacionales reconocen la autoridad de los funcionarios nacionales en la toma de decisiones. Específicamente, argumento que los enfoques a la deferencia representan tres perspectivas diferentes en cuanto a la relación entre la autoridad de los actores nacionales e internacionales en la toma de decisiones. Me refiero a los mismos como enfoques “conclusivos”, “suspensivos” y “concurrentes” a la autoridad y a la deferencia.

En los enfoques “conclusivos”, se considera que uno de los encargados de la toma de decisiones posee competencia exclusiva o alguna forma de supremacía sobre el otro. La deferencia en este caso opera como una razón de peso para justificar la decisión de un decisor. En el ejemplo de Philip Morris, la perspectiva de Australia sobre la eficacia de la medida de empaquetado simple surtiría un efecto conclusivo y sería tratada como un factor determinante ante el decisor. Estos enfoques a la deferencia se basan en principios de *trumping* para regular la interacción entre las autoridades nacionales y las internacionales en la toma de decisiones.

Otros dispositivos para lograr la deferencia operan, en cambio, otorgando al encargado de la toma de decisiones a nivel nacional cierta prioridad, suspendiendo la capacidad del decisor internacional para determinar la cuestión, ya sea por siempre o durante un período de tiempo determinado. Los decisores que utilizan estos enfoques a la deferencia evitan decidir sobre las demandas de autoridad conflictivas retrasando o denegando el conflicto; analizan la autoridad en términos “suspensivos”.

En contraste, una tercera serie de enfoques contempla la autoridad “concurrente” tanto para el encargado de la toma de decisiones nacionales como para el decisor internacional. Los decisores que utilizan estos enfoques

consideran la autoridad como algo condicional, y buscan equilibrar o mediar —en lugar de anular o ejecutar— las demandas de autoridad conflictivas. Un decisor internacional, por ejemplo, podría deferir un reclamo estatal de que una medida de salud pública será eficaz, siempre y cuando esa conclusión demuestre ser “razonable” o que fue alcanzada de “buena fe”. Estos enfoques para analizar la autoridad llevan a realizar un análisis de la deferencia a lo largo de un espectro (más/menos deferencia). Por el contrario, el análisis de la autoridad según ambas estructuras, “conclusiva” y “suspensiva”, impulsan enfoques particularmente categóricos a la deferencia (deferir /no deferir).

Utilizando esta taxonomía, alego que analizar cómo opera un dispositivo para lograr la deferencia es más importante que evaluarlo en referencia a su rótulo. De hecho, los rótulos pueden oscurecer mucho el concepto. Por ejemplo, referencias a la “justiciabilidad”, “cláusulas discrecionales /auto-juzgadoras” o al “margen de apreciación” pueden describir un razonamiento que en realidad es estructurado de distintas maneras. Utilizando esta reflexión, en la segunda parte del libro desarrollo una taxonomía de enfoques a la deferencia en casos internacionales en referencia a cómo funciona la deferencia y cómo se encuentra estructurada en la práctica, en lugar de hacerlo en relación a cómo se encuentra rotulada. Esta taxonomía se basa en la diferencia entre la perspectiva conclusiva, suspensiva y concurrente de la autoridad que acabo de describir.

Ud. compara los tribunales de arbitrajes de inversión con varios otros foros de resolución internacional. Cuando se trata de los enfoques a la deferencia adoptados por los árbitros de inversión ¿cómo se compara este régimen con otros incluidos en su estudio?

En la publicación, realizo varias comparaciones entre los enfoques a la deferencia en diferentes regímenes de resolución internacional. Para nombrar un ejemplo, el análisis empírico revela varias diferencias entre los enfoques preferidos por los decisores de cada régimen. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y los tribunales de inversión expresaron su preferencia por enfoques relativamente más condicionales para conceptualizar la autoridad en la toma de decisiones, considerándola concurrente con mayor frecuencia que los decisores de otros regímenes. El TEDH adoptó esta visión de la autoridad en el 82% de sus solicitudes de deferencia observadas y los tribunales de inversión



en el 73% de las solicitudes. La Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia, por el contrario, adoptaron una visión concurrente de la autoridad solamente en un 45% y un 55% de las solicitudes de razonamiento deferencial observadas. Mostraron una mayor tendencia que los decisores de los otros dos regímenes a aplicar modos de deferencia que reflejan perspectivas conclusivas o suspensivas a la autoridad. En el libro, sugiero que estos “perfiles” revelan diferencias sobre cómo cada uno de estos decisores conceptualiza la interfaz entre las decisiones nacionales y las internacionales (y entre los sistemas jurídicos nacionales e internacionales), así como diferencias en el diseño institucional y procesal. Los tribunales de tratados de inversión, por ejemplo, en general muestran un perfil más variado para estructurar la deferencia en relación con otros decisores, lo cual es lo esperado dada la naturaleza ad hoc de este régimen de resolución internacional.

Otra conclusión interesante que surge del análisis es que los decisores internacionales a menudo atraviesan el velo del Estado al analizar si deferir a los encargados de la toma de decisiones nacionales o no. Tal como exploro en el libro, esto tiene un impacto sobre cómo estos decisores consideran y evalúan la autoridad decisora del Estado, y afecta los enfoques específicos a la deferencia que adoptan en la práctica.

¿Los modos de deferencia desplegados en los casos de ISDS han cambiado significativamente a lo largo del tiempo? De ser así, ¿qué nos dicen estos cambios sobre el desarrollo del régimen?

Anteriores estudios sobre la deferencia la han tratado como un fenómeno fijo y en rara ocasión han considerado sus cualidades dinámicas. Por lo tanto, para mí resulta importante investigar en el libro si la deferencia ha cambiado —y de ser así, cómo— lo ha hecho a lo largo del tiempo. En general, mediante un análisis empírico, concluí que el razonamiento deferencial se ha tornado más frecuente con el tiempo. En los cuatro regímenes, las solicitudes de deferencia en la mayoría de las decisiones han llegado a un pico entre 1984 y 1989 y nuevamente entre 1993 y 1995. Estas solicitudes comenzaron a aumentar una vez más desde el 2004 en adelante, decreciendo nuevamente en las decisiones más recientes. Desde 2011, sin embargo, los decisores internacionales han aplicado cierta forma de deferencia en promedio una vez en cada decisión mayoritaria.

Utilizando este análisis temporal, en el libro presento diversas comparaciones entre los diferentes regímenes. Por ejemplo, destaco varias diferencias en la tendencia de los árbitros de inversión —en comparación con los jueces del TEDH— de adoptar enfoques “sustantivos” versus “procesales” a la deferencia. También se presentan cambios a lo largo del tiempo sobre cómo se analiza la autoridad en los diferentes regímenes. Por ejemplo, mientras que el enfoque del TEDH muestra una mayor preferencia por los enfoques concurrentes a la autoridad (con un promedio de 71% de solicitudes desde 1975 a 2019; y un 80% desde 1990 a 2019), esta preferencia parece ser menor para los tribunales de inversión (con un promedio de 50% de solicitudes desde 1990 a 2019, pero de 70% desde 2008 a 2019). El análisis temporal también refleja que los enfoques a la autoridad (concurrentes o categóricos/suspensivos) comenzaron a divergir en las decisiones de arbitrajes de inversión desde 2005 a 2007, mientras que en las decisiones del TEDH hubo una diferencia anteriormente (1991 a 2001).

Estas conclusiones reflejan una evolución sobre cómo los decisores analizan la interfaz nacional/internacional, incluyendo lo que está sucediendo en respuesta a debates más amplios sobre su papel con respecto a las decisiones nacionales y las reformas en curso de sus características institucionales. Los ajustes realizados a las competencias jurisdiccionales de los decisores internacionales, por ejemplo, afectarán su relativa legitimidad y pericia frente a los Estados. A medida que los decisores se familiaricen con los diferentes tipos de controversias, su autoridad para tratarlas también puede mejorar. Los ajustes procesales pueden afectar la deferencia de manera similar. El nombramiento de árbitros por las partes puede aportar capacidades y conocimientos particulares, u otorgar legitimidad al panel a cargo de decidir una controversia dada. Estos ajustes tendrán un impacto en el equilibrio de la autoridad entre los decisores y los funcionarios nacionales y, por ende, en la probabilidad —y estructura— de la deferencia en un caso determinado.

¿Qué lecciones arroja su análisis para los funcionarios públicos que trabajan en áreas que pueden encontrarse en la “interfaz” entre la autoridad nacional y la internacional?

El libro procura asistir a los funcionarios públicos para que exploren cuestiones complejas sobre la deferencia en calidad de litigantes, formuladores de políticas y creadores y agentes de reforma de las cortes y los tribunales internacionales. Busca transformar el debate pasando de una identificación de decisiones o enfoques particulares



como deferenciales o no deferenciales, a una investigación más específica y matizada para ayudar a los litigantes a encuadrar sus presentaciones sobre la deferencia en casos específicos. En esencia, el mensaje clave es que los enfoques a la deferencia son necesariamente maleables, lo cual amplía su alcance para que los litigantes sean muy creativos al redactar sus alegatos de incluir (o excluir) la deferencia en un caso determinado. El capítulo final del libro desarrolla un marco para guiar este ejercicio, presentando lo que denomino “palancas” para la deferencia que los litigantes pueden utilizar para aumentar o reducir la pertinencia de la deferencia en sus propias presentaciones.

Además de brindar orientación a los litigantes, el libro también destaca cómo los funcionarios podrían estructurar sus propios procesos y resultados de toma de decisiones a nivel nacional para maximizar los cambios de sus decisiones, atrayendo la deferencia de actores tales como las cortes y los tribunales internacionales. Asimismo presenta reflexiones sobre cómo el diseño de las cortes y los tribunales internacionales y los procesos de reforma podrían influir en la inclinación de las diferentes cortes y tribunales a adoptar enfoques distintos a la deferencia.

Ud. menciona las presentaciones de los Estados al WGIII de la CNUDMI en el Capítulo 10. ¿De qué manera se discuten en su libro los enfoques a la deferencia relevantes para los intentos de reforma de la ISDS?

El libro aborda diversos temas de relevancia para los actuales debates sobre la reforma de regímenes particulares de resolución internacional, incluyendo el trabajo del WGIII de la CNUDMI. Ilustra el valor de examinar la deferencia de manera conceptual y sistemática por lo que esto revela acerca de la resolución internacional y la interfaz internacional/nacional.

Tal como expongo en el libro, los debates ostensiblemente técnicos sobre la deferencia reflejan debates más fundamentales sobre el equilibrio adecuado entre la autoridad en la toma de decisiones de los actores nacionales y los internacionales. Así, argumento que la pregunta de si debería o no aplicarse la deferencia en un régimen en particular no es la correcta: la deferencia es un componente inherente a la resolución internacional. De esta manera, resulta más productivo preguntar *cómo* debería estructurarse y aplicarse la deferencia. Alego que la deferencia necesariamente es maleable, así que “fijar” o dictar enfoques a la misma probablemente no sea una opción de reforma viable (o deseable). Sin embargo, muestro cómo la reforma de las características

de las cortes y los tribunales internacionales afectará los enfoques a la deferencia. Estos enfoques dependen ampliamente de cómo estos tribunales y cortes conciben su rol, legitimidad y pericia en relación con los de los actores nacionales. Esto indica que probablemente la deferencia será diferente dependiendo de una variedad de factores, que incluyen el contexto histórico, los factores geográficos, antecedentes y capacidad de los decisores, la estructura de las demandas y la jurisprudencia de las cortes internacionales y las características procesales de las cortes y los tribunales internacionales. Muchas de estas características ahora se encuentran abiertas a debate y reforma, incluyendo el proceso de reforma del WGIII. En este sentido, el libro ilustra justamente cómo pueden llevarse a cabo las reformas individuales interconectadas de las cortes y los tribunales internacionales, incluso mostrando cómo las reformas exclusivamente procesales pueden tener implicancias sustantivas de alto alcance.

Autor

Esmé Shirlow es profesora adjunta de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Australia y lleva a cabo una práctica en derecho internacional público y arbitraje internacional.

Nota de la editora: Los lectores interesados pueden obtener un 20% de descuento si compran el libro a través de Cambridge University Press, utilizando el código: SHIRLOW21



ARTÍCULO 3

El enigma de la “relación con el comercio” en el Grupo de Expertos del ALC entre la UE y Corea: ¿Son los ALC un foro novedoso para hacer cumplir los objetivos de desarrollo sostenible?

Rebecca Walker



El 20 de enero de 2021, un Grupo de Expertos establecido bajo el Acuerdo de Libre Comercio (ALC) entre la UE y Corea del Sur concluyó que Corea del Sur no cumplió con lo estipulado en el capítulo de desarrollo sostenible del ALC. Bajo el Artículo 13.4.3 del acuerdo, la UE y Corea del Sur “se comprometen a respetar, fomentar y consagrar”, los principios relativos a los derechos fundamentales del trabajo, incluyendo la libertad de asociación, “en aplicación de sus obligaciones derivadas de su adhesión a la [Organización Internacional del Trabajo] OIT”¹. El acuerdo entre la UE y Corea es un ALC de nueva generación que incluye un mecanismo único de solución de controversias: luego de un período de consulta de 90 días, las partes pueden presentar una solicitud a un panel *ad hoc* a cargo de determinar un posible incumplimiento del capítulo de sostenibilidad del ALC. En línea con el novedoso enfoque de la UE para fomentar la agenda de desarrollo sostenible con sus socios comerciales, la UE presentó una demanda argumentando que las leyes laborales coreanas no

eran compatibles con el Artículo 13.4.3 del ALC². En un informe reciente del Grupo de Expertos, los tres expertos decidieron sobre dos series de demandas de la UE: primero, que la legislación coreana no adhiere a los niveles mínimos de libertad de asociación tal como lo expresa la Constitución de la OIT, y segundo, que Corea no se esforzó de forma continua y sostenida para ratificar los Convenios fundamentales de la OIT sobre la libertad de asociación (Convenios 87 y 98), tal como lo especifica el acuerdo.

La decisión causó sensación entre los profesionales y académicos por igual ya que constituye la primer victoria de la UE al impugnar las obligaciones relativas al Comercio y el Desarrollo Sostenible (CDS) de una parte contratante bajo el mecanismo de solución de controversias del ALC³. La ausencia de derechos de libertad de asociación bajo la legislación coreana ha estado dentro del radar de los Miembros de la UE hace tiempo, ya que surgieron inquietudes similares durante el proceso de acceso de Corea a la OCDE⁴. El ALC entre la UE y Corea establece un foro a través del cual la UE podría expresar sus inquietudes a este respecto y consecuentemente impugnar las

² La UE solicitó otras tres consultas bajo los ALC. Bondy, C. y Shin, K. (2021). *The EU–Korea FTA labor dispute: Comparing labor provisions under the EU–Korea FTA and the KORUS FTA* (Steptoe y Johnson LLP Global Trade Policy Blog). <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=cb3811a2-1f3d-45a1-9517-b53b5ef37106>

³ Melin, Y. y Kim, J. W. (2021). *EU–Korea FTA panel ruling and a challenge for its effective implementation* (EU Law Live 2021). <https://eulawlive.com/op-ed-eu-korea-fta-panel-ruling-and-a-challenge-for-its-effective-implementation-by-yves-melin-and-jin-woo-kim/>

⁴ Los países nórdicos y Austria fueron particularmente activos para presionar la reforma laboral coreana durante el proceso de adhesión de Corea. Los Miembros de la OCDE además “tienden a unirse informalmente en torno a la ratificación por parte de Corea de los Convenios 87 y 98 de la OIT” como un prerrequisito para la adhesión de este país a la OCDE. Salzman, J. (2000). Labor Rights, globalization and institutions: The role and influence of the Organization for Economic Cooperation and Development. *Michigan Journal of International Law*, 21(4), 769-848.

¹ Acuerdo de Libre Comercio entre la UE y Corea del Sur, artículo 13.4.3.



leyes laborales de Corea al someterlas a una revisión internacional. El Grupo de Expertos concluyó que Corea incumplió el Artículo 13.4.3, ya que su legislación laboral nacional no otorga ciertos derechos de negociación y de libre asociación de conformidad con las normas de la OIT tal como se refleja en sus principales convenios. Sorprendentemente, el Grupo de Expertos afirmó que las demandas de la UE con respecto a las leyes laborales coreanas se encontraban bien fundadas pese a no tener conexión con el comercio bajo el ALC.

Este artículo analiza la decisión de los expertos y establece paralelismos con otra decisión que involucra compromisos laborales bajo un ALC: *Guatemala – Asuntos relacionados con las obligaciones establecidas en el Artículo 16.2.1(a) del DR-CAFTA*. Asimismo, examina el procedimiento del Grupo de Expertos y las cuestiones surgidas con respecto a los ALC como fuente de litigio a futuro para hacer cumplir los objetivos de sostenibilidad. Estas consideraciones también resultan pertinentes en cuanto a los acuerdos internacionales de inversión y los ALC que contienen capítulos de inversión. Cada vez más, los asuntos laborales son abordados no solo en los ALC sino también en los acuerdos internacionales de inversión.

Resumen del informe del Grupo de Expertos

Los expertos en primer lugar admitieron su jurisdicción sobre las demandas de la UE

El ámbito de aplicación del capítulo de desarrollo sostenible reza de la siguiente manera: “Salvo disposición en contrario en el presente capítulo, el presente capítulo se aplica a las medidas adoptadas o mantenidas por las Partes que afecten a aspectos del trabajo y cuestiones medioambientales que tengan relación con el comercio”⁵.

El Grupo de Expertos rechazó la postura de Corea de que las demandas entabladas por la UE no tienen conexión con el comercio bajo el ALC entre la UE y Corea (es decir, no tienen “relación con el comercio”) y recaen fuera del ámbito de aplicación del acuerdo. Sin embargo, el Grupo de Expertos interpretó que el compromiso de las partes de respetar, fomentar y consagrar los derechos fundamentales del trabajo

asumidos bajo el Artículo 13.4.3 constituían una excepción al requisito de su “relación con el comercio”, tal como lo determina la frase “salvo disposición en contrario en el presente capítulo”. Según los expertos, obligar a una parte contratante a adherir a normas laborales fundamentales de la OIT únicamente para algunos sectores que tienen relación con el comercio con la UE “es claramente contrario al significado inequívoco” de los derechos laborales contenidos en el Artículo 13.4.3⁶. Por ejemplo, el Artículo 13.4.3(c) hace referencia a la obligación de la eliminar todas las formas de trabajo forzado u obligatorio y no solamente en sectores específicos⁷. Esta interpretación fue justificada a través de una comparación *a contrario* de los Artículos 13.4.1 y 13.4.2 y mediante una lectura más amplia del objeto y propósito del acuerdo⁸. Se ha interpretado que el objeto y propósito del ALC entre la UE y Corea no es simplemente facilitar el libre flujo del comercio en condiciones de igualdad competitiva (según interpretó el panel del caso *Guatemala* que era el objeto del CAFTA–DR). Sino que, en cambio, las leyes laborales nacionales de las partes adhieren a las normas consagradas en las obligaciones de las partes como miembros de la OIT⁹. El Grupo de Expertos destaca que el ALC fue elaborado de manera tal que establece una fuerte conexión entre el comercio y el fomento de los derechos fundamentales del trabajo, y concluye que: “las medidas nacionales para aplicar tales derechos se encuentran, por lo tanto, inherentemente relacionadas con el comercio, tal como lo concibe el ALC entre la UE y Corea”¹⁰.

