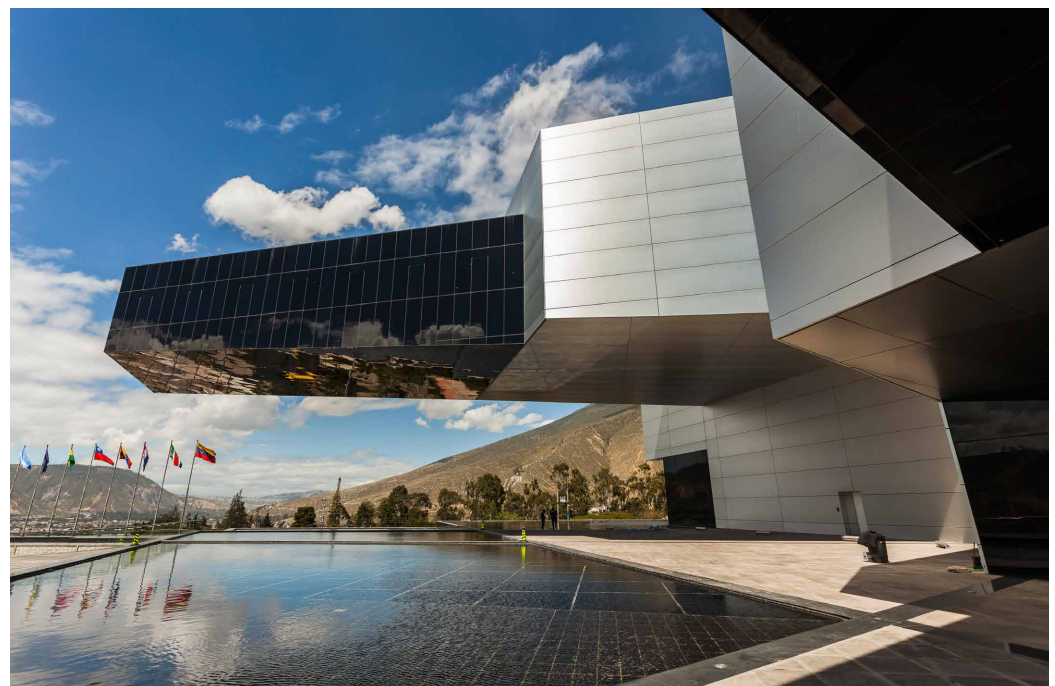




## El Centro de Solución de Controversias en Materia de Inversiones de UNASUR: Comentarios Sobre el Borrador de Acuerdo Constitutivo

Katia Fach Gómez y Catharine Titi



### ¿Los Estados Miembros de la UE Pueden Seguir Negociando TBIs con Terceros Países?

Stefanie Schacherer

### ¿Reestructurando las Reglas y Excepciones? Acerca de la Relación entre la Soberanía Regulatoria y el Derecho Internacional de las Inversiones

Harm Schepel

**También en esta edición:** Impactos del Brexit en la política de comercio e inversión; AECG será celebrado como acuerdo mixto, firma esperada para octubre; Socios del RCEP concluyen la 13<sup>ra</sup> ronda de negociación, tres rondas más a realizarse en 2016; India toma medidas para reformar su marco de políticas de inversión después de aprobar su nuevo modelo de TBI; *Philip Morris vs. Uruguay*; *Philip Morris vs. Australia*; *Transglobal vs. Panamá*; *Corona vs. República Dominicana*; *Crystallex vs. Venezuela*; *Mesa vs. Canadá*; *İçkale vs. Turkmenistán*

# contenido

- 3 Artículos**  
El Centro de Solución de Controversias en Materia de Inversiones de UNASUR: Comentarios Sobre el Borrador de Acuerdo Constitutivo  
*Katia Fach Gómez y Catharine Titi*
- 7** ¿Los Estados Miembros de la UE Pueden Seguir Negociando TBIs con Terceros Países?  
*Stefanie Schacherer*
- 9** ¿Reestructurando las Reglas y Excepciones? Acerca de la Relación entre la Soberanía Regulatoria y el Derecho Internacional de las Inversiones  
*Harm Schepel*
- 11 Noticias en Breve**  
El “Brexit” y asuntos conflictivos complican las negociaciones del ATCI; oposición pública continúa; Agenda de negociación de la UE continuará pese al Brexit, MERCOSUR e Indonesia en vista; Reino Unido hace cambios en las negociaciones sobre comercio e inversión para la era post-Brexit; AECG será celebrado como un acuerdo mixto, la Comisión espera que su firma sea en octubre; Socios del RCEP concluyen la 13ra ronda de negociación en Auckland, tres rondas más a realizarse en 2016; India toma medidas para reformar su marco de políticas de inversión después de aprobar su nuevo modelo de TBI
- 13 Laudos y Decisiones**  
Philip Morris vs. Uruguay: todas las demandas desestimadas; Uruguay recibirá reembolso por US\$7 millones  
*Martin Dietrich Brauch*
- 14** Reestructuración corporativa y abuso de derechos: tribunal de la CPA declara inadmisibles la demanda de Philip Morris contra reglas sobre empaquetado genérico de tabaco de Australia  
*Inaê Siqueira de Oliveira*
- 16** Tribunal del CIADI admite objeción de Panamá sobre abuso de proceso; Transglobal debe pagar costos del arbitraje y la mayoría de las costas legales de Panamá  
*Inaê Siqueira de Oliveira*
- 18** Demandante no cumple con el período de prescripción de tres años bajo el DR-CAFTA  
*María Florencia Sarmiento*
- 20** Venezuela debe pagar US\$1,202 mil millones más intereses a la empresa minera canadiense Crystallex por violación de FET y expropiación  
*Martin Dietrich Brauch*
- 22** Tribunal del TLCAN rechaza demandas contra Canadá sobre programa de tarifas de fomento a las energías renovables (feed-in tariff)  
*Matthew Levine*
- 23** TBI entre Turquía y Turkmenistán: Tribunal declara las demandas admisibles pero las desestima por falta de méritos  
*Matthew Levine*
- 26 Recursos y Eventos**

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

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

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

Directora del Grupo de Derecho y Políticas Económicas  
Nathalie Bernasconi

Director de Comunicación  
Damon Vis-Dunbar

Gerente Principal de Comunicación  
Mira Oberman

Redactor  
Martin Dietrich Brauch

Redactora, edición en francés  
Suzy Nikiéma

Traductora, edición en francés  
Isabelle Guinebault

Redactora, edición en español  
Marina Ruete

Traductora, edición en español  
María Candela Conforti

Líder de Arquitectura Informática (web)  
Matt Rock

Design (PDF)  
PortoDG | [www.portodg.com.br](http://www.portodg.com.br)

# El Centro de Solución de Controversias en Materia de Inversiones de UNASUR: Comentarios Sobre el Borrador de Acuerdo Constitutivo

## artículo 1

Katia Fach Gómez y Catharine Titi



La idea de crear el Centro de Solución de Controversias en Materia de Inversiones de la Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR) (Centro) surgió a partir del año 2008. Ecuador, país miembro de UNASUR que en el año 2009 denunció el Convenio del Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (CIADI), presentó en el año 2010 una propuesta de Centro<sup>1</sup>. En el año 2012 UNASUR terminó de redactar un borrador denominado “Acuerdo Constitutivo del Centro de Solución de Controversias en Materia de Inversiones de UNASUR” (AC)<sup>2</sup> y desde el año 2014 existe una nueva versión de dicho documento<sup>3</sup>.

Recientemente, la prensa latinoamericana ha informado que el Grupo de Trabajo de Expertos de Alto Nivel sobre Solución de Controversias en Materia de Inversiones de UNASUR (Grupo) ya ha alcanzado un acuerdo respecto de aproximadamente un 80 por ciento del contenido del borrador de AC del año 2014<sup>4</sup>. Esto significa que el Centro podría crearse pronto. No obstante, a priori se debe adoptar una postura algo más cautelosa ya que el artículo 12 del Tratado Constitutivo de UNASUR proclama que “toda la normativa de UNASUR se adoptará por consenso”<sup>5</sup> y que, según información de diversas fuentes, existe una falta de consenso respecto de cuestiones nada baladíes del AC<sup>6</sup>.

Por lo que se conoce de este texto, el AC consta de 41 artículos, divididos en seis títulos. El objetivo de ese artículo es presentar el contenido de los preceptos más relevantes del AC.

### Título I: Disposiciones Generales del Acuerdo

El artículo 2 proclama que el AC no afectará a la aplicación de mecanismos de solución de controversias y demás compromisos en materia de inversiones contenidos en acuerdos internacionales

de los que sean parte cualquiera de los Estados Miembros. Se considera Estado Miembro al Estado Parte del Tratado Constitutivo de UNASUR que también es Parte del AC (artículo 3, párrafo 1).

Un extenso artículo 3 presenta definiciones de varios términos clave, incluyendo una definición de Partes que, a diferencia del concepto de Estado Miembro, abarcaría tanto Estados como nacionales de Estados que no pertenecen a UNASUR. Suponiendo que ambos términos sean usados con rigor a lo largo del AC, las Partes carecerían de una serie de derechos de los que sí gozan los Estados Miembros, como la pertenencia al Consejo Directivo (artículo 15).

“El Grupo de Trabajo de Expertos de Alto Nivel sobre Solución de Controversias en Materia de Inversiones de UNASUR ya ha alcanzado un acuerdo respecto de aproximadamente un 80 por ciento del contenido del borrador de AC del año 2014.”

En relación con la nacionalidad de las personas jurídicas, el AC prevé que sean los Estados quienes, al consentir someterse a la jurisdicción del Centro, determinen qué persona jurídica es nacional de un Estado distinto del Estado parte de la controversia o situación (artículo 3, párrafo 2). El Grupo de Trabajo aún tiene que decidir si acepta la propuesta de Argentina, Bolivia y Venezuela sobre los casos en que los Estados no llevan a cabo dicha determinación.

### Título II: Disposiciones Generales del Centro

El artículo 5 especifica que se pueden someter a la jurisdicción del Centro controversias originadas entre dos Estados Miembros de UNASUR; un Estado Miembro de UNASUR y un Estado no miembro UNASUR; un Estado Miembro de UNASUR y un nacional de otro Estado Miembro de UNASUR; un Estado no Miembro UNASUR y un nacional de otro Estado de UNASUR; y un Estado Miembro de UNASUR y un nacional de otro Estado no miembro UNASUR. Se entiende que la redacción más lógica en estos tres últimos supuestos debería haber hecho referencia en primer lugar al nacional.

Los párrafos 3 y 4 de este artículo permiten a los Estados notificar al depositario del AC (Secretaría General de UNASUR, conforme artículo 35, párrafo 2) que no aceptan someter determinadas controversias o situaciones a la jurisdicción del Centro, tanto a

causa de los sujetos que en ellas participan como del sector específico de inversiones implicado. El párrafo 8, uno de los preceptos que todavía se halla en fase de consulta entre los Estados de UNASUR, no permite que la cláusula de nación más favorecida pueda invocarse “para fines del consentimiento”. Según el párrafo 11, como también establece el artículo 26 del Convenio CIADI, al dar su consentimiento a someter una controversia al Centro, el Estado también puede exigir el agotamiento previo de sus vías administrativas o judiciales por parte del nacional de otro Estado.

“Se propone implementar un mecanismo novedoso respecto de la elección del presidente del tribunal en los casos en que el Secretario del Centro constate que las consultas con ambas partes van a ser infructuosas a la hora de elegir a dicho presidente.”

Los apartados 10 y 12 del artículo 5 presentan como hilo conductor común el esfuerzo del AC para que la conciliación y el arbitraje sean los últimos recursos frente a las controversias surgidas, potenciándose el recurso a las consultas y negociaciones por la vía diplomática y las negociaciones –respecto de controversias entre inversionista y Estado– que pueden seguir llevándose a cabo en paralelo con la conciliación o el arbitraje. Por el contrario, estos dos últimos mecanismos son excluyentes de cualquier otra jurisdicción nacional o internacional (artículo 5, párrafo 12). En el mismo sentido, la protección diplomática a un nacional o la interposición de una demanda internacional sólo será posible después de que el Estado no haya acatado el laudo dictado por el Centro o haya dejado de cumplirlo (artículo 5, párrafo 14).

### Título III: Disposiciones sobre Estructura y Financiamiento del Centro

Este título expone la estructura y funciones de los dos órganos que conforman en Centro: el Consejo Directivo (artículo 8) y la Secretaría (artículo 9). En la mayoría de las ocasiones, las decisiones del Consejo se han de adoptar por consenso. El AC prevé la posibilidad de que haya Estados Miembros de UNASUR que no sean Miembros del Centro, en cuyo caso serán considerados como observadores en las reuniones del Consejo. A este estatus también pueden acceder los Estados Asociados de UNASUR. El artículo 11 aborda la cuestión de las inmunidades y privilegios del Centro sin hacer referencia expresa –a diferencia de lo que sucede en el artículo 21 del

Convenio CIADI– a inmunidades de conciliadores y árbitros. El artículo 12 enumera las posibles fuentes de financiamiento del Centro, incluyendo entre ellas las contribuciones anuales de los Estados Miembros y las donaciones de Estados, organizaciones internacionales o entes privados. Una cuestión de evidente calado práctico incluida en el título III, pero que aún no ha sido consensuada en el seno del Grupo, es la ubicación geográfica de la sede del Centro (artículo 10).

### Título IV: Disposiciones sobre los Mecanismos Establecidos en el Ámbito del Centro

Este título es el que presenta mayor extensión y contenido jurídico del AC. Tras citar en su artículo 13 los tres mecanismos que el Centro desarrolla (facilitación, conciliación y arbitraje), el artículo 14 detalla la figura de la facilitación, que se perfila como un mecanismo facultativo de carácter preventivo en materia de opiniones técnicas. Los artículos 15 a 17 se dedican a la conciliación, un mecanismo en el que un tercero o grupo de terceros neutrales dilucidan los puntos controvertidos por las partes y se esfuerzan por lograr la avenencia entre ellas. La conciliación puede tener lugar antes o después de iniciarse el arbitraje. En el caso de realizarse después de iniciarse el arbitraje, ello significaría una paralización de éste (artículo 20, párrafo 3).

“El AC da preferencia al recurso a las consultas y negociaciones. La conciliación y el arbitraje son los últimos recursos frente a las controversias surgidas.”

Los artículos 18 a 33 desarrollan diversas cuestiones del mecanismo arbitral, destacándose que la constitución del tribunal arbitral presenta, en principio, una pauta similar a la de la facilitación y conciliación: árbitro único o número impar de árbitros, nombrados según acuerden las partes. No obstante, se propone implementar un mecanismo novedoso respecto de la elección del presidente del tribunal en los casos en que el Secretario del Centro constate que las consultas con ambas partes van a ser infructuosas a la hora de elegir a dicho presidente. El Secretario presentará a las partes un listado de cinco candidatos y cada parte habrá de excluir a dos y jerarquizar sus preferencias respecto a los tres restantes no excluidos. Finalmente, el secretario elegirá al presidente del tribunal con base en las coincidencias de las partes (artículo 18, párrafo 6)<sup>7</sup>.

El artículo 22 se refiere al laudo arbitral. Respecto de él, Colombia y Venezuela han presentado

sendas propuestas pidiendo que se explicita que los tribunales arbitrales sólo pueden imponer indemnizaciones pecuniarias. Por su parte, los artículos 27 a 31 se centran en los posibles recursos contra el laudo. En la actualidad esta es la sección más controvertidas dentro del Grupo. Junto con el recurso de aclaración (en caso de divergencia entre las partes acerca del sentido o alcance del laudo) y el de revisión (en caso de que cualquiera de las partes descubra ex post un hecho que hubiera podido ser determinante en el laudo), el AC presenta un recurso de anulación cuyas causales y plazos son muy similares a los del artículo 52 del Convenio CIADI. No obstante, pueden surgir divergencias en el tratamiento que ambas instituciones precitadas otorgan a la anulación si en el seno del Grupo se impone finalmente la postura defendida por Argentina, Ecuador, Paraguay y Venezuela, a favor de remitir dicho recurso no a una Comisión ad hoc, sino a un Tribunal Permanente.

“En relación con la recusación de conciliadores o árbitros que estén ejerciendo como tales, Argentina propone que, a diferencia de lo que sucede en el régimen de CIADI, dicha recusación nunca sea decidida por los otros miembros del órgano de conciliación o arbitral.”

Claramente novedoso respecto del sistema actual de arbitraje de inversiones gestionado por CIADI es el contenido del artículo 31 del AC, que esboza un recurso de apelación frente al laudo arbitral. Caso de que dicho recurso se mantenga en la versión final del AC, las partes podrían solicitar éste en un plazo de 120 días si en el laudo se recoge un error en la aplicación o interpretación de la ley aplicable a la controversia.

Asimismo, Argentina, Paraguay y Venezuela defienden el recurso de anulación en caso de un error de hecho manifiesto y trascendente en la apreciación de una prueba determinante en el laudo. En materia de anulación, nuevamente los países de UNASUR no han alcanzado un consenso en torno a si dicho recurso ha de ser resuelto por una Comisión ad hoc o por un Tribunal Permanente. La primera opción, defendida por Brasil, Colombia y Perú, desarrolla un sistema de designación de miembros de la Comisión que termina tanto recurriendo al sistema de exclusiones y jerarquizaciones citado previamente como equiparando nacionalidad y residencia permanente (artículos 31 y 32). La segunda opción, defendida por Argentina, Ecuador, Paraguay y Venezuela, prevé que el Tribunal

permanente esté compuesto por personas imparciales e independientes, de reconocida trayectoria profesional en el campo del derecho internacional (artículos 32 bis y ter). Se propone que dicho Tribunal esté formado por un máximo de 12 miembros, uno por cada Estado Miembro del Centro, quienes trabajarán en salas compuestas por tres miembros.

El título IV dedica su artículo 33 al reconocimiento y ejecución de los laudos. Tras afirmar que el laudo es definitivo y obligatorio para las partes y tiene fuerza de sentencia judicial ejecutoriada, el precepto otorga un plazo de 120 días al Estado demandado para cumplir el laudo. Transcurrido dicho plazo, el precepto autoriza a la parte interesada a iniciar reconocimiento y ejecución de éste. Ello se llevará a cabo conforme a lo establecido en la legislación procesal del Estado donde se pretenda tal, con arreglo a los acuerdos internacionales que estén en vigor en dicho Estado. En este sentido, el AC alude expresamente a la aplicación tanto de la Convención de Nueva York como de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1975.

“Claramente novedoso respecto del sistema actual de arbitraje de inversiones gestionado por CIADI es el contenido del artículo 31 del AC, que esboza un recurso de apelación frente al laudo arbitral.”

Por último, este título concluye con dos preceptos (artículos 34 y 34 bis) referidos a las listas de conciliadores y árbitros y a la recusación de estos. En relación con el primer punto, es innovadora la propuesta de Argentina, a favor de que los Estados Miembros puedan solicitar aclaraciones sobre los candidatos propuestos por los demás Estados o presentar objeciones sobre éstos si consideran que no son personas calificadas. Si el Estado proponente y objetante no llegan a un acuerdo respecto de dicho candidato, se propone que prevalezca la objeción planteada. En relación con la recusación de conciliadores o árbitros que estén ejerciendo como tales, Argentina propone que, a diferencia de lo que sucede en el régimen de CIADI, dicha recusación nunca sea decidida por los otros miembros del órgano de conciliación o arbitral.

#### Título V: Disposiciones Finales

De este título se deriva que solo se necesitan seis ratificaciones para que el AC entre en vigor (artículo 35). Dicha cuestión ha sido señalada recientemente por el Grupo como materia que podría necesitar ser debatida en el seno del Consejo de Ministras y Ministros de Relaciones Exteriores de UNASUR<sup>8</sup>.