⁵ Nota 1 *supra*, artículo 13.2.1.

⁶ Procedimiento del Grupo de Expertos Constituido bajo el Artículo 13.15 del Acuerdo de Libre Comercio entre la UE y Corea, párrafo 66.

⁷ Nota 6 *supra*, párrafo 65.

⁸ Peers, S. (2021). Free trade v freedom of association? The EU/South Korea free trade agreement and the panel report on the EU challenge to South Korean labour law (EU Law Analysis). <http://eulawanalysis.blogspot.com/2021/01/free-trade-v-freedom-of-association.html>

⁹ *Ibid.*

¹⁰ Nota 6 *supra*, párrafo 95.



El enfoque de este Grupo de Expertos difiere del adoptado en la decisión del panel arbitral del caso *Guatemala* en una controversia entre los Estados Unidos y Guatemala¹¹. Aquí, la frase “de manera que afecte el comercio” del CAFTA-DR se interpretó como un requisito estricto que debe conferir una ventaja competitiva al empleador o a la empresa que ejerce el comercio con las partes del ALC¹².

La primera serie de demandas de la UE alega que la Ley de Sindicatos y Relaciones Laborales (TULRAA, por sus siglas en inglés) de Corea no garantiza adecuadamente la libertad de asociación

El Grupo de Expertos procedió a determinar en primer lugar si el Artículo 13.4.3 por el cual las partes contratantes “se comprometen a respetar, fomentar y consagrar, en su legislación y en sus prácticas, los principios relativos a los derechos fundamentales, a saber: (a) la libertad de asociación y el reconocimiento efectivo del derecho a la negociación colectiva”, constituye una obligación legalmente vinculante de aplicar los principios de libertad de asociación tal como se encuentran expresados en los principales convenios de la OIT (87 y 89). Pese a que Corea no ha ratificado estos convenios, “los principios relativos a los derechos fundamentales” son interpretados en el contexto de las obligaciones laborales contenidas en la Constitución de la OIT (surgidas de las obligaciones de los miembros de la OIT)¹³. Según el Grupo de Expertos, la adhesión de las partes a la OIT crea una obligación de adherir a los principios de libertad de asociación tal como lo explican los órganos supervisores de la OIT y el Comité sobre Libertad de Asociación (CLA) de la OIT¹⁴. Además, el Grupo de Expertos sostuvo que el término “se comprometen” estipula un vínculo legalmente obligatorio con estos principios fundamentales, en lugar de ser un término puramente aspiracional¹⁵.

Al evaluar las libertades de asociación otorgadas bajo la legislación nacional en materia laboral de Corea,

la TULRAA, el Grupo de Expertos admitió tres de las demandas de la UE. Concluyó que las siguientes disposiciones de la TULRAA son incongruentes con los principios fundamentales que conciernen la libertad de asociación tal como se encuentran estipulados en el Artículo 13.4.3:

1. La definición jurídica de “trabajadores” bajo el Artículo 2(1) de la TULRAA no abarca a los trabajadores autónomos, personas despedidas y desempleadas, a quienes por lo tanto, no se les permite gozar de los derechos de libre asociación.
2. El Artículo 2(4)(d) de la TULRAA no permite a las personas que no se encuentren trabajando (despedidos, desempleados y autónomos) unirse a un sindicato.
3. El Artículo 23(1) de la TULRAA únicamente permite la elección de los miembros de un sindicato para ser dirigentes sindicales, excluyendo *ex officio* a aquellos que no son miembros y prohibiéndoles la plena libertad de elegir a dirigentes sindicales.

Sin embargo, la UE no pudo demostrar que el procedimiento de certificación discrecional para el establecimiento de un sindicato bajo la TULRAA diera como resultado “una limitación impermissible sobre la libre formación de sindicatos”¹⁶.

Segunda demanda de la UE en cuanto a la ratificación de los Convenios de la OIT por Corea

La UE también afirmó que Corea no “se esforzó de forma continua y sostenida para ratificar los Convenios fundamentales de la OIT” conforme a la última oración del Artículo 13.4.3. Pese a Grupo de Expertos observó que los proyectos de ley propuestos para ratificar solamente tres de los principales convenios de la OIT en el Parlamento coreano en 2019 fue “menos que óptimo”, concluyó que estos esfuerzos no fueron inferiores a la norma jurídica de “esforzarse de forma continua y sostenida”¹⁷.

¹¹ Tal como sugirió el Grupo de Expertos, el contexto de las demandas de la UE difiere de aquellas planteadas por los Estados Unidos en el caso *Guatemala*, ya que involucraban la falta de aplicación de los derechos de negociación colectiva y no leyes nacionales para cumplir con normas laborales mínimas tal como lo estipulan los acuerdos internacionales, este fue el asunto abordado en el Informe del Grupo de Expertos entre la UE y Corea. Véase Peers, nota 8 *supra*.

¹² *Guatemala – Asuntos relacionados con las obligaciones establecidas en el Artículo 16.2.1(a) del DR-CAFTA* (2017), párrafo 190.

¹³ Nota 6 *supra*, párrafo 107.

¹⁴ Nota 6 *supra*, párrafos 108, 110.

¹⁵ Nota 6 *supra*, párrafos 125, 127.

¹⁶ Nota 6 *supra*, párrafo 234.

¹⁷ Nota 6 *supra*, párrafo 292.



El mecanismo institucional del Grupo de Expertos

El establecimiento de un Grupo de Expertos bajo un ALC es un mecanismo institucional innovador para aplicar disposiciones de CDS¹⁸. Cada Parte selecciona a un experto de la lista de expertos, mientras que los dos expertos seleccionados designan al presidente¹⁹. Laurence Boisson de Chazournes fue nombrada por la UE, Jaemin Lee fue designado por Corea, y estos expertos seleccionaron a Jill Murray como la presidente. Una tarea clave del Grupo de Expertos es “solicitar asesoramiento a los Grupos Consultivos Internos [GCI] y a organizaciones internacionales competentes”²⁰. El ALC entre la UE y Corea estipula que el GCI “estará formado por organizaciones independientes representativas de la sociedad civil con una representación equilibrada de organizaciones laborales, empresariales y medioambientales”, y brinda asesoramiento en torno a la aplicación de las disposiciones de CDS²¹. El Grupo de Expertos también hace referencia a los principios generales de la Recopilación de Decisiones del Comité de Libertad Sindical de la OIT en su interpretación del principio fundamental de libertad sindical²².

La decisión emitida por este grupo adopta la forma de recomendaciones, y las partes “harán todo lo posible para tener en cuenta el asesoramiento o las recomendaciones del Grupo de Expertos”²³. Esta decisión no es legalmente vinculante, y la UE tampoco puede suspender sus concesiones arancelarias si las recomendaciones no son aplicadas²⁴. Por lo tanto, este mecanismo difiere del enfoque adoptado por EE.UU. para hacer cumplir las obligaciones de CDS contenidas en sus ALC. Por ejemplo, las partes del KORUS (ALC entre Corea del Sur y EE.UU.) pueden imponer sanciones o multas cuando se incumplan las obligaciones de CDS²⁵.

Pese a la naturaleza jurídica no vinculante de la decisión, un Comité de Comercio y Desarrollo Sostenible, el cual se encuentra establecido bajo el Artículo 15.2(1)(e), monitorea la implementación de estas recomendaciones²⁶. Por lo tanto, es demasiado pronto para decir si el Capítulo de Comercio y Sustentabilidad del ALC entre la UE y Corea, que no es legalmente vinculante, tendrá éxito pese a no ser obligatorio, ya que la decisión ejerce presión sobre las partes para que cumplan con las recomendaciones. El 26 de febrero de 2021, el Gobierno de Corea del Sur propuso un proyecto de ley para ratificar los convenios de la OIT en torno a libertad sindical²⁷. Las decisiones recientes del Grupo de Expertos, como las establecidas en el ALC entre la UE y Corea, señalan el desarrollo de una nueva práctica en la cual la vigilancia de los objetivos de desarrollo sostenible se encomienda a expertos ad hoc bajo “un sistema de arbitraje especial sui generis”²⁸.

Mirando hacia Adelante: ¿Qué implica la decisión para los ALC que contienen obligaciones de comercio y sostenibilidad?

El informe del Grupo de Expertos marca un hito al sugerir que el comercio y los derechos fundamentales del trabajo se encuentran intrínsecamente vinculados: a diferencia de la decisión en el caso *Guatemala*, no se evalúa ninguna ventaja competitiva para las partes ni el impacto en el comercio. Por lo tanto, se crea una nueva práctica donde la revisión de la legislación coreana en materia laboral se encomienda a tres expertos en virtud de un ALC, independientemente de su relación con el comercio. Algunos comentaristas han sugerido que “el Grupo de Expertos ha confundido su función de árbitros en el marco de los acuerdos comerciales con la de ejecutores de la OIT”²⁹. En cambio, el enfoque restrictivo adoptado en la decisión *Guatemala*

¹⁸ Brown, C. M. (2011). The European Union and regional trade agreements: A case study of the EU–Korea FTA. En C. Herrmann y J. P. Terhechte (Eds.), *European Yearbook of International Economic Law*, 305.

¹⁹ Nota 1 *supra*, Artículo 13.15.2.

²⁰ Comisión Europea. (2009). EU-South Korea Free Trade Agreement: A quick reading guide [Report]. https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2009/october/tradoc_145203.pdf

²¹ Comité Económico y Social Europeo. (n.d.). El Grupo Consultivo Interno de la UE y la República de Corea. <https://www.eesc.europa.eu/es/sections-other-bodies/other/grupo-consultivo-interno-ue-corea>

²² Nota 6 *supra*, párrafo 116-118.

²³ Nota 1 *supra*, artículo 13.15.2.

²⁴ Melin y Kim, nota 3 *supra*.

²⁵ Bondy y Shin, nota 2 *supra*.

²⁶ Croquet, N. A. J. (2015). The climate change norms under the EU–Korea Free Trade Agreement: Between soft and hard law. En J. Wouters, A. Marx y otros (Eds.), *Global governance through trade: EU policies and approaches*. Edward Elgar Publishing, 124-157.

²⁷ Korea: Unions welcome government’s move to ratify ILO core conventions after thirty years. (2021). *Uni Global Union*. <https://www.uniglobalunion.org/news/korea-unions-welcome-governments-move-ratify-ilo-core-conventions-after-thirty-years>

²⁸ Brown, nota 18 *supra*, pág. 305.

²⁹ LeClercq, D. (2021). *The Panel Report under the EU–Korea trade agreement concerning labor practices: What are the purposes of trade agreements as they relate to the ILO’s fundamental labor rights?* [International Economic Law and Policy Blog]. <https://ielp.worldtradelaw.net/2021/02/guest-post-the-panel-report-under-the-eu-korea-trade-agreement-concerning-labor-practices-what-are-t.html>



fue criticado por políticos de jerarquía y dirigentes sindicales por tornar “inviabiles” estas disposiciones laborales³⁰. Por ejemplo, la decisión *Guatemala* ha mostrado que la evidencia requerida para probar la ventaja competitiva conferida al empleador que ejerce el comercio bajo el ALC es un obstáculo importante para los demandantes³¹.

La decisión del Grupo de Expertos en el caso de Corea revela, por un lado, una tensión constante entre la defensa de los objetivos de desarrollo sostenible a cambio de acceder al mercado a través de los ALC y, por el otro, la convergencia resultante de las normas que rigen el empleo. Sin embargo, el Grupo de Expertos rechazó la preocupación planteada por Corea de que su lectura diera lugar a una armonización de las normas laborales, sino que las partes pretendían establecer un “piso” común de derechos universales del trabajo inherentes a las obligaciones del ALC en su calidad de miembros de la OIT³².

El informe del Grupo de Expertos está inserto en un debate más amplio sobre el papel de los ALC en la aplicación de las disposiciones laborales. Si bien las obligaciones de CDS de los acuerdos comerciales son un paso importante para promover los objetivos de desarrollo sostenible, incluyendo las libertades legislativas de asociación, la pregunta persistente es si los procesos de solución de controversias en el marco de los ALC o de los acuerdos de inversión son o no el camino a seguir, en lugar de reforzar otros procesos e instituciones multilaterales, tales como la OIT. Hasta tanto estos avances no se materialicen, los grupos políticos de las principales potencias, como Estados Unidos y la UE, seguirán presionando para que se incluyan este tipo de mecanismos en los acuerdos de comercio e inversión.

Desde una perspectiva de políticas, el Grupo de Expertos parece verse atrapado entre la espada y la pared: la espada sería la invasión de la legislación nacional por parte de los grandes socios comerciales de Occidente; la pared representaría la necesidad urgente

de promover los objetivos de desarrollo sostenible para que no se vean obstaculizados por la restricción de la expresión “que tengan relación con el comercio”.

La decisión es un precedente que ha abierto la puerta para que los Estados invoquen las obligaciones de CDS en controversias futuras. Lo que surge de esta disputa es el vínculo entre los objetivos de desarrollo sostenible de los ALC y la mejora de las protecciones jurídicas de los trabajadores bajo normas internacionales, ya sea que haya una ventaja comercial o no. A medida que la inclusión de más disposiciones comerciales se torne más frecuente en los ALC, es probable que también crezcan los litigios donde intervengan expertos *ad hoc* a cargo de decidir sobre el nivel mínimo de cumplimiento de las normas internacionales para promover el desarrollo sostenible.

Autor

Rebecca Walker está realizando una pasantía en la Organización Mundial del Comercio. Posee un LL.M. en Derecho Internacional del Graduate Institute of International and Development Studies.

³⁰ Harrison, J. (2019). *The labour rights agenda in free trade agreements*. *The Journal of World Investment & Trade* 20(5), 705–725.

³¹ Claussen, K. (2020). Reimagining trade-plus compliance: The labor story. *Journal of International Economic Law* 23(1) 25–43.

³² Nota 6 *supra*, párrafos 82, 95.



ARTÍCULO 4

Pese al consenso sobre la incompatibilidad del TCE con la agenda climática mundial, persisten las afirmaciones de que este tratado es muy adecuado para abordar la transición hacia energías limpias

Lea Di Salvatore, Nathalie Bernasconi-Osterwalder y Lukas Schaugg



Existe un consenso científico de que a fin de limitar el calentamiento global tal como lo define el Acuerdo de París, los Estados deben eliminar los combustibles fósiles y hacer una transición hacia sistemas energéticos con bajas emisiones de carbono¹. Sin embargo, dada la continua dependencia de las economías en los combustibles fósiles una eliminación como tal y la búsqueda de una transición a energías limpias a una escala mundial son tareas complejas que demandan que

todas las instituciones y niveles de gobernanza trabajen en esta dirección².

Debido a sus disposiciones desactualizadas en torno a la protección de las inversiones y la opción de que los inversores en combustibles fósiles impugnen la acción soberana en materia climática, el TCE es ampliamente reconocido como un obstáculo importante para la transición hacia energías limpias. Sólo en 2021, los gigantes de la energía RWE³ y Uniper⁴ han utilizado el TCE para iniciar procedimientos de ISDS contra la decisión del Gobierno holandés de eliminar las centrales eléctricas a carbón para el 2030⁵.

Considerando estas y otras preocupaciones inherentes a las disposiciones de inversión y de ISDS del TCE, en 2018 los 56 Estados contratantes de este tratado decidieron de manera unánime “modernizar” el tratado⁶. Actualmente, un acuerdo sobre cómo debería ser modernizado está lejos de ser alcanzado, y algunos Estados están contemplando retirarse de este tratado por completo⁷, tal como ya lo ha hecho Italia⁸.

¹ Véase Masson-Delmotte, V., Zhai, P., Pörtner, H.O., Roberts, D., Skea, J., Shukla, P.R., Pirani, A., Moufouma-Okia, W., Péan, C., Pidcock, R. y Connors, S. (2018). *Calentamiento global de 1,5 °C Informe especial del IPCC sobre los impactos del calentamiento global de 1,5 °C con respecto a los niveles preindustriales y las trayectorias correspondientes que deberían seguir las emisiones mundiales de gases de efecto invernadero, en el contexto del reforzamiento de la respuesta mundial a la amenaza del cambio climático, el desarrollo sostenible y los esfuerzos por erradicar la pobreza*, págs. 1-9. https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/sites/2/2019/06/SR15_Full_Report_Low_Res.pdf; Agencia Internacional de la Energía (AIE) (2021). *Net zero by 2050: A roadmap for the global energy sector*. <https://www.iea.org/reports/net-zero-by-2050>; Véase Allen, M. R., Frame, D., Frieler, K., Hare, W., Huntingford, C., Jones, C., Knutti, R., Lowe, J., Meinshausen, M., Meinshausen, N. y Raper, S. (2009). The Exit Strategy. *Nature Reports Climate Change* 56. https://www.researchgate.net/publication/31939315_The_exit_strategy; véase Allen, M., Frame, D. J., Huntingford, C., Jones, C. D., Lowe, J. A., Meinshausen, M. y Meinshausen, N. (2009). Warming caused by cumulative carbon emissions towards the trillionth tonne. *Nature* 458, 1163.

² Véase Driesen D.M. (2014). Phasing out fossil fuels. *Nova Law Review* 38(3), 523; Pirani, S. (2018). *Burning up: A global history of fossil fuel consumption*. Pluto Press.

³ Véase *RWE vs. Los Países Bajos* (Caso del CIADI No. ARB/21/4).

⁴ Véase *Uniper SE, Uniper Benelux Holding B.V. y Uniper Benelux N.V. vs. El Reino de los Países Bajos* (Caso del CIADI No. ARB/21/22).

⁵ Véase Braun, S. (2021). Multi-billion euro lawsuits derail climate action. *Deutsche Welle*. <https://www.dw.com/en/energy-charter-treaty-ect-coal-fossil-fuels-climate-environment-uniper-rwe/a-57221166>.

⁶ Véase Secretariado de la Carta de la Energía. (2018). *Decisión adoptada por la Conferencia sobre la Carta Internacional de la Energía*. https://www.energychartertreaty.org/fileadmin/DocumentsMedia/CCDECS/CCDEC201821_-_NOT_Report_by_the_Chair_of_Subgroup_on_Modernisation.pdf

⁷ Véase Simon, F. (2021). *France puts EU withdrawal from Energy Charter Treaty on the table*. Euractiv, <https://www.euractiv.com/section/energy/news/france-puts-eu-withdrawal-from-energy-charter-treaty-on-the-table/>; Aarup, S. A. y Mathiesen, K. (2021). *Energy pact divides EU as Spain threatens walkout*. Politico. <https://www.politico.eu/article/eu-split-over-energy-charter-treaty-as-spain-floats-unilateral-withdrawal/>.

⁸ Véase información sobre Italia, TCE en <https://www.energycharter.org/who-we-are/members-observers/countries/italy/>.



En un intento por demostrar la continua importancia del TCE, aquellos que apoyan el tratado —los cuales en general pueden agruparse dentro de cuatro series de actores (el Secretariado del TCE [“Secretariado”]), firmas jurídicas y árbitros, empresas de energía y órganos de Gobierno que poseen vínculos económicos estrechos con la industria energética)⁹ — alegan que el TCE es necesario —y de hecho ha sido exitoso— para proteger y promover las inversiones en energías renovables (“inversiones en ER”). Esta conclusión a menudo se basa en estadísticas basadas en demandas de ISDS en el marco del TCE por parte de los inversores en energías renovables (“casos de ER”). El Secretariado, por ejemplo, destaca periódicamente que un gran porcentaje de demandas de ISDS en el marco del TCE —aproximadamente el 60%— conciernen a las inversiones en ER¹⁰.

Estas estadísticas han llevado a que los defensores del TCE elaboren una serie de inferencias que convergen en torno a determinadas declaraciones centrales¹¹. Se alega que el número de casos de ER iniciados son un fuerte indicador de la capacidad y eficacia del TCE para proteger y promover las inversiones en ER entre las 56 partes contratantes del tratado. Además, se señala que tales procedimientos de ISDS actúan como un incentivo para que las partes contratantes del TCE fomenten activamente la inversión extranjera en las energías renovables. En este sentido, infieren que la disposición de ISDS del TCE

actúa como elemento disuasorio para que los Estados no interfieran negativamente en las inversiones extranjeras en ER. Además, se afirma, que tales inversores serían privados de una vía de recurso legal adecuada para impugnar tales interferencias con sus inversiones¹².

En suma, los defensores califican al TCE como un instrumento que promueve un marco regulatorio estable para las inversiones en ER y, por ende, las incentivan. Asimismo, algunos comentaristas reclaman que el TCE promueve las inversiones en ER en un mayor grado que las inversiones en combustibles fósiles¹³.

Sobre la base de estos argumentos, los defensores del TCE concluyen que este tratado es un instrumento muy adecuado para proteger la inversión extranjera en ER y para acompañar a los signatarios en la transición hacia energías limpias. Pero ¿hasta qué punto los datos sobre el número de casos de ER citados por los defensores del TCE de hecho permiten realizar tales inferencias?

Para responder esta pregunta, el presente artículo evalúa dichas inferencias analizando datos sobre casos de ISDS en el marco del TCE en relación con las inversiones en ER. Hemos basado nuestro análisis en datos relacionados con casos recabados del *Navegador de la UNCTAD sobre la Solución de Controversias relativas a Inversiones*¹⁴ y la base de datos del CIADI¹⁵. La muestra comprende un total de 133¹⁶ casos de arbitraje de inversión basados en el TCE públicamente conocidos, de los cuales 76 están relacionados con una inversión

⁹ Véase Flues, F., Eberhardt, P. y Olivet, C. (2020). Claves para derribar los mitos en torno al Tratado sobre la Carta de la Energía: Una guía para personas interesadas, activistas, periodistas y responsables políticos. pág. 7. <https://www.tni.org/es/mitos-TCE>

¹⁰ Véase Carta de la Energía. (2020). *Even more renewable energy investors rely on treaty protection: updated statistics of investment arbitration cases under the Energy Charter Treaty*. <https://www.energycharter.org/media/news/article/even-more-renewable-energy-investors-rely-on-treaty-protection-updated-statistics-of-investment-arb/>; Vail, T. (2021). *The Energy Charter Treaty supports investment in renewables*. Euractiv. <https://www.euractiv.com/section/energy/opinion/the-energy-charter-treaty-supports-investment-in-renewables/>

¹¹ Véase, por ejemplo, Thomas, W., Davies, E. y Brennan, A. (2021). *The Energy Charter Treaty: First rounds of negotiations to modernize the ECT take place*. Freshfields Bruckhaus Deringer. <https://sustainability.freshfields.com/post/102gder/the-energy-charter-treaty-first-rounds-of-negotiations-to-modernise-the-ect-take>; Vail, nota 10 supra; Véase Rusnák, U. (2021, 28 de febrero). *The Energy Charter Treaty supports investment in renewables* [Tweet]. <https://twitter.com/SecGenEnCharter/status/1366141443195219968>; Umbach, F. (2021). *The Energy Charter Treaty makes the transition easier. Don't scrap it, reform it*. Energypost.eu <https://energypost.eu/the-energy-charter-treaty-makes-the-transition-easier-dont-scrap-it-reform-it/>; Rack, Y. (2021). *Energy treaty reform could see investors in fossil fuels, renewables lose cover*. SPGlobal.com. <https://www.spglobal.com/marketintelligence/en/news-insights/latest-news-headlines/energy-treaty-reform-could-see-investors-in-fossil-fuels-renewables-lose-cover-62782061>.

¹² Anatole Boute sugiere que el “arbitraje de inversión tiene el potencial de reducir la inestabilidad que actualmente afecta la implementación de políticas de mitigación del cambio climático” limitando el riesgo regulatorio. También analiza el hecho de que el actual régimen (incluyendo específicamente al TCE) no es apto para proteger eficazmente las inversiones en ER y sugiere la incorporación de “un régimen de inversión específico con bajas emisiones de carbono dentro de un futuro acuerdo de inversión sobre cambio climático”. pág. 657. Boute, A. (2021). *Combating climate change through investment arbitration*. *Fordham International Law Journal*, 35(3), 613.

¹³ Véase Mete, G.M. y Pei-Ru, J. G. (2021). *The role of the Energy Charter Process in accelerating the energy transition and ensuring energy security in South East Europe in line with the Energy Union*. En M. Mathioulakis (Ed.), *Aspects of the Energy Union: Application and effects of European energy policies in SE Europe and Eastern Mediterranean*. Springer International Publishing; Rivkin, D. W., Lamb, S. J. y Leslie, N.K. (2015). *The future of investor-state dispute settlement in the energy sector: Engaging with climate change, human rights and the rule of law*. *The Journal of World Energy Law & Business* 8(2), 130.

¹⁴ Véase UNCTAD. (2020). *Navegador sobre la Solución de Controversias relativas a Inversiones: publicación completa de datos al 31/07/2020* (Formato Excel).

¹⁵ Disponible en <https://icsid.worldbank.org/es/cases/search-cases>.

¹⁶ La serie de datos no incluye los siguientes casos: *Prairie Mining Limited vs. Polonia, Mitsui & Co., Ltd. vs. el Reino de España* (Caso del CIADI No. ARB/20/47), *Uniper SE, Uniper Benelux Holding B.V. and Uniper Benelux N.V. vs. el Reino de los Países Bajos* (Caso del CIADI No. ARB/21/22) y <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB/21/4>. Estos arbitrajes no fueron incluidos en la serie de datos recabados porque son muy recientes.



en ER. La muestra de datos incluye casos de público conocimiento basados en el TCE iniciados antes del 31 de julio de 2020. A los fines de la clasificación de una inversión como una inversión en “energías renovables”, aplicamos la definición de la AIE, según la cual, las renovables “incluyen... la bioenergía y la energía geotérmica, hidroeléctrica, solar fotovoltaica (FV), energía solar concentrada (ESC), oceánica y eólica (mareas y olas) para la generación de electricidad y calor¹⁷. Para elaborar esta muestra, se recabaron todos los casos de ISDS iniciados bajo el TCE, y se clasificó cada caso según su relación, ya sea con inversiones en combustibles fósiles o con ER. De las 133 muestras de casos, 12 arbitrajes no pudieron ser etiquetados ya que se desconoce la fuente de energía¹⁸.

¿El TCE es eficaz para proteger las inversiones en energías renovables?

Para comenzar, es importante destacar que el Artículo 1(6) del TCE actualmente cubre las inversiones en energías renovables en diversas etapas de la cadena de valor conforme a lo estipulado en el Artículo 1(5) del TCE, la “Actividad Económica en el Sector de la Energía” se refiere a una actividad económica dedicada a la exploración, extracción, refinado, producción, almacenamiento, transporte por tierra, transmisión, distribución, comercio, comercialización y venta de materias y productos energéticos”. Estas materias y productos energéticos se encuentran detallados en el Anexo EM I del tratado e incluye específicamente a cualquier inversión energética destinada a la producción de energía eléctrica, incluyendo las inversiones en ER. Por lo tanto, sujeto a determinadas condiciones, los inversores en energías renovables de hecho poseen la facultad de iniciar procedimientos de ISDS contra los Estados contratantes del TCE.

Sin embargo, la mera opción de entablar una demanda como tal difícilmente pueda ser considerada como un

factor decisivo para la promoción y protección de las inversiones en ER. Una conclusión de este tipo requiere pruebas adicionales de recurso real a la ISDS, así como sobre la eficacia de su utilización para la promoción y protección de dichas inversiones. Si bien 76 de los 133 (60%) casos de ISDS basados en el TCE en efecto se relacionan con inversiones en ER, nuestra investigación muestra que de los 76 casos, 46 fueron iniciados contra España para impugnar las mismas medidas legislativas, es decir, la decisión del Gobierno español de modificar su programa de tarifas reguladas para los productores de energías renovables a raíz de la crisis financiera de 2008. Los 30 procedimientos restantes fueron iniciados contra nueve Estados demandados diferentes: Albania (1), Bosnia y Herzegovina (1), Bulgaria (3), Croacia (1), República Checa (6), Alemania (2), Italia (12), Rumania (3) y Eslovenia (1). Ningún caso de ER fue iniciado contra las 46 partes contratantes restantes del TCE, que incluyen tanto a economías con una importante capacidad de inversión en energías renovables —tales como los Países Bajos, el Reino Unido, Francia y Suecia¹⁹— como a economías que virtualmente no poseen este tipo de inversiones, tales como Kazajistán y Azerbaiyán²⁰.

Por el contrario, existen 41 casos de ISDS basados en el TCE relativos a inversiones en combustibles fósiles, que involucran una diversidad geográfica mucho mayor de 22 Estados demandados diferentes, con casos repartidos de forma relativamente uniforme. La Federación Rusa ha sido el Estado más frecuentemente demandado, que enfrentó seis casos de ISDS basados en el TCE iniciados por inversores en combustibles fósiles. Por el contrario, fueron 46 los casos de ER entablados contra España, y nuevamente este número revela una diversidad mucho mayor de demandados en casos de ISDS basados en el TCE en el sector de los combustibles fósiles comparado con los casos de ER.

Por consiguiente, resulta difícil concluir que el TCE sea eficaz para proteger las inversiones en ER en relación con las inversiones en combustibles fósiles. No solo es menor el número de medidas sometidas a arbitraje en comparación con el de la industria de combustibles fósiles, sino que las mismas se han concentrado en unos pocos países.

¹⁷ Dado que el TCE no hace una distinción entre las inversiones con bajas y altas emisiones de carbono ni contiene una definición precisa de las inversiones en ER, adoptamos la definición de la AIE, según la cual las energías renovables “incluyen la bioenergía y la energía geotérmica, hidroeléctrica, solar fotovoltaica (FV), energía solar concentrada (ESC), oceánica y eólica (mareas y olas) para la generación de electricidad y calor”. AIE. (2020). World Energy Outlook, pág. 436.

¹⁸ Por ejemplo, en el caso *Libananco Holdings Co. Limited vs. la República de Turquía* (Caso del CIADI No. ARB/06/8), es imposible evaluar la fuente de energía de este proyecto ya que la controversia está relacionada con una empresa de distribución, la cual es muy difícil clasificar dentro del sector de bajas o altas emisiones de carbono.

¹⁹ Véase Frankfurt School FS-UNEP Collaborating Centre. (2020). *Global trends in renewable energy investment*. https://www.fs-unep-centre.org/wp-content/uploads/2020/06/GTR_2020.pdf.

²⁰ Véase Index Mundi. (n.d.). *Countries ranked by fossil fuel consumption*. <https://www.indexmundi.com/facts/indicators/EG.USE.COMM.FO.ZS/rankings>.



Además, cualquier consideración de la eficacia de este régimen para proteger las ER debería basarse en las decisiones emitidas. No obstante, al momento de esta publicación, 49 de los 76 (65%) casos de ER estaban pendientes de resolución. Dado que más de la mitad de los casos aún no han sido decididos, sería precipitado concluir que el TCE en efecto protege las inversiones en ER.

Finalmente, la investigación demuestra que no hay evidencia clara sobre la protección otorgada por los tratados de inversión existentes²¹. Los números coinciden con los resultados. De los casos de ER concluidos (27), los tribunales arbitrales han rechazado las demandas de los inversores en 12 casos, y un caso fue suspendido. Además, los casos donde los inversores triunfaron se encuentran geográficamente concentrados, debilitando aún más la suposición de una protección amplia y generalizada: de los 14 casos restantes donde los inversores han triunfado, 12 fueron iniciados contra España solamente, reafirmando la existencia de una interferencia de determinadas medidas con las inversiones en ER en dicho país, en vez de una protección generalizada. De hecho, considerando los casos que no atañen a España, nueve fueron resueltos en favor del Estado mientras que únicamente dos fueron decididos en favor del inversor.

Una pregunta relacionada concierne la eficacia del TCE para promover las inversiones en ER. En este contexto, los defensores del TCE afirman que el tratado es muy adecuado para promover estas inversiones, especialmente en los países en desarrollo²². Estas afirmaciones en gran medida se basan en la suposición de que al firmar un AII, los Estados atraen un mayor flujo de IED. Sin embargo, varios estudios recientes sobre este tema no han sido concluyentes, arrojando muy poca o ninguna evidencia sobre la correlación entre los acuerdos y los flujos de inversión²³.

En el caso específico del TCE, no se ha conducido una investigación empírica especializada destinada a entender la motivación de las elecciones de los inversores en ER y, hasta la fecha, no existe evidencia alguna que pruebe el vínculo entre la existencia del TCE y el incremento de la IED entre sus Estados contratantes.

Además, en el período que va desde el 2013 al 2018, un promedio del 75% de la inversión mundial en energías renovables fue de origen nacional más que extranjero²⁴. Dado que el TCE se aplica exclusivamente a inversiones extranjeras entre sus Estados contratantes, no puede afirmarse que promueva este tipo de inversiones nacionales.

Asimismo, los defensores del TCE afirman que sin la ISDS, los inversores en ER a menudo serían privados de una vía adecuada de recurso legal para responsabilizar a los Estados receptores por el incumplimiento de sus promesas²⁵. Esta interpretación omite la disponibilidad de recursos internos, tales como la opción de impugnar medidas regulatorias ante los tribunales nacionales del Estado receptor. De hecho, en respuesta a las medidas adoptadas por el Gobierno de España para alterar el sistema de tarifas reguladas, muchos inversores iniciaron litigios en los tribunales españoles²⁶.

Existen otras dos debilidades en la suposición de que la disponibilidad de la ISDS basada en el TCE como vía de recurso legal sea un factor clave para promover las inversiones en ER: Primero, se basa en una noción errada de que el acceso a la ISDS es igual para cualquier tipo de inversor, y segundo, no explica por qué la mayoría de las inversiones en ER de hecho provienen de fuentes nacionales.

Al evaluar la igualdad de acceso a la ISDS de los inversores, resulta fundamental tener en cuenta la naturaleza particular de las inversiones en ER que, considerando la reciente caída de los costos de las

²¹ Selivanova, Y. S. (2018). Changes in renewables support policy and investment protection under the Energy Charter Treaty: Analysis of jurisprudence and outlook for the current arbitration cases. *ICSID Review* 33(2), 433–455, pág. 452; Boute, nota 12 *supra*, pág. 656

²² Mete y Pei-Ru, nota 13 *supra*.

²³ Tienhaara, K. y Downie, C. (2018). Risky business? The Energy Charter Treaty, renewable energy, and investor-state disputes. *Global Governance* 24(3), 451; Jacobs, M. (2017). Do bilateral investment treaties attract foreign direct investment to developing countries? A review of the empirical literature. *International Relations and Diplomacy* 5, pág. 583; Yackee, J. W. (2011). Do bilateral investment treaties promote foreign direct investment? Some hints from alternative evidence. *Virginia Journal of International Law*, 51, pág. 397.

²⁴ Véase IRENA. (2020). *Global landscape of renewable energy finance 2020*. https://www.irena.org/-/media/Files/IRENA/Agency/Publication/2020/Nov/IRENA_CPI_Global_finance_2020.pdf, pág. 32.

²⁵ Véase Vail, nota 10 *supra*.

²⁶ Véase Schmidl, M. (2021). *The renewable energy saga. From Charanne v. Spain to The PV Investors v. Spain: Trying to see the wood for the trees*. Kluwer Arbitration Blog. <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/02/01/the-renewable-energy-saga-from-charanne-v-spain-to-the-pv-investors-v-spain-trying-to-see-the-wood-for-the-trees/>



energías renovables²⁷, pueden ser mucho menores y dispersas que las inversiones en combustibles fósiles²⁸. El promedio del costo para entablar una demanda de ISDS para los inversores es de USD 6,4 millones, y el promedio de los honorarios de un tribunal arbitral son de USD 1 millón. El acceso a la ISDS, por lo tanto, depende de los medios financieros del inversor en cuestión, y estos procedimientos a menudo no están al alcance de pequeños inversores que son los que cada vez más están invirtiendo en proyectos de ER²⁹.

Por último, si la disponibilidad de ISDS fuera un factor tan importante en la promoción de las inversiones en ER, ¿cómo puede explicarse la importancia de las inversiones nacionales en ER?. De hecho, si bien los inversores nacionales no tienen la facultad de entablar una demanda de ISDS en el marco del TCE, este no parece ser un obstáculo para su voluntad de invertir. Un análisis científico reciente sobre los casos iniciados por inversores en ER en el marco del TCE contra España concluyó que “la únicas empresas nacionales que fueron capaces de entablar demandas son grandes multinacionales, tales como Abengoa e Isolux, quienes han utilizado sus filiales extranjeras para obtener acceso al TCE”³⁰.