El artículo 36 establece que la resolución de diferencias entre Estados en materia de interpretación y aplicación del AC deberían resolverse a través de negociaciones directas entre ellos y, caso de que no se alcanzase un acuerdo en el plazo de seis meses, por medio de una decisión consensuada del Consejo Directivo. Por su parte, el artículo 37 alude a la evaluación quinquenal del funcionamiento del Centro. El artículo 39 proclama que el AC tendrá duración indefinida, permitiéndose que un Estado Miembro pueda denunciarlo en cualquier momento.

El artículo 40 informa de que no se admiten reservas a las disposiciones del AC, pero sí que una Parte Contratante haga declaraciones interpretativas. Éstas irían dirigidas únicamente a armonizar las normas nacionales con las disposiciones del AC y no a excluir o modificar los efectos jurídicos del AC. Dicha cuestión, junto con la de la entrada en vigor de AC ya referida, han sido señaladas recientemente por el Grupo como materias que podrían necesitar ser debatidas en el seno del Consejo de Ministras y Ministros de Relaciones Exteriores de UNASUR<sup>6</sup>.

“La creación del Centro podría, no obstante, aumentar la legitimidad y la popularidad de los mecanismos de solución de controversias inversionista-Estado en los países miembros de UNASUR, al implementarse las novedades procesales y sustantivas contenidas en el AC.”

Finalmente, el artículo 41 indica que los Estados Miembros de UNASUR pueden firmar el AC y también podrán adherirse a él los Estados Asociados de UNASUR que logren acceder a la condición de Estado Miembro de dicha organización regional.

## Título VI: Disposiciones Transitorias

Este título se refiere, entre otros, a la ya referida necesidad de elaborar varios documentos adicionales para el funcionamiento del Centro (Reglamento Administrativo y Financiero, Reglamento de Mecanismos del Centro y Código de Conducta).

## Próximas Etapas en la Negociación del Centro

La reunión más reciente del Grupo tuvo lugar en Montevideo, Uruguay, entre los días 29 y 31 de marzo de 2016<sup>9</sup>. Habrá que esperar para saber si se alcanza pronto un acuerdo político y jurídico sobre los aspectos aún controvertidos del AC. La futura puesta en marcha del Centro puede generar escepticismo, ya que su funcionamiento podría menospreciar estándares internacionales en favor de parámetros regionales y ello, a su vez, provocar una mayor inestabilidad en la región. Desde otra perspectiva, la creación del Centro podría, no obstante, aumentar la legitimidad y la popularidad de los mecanismos de solución de controversias inversionista-Estado en los países miembros de UNASUR, al implementarse las novedades procesales y sustantivas contenidas en el AC.

### Autoras

Katía Fach Gómez es Profesora Titular de Derecho Internacional Privado en la Universidad de Zaragoza (España). Su participación en el presente trabajo se enmarca dentro de un proyecto de investigación financiado por la *Humboldt Stiftung (Forschungsstipendium für erfahrene Wissenschaftler)*. La autora también es miembro de los proyectos de investigación DER 2012-36806 –Subprograma JURI– y e-Procofis S 14/3 DGA.

Catharine Titi es Investigadora científica del *Centre national de la recherche scientifique* (CNRS) y del *Centre de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux* (CREDIM) de la Universidad de Borgoña (Francia).

### Notas

<sup>1</sup> Véase Fiezzoni, S. K. (2012). Centro de arbitraje de UNASUR: Las principales características de la propuesta de Ecuador. *Investment Treaty News*, 2(2), 6–7. Extraído de [http://www.iisd.org/pdf/2012/iisd\\_itn\\_january\\_2012\\_es.pdf](http://www.iisd.org/pdf/2012/iisd_itn_january_2012_es.pdf).

<sup>2</sup> Una traducción no oficial de este texto puede hallarse en: Sarmiento, M. G. (2015, 20 de noviembre). *The 2012 Draft Constitutive Agreement of the Centre for the Settlement of Investment Disputes of the UNASUR*. Extraído de [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2698574](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2698574).

<sup>3</sup> Una traducción no oficial de este texto puede hallarse en: Sarmiento, M. G. (2015, 14 de diciembre). *The 2014 Draft Constitutive Agreement of the Centre for the Settlement of Investment Disputes of the UNASUR*. Extraído de <http://ssrn.com/abstract=2703651>.

<sup>4</sup> TeleSUR. (2016, 16 de enero). *South America forms alternative to free trade kangaroo courts*. Extraído de <http://www.telesurtv.net/english/news/UNASUR-Close-to-Forming-Investor-Dispute-Center-20160119-0036.html>.

<sup>5</sup> Tratado Constitutivo de la Unión Sudamericana de Naciones, 23 de mayo de 2008. Extraído de <http://www.unasursg.org/images/descargas/DOCUMENTOS%20CONSTITUTIVOS%20DE%20UNASUR/Tratado-UNASUR-solo.pdf>.

<sup>6</sup> Fach Gómez, K., y Titi, C. (2016). International investment law and ISDS: Mapping contemporary Latin America. *Journal of World Investment & Trade*, 17(4), 515–535.

<sup>7</sup> Véase asimismo Álvarez Zárata, J. M. y Pendleton, R. (2016). The international rule of law in Latin American investment arbitration. *Journal of World Investment & Trade*, 17(4), 681–699.

<sup>8</sup> UNASUR. (2016). *Acta – XIII reunión presencial del grupo de trabajo de expertos de alto nivel sobre solución de controversias en materia de inversiones de UNASUR*. Extraído de [https://repo.unasursg.org/alfresco/service/unasursg/documents/content/ACTA\\_DE\\_LA\\_DECIMA\\_TERCERA\\_REUNION\\_PRESENCIAL\\_DEL\\_GRUPO\\_DE\\_TRABAJO\\_DE\\_EXPERTOS\\_DE\\_ALTO\\_NIVEL SOBRE SOLUCION DE CONTROVERSIAS EN MATERIA DE INVERSIONES DE UNASUR.pdf?nodeRef=3883225f-6ec1-48bd-8dc9-72e6ed7dbfc4](https://repo.unasursg.org/alfresco/service/unasursg/documents/content/ACTA_DE_LA_DECIMA_TERCERA_REUNION_PRESENCIAL_DEL_GRUPO_DE_TRABAJO_DE_EXPERTOS_DE_ALTO_NIVEL SOBRE SOLUCION DE CONTROVERSIAS EN MATERIA DE INVERSIONES DE UNASUR.pdf?nodeRef=3883225f-6ec1-48bd-8dc9-72e6ed7dbfc4).

<sup>9</sup> Las autoras agradecen al Profesor José Manuel Álvarez Zárata sus esfuerzos por obtener información sobre los resultados de dicha reunión del Grupo.

## ¿Los Estados Miembros de la UE Pueden Seguir Negociando TBIs con Terceros Países?

Stefanie Schacherer

### artículo 2



Desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa en 2009, la inversión externa directa (IED) recae dentro de la política comercial común de la Unión Europea y, de esta manera, pasó a ser parte del ámbito de competencia exclusiva de la Unión Europea<sup>1</sup>. Este cambio de competencia se evidencia en las negociaciones de los acuerdos internacionales de inversión (AIs) que la Comisión Europea está conduciendo con algunos países, incluyendo economías importantes como China y los Estados Unidos. Frente a este escenario, los terceros países pueden ser sorprendidos al ser invitados individualmente por un Estado miembro de la UE a comenzar la negociación de un tratado bilateral de inversión (TBI) ¿Permite el derecho de la UE a sus Estados miembros iniciar negociaciones de TBIs?

Sólo la Unión Europea puede legislar y adoptar actos jurídicamente vinculantes, que conciernen a ámbitos de su competencia exclusiva. Los Estados miembros de la UE únicamente pueden hacerlo si son facultados por la Unión Europea<sup>2</sup>. Asimismo, corresponde a la Unión Europea decidir si faculta a los Estados miembros a celebrar tratados internacionales en ámbitos de competencia exclusiva de la UE. Este “re-facultamiento” generalmente es adoptado a través del derecho secundario de la UE (por ejemplo, reglamentos de la UE) y, a menudo, utilizado para establecer disposiciones transitorias que conciernen áreas sobre las cuales la Unión Europea recientemente ha adquirido competencia exclusiva<sup>3</sup>.

Con respecto a la transferencia de competencias en el ámbito de la IED, el Reglamento de la UE 1219/2012<sup>4</sup> regula dos aspectos de las disposiciones transitorias. Aborda el estatus en el derecho de la Unión Europea de los acuerdos bilaterales de inversión de los Estados miembros que existían antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, y establece en qué términos y condiciones, y según qué procedimientos los Estados miembros están autorizados a modificar o celebrar acuerdos bilaterales de inversión (Art. 1, párrafo 1). En particular, para abrir negociaciones o firmar un TBI, los Estados miembros deben obtener la autorización de la Comisión Europea.

#### **Reglamento 1219/2012: reglas sobre la autorización requerida y fundamentos para el rechazo de la misma**

Primero, cuando un Estado miembro busca entablar negociaciones con un tercer país, deberá notificarlo por escrito a la Comisión (Art. 8, párrafo 1). El Estado

también debe transmitir la documentación pertinente y una indicación de las disposiciones que se abordarán o se pretende renegociar en las negociaciones, los objetivos de las negociaciones y las disposiciones a discutir (Art. 8, párrafo 2). La Comisión puede rechazar la autorización basándose en cuatro fundamentos distintos (Art. 9, párrafo 1):

- a) Que dichas negociaciones plantearían un conflicto con el derecho de la UE, distinto a las incompatibilidades derivadas del reparto de competencias entre la UE y sus Estados miembros.
- b) Que las negociaciones sean superfluas porque la Comisión ha presentado o ha decidido presentar una recomendación para abrir negociaciones con el tercer país en discusión.
- c) Que las negociaciones serían incongruentes con los principios y objetivos de acción exterior de la Unión.
- d) Que la negociación constituiría un serio obstáculo para la negociación o celebración de acuerdos bilaterales de inversión de la UE con terceros países.