Conclusión

Tras un análisis más detallado, se torna evidente que no pueden realizarse inferencias sobre la capacidad del TCE para proteger y promover las inversiones en ER a partir del número de casos de ISDS basados en el TCE en torno a las energías renovables. La mera opción de iniciar procedimientos de ISDS no constituye un factor importante para la protección y promoción de las inversiones en ER en las partes contratantes del TCE.

Mientras que la capacidad de este tratado para proteger y promover la inversión en ER de manera que resulte suficiente para alcanzar los objetivos de París es, en el

mejor de los casos, incierta, siguen surgiendo casos de ISDS basados en el TCE relativos a las inversiones en combustibles fósiles. Estos casos sirven como un duro recordatorio de que este tratado actúa como un obstáculo importante frente a los esfuerzos de sus partes contratantes para abordar la crisis climática.

En lugar de tratar de reformar el TCE, es posible que los Estados prefieran adoptar herramientas más adecuadas de conformidad con sus obligaciones bajo el Acuerdo de París.

Autor

Lea Di Salvatore es investigadora PhD de la Facultad de Derecho de la Universidad de Nottingham y académica invitada del Center for Environmental and Sustainability Research de la Universidad Nova de Lisboa.

Nathalie Bernasconi-Osterwalder es directora ejecutiva del IISD Europa y Directora Senior, Derecho y Políticas Económicas, IISD.

Lukas Schaugg es Becario en Derecho Económico Internacional del IISD e investigador de doctorado en derecho de las inversiones de la Facultad de Derecho Osgoode Hall, Toronto, Canadá.

²⁷ AIE. (2020). *World energy investment 2020*; UNCTAD. (2020). *Informe sobre las inversiones en el mundo 2020*.

²⁸ Daintith, T. (2017). Against “Lex Petrolea.” *Journal of World Energy Law and Business*, 10(1), pág. 1.

²⁹ En un informe en curso del IISD, Lea Di Salvatore explora el grado de entramado que existe entre la industria de combustibles fósiles y la ISDS. Los resultados muestran que las empresas petroleras a nivel mundial, incluyendo a importantes emisoras de carbono, poseen el poder monetario para recurrir fácilmente a la ISDS. Di Salvatore, L. (en curso). *Global trends in fossil fuel arbitrations*. International Institute for Sustainable Development.

³⁰ Tienhaara y Downie, nota 23 *supra*.



ARTÍCULO 5

De la transparencia a la prohibición: el WGIII de la CNUDMI contempla opciones para regular la financiación por terceros

Brooke Guven , Lise Johnson, H. Suzy Nikièma y Daniel Uribe



En junio de 2021, el tribunal del caso *Infinito Gold vs. Costa Rica* concluyó que Costa Rica no cumplió con la cláusula de trato justo y equitativo pero rechazó la demanda del inversor por aproximadamente USD 100 millones y no adjudicó daños¹. Este caso, que también involucró alegaciones en materia de corrupción por parte del inversor, podría haber prosperado en términos de responsabilidad pero refleja una debilidad en la demanda de causalidad y daños y perjuicios.

Este resultado en la primera etapa del proyecto en el sector de las industrias extractivas es similar a los patrones y resultados de otras controversias de ISDS. En *South American Silver vs. Bolivia*, el tribunal concluyó que la empresa minera demandante tuvo una conducta ilícita en su intervención con las comunidades indígenas locales, amenazando a los críticos e incitando tensiones y violencia. Pese a que el tribunal coincidió con el inversor en que el Estado receptor violó el tratado aplicable, el tribunal otorgó al inversor solamente una parte de los daños reclamados —menos de USD 20 millones de los aproximadamente USD 300 millones reclamados². En *Cortec Mining vs. Kenia*, el tribunal rechazó la demanda

del inversor por más de USD 2 mil millones debido a la ausencia de autorizaciones ambientales adecuadas para el proyecto de minería³. Este caso también involucró alegaciones de corrupción por parte del inversor. Similarmente, en *Churchill Mining y Planet Mining vs. Indonesia*, el tribunal desestimó las demandas de los inversores por más USD 1 mil millones basándose en cuestionamientos en torno a una conducta fraudulenta en la operación y expansión de la inversión⁴.

Todos estos casos plantean dudas sobre la “calidad” de los inversores y las inversiones que invocan tratados de inversión. Se trata de casos de ISDS en el sector de las industrias extractivas donde las demandas de los inversores resultaron ser tremendamente infladas y/o interpuestas por inversores demandantes que presuntamente condujeron actividades que no cumplían con las normas, si no ilegales; lo cual dista mucho de la conducta esperada de un buen ciudadano del sector empresarial.

Notablemente, todos estos demandantes, y sus demandas conflictivas, fueron financiados por terceros.

Estos casos debilitan la narrativa de que la financiación por terceros (TPF, por sus siglas en inglés) es una herramienta para permitir el acceso a la justicia de las empresas que merecen resarcimiento por el daño provocado por una conducta oportunista del Estado receptor; plantean dudas sobre la afirmación de que los financiadores ejercen una sólida diligencia debida sobre los inversores y sus casos; y se alinean con las alegaciones de que la TPF está permitiendo e impulsando demandas marginales, especulativas y de alto riesgo que, incluso

¹ Caso del CIADI No. ARB/14/5, Laudo, 3 de junio de 2021.

² Caso de la CPA No. 2013-15, Laudo, 22 de noviembre de 2018.

³ Caso del CIADI No. ARB/15/29, Laudo, 22 de octubre de 2018.

⁴ Casos del CIADI No. ARB/12/14 y No. 12/40, Laudo, 6 de diciembre de 2018.



cuando no prosperan, siguen siendo costosas para los Estados receptores que son demandados⁵.

Es en este contexto que el Grupo de Trabajo III (WGIII, por sus siglas en inglés) de la CNUDMI está trabajando en la reforma de la TPF, y encargó a la Secretaría la tarea de preparar el proyecto de texto para abordar diferentes cuestiones e inquietudes planteadas por los delegados, muchas de las cuales se basan en sus propias experiencias con demandas financiadas. Tal como discutimos a continuación, el proyecto de disposiciones regulatorias de la Secretaría ahora se encuentra disponible y abierto a recibir comentarios hasta el 15 de septiembre de 2021.

El proceso

Los Estados que participan en el WGIII de la CNUDMI proponen regular la financiación de demandas de ISDS, muchas de las cuales se enfocan especialmente en la regulación de la financiación comercial de demandas con fines de lucro entabladas contra los Estados. Algunos, como Argentina, Honduras, India, Indonesia, Kenia, Marruecos, Nigeria, República Dominicana, Sudáfrica, Uruguay y Vietnam, han apelado o propugnado un mayor análisis de restringir completamente la financiación comercial de demandas de ISDS con fines de lucro. Otros favorecen un retoque más ligero. Por ejemplo, el Reino Unido —el cual alberga una fuerte industria de arbitraje, algunos financiadores de ISDS e inversores externos que son usuarios frecuentes de la ISDS y la TPF— parecen no compartir las inquietudes más profundas en torno a este tipo de financiación. En cambio, parecen favorecer un enfoque más reducido centrado en aumentar la transparencia y han subrayado la importancia

⁵ En *Cortec Mining*, el demandado tuvo que asumir la mitad de las costas legales del arbitraje subyacente, y otro USD 1 millón debido a un procedimiento de anulación subsecuente. Véase Charlotin, D. (2021, 9 de mayo). Revealed: ICSID ad hoc committee in *Cortec v. Kenya* opines that supplementary decision mechanism is the proper remedy for infra petita awards and dismisses bid to annul finding that investment treaties contain an implicit legality requirement. *IA Reporter* <https://www.iareporter.com/articles/revealed-icsid-ad-hoc-committee-in-cortec-v-kenya-opines-that-supplementary-decision-mechanism-is-the-proper-remedy-for-infra-petita-awards-and-dismisses-bid-to-annul-finding-that-investment-treaties/>. En *Infinito Gold* y *South American Silver*, Costa Rica y Bolivia, respectivamente, debieron pagar millones de dólares en costos de defensa; en *Churchill Mining* y *Planet Mining*, aunque la demandante debió cubrir la mayor parte de las costas legales y los costos de Indonesia, aún así este país debió asumir un gasto millonario. Véase Hepburn, J. (2019, 9 de diciembre). Analysis: Unreasonable ‘willful blindness’ as to business partner’s fraudulent misconduct stymies mining claim in Indonesia. *IA Reporter*. <https://www.iareporter.com/articles/analysis-unreasonable-wilful-blindness-as-to-business-partners-fraudulent-misconduct-stymies-mining-claims-against-indonesia/>

de consultar a la industria de la financiación en el desarrollo de cualquier regulación⁶.

En la sesión del WGIII de octubre de 2019, los delegados encargaron a la Secretaría la elaboración de un texto de muestra que refleje las posibles soluciones regulatorias para abordar las inquietudes identificadas. Según dichas instrucciones, ahora la Secretaría ha lanzado un “Proyecto de Disposiciones sobre la Financiación por Terceros” (el “Proyecto”). Después del 15 de septiembre de 2021, cuando finalice el plazo de presentación de observaciones sobre el Proyecto, los pasos a seguir presumiblemente incluirán un proceso de revisión e incorporación de las contribuciones recibidas, y dedicar tiempo, dentro de la agenda del WGIII, para discutir el proyecto revisado de disposiciones. Pero no está claro cómo este proceso será manejado exactamente.

Por ejemplo, aún no se conoce cuándo el WGIII abordará nuevamente el asunto de la reforma de la TPF. Actualmente, prevé que su trabajo se prolongará hasta el 2026⁷. El cronograma se divide en sesiones formales y reuniones “intersesiones” informales dentro de ocho grupos principales, incluyendo un pilar general de “Reforma de las Normas de Procedimiento de la ISDS” que abarca temas tales como daños y perjuicios, demandas por pérdidas reflejas, procedimientos paralelos, reconveniones, desestimación de demandas infundadas y el agotamiento de recursos internos. Supuestamente, la TPF se encuentra incorporada en esta categoría general, pero no está claro cuánto tiempo formal y/o informal será dedicado a este tema, y a la revisión y debate de las diferentes opciones reflejadas (o no) en el Proyecto o su revisión.

También es incierto si las observaciones recibidas serán hechas públicas. Cuando la Secretaría no hace públicas las observaciones recibidas, resulta imposible saber cómo las diferentes delegaciones u otros observadores responderán a los diversos aspectos de una propuesta. Esta falta de transparencia también oscurece si y hasta qué punto las observaciones de las diferentes partes interesadas serán tenidas en cuenta de manera significativa. La legitimidad del proceso de redacción

⁶ Las exposiciones orales de los Estados sobre este tema fueron realizadas durante los períodos de sesiones 37° y 38° del WGIII. Las grabaciones de las sesiones están disponibles en <https://uncitral.un.org/en/audio#03>.

⁷ Una descripción básica del trabajo del WGIII y cronograma está disponible en https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/210825_status_of_work_wg_iii.pdf.



requiere mayor claridad sobre quién está solicitando qué —y el grado en que las sugerencias recibidas, y de quién, serán incorporadas. Pero aún no se sabe si, ni con quién, será compartida esta información.

El Columbia Center on Sustainable Investment (CCSI), junto con el International Institute for Sustainable Development (IISD) y el International Institute for Environment and Development (IIED), son algunos de los actores que realizaron observaciones y sugerencias anotadas al Proyecto y hemos publicado nuestras presentaciones conjuntas en los respectivos sitios web⁸.

Además, los financiadores, tanto por cuenta propia como a través de una asociación de industrias creada recientemente, han presentado y publicado observaciones criticando el proceso del WGIII y las propuestas de reforma, y se han pronunciado en contra de cualquier tipo de reforma significativa⁹. Dado el riesgo para los Estados, los financiadores y otros, es probable que se hayan realizado o se realicen muchas más presentaciones.

⁸ IISD, IIED y CCSI. (2021). *Submission on third-party funding*. [https://ccsi.columbia.edu/sites/default/files/content/docs/IISD%20IIED%20CCSI%20Submission%20to%20UNCITRAL%20on%20TPF%20initial%20draft%20-%20July%2030%20\(1\).pdf](https://ccsi.columbia.edu/sites/default/files/content/docs/IISD%20IIED%20CCSI%20Submission%20to%20UNCITRAL%20on%20TPF%20initial%20draft%20-%20July%2030%20(1).pdf) y <https://ccsi.columbia.edu/content/third-party-funding-investor-state-dispute-settlement>. Véase también IISD, CCSI y IIED. (2019). *Draft text providing for transparency and prohibiting certain forms of third-party funding in investor-state dispute settlement*. <https://ccsi.columbia.edu/sites/default/files/content/docs/our%20focus/extractive%20industries/UNCITRAL-submission-Third-Party-Funding.pdf>.

⁹ Woodsford Litigation Funding Limited ha presentado observaciones señalando que: “respetuosamente no concuerda con la creencia del Grupo de Trabajo de que una mayor regulación de la financiación por terceros sea necesaria”. https://woodsfordlitigationfunding.com/us/wp-content/uploads/sites/3/2021/08/Woodsford_UNCITRAL_submission_Final.pdf. La International Legal Finance Association cree que cualquier “prohibición o restricción a la financiación jurídica debilitaría el Estado de Derecho, crearía un vacío importante en los objetivos expresos de la ONU y la CNUDMI y el alcance de dichos objetivos, y se enfrentaría con el fuerte apoyo a la financiación por terceros de las empresas que están en condiciones de realizar obras de infraestructura y demás inversiones directas que necesitan muchos Estados”. En su presentación, la ILFA destaca que “está dispuesta a asistir a la Secretaría, y a estos fines, en breve solicitará permiso para convertirse en miembro observador del WGIII de la CNUDMI”. Véase https://uploads-ssl.webflow.com/5ef44d9ad0e366e4767c9f0c/61088589e63c5979a9f22599_ILFA%20comments%20UNCITRAL%20WG%20III%20TPF%20Reform%20Proposals%20FINAL.pdf. Para consultar un debate más amplio sobre la financiarización de la TPF en la ISDS y el papel de la industria financiera, véase en general, Dafe, F. y Williams, Z. (2020). *Banking on courts: financialization and the rise of third-party funding in investment arbitration*. *Review of International Political Economy*.

La sustancia

El Proyecto establece un menú de opciones y sugiere un texto para implementarlas. Las opciones van desde requisitos de divulgación a una total prohibición del uso de cualquier tipo de TPF. El proyecto también discute las opciones para la ejecución y la imposición de sanciones.

Modelo de Divulgación

El “modelo de divulgación” (Proyecto de Disposición 7), contempla exigir a las partes que revelen (al menos al tribunal y las partes contendientes, y posiblemente al público) la existencia y la identidad de los financiadores, lo cual podría requerir revelar no sólo el medio de financiación legal sino también su beneficiario final. Asimismo, contempla requerir la divulgación del acuerdo de financiación en sí mismo, o de ciertos términos que se desprendan del mismo. Luego estipula que el tribunal puede exigir a la parte financiada que divulgue una lista de ítems, algunos de los cuales podrían haber estado cubiertos por la divulgación del acuerdo de financiación.

La divulgación es propuesta como un modelo único o combinado con algunos de los modelos regulatorios también propuestos. Notablemente, la divulgación parcial es el modelo que el CIADI parece favorecer en su propuesta de revisión de las normas. Si bien la divulgación de la existencia y la identidad de los financiadores puede permitir a los actores una mejor identificación de los conflictos de intereses reales o percibidos, no cambiaría la forma de utilizar la TPF, o de abordar su impacto en los casos o en el sistema en general. Para muchas delegaciones, la divulgación es un comienzo necesario, pero no atiende cabalmente las inquietudes sobre el papel o los efectos de la TPF en las demandas, resultados o incentivos en el marco de la ISDS.

Modelos regulatorios

Además de la divulgación en materia de TPF, el Proyecto describe cuatro enfoques regulatorios generales: dos enfoques para limitar el uso de la TPF y dos series de excepciones a estas limitaciones.

El primer modelo regulatorio propuesto, el “modelo de prohibición” (Proyecto de Disposición 2), brinda varios medios por los cuales los Estados podrían procurar prohibir cualquier tipo de TPF. Además de restringir la inversión privada en los casos y la ganancia del laudo, este enfoque, tal como se encuentra redactado, también prohibiría las donaciones de organizaciones sin fines de lucro, los honorarios a resultado con la defensa y posiblemente ciertos tipos de préstamos y seguros.



Un segundo modelo regulatorio, el “modelo de lista de restricciones” (Proyecto de Disposición 5) propone permitir la TPF en general pero restringe ciertas formas de financiación, tal como la otorgada “sobre una base no asociada con recursos a cambio de honorarios en caso de que la demanda prospere y otras formas de remuneración pecuniaria o reembolso que dependa total o parcialmente del resultado de un procedimiento o un conjunto de procedimientos”. Este enfoque procura abordar inquietudes particulares en torno a las inversiones con fines de lucro en demandas por daños y perjuicios contra los Gobiernos, e inquietudes sobre el hecho de que permitir una financiación como tal introduzca a una nueva parte interesada en la ecuación de la ISDS con su propio interés —y habilidad para defender— interpretaciones amplias de disposiciones jurisdiccionales y de obligaciones sustantivas, y enfoques liberales en materia de daños y perjuicios. Otras formas de TPF no plantean una preocupación similar de otorgar a estos financiadores un lugar permanente en el sistema de ISDS, que incluye la financiación para los Estados, los honorarios a resultado basados en los servicios jurídicos prestados y la financiación sin fines de lucro. Si bien la divulgación de esas otras formas de TPF puede estar justificada para protegerse de los conflictos de intereses o por otras razones, no se impedirían esos tipos de TPF¹⁰.

Entre ambos enfoques —una amplia prohibición y una restricción más específica— no se deja claro que hay muchos actores en el WGIII que defienden el modelo de amplia prohibición. Por lo tanto, parece ser que la cuestión clave no será si optar por el modelo de prohibición o de restricción, sino, dónde trazar la línea entre lo que está permitido y lo que no en un modelo regulatorio¹¹.

El Proyecto también contempla dos enfoques por medio de los cuales no se permitiría la TPF en términos generales pero luego establece excepciones para la financiación en determinadas circunstancias o ciertas

clases de demandantes. Una o ambas excepciones podrían combinarse con el modelo de prohibición general de la TPF o con el modelo de restricción más específico. No obstante, cada excepción plantea diversas cuestiones y desafíos.

Una de las posibles excepciones, reflejada en el Proyecto de Disposición 3, permitiría la financiación para apoyar a los inversores que de lo contrario no tendrían “acceso a la justicia”. Dejando de lado las cuestiones prácticas sobre cómo se evaluaría esta condición (por ej., quién tiene la carga de la prueba y cuál es el estándar, cuál es la relevancia de los costos y la accesibilidad a otros foros y vías de recurso en las controversias, y si se prohíbe la liquidación de activos o la utilización de vehículos para fines especiales), resulta fundamental cuestionar la premisa subyacente de que el acceso a la ISDS puede ser caracterizado como una cuestión de acceso a la justicia. La mayoría de las partes interesadas, incluso los inversores nacionales, deben procurar otras vías de recurso para asegurarse una reparación por el daño alegado, incluyendo pero no limitándose a los tribunales nacionales. El hecho de que en tales circunstancias los demandantes legales no sean capaces de acceder a la ISDS no significa que carecen de acceso a la justicia. La ecuación del acceso a la ISDS con el acceso a la justicia es altamente incompleta y engañosa. Si bien resulta esencial garantizar que aquellos cuyos derechos ha sido violados tengan acceso a la justicia para defender esos derechos, la ISDS no es un prerrequisito para el acceso a la justicia, y no está claro si utilizar la TPF para respaldar la ISDS en este contexto es el enfoque correcto o apropiado¹².

La otra excepción posible, reflejada en el Proyecto de Disposición 4, sugiere que la TPF podría permitirse para los inversores que puedan demostrar el cumplimiento de determinadas disposiciones u objetivos de desarrollo sostenible, aunque aún no estén identificados. Tal como sucede con el modelo de “acceso a la justicia”, este enfoque plantea algunas cuestiones conceptuales

¹⁰ IISD, CCSI y IIED, nota 8 *supra*.

¹¹ La línea podría trazarse en la definición de la TPF utilizada, o con respecto al ámbito de aplicación de ciertas regulaciones. Por lo tanto, podría estipularse una definición general de la TPF, y los requisitos de divulgación para todas las formas de financiación que recaigan dentro de dicha definición, pero con regulaciones y restricciones más específicas sobre un subconjunto más reducido de TPF. Para mayor información sobre las implicancias políticas planteadas por las diferentes formas de financiación véase, por ej., IISD, CCSI y IIED, nota 8 *supra*; Guven, B. y Johnson, L. (2019). *The policy implications of third-party funding of investor-state dispute settlement*. <https://ccsi.columbia.edu/sites/default/files/content/docs/our%20focus/extractive%20industries/The-Policy-Implications-of-Third-Party-Funding-in-Investor-State-Dispute-Settlement-FINAL.pdf>.

¹² Otros enfoques para garantizar el acceso a la justicia incluyen los esfuerzos para apoyar y fortalecer los tribunales nacionales. También hay cuestionamientos sobre si la TPF en la ISDS protege adecuadamente los intereses de los demandantes. Las disputas entre demandantes en los casos financiados y entre sus defensores y los financiadores indica que hay tensiones. Véase, por ej., Bohmer, L. (2021, 15 de junio). *After Vietnam pays hefty UNCITRAL BIT award, investor-claimant files suit against his lawyers accusing them of collusion with third-party funder to take greater share of winnings*. *IA Reporter*. <https://www.iareporter.com/articles/after-vietnam-pays-hefty-uncitral-bit-award-investor-claimant-files-suit-against-its-lawyers-accusing-them-of-collusion-with-third-party-funder-to-take-greater-share-of-winnings/>



y prácticas. Por ejemplo, surgen inquietudes de que la financiación en sí misma introduzca o genere distorsiones en el sistema de ISDS de manera que menoscabe los objetivos de desarrollo sostenible¹³. Estas distorsiones existirán independientemente de que si el proyecto de inversión subyacente esté alineado con las metas de desarrollo sostenible. Además, desde una perspectiva práctica, los estándares y procesos para determinar si un proyecto de inversión es “sostenible” deberían estar diseñados y ser implementados con gran cautela. Presuntamente, el nivel de sostenibilidad también debería ser alto porque la implicancia es que los inversores que deberían cumplir con el estándar de TPF aún podrían presentar demandas (aunque sin TPF). Por ende, cualquier estándar de TPF debería ir más allá de enfoques porosos que hayan sido utilizados en el derecho de las inversiones hasta la fecha para comprobar la “legalidad” de las inversiones y su “contribución al desarrollo económico en el Estado receptor”.

En general, consideramos que (1) el modelo de restricción reflejado en el Proyecto de Disposición 5, (2) junto con los requisitos de divulgación pública para otras formas de TPF, y (3) sin excepciones en torno al “acceso a la justicia” o al “desarrollo sostenible”, es la mejor combinación entre las opciones propuestas para abordar, y evitar, las inquietudes específicas a cada caso y sistémicas sobre la financiación en la ISDS.

Sanciones y ejecución

Por último, se establecen posibles sanciones para consideración (Proyecto de Disposición 6, y parte del Proyecto de Disposición 7). La lista actual especificada en el Proyecto, combinada con la discreción otorgada a los tribunales para seleccionar (o no) opciones de la misma, está destinada a ser un elemento disuasorio ineficaz para los intentos de los financiadores y los demandantes de eludir las restricciones a la financiación. Si bien esta lista aparentemente fue cotejada con los enfoques existentes de la regulación de TPF, las diversas inquietudes identificadas por el WGIII demandan un enfoque más integral y extensivo para sancionar a aquellos que eluden (o intentan eludir) las normas. Estas podrían incluir (1) el requisito de que el tribunal desestime (o anule) una demanda (o laudo) en determinadas circunstancias flagrantes; (2) normas que exijan al demandante (y su defensa) que certifique que la demanda (y) o defensa legal no se beneficie de la TPF; (3) una suspensión obligatoria

del procedimiento durante un determinado período de tiempo para que cualquier deficiencia (particularmente relacionada con la transparencia o certificación) pueda ser remediada; y (4) las instrucciones sobre costos y órdenes de gastos en caso de incumplimiento regulatorio. En todos los casos, las normas podrían ser claras sobre las circunstancias bajo las cuales un tribunal debería tener discreción, y cuándo una sanción sería obligatoria¹⁴.

Conclusión

Tal como ilustran los casos de Infinito Gold, Cortec Mining, South American Silver y Churchill y Planet Mining, los terceros que aportan financiación están apoyando demandas marginales contra los Estados, procurando cantidades infladas y contribuyendo a la dinámica por medio de la cual los Estados se ven obligados a participar en un arbitraje de alto riesgo. Pese a que algunas de estas demandas débiles pero costosas pueden ser presentadas sin TPF, la existencia de TPF puede hacer que sean más probables. La TPF reduce el riesgo que corren los demandantes a la hora de presentar casos, y los financiadores tienen sus propios intereses, separados y potencialmente conflictivos con los objetivos de los inversores financiados, para impulsar casos y buscar y recuperar elevadas sumas de demandas por daños.

En este contexto, los Estados están contemplando la posibilidad de actuar y los financiadores están presionando. La Secretaría de la CNUDMI ha elaborado una serie de opciones que van desde la divulgación a la prohibición y está brindando a las partes interesadas una oportunidad para considerar qué dirección tomar. Cómo se desarrollará el trabajo sobre este tema, tanto procesal como sustancialmente, es una prueba clave para el proceso de la CNUDMI en general.

Autores

Brooke Guven es investigadora senior del Columbia Center on Sustainable Investment.

Lise Johnson es directora del programa de derecho y políticas de inversión del Columbia Center on Sustainable Investment.

H. Suzy Nikiéma dirige el Programa del IISD sobre Inversión Sostenible para el Programa de Derecho y Políticas Económicas (*Economic Law and Policy Program*, ELP).

Daniel Uribe es oficial principal de programa del South Centre.

¹³ En Guven y Johnson (nota 11 *supra*), los autores consideran las implicancias políticas sistémicas que la TPF puede estar introduciendo al sistema de ISDS.

¹⁴ La Sección 4 de la presentación de CCS/IIED (2019) establece una lista más integral y sólida de sanciones para su consideración (n.º).



NOTICIAS EN BREVE

Negociaciones sobre la modernización del TCE avanzan en dos rondas durante el verano mientras crece la oposición

Desde nuestro último [reporte](#) sobre este proceso, se han llevado a cabo dos rondas de negociaciones de forma virtual sobre la modernización del TCE, en medio de una creciente oposición de la sociedad civil al acuerdo, especialmente dentro de la UE.

La quinta ronda tuvo lugar en junio de 2021. Los temas cubiertos en la reunión, según una [declaración pública](#) emitida por el grupo de modernización, incluye la definición de tránsito; asuntos relacionados con la RSE y el desarrollo sostenible; solución de controversias, con especial foco en la prevención de controversias y demandas infundadas; garantía de cobro de las costas; financiación por terceros (TPF, por sus siglas en inglés) y valuación de daños; y, finalmente, el grado en el cual debería adoptarse el reglamento de la CNUDMI sobre la transparencia en la ISDS.

La sexta ronda de negociación tuvo lugar en julio de 2021 en donde se abordaron cuestiones relacionadas con la pre-inversión, organización de la integración económica regional, disposiciones obsoletas, la definición de actividad económica y demás temas relativos a protección de las inversiones. Con respecto a esto último, la [comunicación pública](#) emitida tras la negociación destaca que se debatieron las definiciones de inversión, inversor y expropiación indirecta así como la denegación de beneficios.

De acuerdo con una [declaración](#) de la CE, en la sexta ronda hubo un “progreso sustancial” en relación con la protección de las inversiones específicamente. No obstante, la presión en Europa para retirarse del TCE continúa aumentando; por ejemplo, mientras que Eslovenia asumía la presidencia del Consejo de la Unión Europea en julio del corriente año, se ha [reportado](#) que varias ONG de dicho país instaron al Gobierno a impulsar los debates sobre la retirada del TCE por completo. Durante el período previo a la COP 26, a realizarse en noviembre de 2021, las organizaciones de la sociedad civil europea han [instado](#) a los líderes de Europa que utilicen la conferencia como fecha límite para retirarse del tratado.

Mientras tanto, el 2 de septiembre, el TJUE expresó en una [sentencia preliminar](#) que la disposición de solución de controversias entre inversionista y Estado (ISDS, por sus siglas en inglés) del TCE era incompatible con el derecho de la UE. Según el Tribunal, la UE no tiene la facultad de retirar del sistema jurisdiccional de la UE la solución de una controversia entre un inversor de un Estado miembro de la UE y otro Estado miembro de la UE. Hacer esto, señaló, implicaría poner en riesgo “la preservación de la autonomía y del carácter propio del derecho establecido por los tratados [Europeos]” (párrafo 63). Pese a que el TCE es un acuerdo multilateral que también crea relaciones con Estados miembros que no pertenecen a la UE, esto impide que “el TCE pueda imponer las mismas obligaciones a los Estados miembros entre sí” (párrafo 65). Por lo tanto, debe interpretarse que el TCE no es aplicable a tales controversias.

Al emitir esta opinión, el Tribunal confirmó que su razonamiento en la sentencia histórica del caso *Achmea* se aplicaba igualmente al TCE. En *Achmea*, el TJUE sostuvo que las disposiciones de ISDS en los TBI intra-UE eran incompatibles con el derecho de la UE, e impulsó a los Estados miembros a terminar dichos TBI.

Si bien la nueva opinión fue declarada *obiter* y no es legalmente vinculante, se trata de un fuerte indicador de que el Tribunal determinará que la ISDS basada en el TCE es incompatible con el derecho de la UE en una de las dos decisiones que serán emitidas en 2022 —una [solicitud de opinión](#) del Gobierno de Bélgica y una [solicitud](#) de sentencia preliminar del Tribunal de Apelaciones sueco. La opinión también [plantea la cuestión](#) sobre cómo responderán los tribunales arbitrales y los tribunales de ejecución —especialmente en E.E.U.U.— cuando deban decidir sobre casos intra-UE.



Continúan los debates estructurados sobre la facilitación de las inversiones en la OMC

Tras la circulación del “texto de pascua”, el cual ratifica los dos documentos utilizados en las negociaciones (el Texto Refundido Informal y el Texto Revisado) que servirán como la base principal para redactar el acuerdo definitivo sobre la facilitación de las inversiones, los participantes de los debates estructurados sobre la facilitación de las inversiones han seguido reuniéndose durante los meses de verano.

En una **reunión celebrada en mayo**, los participantes se enfocaron en las cuestiones relativas a las transferencias y los pagos, los puntos focales, la coherencia de la reglamentación interna, las bases de datos de proveedores nacionales, la cooperación transfronteriza y las disposiciones relativas a la conducta responsable de las empresas.

En la **reunión de junio**, los participantes debatieron tres textos preparados por el coordinador sobre tres cuestiones: la transparencia de las medidas en materia de inversiones, la conducta responsable de las empresas y una posible disposición relativa al trato de NMF. También se dedicó tiempo a la aplicación, asistencia técnica, creación de capacidad y a los signatarios de PMA.

Según la agenda anotada, en la reunión realizada a mediados de julio, los miembros recibieron informes de los facilitadores sobre el alcance, el movimiento de personas de negocios y el proyecto de disposiciones del “Texto de Pascua”, incluyendo el preámbulo, objetivos, medidas anti-corrupción, solución de controversias y disposiciones finales. Además, los participantes condujeron un ejercicio de inventariado para asistir la planificación de las próximas reuniones.

A fines de julio, el coordinador emitió un “Texto de Pascua” revisado que contiene actualizaciones sobre diversas secciones que incluyen: la Sección II (“Transparencia de las medidas en materia de inversiones”); III (“Simplificación y agilización de los procedimientos administrativos”); IV (“Puntos Focales, la coherencia de las regulaciones internas y la cooperación transfronteriza”); y, VI (“Inversión sostenible”). También incluye nuevas definiciones en la Sección I sobre “Alcance y principios generales”.

A principios de agosto, el coordinador circuló el texto revisado del preámbulo, así como del Artículo 1 sobre Alcance, 24 sobre Cooperación Transfronteriza y 35 sobre Solución de Controversias.

Las próximas reuniones tendrán lugar en septiembre, octubre y noviembre hacia la 12ª Conferencia Ministerial, la cual será celebrada del 30 de noviembre al 3 de diciembre del 2021.

WGIII de la CNUDMI considera propuestas sobre varios elementos de la reforma de la ISDS mientras continúa pendiente la consideración del resultado de la solicitud de financiación adicional

Tal como informamos anteriormente, el WGIII de la CNUDMI sobre la reforma de la ISDS celebró su 40º período de sesiones en mayo de 2021, donde los delegados discutieron el proyecto del plan de trabajo y de recursos. Luego de esta sesión, durante la cual se adoptó el documento a través de un silencio administrativo, la Comisión de la CNUDMI debatió la solicitud de financiación adicional de la Asamblea General de la ONU a fin de implementar el proyecto del plan de trabajo y de recursos durante su 54º período de sesiones, celebrado del 28 de junio al 16 de julio de 2021.

Durante la sesión de la Comisión de la CNUDMI, la mayoría de los Estados, que incluye a países en desarrollo, la UE, Canadá y Australia apoyaron la propuesta de financiación adicional. Sin embargo, dicha propuesta no obtuvo el consenso necesario debido a la oposición de otros Estados, tales como Rusia, Bielorrusia, Irán y Bahrein. La decisión sobre la propuesta de una solicitud de recursos adicionales fue sometida a silencio administrativo. Además, varios Estados, especialmente los países en desarrollo, utilizaron la reunión de la Comisión para reiterar su preocupación acerca del contenido del plan de trabajo revisado, incluyendo la necesidad de dedicar tiempo suficiente a cuestiones transversales y daños y perjuicios.

Si bien aún no se ha hecho oficial la aprobación final de la solicitud de fondos adicionales a la Asamblea General de la ONU, la Secretaría del WGIII continúa avanzando en su labor.



Esto incluye un seminario web informal organizado con el Foro Académico sobre Daños y Perjuicios en el marco de la ISDS el 26 de agosto de 2021, y la Reunión Intersesional sobre la Reforma de las Normas de Procedimiento (virtual) organizada por la República de Corea del 2 al 3 de septiembre de 2021.

Además, el WGIII también está avanzando en el proceso de redacción de un número de áreas de reforma destacadas en la última versión del plan de trabajo y de recursos, discutido en el 40º período de sesiones. Con este propósito, la Secretaría de la CNUDMI ha lanzado una serie de documentos que serán debatidos en los próximos meses. Estos incluyen:

- Evaluación de daños y perjuicios y compensación
- Mediación y otras formas alternativas de solución de controversias
- El establecimiento de un centro de asesoramiento
- La selección y designación de los miembros de tribunales de ISDS
- Financiación por terceros de las demandas de ISDS.

Los documentos relacionados con estos asuntos están abiertos a comentarios, estableciendo como fecha límite de presentación del 15 de septiembre al 31 de diciembre 2021, tal como se expone en la siguiente tabla

Discutimos con mayor profundidad el proyecto sobre Financiación por Terceros en un artículo disponible aquí.

Título	Contenido	Fecha límite para presentaciones/comentarios
Proyecto Inicial sobre la Regulación de la Financiación por Terceros	Proyecto de disposiciones que reflejan los diversos modelos de regulación acompañado por observaciones generales y comentarios específicos	15 de septiembre, 2021
Proyecto Inicial sobre el Establecimiento de un Centro de Asesoramiento; y su anexo 1	Trabajo preparatorio sobre la posible estructura, alcance de los servicios, beneficiarios, costos y financiación	15 de septiembre, 2021

Versión Dos del Proyecto de Código de Conducta para Decisores en Controversias Internacionales Relativas a Inversiones (conjuntamente con el CIADI)	Proyecto de texto completo que incluye explicaciones de los cambios propuestos en esta segunda versión	No hay fecha especificada
Proyecto de Notas sobre la Implementación y Aplicación del Código de Conducta (conjuntamente con el CIADI)	Descripción de varias opciones de implementación del Código como instrumento vinculante, así como de las posibles sanciones que podrían ser desarrolladas en caso de incumplimiento	No hay fecha especificada
Proyecto inicial sobre un mecanismo multilateral permanente: la selección y designación de miembros de tribunales de ISDS y asuntos relacionados	Proyecto de disposiciones que refleja diversas opciones, acompañado por observaciones generales y comentarios específicos	15 de noviembre, 2021
Proyecto inicial sobre la evaluación de daños y perjuicios y compensación	Descripción de temas clave, principios jurídicos existentes y metodologías sobre la evaluación de daños y perjuicios y la determinación de compensación	30 de noviembre, 2021
Proyecto inicial sobre mediación y otras formas alternativas de solución de controversias (por sus siglas en inglés, ADR); y su anexo 1	Proyecto de disposiciones que reflejan varias opciones, acompañado por observaciones generales y comentarios específicos; así como las directrices para el uso efectivo de la mediación	31 de diciembre, 2021



Ecuador se reincorpora al Convenio del CIADI

Doce años después de que denunciara el acuerdo, Ecuador ha ratificado nuevamente el Convenio del CIADI. El mismo volvió a entrar en vigor el 3 de septiembre, tras el depósito del nuevo documento para su ratificación en el Banco Mundial el 21 de agosto pasado.