#### *1. Conflicto con el Derecho de la UE*

El primer fundamento pretende evitar la adopción de TBIs por los Estados miembros cuya aplicación daría como resultado una violación del derecho de la UE. Algunas áreas sustantivas del derecho de la Unión presentan incompatibilidades con respecto a los TBIs firmados por los Estados miembros antes de 2009. Por ejemplo, disposiciones de TBI sobre el libre movimiento de capitales relacionado con inversiones sin ninguna excepción son incompatibles con el derecho de UE, porque una legislación primaria de la UE establece excepciones a este respecto (recital 4)<sup>5</sup>. El Tribunal de Justicia Europeo (TJE) confirmó esta incompatibilidad en 2007<sup>6</sup>. Estas incompatibilidades también pueden ocurrir en torno a la admisión y el trato post-establecimiento de las inversiones extranjeras, ya que varios instrumentos jurídicos secundarios de la UE restringen o limitan los derechos de los inversores extranjeros para entrar u operar en el mercado interior. Finalmente, pueden surgir incompatibilidades a raíz de la necesidad de dispensar un trato igualitario a todos los nacionales de la UE dentro del mercado interior así como en terceros países<sup>7</sup>.

#### *2. Negociaciones iniciadas por la Unión Europea*

El segundo fundamento para rechazar la autorización surge cuando la misma Unión Europea pretende abrir o ya ha iniciado negociaciones con el tercer país en cuestión. Negar la autorización a un Estado miembro parece ser lógico y necesario para lograr el objetivo a largo plazo de la Unión Europea de finalmente reemplazar los TBIs de todos sus Estados miembros por AIs de la UE (recital 6). Sin esta meta final, una política de inversión global de la UE sería inalcanzable. La Comisión publica periódicamente las negociaciones de comercio e inversión de la UE que se encuentran en curso<sup>8</sup>.

#### *3. Incongruencia con los principios y objetivos de la UE*

El tercer fundamento pretende garantizar la congruencia con los principios y objetivos de la UE, que están

previstos en la legislación primaria de la UE —el Tratado sobre la Unión Europea y el Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea— a fin de guiar toda acción exterior de la UE<sup>9</sup>. Estos principios y objetivos son consideraciones de políticas más amplias, tales como la promoción de la democracia, el imperio de la ley, los derechos humanos y las libertades fundamentales y el desarrollo sostenible en el ámbito económico, social y ambiental. Pese a la dificultad de examinar los TBIs futuros de los Estados miembros de la UE considerando estos principios generales, este fundamento para no otorgar autorización subraya la importancia de los principios y objetivos de la acción exterior de la UE y brinda a la Comisión considerable discreción política para decidir sobre una autorización.

#### 4. Serio obstáculo para las negociaciones de la Unión Europea

El cuarto fundamento se superpone ligeramente con el segundo ya que los obstáculos probablemente ocurran cuando la Unión Europea en sí misma ha decidido abrir una negociación con el mismo tercer país. La cuestión de la seriedad debe ser evaluada caso por caso.

La Comisión Europea puede decidir conceder autorización condicionada a la inclusión o remoción de determinadas cláusulas de las negociaciones y los posibles acuerdos necesarios para garantizar la congruencia con las políticas de inversión de la UE o la compatibilidad con el derecho de la misma (Art. 9, párrafo 2). Una vez comenzadas las negociaciones, la Comisión debe mantenerse informada sobre el avance y resultado de las mismas a lo largo de sus distintas fases (Art. 10). También puede solicitar participar en las negociaciones. Antes de que un Estado miembro pueda firmar el acuerdo resultante, la Comisión nuevamente debe ser notificada (Art. 11, párrafo 1). Posteriormente, determinará si el acuerdo negociado entra en conflicto con los requisitos descritos anteriormente (Art. 11, párrafo 3). Si se cumplen dichos requisitos, la Comisión otorgará su aprobación final a través de la adopción de un acto de ejecución, tornándolo vinculante<sup>10</sup>.

Los nuevos TBIs de Estados miembros podrán mantenerse vigentes hasta que entre en vigor un AII entre la Unión y el tercer país de que se trate (Art. 3 y Art. 11, párrafo 4). Los Estados miembros deben informar a la Comisión sobre todos los aspectos de los TBIs a lo largo de la vida de dichos acuerdos, particularmente de todas las reuniones que se celebrarán con los Estados contratantes y de cualquier diferencia entre los mismos así como las diferencias que surjan entre ellos y un inversor (Art. 13).

Por lo tanto, los términos, procedimientos y condiciones establecidas en el Reglamento 1219/2012 dejan claro que, aunque los Estados miembros de la UE puedan seguir negociando nuevos AII, su posibilidad de hacerlo se encuentra bajo el dictado y control de la Comisión.

#### Tendencias de negociación de TBI por los Estados miembros de la UE

Según la Comisión, a mediados de 2016, ha concedido 93 autorizaciones para abrir nuevas negociaciones y 41 para abrir re-negociaciones<sup>11</sup>. Además, ha otorgado 16 autorizaciones para celebrar nuevos acuerdos así como 21 para firmar protocolos para los TBIs existentes con

terceros países<sup>11</sup>. Después de que un Estado miembro ha sido autorizado deberá notificar a la Comisión sobre la celebración y entrada en vigor del TBI (Art. 11, párrafo 6). Cada doce meses, la Comisión publicará una lista de todos los TBIs firmados por los Estados miembros (Art. 4, párrafo 1)<sup>12</sup>.

Desde 1959, los Estados miembros de la UE han celebrado 1.384 TBIs con terceros países<sup>11</sup>. El reglamento 1219/2012 prevé que a largo plazo todos los TBIs de los Estados miembros sean reemplazados por AII de la UE pero no establece un plazo de tiempo específico. La agenda actual de negociación de la UE reemplazará parte de los actuales TBIs de los Estados miembros. Hasta el momento se han concluido las negociaciones con Canadá, Singapur y Vietnam y otros aún se encuentran en curso con países tales como Australia, China, Estados Unidos, India, Indonesia, Japón y Nueva Zelanda<sup>8</sup>. Sin embargo, el reemplazo total de los actuales TBIs por acuerdos de la UE llevará tiempo, y el alto número de autorizaciones otorgadas muestra que los Estados miembros siguen negociando TBIs activamente. Recientemente, Francia firmó un TBI con Colombia<sup>13</sup>, y Grecia con los Emiratos Árabes Unidos<sup>14</sup>. Por todas estas razones, puede esperarse que, individualmente, los Estados miembros de la UE continúen solicitando negociar nuevos tratados con terceros países.

#### Autora

Stefanie Schacherer es candidata a PhD y Ayudante de Cátedra e Investigación en la Facultad de Derecho de la Universidad de Ginebra. Traducido al español por María Candela Conforti.

#### Notas

1 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), Art. 3, párrafo 1 y Art. 207. Extraído de <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=es>. El exacto alcance y contenido de la competencia exclusiva aún son objeto de controversia.

2 TFUE, nota 1 *supra*, Art. 2, párrafo 1.

3 Por ejemplo, después de que la Unión Europea adquiriera competencia exclusiva en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil, se han adoptado disposiciones transitorias bajo el Reglamento (CE) No 662/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo del 13 de julio de 2009, por el que se establece un procedimiento para la negociación y celebración de acuerdos entre Estados miembros y terceros países sobre materias específicas en relación con la ley aplicable a las obligaciones contractuales y extracontractuales. (2009) OJ L200/25. Extraído de <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32009R0662>.

4 Reglamento (UE) No 1219/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 por el que se establecen disposiciones transitorias sobre los acuerdos bilaterales de inversión entre Estados miembros y terceros países. (2012) OJ L351/40. Extraído de <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32012R1219>. Para obtener una referencia textual a disposiciones jurídicas, a menos que se indique lo contrario, refiérase a este Reglamento.

5 Véase también TFUE, nota 1 *supra*, Arts. 64, 66 y 75.

6 Comisión vs. Austria C-205/06 y Comisión vs. Suecia C-249/06 del 3 de marzo de 2009, párrafos 38–40 y 39–41 respectivamente.

7 Para un análisis más detallado véase Dimopoulos, A. (2011). *EU foreign investment law*. Oxford: Oxford University Press, págs. 310–318.

8 Comisión Europea. (2016, mayo). *Overview of FTAs and other trade agreements*. Extraído de [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2006/december/tradoc\\_118238.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2006/december/tradoc_118238.pdf).

9 Tratado de la Unión Europea (TUE), Art. 21. Extraído de <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A12012M%2FTXT>; TFUE, nota 1 *supra*, Art. 205 y Art. 207, párrafo 1.

10 Reglamento 1219/2012, nota 4 *supra*, Art. 11, párrafos 4 y 5, y Art. 16, párrafo 2, en referencia al Reglamento (UE) 182/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo del 16 de febrero de 2011 por el que se establecen las normas y los principios generales relativos a las modalidades de control por parte de los Estados miembros del ejercicio de las competencias de ejecución por la Comisión. (2011) OJ L55/13. Extraído de <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32011R0182>.

11 Comisión Europea, Dirección General de Comercio, comunicado personal, 1 de julio de 2016.

12 Diario Oficial de la Unión Europea, OJ C 149, 27 de abril de 2016.

13 Acuerdos para la promoción y protección recíproca de inversiones, Colombia y Francia, 10 de julio de 2014. Extraído de <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/treaty/3488>.

14 Acuerdos para la promoción y protección recíproca de inversiones, Grecia y E.A.U., 5 de junio de 2014. Texto aún no publicado.



# ¿Reestructurando las Reglas y Excepciones? Acerca de la Relación entre la Soberanía Regulatoria y el Derecho Internacional de las Inversiones

## Harm Schepel

### artículo 3



#### Revisión del libro *Public Purpose in International Law: Rethinking regulatory sovereignty in the global era* por Pedro J. Martínez-Fraga y C. Ryan Reetz.