En 2009, durante la administración del ex presidente Rafael Correa, Ecuador se retiró del convenio y terminó los TBI de los cuales era signatario. Correa argumentó que el acuerdo violaba el [Artículo 422](#) de la Constitución ecuatoriana, el cual establece que “no se podrá celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional”. El mismo presidente también afirmó que el Convenio llevó a que Ecuador debiera pagar millones de dólares en casos de arbitraje internacional.

La decisión de reincorporarse al Convenio del CIADI también ha sido ratificada por la Corte Constitucional de Ecuador. Sin embargo, los observadores destacan que la Corte aún debe dictar sentencia sobre el Artículo 422 antes de que el país pueda firmar nuevos AII, y reincorporarse plenamente al régimen de protección de las inversiones.

Volver a ratificar el Convenio del CIADI forma parte de las [medidas para atraer inversiones extranjeras tomadas por el presidente Guillermo Lasso](#), quién asumió el cargo en mayo del corriente año.

España y Colombia firman nuevo TBI

El 16 de septiembre de 2021, el Primer Ministro de España, Pedro Sánchez, y el Presidente de Colombia, Iván Duque Márquez, firmaron un nuevo TBI. Ambos países procuran modernizar el anterior tratado, el cual entró en vigor en 2005.

Desde la entrada en vigencia del Tratado de Lisboa en 2009, el cual [colocó la IED dentro del ámbito de competencia de la UE](#), la CE ha estado a cargo de negociar AII con Estados miembros que no pertenecen a la UE. Por ende, el Gobierno español supuestamente debía obtener la autorización de la CE para llevar a cabo estas negociaciones y para garantizar que el nuevo acuerdo se encuentre en línea con los objetivos y principios de la UE.

En el caso de Colombia, las negociaciones llegaron tras una decisión de la Corte Suprema de dicho país que dictamina que el Gobierno debe aclarar el ámbito de aplicación de los estándares de TJE y de no discriminación del TLC entre Colombia e Israel y del TBI entre Colombia y Francia ([véase nuestro análisis sobre esta decisión aquí](#)). Algunas características del nuevo TBI incluyen:

- Las sociedades holding no son consideradas inversores
- El trato de NMF no puede alcanzar otros tratados
- La ISDS será sustituida por el tribunal multilateral de inversiones una vez que entre en funcionamiento



Pakistán termina 23 TBI

El Gobierno de Pakistán, según se ha informado, resolvió terminar 23 de sus 48 tratados bilaterales de inversión (TBI) cuyo plazo de duración inicial ha finalizado. Además, este país no ratificará 16 de los TBI que han sido firmados pero que aún no han entrado en vigor.

Actualmente, Pakistán está enfrentando 10 casos de ISDS en diversos foros de arbitraje internacional. Las pérdidas recientes han sido muy onerosas; por ejemplo, en 2019, un tribunal del CIADI otorgó a la empresa minera australiana, Tethyan Copper Company, USD 5,8 mil millones en una demanda entablada contra el Estado.

Siendo reconocido por firmar el primer TBI con Alemania en 1959, en 2013 Pakistán decidió revisar su situación con respecto a todos sus TBI, desarrollando un nuevo modelo de TBI. Las cláusulas más problemáticas, según el Gobierno, incluyen las de expropiación indirecta, TJE, trato nacional y NMF.

En cuanto a los TBI restantes ratificados que actualmente no pueden ser terminados de manera unilateral, Pakistán solicitará a sus socios de tratado que firmen un Protocolo de Interpretación Conjunta para mitigar los efectos dañinos o enmendar las disposiciones de ISDS, TJE y expropiación.

UNWG sobre Empresas y Derechos Humanos lanza su informe 2021

El 27 de julio de 2021, el Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas publicó su Informe sobre los AII compatibles con los Derechos Humanos de 2021. El Grupo de Trabajo presentará formalmente el informe en la Asamblea General de Naciones Unidas a realizarse el 14 de octubre de 2021. En breve, el informe recomienda que los futuros AII sean compatibles con las obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos.

En respuesta a la solicitud de aportes para el informe del Grupo de Trabajo sobre Empresas y Derechos Humanos, el International Institute for Sustainable Investment realizó una presentación en abril del 2021.



LAUDOS Y DECISIONES

Tribunal del TCE dictamina que las modificaciones de Italia a su programa de incentivos a las energías renovables son razonables, previsibles y proporcionadas

Silver Ridge Power BV vs. la República de Italia, Caso del CIADI No. ARB/15/37

La mayoría del tribunal del caso *Silver Ridge Power BV vs. Italia* desestimó las demandas de la demandante sobre el fondo, sosteniendo que el marco de energías renovables de Italia no dio lugar a expectativas legítimas sobre un nivel fijo de incentivos.

Antecedentes y demandas

Silver Ridge Power BV es una empresa constituida en los Países Bajos, de propiedad y bajo control de una filial italiana que operaba 25 plantas fotovoltaicas (FV). La filial local y el ente regulador italiano (Gestore dei Servizi Energetici S.p.A., o GSE) celebró acuerdos (convenios GSE) bajo los cuales las plantas recibirían tarifas reguladas (FIT, por sus siglas en inglés) a una tasa específica por 20 años.

Sin embargo, Italia redujo progresivamente los incentivos de las FIT mediante sucesivos decretos ("Conto Energia" o Cuentas de Energía) para reflejar de mejor manera la caída de los costos de producción de energías renovables. La Tercera Cuenta de Energía de 2010 estableció una reducción trienal de las FIT. El "Decreto Romani" de 2011 reducía la duración de la Tercera Cuenta de Energía y añadía condiciones de elegibilidad para que las plantas fotovoltaicas recibieran FIT. La Quinta Cuenta de Energía de 2012 ordenaba a los productores que se encontraban beneficiados por el incentivo tarifario bajo cualquiera de las cuentas de energía que pagasen un arancel administrativo anual. Finalmente, en 2014, Italia promulgó el Decreto "Spalma-incentivi" bajo el cual reformuló sus pagos de incentivos. Consecuentemente, cada una de las plantas de Silver Ridge pasaría a estar sujeta a una reducción del 8% en las FIT.

Silver Ridge impugnó la adopción del Decreto Romani, de la Quinta Cuenta de Energía y del Decreto Spalma-incentivi en virtud de los Artículos 10 y 13 del TCE.

Objeción Jurisdiccional intra-UE presentada por Italia es rechazada

Italia, con el apoyo de la Comisión Europea, argumentó que las controversias entre los inversores de la UE y los Estados miembros se encontraban regidas por el derecho de la UE y recaían fuera del alcance del TCE. El tribunal concluyó que, aunque surgiera un conflicto entre el derecho de la UE y el TCE con respecto a la jurisdicción intra-UE de los tribunales arbitrales, la objeción jurisdiccional de Italia fracasaría debido a la norma sobre conflictos *lex specialis* contenida en el Artículo 16 del TCE. El tribunal destacó que el Artículo 16 preservaba los derechos de los inversores surgidos bajo las Partes III y V del TCE frente a disposiciones superpuestas en otros acuerdos en la medida en que tales disposiciones sean más favorables para los inversores o la inversión. Determinó que las garantías sustantivas sobre libertad de establecimiento y libre movimiento de capitales, así como en torno a mecanismos procesales de protección judicial del derecho de la UE, se superponen con las normas de protección de las inversiones y el mecanismo de solución de controversias contenidos en las Partes III y V del TCE. Además, según la opinión del tribunal, "al menos algunas de las disposiciones de la Parte III y la Parte V del TCE son más favorables para los inversores y las inversiones con respecto a las demandas intra-UE del TCE que a las del derecho de la UE" (párrafo 212). Por consiguiente, el tribunal sostuvo que las condiciones para cumplir con la regla del Artículo 16 se encontraban satisfechas y que el derecho de la UE no aplicaba para limitar su jurisdicción.

El tribunal también rechazó otras tres objeciones jurisdiccionales planteadas por Italia. Primero, dictaminó que las cláusulas de selección del foro de los convenios GSE no impedían su jurisdicción debido a que la cláusula de bifurcación contenida en el Artículo Article 26(2) del TCE permite que el inversor elija su preferencia sobre el modo de solución de controversias. Segundo, el tribunal desestimó la objeción de Italia de que Silver Ridge no solicitó una solución amigable en relación con el Decreto Romani tal como lo requiere el Artículo 26 del TCE. Finalmente, el tribunal sostuvo que el arancel administrativo impuesto por la Quinta Cuenta de Energía no recaía bajo la excepción impositiva presente en el Artículo 21 del TCE. El tribunal observó que dado que este arancel fue pagado para un fin específico



—para la tramitación de solicitudes y para cubrir gastos de manejo, control e inspección bajo el GSE— existía un grado suficiente de reciprocidad en los pagos para calificarlos como aranceles y no como impuestos.

El decreto Spalma-incentivi no viola la cláusula paraguas ni el TJE

El tribunal abordó en primer lugar las demandas de Silver Ridge en torno al Decreto Spalma-incentivi bajo el Artículo 10(1) que contiene la cláusula paraguas y el Artículo 10(1) sobre TJE.

Con respecto a lo primero, Silver Ridge argumentó que Italia violó la cláusula paraguas al modificar los términos de sus obligaciones bajo los convenios GSE en detrimento de la inversión. A partir del marco legislativo de Italia para las energías renovables, el tribunal concluyó que "los convenios GSE únicamente reflejan una relación jurídica cuya existencia y características esenciales han sido determinadas anteriormente" (párrafo 376). Por consecuencia, el tribunal declaró que estos instrumentos declaratorios no constituían obligaciones "asumidas" con respecto a las inversiones de Silver Ridge a los efectos de la cláusula paraguas.

Silver Ridge además reclamó que el Decreto Spalma-incentivi violó sus expectativas legítimas y no garantizó la legitimidad y transparencia del marco jurídico italiano. El tribunal expresó que para que existan expectativas legítimas a los efectos de este artículo, la cuestión pertinente era determinar si los actos del Estado receptor objetivamente dieron lugar a las expectativas protegidas bajo las circunstancias fácticas del caso en cuestión. El tribunal también respaldó la jurisdicción existente en relación con el Artículo 10 del TCE para destacar que cualquier evaluación bajo esta disposición debería equilibrar el interés legítimo del inversor en la estabilidad y transparencia del marco jurídico del Estado receptor con el derecho de dicho Estado para adaptar su marco jurídico a los desarrollos pertinentes a lo largo del tiempo.

En cuanto a los hechos de este caso, el tribunal concluyó que los términos de las cuentas de energía de Italia, en combinación con los decretos legislativos relacionados, eran lo suficientemente detallados y específicos para crear expectativas legítimas. Sin embargo, la mayoría sostuvo que Italia no se había comprometido a no alterar este marco jurídico por 20 años. Según la mayoría, los actos legislativos pertinentes creaban un sistema de remuneración justa para los productores de energía fotovoltaica sin garantizar una compensación fija. Asimismo, dictaminó que la referencia a incentivos "constantes" bajo el Decreto Romani y las cuentas de energía implicaban que eran estables, pero no una

remuneración fija. Aquí, la mayoría destacó la ausencia de una cláusula de estabilización o congelamiento bajo el marco jurídico de Italia para las energías renovables. Por consiguiente, la mayoría dictaminó que el inversor "legítimamente podría basarse en la integridad general del régimen de incentivos para la energía solar en Italia" pero "debía estar preparado para ciertas modificaciones no radicales del marco jurídico aplicable" (párrafo 437).

Considerando esta conclusión, la mayoría procedió a determinar si las medidas de Italia constituían modificaciones fundamentales y radicales de su marco regulatorio. De esta manera, aceptó la objeción de Italia de que el Decreto Spalma-incentivi estaba destinado a cumplir un fin público, es decir, a fortalecer la estabilidad del programa de tarifas FIT redistribuyendo las ventajas económicas. Con respecto a su previsibilidad, la mayoría reconoció que el Decreto Spalma-incentivi era el primero en su tipo: las reformas anteriores fueron potenciales reducciones que no afectaban el pago de incentivos a las plantas ya admitidas para el régimen de incentivos. Finalmente, la mayoría aceptó que las modificaciones introducidas por Italia y que la reducción de 8% en el pago de incentivos tuvo un impacto considerable en las plantas de Silver Ridge. No obstante, declaró que esto "no excedía lo que era necesario para alcanzar objetivos de políticas públicas [de Italia]" (párrafo 465). Para apoyar esta conclusión, la mayoría destacó que el Decreto Spalma-incentivi hacía una distinción entre varias categorías de plantas FV en un esfuerzo por distribuir adecuadamente la carga económica de la reducción de las tarifas reguladas. Además, si bien la mayoría reconoció que un alto nivel de apalancamiento era común para financiar proyectos en energías renovables, destacó que tales costos elevados no "dispensaban a [Silver Ridge] como un inversor razonable de lo que debería hacer para prepararse para ciertas tensiones o tropiezos en el flujo del pago de incentivos" (párrafo 468). Por ende, la mayoría rechazó las demandas de Silver Ridge en base al Decreto Spalma-incentivi, atribuyendo las pérdidas reclamadas a sus elecciones empresariales.

El árbitro de la disidencia opinó que Italia no cumplió con su compromiso de realizar pagos de incentivos por 20 años, independientemente de si había recibido "otra promesa de que no incumpliría los términos de su compromiso específico" (párrafo 9, opinión disidente). El árbitro disidente también destacó que la magnitud de las reducciones de los incentivos solamente eran pertinente para el cálculo de daños y no debería haber influido en la decisión de la mayoría sobre la proporcionalidad de la conducta de Italia.



El Decreto Romani no fue la causa inmediata del fracaso del proyecto de Silver Ridge

La demanda de Silver Ridge con respecto al Decreto Romani de 2011 concierne el impacto de este decreto en el Proyecto Vega, un proyecto de energía solar fotovoltaica en la región de Puglia en Italia destinado a ser el proyecto más importante de Europa en ese momento. Silver Ridge argumentó que el Decreto Romani de 2011 había activado la fase de incertidumbre regulatoria y llevó a una marcada reducción de las tarifas reguladas, forzando al inversor a abandonar el proyecto.

El tribunal remarcó que al momento de la adopción del Decreto Romani, varios aspectos del Proyecto Vega aún no habían sido concretados. También tuvo en cuenta que Silver Ridge admitió que estaba preparado para completar el Proyecto Vega en 2011. Si bien reconoció que el Decreto en cuestión fue "un desarrollo desafortunado desde el punto de vista de la Demandante" (párrafo 520), el tribunal subrayó que el Proyecto Vega habría sido elegible para recibir el pago de incentivos si Silver Ridge hubiera conectado la planta a la red para el 29 de marzo de 2012, que era la fecha límite bajo el Decreto Romani. Considerando esto, el tribunal dictaminó que Silver Ridge no pudo demostrar que las acciones de Italia eran la causa "inmediata" de su decisión de abandonar el proyecto.

Las acciones tomadas bajo la Quinta Cuenta de Energía no constituyen cambios regulatorios desproporcionados

Con respecto a la Quinta Cuenta de Energía, Silver Ridge reclamó una triple violación del TCE. Primero, alegó que la promulgación repentina e imprevisible de la Quinta Cuenta de Energía comprometió la rentabilidad que Silver esperaba para sus nuevas plantas fotovoltaicas bajo la Cuarta Cuenta de Energía, en contravención de las obligaciones de Italia bajo el TJE. Segundo, Silver Ridge planteó que la reducción de los beneficios bajo la Quinta Cuenta de Energía, combinado con su carácter retroactivo, tornaban la medida expropiatoria. Finalmente, argumentó que la reducción en el pago de incentivos para compensar un arancel administrativo recientemente inventado en el marco de GSE también dio como resultado una violación del estándar de TJE.

En cuanto a la primera demanda de Silver Ridge, el tribunal recordó que Silver Ridge no podría esperar estar protegido contra cambios radicales o fundamentales del régimen italiano para incentivar las energías renovables. El tribunal se mostró convencido de que la Quinta Cuenta de Energía había sido adoptada con el fin público de fortalecer la sostenibilidad del régimen de incentivos italiano y que los consecuentes cambios en el sistema de remuneración no dieron como resultado una revisión genuina de las

prácticas existentes. Además, también destacó que los cambios introducidos bajo la Quinta Cuenta de Energía eran previsible; la Cuarta Cuenta de Energía disponía un régimen modificado para grandes plantas y reconocía que los regímenes de incentivos podrían ser revisados cuando los objetivos bajo este programa fueran alcanzados. Sobre esta base, el tribunal rechazó la demanda de Silver Ridge.

El tribunal no encontró ningún elemento de fondo en la demanda de expropiación de Silver Ridge, remarcando que "al momento de la adopción y entrada en vigor de la Quinta Cuenta de Energía, el acceso a la tarifa de 2013 era una mera aspiración por parte de la Demandante, pero no un 'derecho' a los efectos de la decisión del caso *Electrabel vs. Hungría*, del cual la Demandante habría sido privada" (párrafo 610).

El tribunal no encontró ninguna violación del estándar de TJE con respecto a la introducción de aranceles administrativos. En particular, el tribunal recordó su conclusión con respecto a la razonabilidad del arancel administrativo y su previsibilidad. El tribunal tampoco concluyó que la medida fuera proporcionada ya que "el manejo administrativo consiste en una suma relativamente baja, que excede la mitad del porcentaje de incentivos recibidos por la Demandante" (párrafo 624).

Decisión y costos

El tribunal rechazó de manera unánime las objeciones jurisdiccionales de Italia, así como las demandas de Silver Ridge con respecto al Decreto Romani y la Quinta Cuenta de Energía. La mayoría del tribunal también desestimó las demandas de Silver Ridge con respecto al Decreto Spalma-incentivi.

De esta manera, ordenó a las partes que asumieran la mitad de los costos del arbitraje y sus costas legales. Al emitir su decisión, el tribunal destacó que si bien el caso de Silver Ridge fracasó en el fondo, las "objeciones y solicitud [sobre asuntos jurisdiccionales] de Italia contribuyeron significativamente a los costos generales del procedimiento" (párrafo 636).