Las obligaciones de los Estados que restringen su poder regulatorio —proyectadas en los tratados o contratos— tradicionalmente han sido consideradas como excepciones al derecho internacional consuetudinario<sup>2</sup>. Es en este contexto, por ejemplo, que en el Capítulo de Inversión del Acuerdo Económico y Comercial Global (AECG), la Unión Europea y el Canadá “reafirman su derecho a regular dentro de sus territorios para alcanzar objetivos legítimos de políticas, tales como la protección de la salud pública, seguridad, medio ambiente y la moral pública, así como la protección social o del consumidor y la promoción y protección de la diversidad cultural”<sup>3</sup>. Para asegurarse de esto, estas excepciones han cobrado gran peso e importancia durante las últimas décadas, especialmente en la práctica de los arbitrajes basados en tratados que fomentan una interpretación expansiva de los estándares de trato a los cuales los Estados se han comprometido. Pero aun así, una visión tradicional sostiene que la prohibición de la expropiación sin compensación y la obligación de dar un trato justo y equitativo, *aunque* puedan resultar invasivas en la soberanía de los Estados, se encuentran debidamente enmarcadas como excepciones al derecho internacional consuetudinario<sup>4</sup>.

En vista del descontento general por los excesos en el régimen del derecho internacional de las inversiones, la tarea intelectual más urgente parece ser la de formular una doctrina coherente donde se definan y moderen los derechos de los inversores que derivan del derecho internacional. Martínez-Fraga y Reetz, sin embargo, tienen una visión fuera de serie que resulta estimulante. Viven en un “nuevo espacio y era” definidos por la globalización económica, donde las “naciones tradicionales de soberanía westfaliana ya no pueden responder a las necesidades comunes de las naciones”, y donde el paradigma de la independencia da lugar a un paradigma de interdependencia<sup>5</sup>. Estos autores se han lanzado a la tarea intelectual de trabajar en pos de la formulación de una doctrina coherente donde se moderen

las excepciones de interés público con respecto a la regla contenida en las obligaciones generalizadas de los Estados hacia los inversores extranjeros.

Para lograrlo, en la publicación *Public Purpose* investigan y discuten la definición y el papel de la doctrina del interés público en todas sus iteraciones y combinaciones dentro del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), en la jurisprudencia surgida de su Capítulo Once, en el derecho internacional consuetudinario, en una gran variedad de tratados bilaterales de inversión (TBIs), en una amplia gama de instrumentos de derechos humanos, en el contexto del principio de soberanía permanente sobre los recursos naturales y en un número extraordinario de leyes internas sobre inversión extranjera. La lucidez reflejada en cientos de páginas producto de un arduo trabajo de investigación da como resultado una doctrina “insolvente” muy dispersa que por un lado cubre demasiado, y por otro, muy poco. En la conclusión, los autores establecen un número de principios para la (re-)construcción de la doctrina. Un estándar de carácter “discrecional” totalmente subjetivo no podrá lograrlo: deberá formularse un estándar objetivo, sujeto a un razonamiento discursivo. Deberá ser una doctrina unificada que albergue una jerarquía entre los objetivos públicos. Quizás, la carga de la prueba deba ser revertida más enérgicamente:

Los Estados que apliquen el interés público apoyándose en el ejercicio de la soberanía regulatoria deben llevar la carga de la prueba con la finalidad de demostrar “clara y convincente” las bases del interés público y los fundamentos conmensurables de la aplicación de la doctrina. En relación a esto, los inversores deben gozar de una presunción refutable de que el interés público no sea suficiente para justificar una intromisión en la obligación internacional de proteger la inversión extranjera<sup>6</sup>.

*Public Purpose* es un libro inquietante. Propone un “cambio de paradigma” y consecuentemente asume la necesidad de formular una nueva doctrina de interés público. Además, la reconstrucción de la misma tiene lugar en el contexto de una serie de obligaciones no diferenciadas, claras y de amplio alcance por parte de los Estados en torno a la protección de los inversionistas extranjeros cuya presunta existencia ocurre únicamente bajo una forma unificada, inherentemente obligatoria. Lo más extraño de todo es que el libro, en su mayor parte, muestra una preocupación por las aseveraciones relativas al interés público por parte de los Estados en donde uno pensaría que menos importa: como una de las condiciones de la expropiación legal.

Repasemos: los tratados de inversión generalmente prohíben a los Estados expropiar las inversiones excepto en el caso de: a) un fin público, b) bajo un debido proceso legal, c) de manera no discriminatoria, y d) mediante el pago de una compensación oportuna, adecuada y eficaz. Considerando esto, resulta difícil pensar qué, si es que algo podría depender de la condición de fin público: ella ayuda a distinguir entre

las expropiaciones legales (cuando el inversor es compensado) y las expropiaciones ilegales (cuando el inversor debe ser indemnizado por daños). En ausencia de cualquier diferenciación entre compensación y daños, no resulta obvio por qué un inversor dedicaría tanto tiempo y esfuerzo para presentar una demanda alegando la falta de un fin público. También es difícil imaginarse qué ganaría un Estado al defender esta posición. Tal como dispuso el tribunal en el famoso caso *Santa Elena*:

Las medidas ambientales expropiatorias —sin importar cuán loables y beneficiosas sean para la sociedad como un todo— son, a este respecto, similares a cualquier otra medida expropiatoria que un Estado pueda adoptar para implementar sus políticas: cuando una propiedad es expropiada, aun por motivos ambientales, ya sea de orden interno o internacional, la obligación del Estado de pagar compensación sigue vigente<sup>7</sup>.

Considerando lo antedicho, la falta de una evaluación eficaz sobre la doctrina del interés público por las cortes y tribunales no resulta tan sorprendente y deplorable como Martínez-Fraga y Reetz hacen creer que es<sup>8</sup>. Los autores pretenden emplear la doctrina no para marcar una distinción entre expropiaciones legales o ilegales, sino entre medidas regulatorias y expropiaciones. Por supuesto, esto es una falacia lógica, o, tal como lo describió el tribunal del caso *Fireman's Fund*, “sería como poner la carreta delante de los caballos”<sup>9</sup>: Determinar si hubo expropiación lógicamente debe ser diferente y previo a la determinación de si la misma fue ilegal. Cualquiera sea el contenido de la doctrina del interés público a los efectos de la última etapa del análisis, debe ser distinto a cualquier doctrina de interés público que juegue un papel importante en la etapa anterior.

No obstante, los autores no presentan nada semejante. En la jurisprudencia del TLCAN, remarcan que, para su disgusto, los tribunales se propusieron “reconfigurar” la doctrina del interés público como una doctrina de “poder policial” para hacer una distinción entre los actos regulatorios “bona-fide” o “razonables” y las medidas que constituyen una expropiación. Esto nos lleva a algunos de los pasajes más memorables del libro, la diatriba sobre una “ficción legal” que es “poco más que un pretexto para expandir la soberanía regulatoria”, que brinda a “los Estados sin escrúpulos una justificación jurídica formal de las desigualdades sustantivas que se elevan al nivel de una conducta ilícita” y, algo que los autores consideran aun peor,

la visión de que la prerrogativa de un Estado en una entrada posterior al mercado para cambiar o modificar programas regulatorios ya existentes en perjuicio material de un inversor extranjero puede tornar una actividad económica en “menos rentable o incluso sin valor económico para continuar” sin necesariamente constituir una expropiación indirecta o progresiva<sup>10</sup>.

En este punto, resulta sorprendente el poder de la globalización económica para derribar cánones aceptados y la sabiduría adquirida en el derecho internacional: ¿realmente podría decirse que la intensificación de la

interacción económica entre las naciones pueda llevar, al parecer por necesidad, a una situación en la cual toda excepción se convierte en regla y toda regla en excepción? Si se considera una conclusión lógica del libro, *Public Purpose in International Law* afirmarí­a que toda y cada una de las medidas tomadas por los Estados que posiblemente provoquen una pérdida material para los inversores extranjeros son ilegales conforme al derecho internacional a menos que los Estados brinden evidencia clara y convincente de que tales medidas son objetivamente necesarias para el alcance de un fin público objetivamente definido.

La mejor visión, seguramente, es que los Estados poseen el derecho inherente para determinar qué es o qué no es beneficioso para el interés público. También tienen una obligación inherente bajo el derecho internacional de las inversiones —tal como ocurre en el derecho comercial internacional— de asegurarse de que los efectos perjudiciales de las medidas tomadas en pos del interés público sobre las empresas extranjeras sean minimizados. Esto, a su vez, requiere un test de proporcionalidad que separe los medios del fin, de la misma manera que opera el Artículo XX del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT, por sus siglas en inglés)<sup>11</sup>. Lo que Martínez-Fraga y Reetz consideran una encrucijada indeseable entre el derecho mercantil y el derecho de las inversiones<sup>12</sup> bien podría convertirse en lo que salve al derecho de las inversiones de sí mismo.

#### Autor

Harm Schepel es Profesor de Derecho Económico de la Facultad de Derecho de Kent y de la Facultad de Estudios Internacionales de Bruselas, Universidad de Kent. Traducido al español por María Candela Conforti. La traducción de las citas pertenece a la traductora.

#### Notas

1 Martínez-Fraga, P. J., & Reetz, C. R. (2015). *Public purpose in international law: Rethinking regulatory sovereignty in the global era*. Cambridge: Cambridge University Press.

2 Véase, por ejemplo, Viñuales, J. E. (2014). Sovereignty in foreign investment law. En Z. Douglas, J. Pauwelyn, & J. E. Viñuales (eds.), *The foundations of international investment law* (págs. 317–362). Oxford: Oxford University Press.

3 Acuerdo Económico y Comercial Global (AECG), Capítulo de Inversión, Artículo 8.9, párrafo 1. Extraído de [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2016/february/tradoc\\_154329.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2016/february/tradoc_154329.pdf).

4 Véase, por ejemplo, *Saluka vs. República Checa*, CNUDMI, Laudo Parcial del 17 de marzo de 2006, párrafo 262.

5 Martínez-Fraga & Reetz, 2015, nota 1 *supra*, pág. 7.

6 Martínez-Fraga & Reetz, 2015, nota 1 *supra*, pág. 353.

7 *Santa Elena vs. Costa Rica*, Laudo del 17 de febrero de 2000, párrafo 72.