Notas: El tribunal estuvo compuesto por Bruno Simma (presidente, designado por las partes, nacional alemán/austriaco), O. Thomas Johnson (designado por la demandante, nacional de EE.UU.) y Bernardo M. Cremades (designado por la demandada, nacional español). El laudo está disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw16138.pdf>

Autor

El autor de este artículo ha decidido hacer su contribución de manera anónima.



Tribunal *ad hoc* falla a favor de inversor alemán en el sector energético

Frazer Solar GMBH vs. el Reino de Lesotho

En su laudo de enero de 2020, un tribunal *ad hoc* dictaminó que el Reino de Lesotho debe pagar EUR 50 millones al inversor alemán Frazer Solar GMBH (Frazer) por el incumplimiento del contrato de inversión que involucra un proyecto de energía.

Antecedentes y demandas

En 2013, Lesotho actualizó su política energética para aprovechar las energías renovables y reducir la dependencia en los combustibles fósiles y en la electricidad importada. Posteriormente, en noviembre de 2017, la demandante presentó un proyecto de energía renovable (“el proyecto”), luego de lo cual Frazer y Lesotho celebraron un memorándum de entendimiento no vinculante (“el MoU”). Según el MoU, el proyecto propuesto involucraba la instalación de 36.000 a 40.000 sistemas solares de calentamiento de agua (SCA) y hasta 1 millón luces de diodos emisores de luz (LED) durante un período de cuatro años. El proyecto sería financiado por la agencia de créditos a la exportación alemana, KfW IPEX-Bank GmbH (“KfW”), por una suma de EUR 100 millones.

En septiembre de 2018, las partes celebraron por escrito un acuerdo de suministro basado en el MoU. Sin embargo, después de firmar el acuerdo de suministro, el Ministerio de Finanzas de dicho país a cargo del Ministro Majoro, rechazó la oferta de financiamiento de KfW para el proyecto. Posteriormente, los medios locales reportaron que Majoro se había comprometido a llevar a cabo otro proyecto de energías renovables en Mafeteng, Lesotho, el cual sería financiado por el banco estatal chino, el Banco EXIM (párrafo 53).

Suponiendo que el acuerdo de suministro no sería implementado, la demandante envió una carta de reclamo al demandado alegando el incumplimiento del acuerdo de suministro por parte de Lesotho. El Gobierno de este país no respondió la carta ni tomó ninguna acción correctiva. El 29 de julio de 2019, la demandante envió una carta tanto al Primer Ministro como al Ministro Tsolo para notificar al Gobierno la terminación del acuerdo de suministro.

En agosto de 2019, la demandante presentó un arbitraje *ad hoc* contra Lesotho en virtud de la Cláusula 24 del acuerdo de suministro, alegando que este país incumplió varias obligaciones

de dicho acuerdo. El 8 de agosto de 2019, la Presidenta del Consejo del Colegio de Abogados de Johannesburgo nombró a un solo árbitro tal como requirió la demandante. El arbitraje fue establecido en Johannesburgo y está regido por el derecho de Sudáfrica. Los alegatos de la demandante incluyen dos series de violaciones. Primero, la demandante alegó que el demandado violó sus obligaciones bajo la Cláusula 17 del acuerdo de suministro, según la cual el demandado garantizaba que el proyecto cumpliría con todas las leyes y las aprobaciones necesarias del Gobierno (párrafo 30.1.1); que la demandante estaba expresamente autorizada para comenzar la implementación del proyecto sin demora (párrafo 30.1.2); que el demandado firmó el acuerdo de financiamiento antes o simultáneamente con la firma del acuerdo de suministro, y que acordó quedar vinculado por las condiciones del acuerdo de financiamiento; que el demandado acordó remunerar a la demandante por el trabajo realizado de acuerdo con el calendario de reducción establecido en el acuerdo de suministro (párrafo 30.1.4); y que el demandado garantizaría la implementación fluida del proyecto sin interrupción ni demora (párrafo 30.1.5).

Segundo, la demandante argumentó que el demandado violó la Cláusula 18 del acuerdo de suministro, la cual estipulaba que por un período de 5 años desde la fecha de inicio del acuerdo de suministro, el demandado otorgaría a la demandante la primera oportunidad para emprender cualquier otro proyecto de energías renovables o generación de electricidad en Lesotho (párrafo 30.2). La Cláusula 18 del acuerdo de suministro dispone que (párrafo 30):

Por la presente GOL otorga a FSG la primera oportunidad para llevar a cabo cualquier otro proyecto relacionado con la energía, eficiencia energética o generación de electricidad con GOL por un plazo de 5 años calculado desde la Fecha de Inicio.

En base a los alegatos anteriormente mencionados, la demandante solicitó el pago de EUR 50 millones por daños y perjuicios y el valor esperado de las ganancias que el proyecto habría devengado si el demandado hubiera cumplido con el acuerdo de suministro.

Alegatos admitidos por el tribunal

Para respaldar su argumento, la demandante se basó en evidencia de discusiones personales, así como en las negociaciones para celebrar el MoU y el acuerdo de suministro entre Frazer, el financiador, el director general de la demandante y el Gobierno de Lesotho. El



tribunal aceptó la evidencia de la demandante y admitió los alegatos de violación de la Cláusula 17, bajo la cual el demandado garantizaría la implementación fluida y oportuna del proyecto (párrafo 100).

El tribunal especificó varios factores importantes para llegar a esta conclusión. Primero, consideró que el argumento de la demandante estaba adecuadamente respaldado por las pruebas documentales contemporáneas, pese a que la demandante fuese la única testigo para declarar.

Segundo, el tribunal tomó en cuenta la existencia de correspondencia tripartita contemporánea entre la demandante, el Ministro Tsolo y KfW sobre el compromiso de financiamiento de esta última para financiar el proyecto y la solicitud del Ministro Tsolo a KfW de una oferta formal sobre este asunto (párrafo 97).

Tercero, el tribunal también tomó nota de la evidencia que demuestra la intención de la demandante de llegar a la terminación del acuerdo de suministro antes de presentar el arbitraje. Sin embargo, ninguno de estos documentos de la demandada recibió respuesta del Gobierno de Lesotho, lo cual fue considerado como “desconcertante” por el tribunal. (párrafo 99).

Asimismo, el tribunal concluyó que el Gobierno de Lesotho efectivamente otorgó las garantías contenidas en las Cláusulas 17.1.1 a 17.1.3, y 17.1.5 a 17.1.7 y que su conducta constituía una violación de estas obligaciones (párrafo 100). El tribunal también destacó que algunas cláusulas (incluyendo 5.1.4 y 17.2) del acuerdo de suministro explícitamente abordaban la importancia de la implementación oportuna del proyecto (párrafo 101). El proyecto no fue implementado porque el Ministro de Finanzas se rehusó a ejecutar el acuerdo financiero necesario para el proyecto, ya que este ya se había comprometido a apoyar a un competidor en otro proyecto de energías renovables en Mafeteng (párrafo 104).

Basándose en las consideraciones antedichas, el tribunal dictaminó que el demandado había violado materialmente varias cláusulas del acuerdo de suministro. Según el tribunal, estas cláusulas eran cruciales para la implementación del proyecto, y la violación de las mismas, por lo tanto, estaban relacionadas con la bases del acuerdo de suministro (párrafo 105).

Alegatos rechazados por el tribunal

No obstante, el tribunal rechazó la afirmación de la demandante de que el demandado había violado la

Cláusula 18 del acuerdo de suministro. Según esta cláusula, la demandante estaba facultada para gozar del derecho contractual que le otorgaba la primera oportunidad para ejecutar otros proyectos de energías renovables con el Gobierno de Lesotho luego de la finalización del actual proyecto bajo el acuerdo de suministro (párrafo 107). Es decir, para determinar una violación de la Cláusula 18, el proyecto Mafeteng debería haber competido para llevar a cabo otros proyectos de energías renovables en Lesotho luego de que el actual proyecto fuera conducido exitosamente (párrafo 107).

Sin embargo, el tribunal, incluso realizando una consideración muy generosa de la evidencia presentada por la demandante, se rehusó a considerar el proyecto Mafeteng como otra oportunidad de energías renovables tal como lo estipula la Cláusula 18 (párrafo 108). A este respecto, el tribunal destacó que la razón del fracaso del acuerdo de suministro fue que el Ministro Majoro se negó a firmar el acuerdo de financiamiento con KfW debido a su compromiso con el proyecto Mafeteng, un competidor directo del proyecto cubierto por el acuerdo de suministro. Además, no existe evidencia que demuestre que el proyecto Mafeteng era una adición al acuerdo de suministro. Por el contrario, el tribunal destacó que ambos proyectos de hecho competían entre sí, la supervivencia del proyecto Mafeteng indicaba la desaparición del acuerdo de suministro (párrafo 108.4). Por lo tanto, el proyecto Mafeteng no formaba parte de “cualquier otro proyecto de energías renovables...” luego de la finalización del acuerdo de suministro requerida por la Cláusula 18. Habiendo concluido esto, el tribunal determinó que la demandante no logró probar una violación contractual por el demandado bajo la Cláusula 18 del acuerdo de suministro (párrafo 109).

Compensación

El tribunal señaló que la demandante estaba facultada para recuperar los daños surgidos de las violaciones anteriormente mencionadas, es decir, los daños referidos como daños y perjuicios en su demanda principal o la pérdida de ganancias en su demanda alternativa (párrafo 110). La compensación debería colocar a la demandante en la misma posición que ocuparía si el demandado no hubiera incumplido las condiciones del acuerdo de suministro sin exponerlo de manera adversa o beneficiosa a las fluctuaciones de la tasa de cambio entre el euro y la moneda local Maloti (párrafo 114.3). De esta manera, el tribunal eventualmente otorgó daños y perjuicios, tal



como reclamó la demandante, por EUR 50 millones conforme a la Cláusula 12 del acuerdo de suministro (párrafo 112).

El tribunal fijó una tasa de interés por daños y perjuicios de 1,7% por año, o EUR 2.328 por día. En cuanto a los intereses anteriores al laudo, el tribunal calculó el período desde la comunicación de la demandante al demandado del 11 de marzo de 2019 sobre las violaciones ocurridas hasta la fecha de emisión del laudo. Esto se suma al monto de EUR 754.273 por los intereses anteriores al laudo.

Nota: El tribunal estuvo compuesto por un único árbitro, Vincent Maleka SC, nombrado por la Presidenta del Consejo del Colegio de Abogados de Johannesburgo. El laudo, con fecha del 28 de enero de 2020, está disponible en <https://jsumundi.com/en/document/decision/en-frazer-solar-gmbh-v-the-kingdom-of-lesotho-arbitration-award-tuesday-28th-january-2020>

Autor

Anqi Wang es becaria en derecho económico internacional en el IISD y es investigadora de doctorado en el World Trade Institute, Universidad de Bern.

Tribunal del CIADI en *Infinito Gold vs. Costa Rica* admite varias demandas pero no adjudica daños. La mayoría del tribunal encuentra violaciones del estándar de TJE pero la demanda de daños es demasiado especulativa

Infinito Gold Ltd. vs. Costa Rica, Caso del CIADI No. ARB/14/5

Maria Bisila Torao

En un laudo del 3 de junio de 2021, un tribunal del CIADI admitió algunas de las demandas entabladas por Infinito Gold Ltd. (“Infinito”), una empresa constituida bajo el derecho de Canadá, por la revocación, a través de medidas judiciales y ejecutivas adoptadas por Costa Rica, de la concesión de un proyecto minero para la extracción de oro en el norte de Costa Rica. La mayoría del tribunal concluyó que la prohibición legislativa de la minería y la consecuente revocación de la concesión minera de Infinito para la explotación de oro constituyen una violación del estándar de TJE bajo el tratado. Sin embargo, el tribunal se rehusó a adjudicar daños al considerar que las consecuencias pecuniarias a raíz de las pérdidas de Infinito parecen ser demasiado especulativas como para dar lugar a una condena de daños.

Antecedentes y demandas

En mayo del 2000, la demandante, en ese momento Vannessa Ventures Ltd., adquirió Infinito, la cual poseía un permiso de exploración obtenido en 1993 para el área de Las Crucitas en el distrito de Crutis. El permiso fue extendido hasta septiembre de 1999. Entre 1993 y 2000, Industrias Infinito realizó perforaciones y estudios a efectos de probar la existencia y el tamaño del depósito de oro. El 17 de diciembre de 2001, Infinito obtuvo la concesión para la explotación, la cual entró en vigor en 2002 (la “Concesión de 2002”) por un plazo de diez años sujeta a prórrogas y a una renovación, que le permitía a Infinito extraer, procesar y vender minerales del depósito de oro de Las Crucitas.

El 13 de febrero de 2002, Abel Pacheco, en ese momento candidato a la presidencia, interpuso un recurso ante el Ministerio del Ambiente y Energía (“MINAE”), solicitando la revocación de la Concesión de 2002. Alegó que esta iba en contra del interés nacional y ponía en riesgo el derecho constitucional a un ambiente sano. Poco después, en abril de 2002, los activistas ambientales Carlos y Diana Murillo interpusieron un recurso de inconstitucionalidad, recurso de amparo, contra la resolución que otorgó la Concesión de 2002 por motivos



ambientales (el “Amparo Murillo”). Más tarde ese año, Pacheco asumió el cargo de Presidente de Costa Rica y, el 5 de junio de 2002, declaró una moratoria por tiempo indefinido sobre la actividad de minería a cielo abierto (la “Moratoria de 2002”).

El 26 de noviembre de 2004, la Sala Constitucional de la Corte Suprema se pronunció sobre el Amparo Murillo (la “Sentencia de la Sala Constitucional de 2004”). Dictaminó que la Concesión de 2002 violaba el Artículo 50 de la Constitución —el cual garantiza el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado— debido a que la concesión fue otorgada con anterioridad a la aprobación del Estudio de Impacto Ambiental (“EIA”). La Sala Constitucional sostuvo que el otorgamiento de la Concesión de 2002 había violado el principio preventivo/precautorio y el derecho constitucional a un ambiente sano y anuló la Concesión de 2002 “todo sin perjuicio de lo que [determine] el estudio de impacto ambiental” (párrafo 83).

Dos años después, luego de que el Presidente Óscar Arias asumiera el poder en mayo de 2006, Arias y MINAE anularon la moratoria de 2002 y otorgaron una concesión de explotación a Infinito (la “Concesión de 2008”), utilizando la figura de “conversión” del derecho administrativo. La concesión previamente anulada fue convertida en una de carácter válido en lugar de restablecer la anterior. Posteriormente, se interpusieron varias impugnaciones a la Concesión de 2008, pero en 2010, la Sala Constitucional declaró que el proyecto no violaba el derecho constitucional de los recurrentes a un ambiente sano.

Más tarde, el 16 de abril de 2010, el Tribunal Contencioso Administrativo dictó una medida cautelar provisional impidiendo el avance del Proyecto Crucitas. Ese mismo año, se dictaron varias moratorias ejecutivas por parte de Arias (la “Moratoria Arias”) y por la posterior presidenta a cargo, Presidenta Chinchilla (la “Moratoria Chinchilla”), quién asumió el poder el 8 de mayo de 2010 (conjuntamente, la “Moratoria de 2010”). Ambos decretos declararon una moratoria por tiempo indefinido para las actividades de minería de oro a cielo abierto, entendida como las actividades mineras que utilizan cianuro y mercurio en el procesamiento del mineral.

En diciembre de 2010, el Tribunal Contencioso Administrativo emitió una sentencia (la “Sentencia del TCA de 2010”) y anuló la Concesión de 2008 de Infinito junto con las decisiones administrativas relacionadas. Argumentó que cuando la Sentencia de la Sala Constitucional de 2004 anuló la Concesión de

2002, esa anulación detentaba la calidad de anulación absoluta y, por ende, no permitía la “conversión” a la Concesión de 2008. Por lo tanto, la Concesión de 2008 no calificaba como un derecho pre-existente y, por ende, era inválida. El mismo mes, el Gobierno de Costa Rica sancionó la reforma al Código de Minería que prohibió la actividad minera a cielo abierto, la cual entró en vigor el 10 de febrero de 2011 (la “Prohibición Legislativa de la Minería de 2011”). Conforme a esta prohibición, se retiraron todas las solicitudes de concesiones mineras pendientes, lo cual impedía a Infinito postularse para obtener una nueva concesión. En consecuencia, el 11 de noviembre de 2011, Infinito solicitó a la Sala Constitucional que declarase la inconstitucionalidad de la Sentencia del TCA de 2010 debido a que contrariaba la Sentencia de la Sala Constitucional de 2010. La Sala Administrativa de la Corte Suprema de Justicia rechazó el recurso de casación de Infinito (la “Sentencia de la Sala Administrativa de 2011”), y ratificó las conclusiones principales de la Sentencia del TCA de 2010, principalmente la nulidad de la Moratoria de 2002.

El 9 de enero de 2012, el Ministerio de Ambiente, Energía y Telecomunicaciones (“MINAET”) canceló la Concesión de 2008 de Infinito (la “Resolución del MINAET de 2012”). Infinito presentó un recurso de inconstitucionalidad contra dicha sentencia, pero el 19 de junio de 2013, la Sala Constitucional declaró sin lugar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por Infinito sosteniendo que el recurso era inadmisibles debido a que la Sala Administrativa ya había dictado su fallo (la “Sentencia de la Sala Constitucional de 2013”).

Para septiembre de 2015, Infinito se había retirado del sitio de Crucitas. Poco después, el Tribunal Contencioso Administrativo ordenó que Infinito, el SINAC y el Estado pagaran la suma de USD 6,4 millones por concepto de daño ambiental dentro de los seis meses siguientes (la “Sentencia de Perjuicios del TCA de 2015”). Tras la interposición de recursos de apelación, sin embargo, en diciembre de 2017, la Sala Administrativa de la Corte Suprema de Justicia revocó la sentencia por falta de motivación.

Mientras tanto, el 6 de febrero de 2014, Infinito presentó una solicitud de arbitraje en contra de Costa Rica, reclamando que la conducta de este país violó los Artículos II (1), II (2), IV y VIII del TBI entre Canadá y Costa Rica. En particular, la demandante argumentó que la sentencia del Gobierno por medio de la cual se canceló la concesión de explotación y otras aprobaciones del proyecto, así como también otras



medidas, destruyeron las inversiones de Infinito y sus derechos de desarrollar y comercializar la mina de oro.

Las acciones de la demandante en Infinito califican como inversión protegida bajo el tratado

Costa Rica alegó en sus objeciones jurisdiccionales que el tribunal carecía de jurisdicción *ratione materiae* y *ratione voluntatis* debido a que la inversión de la Demandante no fue propiedad ni estuvo controlada de conformidad con el derecho costarricense tal como lo exige el TBI, y que la inversión fue obtenida mediante una conducta fraudulenta.