8 Los autores observaron la situación descrita en *Restatement of Foreign Relations Law del American Law Institute*, donde se remarca que la limitación del interés público “no ha figurado de manera prominente en la práctica de las demandas internacionales, tal vez esto sea porque el concepto de “interés público” es amplio y no es sometido a una reevaluación eficaz por otros Estados. Presumiblemente, la toma de un dictador u oligarquía para uso privado podría ser refutada bajo esta regla”. American Law Institute. (1987). *Restatement (Third) of Foreign Relations Law*, Sección 712, Comentario e. Reinisch piensa diferente, argumentando que “la práctica de las cortes y tribunales internacionales también demuestra que —pese a una amplia deferencia otorgada a los Estados expropiadores— los mismos están dispuestos a evaluar si un fin público como tal ha sido genuinamente perseguido”. Reinisch, A. (2008). Legality of expropriations. En A. Reinisch (ed.), *Standards of investment protection* (págs. 171–204). Oxford: Oxford University Press, pág. 186. Por justicia, la declaración se basa casi exclusivamente en la única instancia del caso *ADC vs. Hungría*, Laudo del 2 de octubre de 2006, párrafo 432.

9 *Fireman's Fund vs. México*, Laudo del 17 de julio de 2006, párrafo 174.

10 Martínez-Fraga & Reetz, 2015, nota 1 *supra*, págs. 106–107.

11 Véase, por ejemplo, Kingsbury, B., & Schill, S. W. (2010). Public law concepts to balance investors' rights with state regulatory actions in the public interest: The concept of proportionality. En S. W. Schill (ed.), *International investment law and comparative public law* (págs. 75–106). Oxford: Oxford University Press.

12 Martínez-Fraga & Reetz, 2015, nota 1 *supra*, pág. 264 et seq.

## noticias en breve

### El “Brexit” y asuntos conflictivos complican las negociaciones del ATCI; oposición pública continúa

La 14<sup>ta</sup> ronda de negociaciones del Acuerdo de Asociación Transatlántica de Comercio e Inversión (ATCI) fue celebrada en Bruselas del 11 al 15 de julio de 2016. Los jefes de negociación de la Unión Europea, Ignacio Bercero, y de los Estados Unidos, Dan Mullaney, **admitieron** la necesidad de superar importantes diferencias en cuanto a servicios y contratación, pese al progreso en la eliminación de barreras arancelarias y la cooperación regulatoria.

Otro factor que está retrasando las negociaciones es el voto del 23 de junio de Gran Bretaña para salir de la Unión Europea. Mullaney **enfatizó** la necesidad de meditar sobre esto: “Imaginémonos si, por ejemplo, los Estados Unidos dijeran; ‘bueno, quizás el ATCI no se aplique a California’”. Como la segunda economía más importante de Europa, el Reino Unido constituye el mayor mercado del mundo para los servicios de Estados Unidos y el 25 por ciento de las exportaciones de Estados Unidos a la Unión Europea.

Tal como lo informó **The Guardian** el 20 de julio, algunos funcionarios de Estados Unidos sugieren que se realice un “trato potencialmente rápido de los acuerdos bilaterales de comercio e inversión” con el Reino Unido ni bien se retire formalmente de la Unión Europea. Esto serviría para consolidar las relaciones económicas británico-americanas así como para acelerar las negociaciones del ATCI.

La oposición de la sociedad civil al ATCI persiste en varios frentes. Fuera de las puertas cerradas de la 14<sup>ta</sup> ronda de negociaciones, 40 manifestantes fueron escoltados por la policía de Bruselas después de **“atacar” a funcionarios con confeti**. Encuestas de opinión en **Alemania y Luxemburgo** indican que la población de ambos países piensan que el acuerdo traerá más desventajas que ventajas. Las organizaciones de la sociedad civil de ambos países y otros 18 Estados de la UE firmaron una carta dirigida al Presidente del Consejo Europeo, Donald Tusk, exigiendo **retirar, de manera inmediata, el mandato de la Comisión Europea** para negociar el ATCI.

La falta de transparencia y de oportunidades para la participación pública en las negociaciones es una de las razones de dicha oposición. El 2 de mayo, Greenpeace de los Países Bajos **filtró varios documentos de negociación**, e instó a **un debate antes de proseguir con cualquier negociación**. La Comisión Europea reafirmó su compromiso con la transparencia al **publicar nueve de sus propuestas** durante la 14<sup>ta</sup> ronda.

En febrero los jefes de negociación de la UE y de Estados Unidos **habían anunciado** su intención de elaborar un borrador consolidado para fines de julio. Al final de la 14<sup>ta</sup> ronda, Bercero afirmó que probablemente esto ocurrirá a fines de septiembre.

### Agenda de negociación de la UE continuará pese al Brexit; MERCOSUR e Indonesia en vista

Pese a la incertidumbre en las negociaciones del ATCI, la Comisaria de Comercio de la UE, Cecilia Malmström, **dijo** que las mismas sobrevivirán a la salida de Gran Bretaña, y que se está urgiendo la conclusión de las negociaciones antes de que el Presidente de Estados Unidos, Barack Obama, termine su mandato a principios de 2017.

Malmström recordó que la Comisión Europea continuaría negociando el ATCI y otros acuerdos de inversión en nombre del Reino Unido como Estado miembro de la UE hasta que se formalice el Brexit.

Entre dichas negociaciones, se encuentran **las de la UE con el MERCOSUR**, las cuales se reanudaron el 23 de junio, y con Indonesia, **lanzadas formalmente** el 18 de julio. Se espera que las rondas de negociación con ambos socios tengan lugar en algún momento del segundo semestre. La 17<sup>a</sup> ronda de negociaciones de **un tratado de libre comercio con Japón** está programada para septiembre de 2016 en Bruselas.

En el lanzamiento de las negociaciones con Indonesia, la Comisión recordó los acuerdos firmados recientemente con Singapur (2014) y Vietnam (2015), e indicó que los tratados con Estados Miembros de la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático (ASEAN, por sus siglas en inglés) “servirán como ladrillos para un futuro acuerdo entre la UE y ASEAN, que constituye el objetivo final de la UE”.

### Reino Unido hace cambios en las negociaciones sobre comercio e inversión para la era post-Brexit

El 8 de julio de 2016, Sajid Javid, ex Secretario de Comercio del Reino Unido, **lanzó las conversaciones preliminares con India** sobre una futura relación comercial entre ambos países ni bien Gran Bretaña salga formalmente de la Unión Europea. “Después del resultado del referéndum”, señaló Javid, “mi principal prioridad es la de garantizar que el Reino Unido posea las herramientas necesarias para continuar compitiendo en la escena mundial. Este es el motivo de mi presencia hoy en India para lanzar los primeros debates comerciales”.

Antes de ocupar un puesto diferente dentro del gobierno británico, el 14 de julio, Javid expresó la intención de dicho gobierno de aumentar su capacidad contratando a 300 miembros de personal, que incluyen negociadores comerciales, y de visitar a otros socios comerciales clave, tales como China, Corea del Sur, Estados Unidos y Japón.

El Ministro de Inversión y Comercio británico, Lord Price, concluyó su **primera visita oficial a China y Hong Kong** el 11 de julio, donde también se dedicó a fortalecer sus relaciones de comercio e inversión. Dijo que se sentía optimista sobre el futuro y agregó que “un número de países ya han mostrado su interés en la idea de iniciar conversaciones comerciales con el Reino Unido”.

El mismo día, el Ministro de Hacienda, **George Osborne**, viajó a Nueva York para conversar con las principales figuras de Wall Street, y continuará con misiones en China y Singapur para discutir sobre temas de comercio e inversión. En una declaración, señaló que: “Gran Bretaña puede estar saliendo de la UE, pero no está renunciando al mundo. Seguirá siendo un modelo de libre comercio”.

La Ministro de Comercio canadiense, Chrystia Freeland, declaró a los medios que su equipo ha estado haciendo **“intercambios técnicos” con el Reino Unido** sobre el Acuerdo Económico y Comercial Global (AECG) entre Canadá y la Unión Europea, indicando que Gran Bretaña pretende seguir el consejo de Canadá de negociar un acuerdo de comercio e inversión con la Unión Europea post-Brexit. El AECG es el **modelo preferido** del Ministro David Davis para una relación post-Brexit con el bloque.

## AECG será celebrado como un acuerdo mixto; la Comisión espera que su firma sea en octubre

El 5 de julio de 2016, la **Comisión Europea propuso al Consejo** que el AECG entre Canadá y la Unión Europea —acordado y **firmado nuevamente en febrero de 2016**— sea celebrado como un “acuerdo mixto”, lo cual requiere la rúbrica y ratificación de cada uno de los Estados miembros de la UE. Así, la Comisión espera “una firma rápida y aplicación provisional”. La rúbrica formal tendría lugar en la cumbre entre Canadá y la Unión Europea, a ser realizada en Bruselas a fines de octubre.

Esto sucedió después de que el Presidente de la Comisión, Jean-Claude Juncker, **presuntamente expresara** lo contrario —que el AECG sería sometido a un procedimiento de aprobación simple que involucraría únicamente al Parlamento Europeo— incluso contra la preferencia del Presidente francés, François Hollande, de la Canciller alemana, Angela Merkel y de otros jefes de los Estados miembros de la UE.

La Comisaria de Comercio de la UE, Cecilia Malmström, **aclaró** que “el Tribunal de Justicia Europeo deberá clarificar, en un futuro próximo, la cuestión pendiente de la competencia de estos acuerdos comerciales. Desde un punto de vista estrictamente jurídico, la Comisión considera que este Acuerdo entra en el ámbito de competencia exclusiva de la UE. Sin embargo, la situación política en el Consejo es clara, y entendemos la necesidad de proponerlo como acuerdo ‘mixto’, para que se firme rápidamente”.

Nuevamente, elogió el Acuerdo ya que contiene un “nuevo sistema de tribunales de inversiones y refuerza las normas de protección de las inversiones”, lo cual representa “un importante paso hacia el objetivo último de la Unión Europea, que es el de establecer un tribunal de inversiones a escala mundial”.