La demandante enumeró una cantidad de activos que califican como inversiones (sus acciones en Infinito, el dinero que invirtió a través de préstamos inter-empresariales, la concesión, los derechos mineros preexistentes, las otras aprobaciones para el proyecto, los activos físicos asociados con el proyecto, incluyendo la infraestructura minera a medio construir y los activos intangibles asociados con el proyecto). Sin embargo, el tribunal determinó que únicamente el activo que califica como inversión a los efectos de establecer jurisdicción son las acciones de la demandante en Infinito. Infinito poseía estos activos de manera indirecta a través de una empresa constituida bajo las leyes de Barbados, la Crucitas (Barbados) Limited (párrafo 176).

Los actos de corrupción conciernen asuntos que ocurrieron después de que se realizara la inversión inicial

La demandada inicialmente afirmó que el tribunal carecía de jurisdicción debido a que la inversión se obtuvo por medio de actos de corrupción, y observó que había investigaciones penales en curso respecto de la inversión de Infinito. Sin embargo, después de que el juzgado penal dictaminó que ciertos cargos de corrupción se encontraban prescritos, Costa Rica retiró esta objeción para afirmar que la Concesión de 2008 no fue otorgada conforme a la legislación nacional.

El tribunal no admitió la objeción de ilegalidad pero observó que las alegaciones en materia de corrupción planteaban una cuestión de políticas públicas, las cuales debían ser evaluadas por el tribunal *ex officio*. Luego de analizar este asunto, concluyó que no podía confirmarse que la Concesión de 2008 había sido adquirida mediante actos de corrupción, aun cuando se encontraran alegaciones de corrupción. La mayoría concluyó que bajo el estándar de pruebas circunstanciales, el cual es un “estándar de prueba menos exigente”, no podría concluirse que la concesión fuera ilegal (párrafo 181).

Las demandas de la demandante no están prescritas bajo el Artículo XII(3)(c) del TBI

Bajo el Artículo XII(3)(c), los inversores deben presentar una controversia a arbitraje dentro de los tres años transcurridos desde la fecha en que el inversor inicialmente tuvo o debió haber tenido conocimiento de la alegada violación, pérdidas o daño.

Costa Rica alegó que las violaciones se cristalizaron con anterioridad a la fecha de corte establecida por el tribunal, es decir, el 6 de febrero de 2011. Por lo tanto, las demandas de Infinito recaían fuera del alcance temporal del TBI porque el momento relevante, a los efectos del Artículo XII(3)(c), era el momento en el cual el inversor tomó conocimiento de que su inversión había llegado a ser algo sin valor. Por consiguiente, la demandante no podría invocar ninguna violación porque la situación de hecho y derecho que subyace al reclamo de Infinito ya se había cristalizado con anterioridad al 6 de febrero de 2011, es decir, la fecha de corte.

Sin embargo, según la opinión de la mayoría, el plazo de prescripción comienza a correr solo después de que ha tenido lugar la violación como noción jurídica. En otras palabras, según este tribunal el momento en que una violación ocurre “dependerá de cuándo un hecho o conjunto de hechos puede desencadenar una violación de derecho internacional” (párrafo 220).

Además, la mayoría explicó que dependiendo del estándar vulnerado, la violación y las pérdidas pueden coincidir. También abordó el conocimiento de la violación y las pérdidas por cada violación alegada por Infinito (TJE, expropiación, denegación de justicia, protección y seguridad plenas). Así, concluyó que las demandas no estaban limitadas de tiempo porque la demandante no tenía conocimiento de la violación y pérdida luego de la fecha de corte.

La demandante no sustanció su argumento de violación compuesta

Infinito reclamó que la violación ocurrió a través de varias medidas (a saber, la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011, la Prohibición Legislativa de la Minería a cielo abierto de 2011, la Resolución de MINAET de 2012 y la reiniciación del procedimiento de daños ambientales del TCA en enero de 2019). La mayoría explicó que las demandas de Infinito sugieren “una serie de acciones u omisiones definidas en su conjunto como ilícitas”, una violación compuesta resultante del efecto combinado de varias medidas. Sin embargo, la mayoría del tribunal también explicó que incluso si Infinito hubiera podido plantear una



violación compuesta, no ha sustanciado su argumento de dicha violación apropiadamente (párrafo 230).

Estándar de TJE autónomo: el Artículo II(2)(a) del TBI no se limita al derecho consuetudinario internacional

Mientras que Costa Rica alegó que el TJE se encontraba limitado, Infinito sostuvo que, conforme al TBI, Costa Rica debería haberle concedido un trato justo y equitativo bajo los principios del derecho internacional. Infinito reclamó que el sentido corriente del Artículo II no limita el estándar de TJE al nivel mínimo de trato dado que no hace referencia al derecho consuetudinario internacional.

Aplicando la regla general de interpretación establecida en el Artículo 31 de la CVDT, la mayoría del tribunal admitió el argumento de la demandante. Concluyó que el Artículo II(2)(a) del TBI no está limitado al nivel mínimo de trato según el derecho internacional consuetudinario. De esta manera, explicó que la expresión “principios del derecho internacional” no puede considerarse como una referencia al derecho internacional consuetudinario, que constituye “solo una fuente del derecho internacional y es distinto de los principios generales” (párrafos 331-337).

Violación del TJE: medidas judiciales de tribunales domésticos pueden violar el estándar de TJE aunque no constituyan una denegación de justicia

Tres de las medidas que según Infinito afectaron su inversión fueron decisiones judiciales (la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011, la Sentencia de la Sala Constitucional de 2013 y la Sentencia de Perjuicios del TCA). Costa Rica argumentó que las medidas judiciales solo pueden generar responsabilidad internacional del Estado si configuran una denegación de justicia dado que no pueden violar el derecho internacional. Sin embargo, Infinito cuestionó esta posición y argumentó que ni el TBI ni los Artículos de la CDI sobre Responsabilidad del Estado precluyen la responsabilidad internacional del Estado por actos de órganos judiciales que no equivalen a una denegación de justicia.

Coincidiendo con el enfoque adoptado por el tribunal del caso *Sistem vs. La República Kirguiz*, la mayoría concluyó que las decisiones de los tribunales domésticos no son inmunes al escrutinio a nivel internacional dado que las decisiones judiciales pueden privar a los inversionistas de sus derechos de propiedad de la misma manera que si el inversor hubiera sido expropiado por decreto. En el mismo sentido, “las decisiones judiciales que son arbitrarias, injustas o que truncan

las expectativas legítimas de los inversionistas también podrían incumplir el estándar de TJE incluso si no constituyen una denegación de justicia” (párrafo 359).

La mayoría del tribunal además explicó que las medidas judiciales derivadas del Estado y del TBI no distinguen entre los actos de las diferentes ramas del Gobierno. Antes de analizar si ocurrió o no una denegación de justicia, razonó que “la denegación de justicia puede ser procesal o sustantiva, y que, en ambas situaciones, la denegación de justicia es el producto de una falla sistémica del poder judicial del Estado receptor tomado en su conjunto” (párrafo 445).

No hay denegación de justicia procesal o sustantiva

Infinito aseveró haber sufrido una denegación de justicia procesal porque Costa Rica carece de un sistema judicial que contemple un mecanismo para resolver la incoherencia entre las decisiones judiciales. Según la demandante, la Sala Administrativa no cumplió con el principio *res judicata* de las decisiones anteriores de la Sala Constitucional de la Corte Suprema. Específicamente, la demandante alegó que la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011, la cual ratificó la Sentencia del TCA de 2010, no revirtió algunas conclusiones de la decisión del TCA que eran incompatibles con la Sentencia de la Sala Constitucional de 2010, por medio de la cual se determinó que la Concesión de 2008 era constitucional.

Costa Rica objetó este argumento. Aseveró que la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011 es coherente con las sentencias de la Sala Constitucional habida cuenta de que ambas salas poseen un grado de alcance y jurisdicción significativamente diferente en términos de apelación y revisión de las sentencias de tribunales inferiores.

El tribunal rechazó el argumento de Infinito y destacó que la ausencia de un órgano o mecanismo doméstico para resolver las incoherencias surgidas de las decisiones de diferentes tribunales no podría constituir una violación en sí misma. También indicó que Infinito ya había planteado la objeción *res judicata* ante los tribunales domésticos (tanto en el TCA como en la Sala Administrativa), los cuales las analizaron y las desestimaron debido a un alcance diferente de jurisdicciones). Según el derecho costarricense, “la competencia para analizar la legalidad de los actos administrativos recae exclusivamente en los tribunales contencioso-administrativos” (párrafos 447-452), mientras que la Sala Constitucional sólo evaluó el



cumplimiento de las normas constitucionales, sin analizar la legalidad de la concesión.

El tribunal concluyó que no existía incoherencia alguna dado que el tribunal doméstico había evaluado adecuadamente la objeción *res judicata* interpuesta por Infinito. Asimismo, dictaminó que la ausencia de un mecanismo para evaluar la incoherencia no constituía una denegación de justicia debido a que únicamente una falta de recursos que prive al inversionista de una oportunidad justa de plantear su caso o implica que prácticamente no hay acceso a la justicia equivaldría a una denegación de justicia (párrafo 483).

Similarmente, Infinito también afirmó que la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011 equivalía a una denegación de justicia sustantiva porque la Corte aplicó la Moratoria de 2002 al Proyecto Crucitas, en violación de la ley costarricense. Basándose en el informe de los peritos, la demandante argumentó que la cancelación de la Concesión de 2008 era inapropiada porque Infinito tenía derechos adquiridos en los términos del Código de Minería.

El tribunal rechazó este argumento porque la conversión de la concesión, en la opinión del tribunal, fue ilegal, dado que la Concesión de 2002 había sido anulada por la Sala Constitucional en 2004, y que esta nulidad fue absoluta. Por lo tanto, con la declaración de nulidad de la Sala Constitucional, el derecho de Infinito a la concesión de explotación desapareció.

Medidas regulatorias que impiden solicitar una nueva concesión son desproporcionadas pero no dan lugar a una condena por daños, ya que son demasiado especulativas

Posteriormente, la mayoría analizó si las medidas de Costa Rica violaron el estándar de TJE del TBI.

Infinito había argumentado que Costa Rica violó el estándar de TJE a través de varias medidas que obstaculizaron/impidieron a Infinito solicitar una nueva concesión. Estas medidas eran la Prohibición Legislativa de la Minería de 2011 y la Resolución del MINAET de 2012.

Según la opinión de la mayoría del tribunal, Costa Rica incumplió su obligación de TJE bajo el tratado porque privó a la demandante de la oportunidad de solicitar una nueva concesión a través de la Prohibición Legislativa de la Minería de 2011 y de la Resolución del MINAET de 2012, la cual extendía la implementación de la Prohibición. El tribunal también explicó que esta prohibición no fue injusta e inequitativa en abstracto. Sin embargo, la

aplicación de dicha prohibición a la demandante fue injusta porque su aplicación al Proyecto Crucitas fue desproporcionada respecto de la política pública perseguida. Asimismo, concluyó que no pudo identificar los daños sufridos dado que la demandante no propuso una cuantificación de la pérdida de oportunidad, ni tampoco le ha facilitado al tribunal elementos para calcularla (párrafo 582).

El TBI no dispone una excepción a la responsabilidad en torno a la protección ambiental

Costa Rica alegó que aunque hubiera incumplido su obligación de TJE a través de la Prohibición Legislativa a la Minería de 2011 y de la Resolución del MINAET de 2012, la cual ratificaba la prohibición, la excepción ambiental contenida en la Sección III(1) del Anexo I del TBI eximía a Costa Rica de responsabilidad. Por lo tanto, el tribunal analizó si la Sección III(1) del TBI disponía una excepción a la responsabilidad. En virtud a la regla general de interpretación (Artículo 31 de la CVDT), el tribunal analizó la disposición del tratado concluyendo que la Sección III(1) del TBI entre Costa Rica y Canadá no establece una excepción a la responsabilidad. Además, explicó que debido a que la Sección III contiene la redacción “cualquier medida que sea consistente con este Acuerdo”, esto pone de manifiesto que las medidas tendientes a asegurar que la actividad de inversión se emprenda de manera sensible a los intereses ambientales, deben ser consistentes, también, con el marco de protección de la inversión dispuesto en el TBI (párrafo 773). Por consiguiente, y según los comentaristas, esta disposición no podría pasar por alto las obligaciones vinculantes del tratado.

Costa Rica también alegó que los términos “que sea consistente con este Acuerdo” contenidos en la Sección III(1) no resultan aplicables a las medidas impugnadas por Infinito porque éstas simplemente mantienen medidas preexistentes, y que Infinito no puede impugnar dichas medidas a causa del período de prescripción de tres años. El tribunal rechazó este argumento e interpretó que los términos en cuestión aplican también a las medidas destinadas a mantener o hacer cumplir medidas anteriores.

Costos

Cada una de las Partes solicitó un laudo por la totalidad de los costos relacionados con el presente arbitraje. La demandante solicitó que la demandada pagara la totalidad de los costos incurridos por Infinito. Los costos totales de Infinito ascienden a USD



2.099.918,27 por concepto de costos y gastos en la fase jurisdiccional; y USD 3.513.732,09 por concepto de costos y gastos en la fase de fondo. Por su parte, los costos de la demandada ascienden a USD 3 millones (USD 997.403,63 por los costos y gastos en la fase jurisdiccional y USD 2.016.863,95 por los costos y gastos en la fase de fondo).

El Tribunal señaló que según el Convenio del CIADI tiene amplia discreción para distribuir los costos del arbitraje según considere apropiado y observó que Infinito ha prevalecido respecto de la jurisdicción y Costa Rica ha prevalecido ampliamente respecto del fondo. También destacó que ambas partes y sus respectivos abogados han desarrollado este procedimiento de forma cooperativa y eficiente. Sopesando todos estos elementos, el tribunal concluyó que es justo que los costos del procedimiento sean distribuidos en partes iguales entre las partes, y que cada parte sufrague sus propios honorarios legales.

Opinión separada de la Prof. Brigitte Stern

En una opinión parcial separada, la árbitra Stern observó que habría arribado a la misma conclusión pero mediante un razonamiento diferente en torno a las objeciones sobre la prescripción. Por lo tanto, consideró necesario explicar su razonamiento ya que estuvo de acuerdo con el resultado final del caso.

Stern enfocó su análisis en la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011 y alegó que, aunque Infinito había identificado un número de medidas que, en su opinión, violaban el TBI, finalmente el argumento de la demandante se enfocó en la Sentencia de la Sala Administrativa como la principal violación que habría de ser considerada para la aplicación del plazo de prescripción (la fecha de corte). Destacó que el conocimiento inicial de una violación y pérdidas “se ha transfigurado en conocimiento inicial de una violación consumada, que de hecho disfraza el conocimiento definitivo” (Opinión Separada, párrafo 14). Asimismo, observó que, en su opinión, esto no se ajusta a las reglas de interpretación de la CVDT del texto del Artículo XII(3)(c). Concluyó que este Artículo hace referencia a la fecha en la cual un inversionista inicialmente tuvo conocimiento de una violación y pérdida no a cuando la existencia de la violación y pérdida fue definitivamente determinada y conocida (Opinión Separada, párrafo 14).

Stern tampoco coincidió con el análisis de la mayoría sobre el estándar de TJE y explicó que, según su opinión, el Artículo II(2)(a) del TBI está limitado al

Nivel Mínimo de Trato según el derecho internacional consuetudinario porque hace referencia a “las reglas aplicables del derecho internacional” y a “los principios del derecho internacional”. Para Stern, esta doble referencia, sin ahondar más en este tema, “es suficiente para concluir que el TJE debe interpretarse de conformidad con el derecho internacional como se aplica entre todas las naciones, que es el derecho internacional consuetudinario” (Opinión Separada, párrafo 81).

Asimismo, destacó que debido a que el análisis de la mayoría no le da ningún significado a la referencia a los principios del derecho internacional en el TBI; como resultado, la referencia al derecho internacional ha sido eliminada, a pesar de que es mencionado específicamente en el TBI (Opinión Separada, párrafo 84).

Notas: El tribunal estuvo compuesto por Gabrielle Kaufmann-Kohler (presidenta, designada por las partes, nacional suiza), Bernard Hanotiau (designado por la demandante, nacional belga) y Brigitte Stern (designada por la demandada, nacional francesa). El laudo del 3 de junio de 202 está disponible en http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C3384/DS16472_Sp.pdf

Maria Bisila Torao es abogada internacional establecida 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 un título de grado en derecho de la Universidad de Málaga.



RECURSOS Y EVENTOS

RECURSOS

Informe de la UNCTAD sobre los nuevos All y los procesos de reforma de los All en 2020–2021

Disponible aquí.

Tornar más Exigentes las Normas Obligatorias sobre Empresas y Derechos Humanos: Conversación con Rachel Chambers y Anil Yilmaz Vastardis

Disponible aquí.

Promover las Inversiones Privadas Japonesas en África: Choque de Intereses

Disponible aquí.

Derecho Internacional de los Inversores

Editado por Jean Ho y Mavluda Sattorova, Hart Publishing (2021). Más información aquí.

Países en Desarrollo con Altos Ingresos, el Flujo de Salida de IED y el Régimen de Acuerdos Internacionales de Inversión

Yoram Z. Haftel, Soo Yeon Kim y Lotem Bassan-Nygate, World Trade Review (Agosto de 2021). Disponible aquí.

Utilizar la Solución de Controversias entre Inversionista y Estado para Hacer Cumplir los Compromisos Internacionales en materia Ambiental

Andie Altchiler, Pace Law Review (Agosto de 2021)
Disponible aquí.

EVENTOS

Foro Mundial de Inversiones de la UNCTAD 2021

Evento virtual, 18 al 22 de octubre.
Más información aquí.

Séptimo Período de Sesiones del Grupo de Trabajo Intergubernamental de Composición Abierta sobre las Empresas Transnacionales y otras Empresas con respecto a los Derechos Humanos

Ginebra, 25 al 29 de octubre.
Más información aquí.

Grupo de Trabajo III de la CNUDMI: Reforma del Sistema de Solución de Controversias entre Inversionistas y Estados, 41º Período de Sesiones

Viena, 15 al 19 de noviembre.
Más información here.

10º Foro Anual sobre Empresas y Derechos Humanos

Ginebra, 29 de noviembre al 1 de diciembre.
Más información aquí.

Conferencia de Derecho de la ANU: Derecho Público e Inequidad

Facultad de Derecho de la ANU en Canberra, 6 al 8 de diciembre, 2021.
Más información aquí.



© 2021 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