**Bulgaria and Rumania** señalaron que vetarían el acuerdo porque Canadá no levantó el requisito de visado para sus ciudadanos. **Anteriormente este año**, el Parlamento holandés rechazó la aplicación provisional del acuerdo, y el Parlamento de Valonia belga se opone a su firma.

## Socios del RCEP concluyen la 13<sup>ra</sup> ronda de negociación en Auckland; tres rondas más a realizarse en 2016

La 13<sup>ra</sup> ronda de negociaciones del Acuerdo de Asociación Económica Integral Regional (RCEP, por sus siglas en inglés) fue celebrada en Auckland, Nueva Zelanda, del 12 al 18 de junio de 2016.

El *International Centre for Trade and Sustainable Development* (ICTSD) **informó** que todos los países del RCEP han presentado sus ofertas iniciales para el comercio de bienes y servicios y listas iniciales sobre reservas en inversiones. Se espera que las negociaciones —con sus rondas programadas para agosto, octubre y diciembre— se extiendan más allá de la fecha límite de 2016.

En abril de 2016, **Knowledge Ecology International** filtró una versión del capítulo de inversión del 16 de octubre de 2015. El borrador contiene 14 artículos que cubren disposiciones habitualmente incluidas en los acuerdos de comercio e inversión, incluyendo el trato de nación más favorecida (NMF), nivel mínimo de trato y prohibición de requisitos de desempeño y expropiación. Los socios de

negociación también pretenden crear un mecanismo de solución de controversias entre inversionista y Estado.

El RCEP es un acuerdo mega-regional de comercio e inversión negociado desde 2012 entre Australia, China, Corea del Sur, India, Japón y Nueva Zelanda, al igual que el bloque de negociación de los Estados miembros de ASEAN: Brunei, Camboya, Filipinas, Indonesia, Laos, Malasia, Myanmar, Singapur, Tailandia y Vietnam. Los países participantes representan aproximadamente el 50 por ciento de la población mundial, 30 por ciento del PIB mundial y el 25 por ciento de las exportaciones mundiales.

## India toma medidas para reformar su marco de políticas de inversión después de aprobar su nuevo modelo de TBI

India ha comenzado a enviar **notificaciones formales para cancelar** los tratados bilaterales de inversión (TBIs) con 57 países socios que ya han expirado y otros que vencerán en un futuro cercano.

Además de los 25 países con los cuales India posee TBIs cuya duración inicial expirará a partir de julio de 2017, India comenzó a proponer la **firma conjunta de declaraciones interpretativas** para aclarar las ambigüedades en los textos de los tratados, por ejemplo, con respecto a la definición de inversor e inversión y la exclusión de temas impositivos.

Estas valientes medidas se tomaron después de la aprobación del **nuevo modelo de TBI de India** en diciembre de 2015, el cual reduce el alcance del estándar de trato de los inversores (evitando usar el término “trato justo y equitativo”), excluye la cláusula de NMF e incluye obligaciones del inversor. Si bien mantiene el arbitraje entre inversionista y Estado, el modelo requiere a los inversores el agotamiento de los remedios locales antes de iniciar un arbitraje internacional en contra del Estado receptor.

La política de inversión extranjera de India ha cambiado en respuesta a un creciente número de impugnaciones de medidas y políticas gubernamentales por parte de inversores extranjeros en virtud de tratados de inversión: se conoce la existencia de **siete casos de arbitraje** iniciados contra India desde 2012.

Renegociar los tratados de inversión conforme al nuevo modelo e incorporar las políticas revisadas en las actuales negociaciones de comercio e inversión —con socios tales como Canadá, los Estados Unidos y la Unión Europea, y en el contexto del RCEP— será el próximo desafío político para India.

Una **carta** desalentadora enviada el 25 de mayo de 2016 por la Comisaria de Comercio de la UE, Cecilia Malmström, a los Ministros de Comercio y Finanzas de India ilustra este desafío. Advirtió que las notificaciones de cancelación enviadas por India a “un número significativo” de Estados miembros de la UE “podrían tener consecuencias serias” si los tratados en reemplazo no se encuentran disponibles. Según ella, podría “crear una brecha en la protección de las inversiones y consecuentemente desalentar a las empresas de la UE de seguir invirtiendo en India”, dado que los inversores “pueden percibir que el clima de inversión se está deteriorando”.

# laudos y decisiones

## **Philip Morris vs. Uruguay: todas las demandas desestimadas; Uruguay recibirá reembolso por US\$7 millones**

*Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. y Abal Hermanos S.A. vs. la República Oriental del Uruguay, Caso del CIADI No. ARB/10/7*

**Martin Dietrich Brauch**

Finalmente fue dictado el tan esperado laudo definitivo del caso de alto perfil iniciado contra Uruguay por la gigante tabacalera Philip Morris a principios de 2010. El 8 de julio de 2016, un tribunal del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) desestimó todas las demandas entabladas por Philip Morris, ordenando el pago del total de sus gastos en el arbitraje y a Uruguay un reembolso parcial de US\$7 millones por las costas legales de dicho país.

### *Antecedentes*

Las demandantes fueron Philip Morris Brand Sàrl y Philip Morris Products S.A., ambas empresas suizas, y Abal Hermanos S.A. (Abal), una empresa uruguaya adquirida por el grupo Philip Morris en 1979. Philip Morris International Inc., constituida en Estados Unidos, es la matriz de las tres demandantes, conjuntamente referidas como “Philip Morris” en el presente artículo.

Para luchar contra el impacto en la salud pública y la economía por el alto índice de tabaquismo en el país, Uruguay adhirió al Convenio Marco para el Control del Tabaco (CMCT) de la Organización Mundial de la Salud (OMS) y promulgó una serie de medidas internas para controlar el consumo de tabaco. En particular, las medidas impugnadas por Philip Morris fueron la Ordenanza 514 del 18 de agosto de 2008 (la Regulación de la Presentación Única, RPU) y el Decreto del Poder Ejecutivo 287/009 del 15 de junio de 2009 (la Regulación del 80/80).

La RPU exigía que se impriman gráficos y textos de advertencia contra el tabaquismo en la mitad inferior de todas las cajillas de cigarrillos. También prohibía el uso de presentaciones diferentes de una misma marca. Para cumplir con esto, por ejemplo, Philip Morris debió quitar *Light*, *Blue* y *Fresh Mint*, dejando únicamente *Marlboro Red*. La Regulación del 80/80 impuso un aumento del tamaño de las advertencias sanitarias del 50 al 80 por ciento.

Además de impugnar estas dos medidas ante los tribunales uruguayos, el 19 de febrero de 2010, Philip Morris presentó una solicitud de arbitraje ante el CIADI, reclamando que Uruguay había expropiado sus inversiones y que le denegó un trato justo y equitativo (FET, por sus siglas en inglés), entre otras violaciones del tratado bilateral de inversión (TBI) entre Suiza y Uruguay.

### *Expropiación indirecta: demandas y estructura del análisis del tribunal*

Philip Morris alegó que la RPU expropió sus variantes de marca, incluyendo la plusvalía mercantil y sus derechos de propiedad intelectual. Además, argumentó que la Regulación del 80/80 redujo el valor de la marca

de los restantes productos, y privó a Philip Morris de su capacidad de cobrar un precio premium, afectando así sus ganancias. Uruguay negó que las medidas fueran expropiatorias, y alegó que, aunque lo fueran, no redujeron sustancialmente el valor del negocio.

El tribunal comenzó por el punto indiscutible de que las marcas y la plusvalía mercantil asociada al uso de las marcas, conformaban inversiones protegidas en virtud del TBI, y asumió que las marcas de Philip Morris continuaban estando protegidas por la ley de marcas de Uruguay incluso después de los cambios motivados por las medidas impugnadas. Luego enfocó su análisis en dos cuestiones: primero, si la marca comercial confería el derecho de uso o sólo el derecho de protección contra el uso por parte de terceros, y segundo, si las medidas impugnadas habían expropiado la inversión de Philip Morris.

*Una marca confiere el derecho de protección contra el uso por parte de terceros, no un derecho de uso absoluto*

Para responder la primera pregunta, el tribunal analizó el marco jurídico aplicable a la protección de marcas comerciales en Uruguay: Ley No. 17.011 (Ley de Marcas), el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Intelectual (Convenio de París), el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC, TRIPS por sus siglas en inglés) y el Protocolo de Armonización de Normas sobre Propiedad Intelectual en el MERCOSUR, en Materia de Marcas, Indicaciones de Procedencia y Denominaciones de Origen (el Protocolo del MERCOSUR).

El tribunal concluyó que, según todas estas fuentes de derecho aplicables, “el titular de una marca no goza de un derecho absoluto de uso, libre de toda regulación, sino de un derecho exclusivo de excluir a terceros del mercado de modo que sólo el titular de la marca tenga la posibilidad de usar la marca en el comercio, sujeto a la potestad regulatoria del Estado” (párrafo 271).

*La RPU y la Regulación del 80/80 no expropiaron la inversión de Philip Morris*

El tribunal tampoco admitió la demanda de expropiación en torno a la Regulación del 80/80. Considerando que las marcas siguieron apareciendo en las cajillas de cigarrillos, sostuvo que la limitación del 20 por ciento del espacio disponible, sólo consistió en una limitación a las modalidades de uso de las marcas relevantes, pero que no tendría un efecto sustancial sobre el negocio de las demandantes.

En lugar de considerar cada una de variantes de marca que Philip Morris tuvo que discontinuar cuando la RPU fue promulgada, el tribunal consideró la inversión de Philip Morris en su conjunto, “puesto que la medida afectó a sus actividades en su totalidad” (párrafo 283). Desde esta perspectiva, el tribunal concluyó que la RPU estuvo lejos de causar una privación sustancial del valor de la inversión de la empresa. Si bien la inversión podría haber sido aún más rentable, en ausencia de la RPU, el tribunal afirmó que no hay expropiación

indirecta mientras persista un valor suficiente tras la implementación de las medidas impugnadas.

Asimismo, procedió a determinar que, tanto la RPU como la Regulación del 80/80, fueron adoptadas por Uruguay en observancia de sus obligaciones legales nacionales e internacionales para la protección de la salud pública. Además señaló que ambas medidas se tomaron de buena fe, en forma no discriminatoria y fueron proporcionales al objetivo al que aspiraban. De esta manera, según el tribunal, las medidas fueron un ejercicio válido del poder de policía de Uruguay, que no puede constituir una expropiación. Por consiguiente, el tribunal rechazó la demanda de expropiación por completo.

#### *Demanda FET rechazada en ausencia de arbitrariedad y violación de expectativas legítimas*

El tribunal comenzó su análisis de FET abordando el alegato de Philip Morris de que las medidas impugnadas eran arbitrarias. Refiriéndose al estándar de derecho internacional en el caso *ELSI*, el cual define la arbitrariedad como “una inobservancia deliberada del debido proceso del derecho, una acción que conmociona, o al menos sorprende, el sentido de lo que es jurídicamente apropiado” (párrafo 390), el tribunal concluyó que las medidas no fueron arbitrarias. Más bien, determinó que Uruguay las adoptó de buena fe para proteger la salud pública. Además, contrario al argumento de Philip Morris de que las medidas se adoptaron sin respaldo científico, el tribunal afirmó que las mismas estaban en consonancia con el proceso del CMCT, el cual, a su vez, estaba basado en evidencia científica.

En vista de las circunstancias de su adopción, el tribunal sostuvo que la medida del 80/80 era razonable y que no fue “arbitraria, gravemente inequitativa, injusta, discriminatoria, o [...] desproporcionada”, con un “impacto relativamente bajo” sobre la actividad comercial de Philip Morris (párrafos 410 y 420). Así, el tribunal concluyó de manera unánime que la adopción de la Regulación del 80/80 no fue una violación del TBI. La mayoría dictaminó lo mismo con respecto a la RPU.

Sin embargo, el árbitro nominado por las demandantes, Gary Born, disintió sobre este punto, expresando que la presentación única es un requisito manifiestamente arbitrario y poco razonable, “porque es absolutamente innecesario para cumplir con el único propósito declarado” (párrafo 196 de la opinión disidente) es decir, “el de prevenir el uso de marcas engañosas” (párrafo 172 de la opinión disidente).

Según Philip Morris, sus expectativas legítimas para capitalizar sus activos de marca, ejercer sus derechos de propiedad intelectual y gozar de la estabilidad del marco jurídico uruguayo fueron “evisceradas” por las medidas de dicho país. Sin embargo, basándose en los casos *EDF vs. Rumania* y *El Paso vs. Argentina*, el tribunal remarcó que únicamente compromisos específicos podrían dar lugar a expectativas legítimas, y que Philip Morris no brindó pruebas en cuanto a los compromisos específicos asumidos por Uruguay en torno a las medidas de control del tabaco. Además, en vista del limitado impacto de

las medidas impugnadas en el negocio de Philip Morris, sostuvo que las mismas no cambiaron el marco jurídico “por fuera del margen de cambio aceptable” tolerado según el estándar adoptado en *El Paso*.

#### *Tribunal desestima demandas de denegación de justicia*

Philip Morris también alegó que las decisiones contradictorias de dos tribunales uruguayos —la Corte Suprema de Justicia (SCJ) y el Tribunal de lo Contencioso Administrativo (TCA)— en torno a la Regulación del 80/80 constituían una denegación de justicia. Sin embargo, según la mayoría, pese a parecer “inusual” y “sorprendente”, la contradicción no fue suficientemente grave en sí misma para constituir una denegación de justicia. “Los conflictos rotundos dentro de los sistemas jurídicos nacionales pueden ser lamentables, pero no desconocidos” (párrafo 529).

Según el árbitro disidente, Gary Born, estas sentencias contradictorias, que en ambos casos rechazaron las demandas de Philip Morris, “constituyen un trato de ‘Cara gana; cruz tu pierdes’” (párrafo 40 de la opinión disidente), y al no brindar a Philip Morris acceso a un órgano judicial para apelar dichas sentencias, Uruguay infligió una denegación de justicia.

La otra denegación de justicia fue que la sentencia del TCA sobre la RPU equivaldría a una denegación de justicia porque en el momento de dictar su sentencia, el TCA no abordó los argumentos ni las pruebas de Philip Morris y en cambio consideró la impugnación contra la misma regulación presentada por British American Tobacco en otro procedimiento. Si bien reconoció las impropiedades procesales, el tribunal consideró que los casos y demandas eran muy similares y que los alegatos de Philip Morris fueron atendidos, concluyendo que no existió denegación de justicia.

*Notas:* el tribunal del CIADI estuvo compuesto por Piero Bernardini (Presidente designado por la Secretaría General del CIADI, nacional italiano), Gary Born (designado por la demandante, nacional de Estados Unidos) y James R. Crawford (nominado por la demandada, nacional australiano). El laudo, incluyendo la Decisión sobre Jurisdicción del 2 de julio de 2013 como anexo, se encuentra disponible en <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7417.pdf>.

#### **Reestructuración corporativa y abuso de derechos: tribunal de la CPA declara inadmisibile la demanda de Philip Morris contra reglas sobre empaquetado genérico de tabaco de Australia**

*Philip Morris Asia Limited vs. The Commonwealth of Australia, Caso de la CPA No. 2012-12*  
**Inaê Siqueira de Oliveira**

El 21 de noviembre de 2011, Australia promulgó la Ley de Empaquetado Genérico de Tabaco (*Tobacco Plain Packaging Act*), una legislación para controlar el consumo de tabaco por la que se retira la marca de la etiqueta de cigarrillos. El mismo día, Philip Morris Asia Limited (PM Asia) presentó una Notificación de Arbitraje contra Australia en virtud del tratado bilateral de inversión (TBI) entre Hong Kong y Australia, reclamando

que el empaquetado genérico de tabaco constituye una expropiación de sus derechos de propiedad intelectual.

En mayo de 2016, se publicó una versión expurgada de la decisión de diciembre de 2015 del tribunal arbitral establecido bajo los auspicios de la Corte Permanente de Arbitraje (CPA). El mismo admitió una de las objeciones presentadas por Australia —que la iniciación del arbitraje configuraba un abuso de derechos porque Philip Morris había cambiado su estructura corporativa para obtener la protección del TBI cuando una controversia específica ya era previsible— y, de esta manera, no aceptó atender el caso.

#### *Reglas de Australia sobre empaquetado genérico*

Australia comenzó a considerar el empaquetado genérico de cigarrillos en 1995, pero la iniciativa cobró impulso diez años más tarde, después de que el Convenio Marco para el Control del Tabaco de la Organización Mundial de la Salud (OMS) entrara en vigor para Australia. Los Estados partes de este convenio tienen la obligación de desarrollar e implementar medidas para controlar el consumo de tabaco, incluyendo una prohibición general de publicidad, promoción y auspicio de estos productos.

En 2009, el grupo de trabajo nacional preventivo en materia de salud de Australia (*National Preventive Health Taskforce*) recomendó el empaquetado genérico en los productos tabacaleros, y el Senado australiano promulgó un proyecto de ley para retirar las marcas, nombres comerciales y logos de las etiquetas de cigarrillos. Esto dio lugar durante los meses siguientes a un acalorado debate sobre la legislación de empaquetado genérico en Australia. Philip Morris se opuso vigorosamente a la propuesta a lo largo de todo el proceso legislativo, expresando su “preocupación por la inconstitucionalidad” de la medida (párrafo 110) y su voluntad de recurrir a litigio llegado el caso.

En noviembre de 2011, el gobierno consiguió los votos para finalmente aprobar el proyecto de ley. Posteriormente Australia promulgó la Ley de Empaquetado Genérico de Tabaco e implementó las regulaciones correspondientes.

#### *Reestructuración corporativa de Philip Morris*

Philip Morris International Inc. (PMI) es uno de los mayores productores de tabaco del mundo. Para administrar su negocio en diferentes regiones, PMI posee una docena de subsidiarias y filiales que conforman el Grupo PMI.

La demandante, PM Asia, es una empresa establecida en Hong Kong que sirve como sede regional para las operaciones de PMI. La inversión, Philip Morris Australia (PM Australia), es un *holding* registrado bajo las leyes de Australia que posee todas las acciones de Philip Morris Limited (PML), una empresa comercial a cargo de la fabricación, importación, comercialización y distribución de productos tabacaleros para su venta en Australia y la exportación regional.

Una empresa establecida en Suiza del Grupo PMI fue propietaria de PM Australia hasta el 23 de febrero

de 2011, cuando el esquema de propiedad de las subsidiarias australianas fue reestructurado. PM Asia adquirió todas las acciones de PM Australia y se convirtió en la propietaria directa de la inversión del Grupo PMI en el país. Asimismo, PM Asia alega haber manejado y controlado las subsidiarias australianas desde 2001.

Según PM Asia, la reestructuración de dichas subsidiarias fue parte de una reorganización más amplia del grupo para “reajustar, racionalizar y optimizar la estructura corporativa de PMI” (párrafo 466). En otras palabras, PM Asia alega que la reestructuración no estaba relacionada con las medidas de empaquetado genérico que constituían el objeto del arbitraje.

#### *Objeciones de Australia a la competencia del tribunal: falta de control de la inversión desde 2001, admisión irregular de la inversión, falta de competencia temporal y abuso de derechos*

Dado que el tribunal de la CPA aceptó la petición de Australia de bifurcar el procedimiento, la decisión de diciembre de 2015 únicamente trata las cuestiones de jurisdicción y admisibilidad.

Primero, Australia refutó que PM Asia haya ejercido el control de las subsidiarias australianas desde 2001. Interpretando la prueba de control establecida en el TBI, la cual exige un “interés sustancial en la empresa” (párrafo 497), el tribunal señaló que la supervisión y manejo no parecen ser suficientes para establecer el control, considerando este aspecto particular del tratado. Sin embargo, no decidió sobre la objeción en base a esto. El tribunal dejó de lado la tarea de interpretación e indicó que PM Asia no pudo demostrar que ejerció el control de las subsidiarias australianas. De esta manera, no admitió los alegatos de PM Asia, por no haber presentado pruebas para demostrar dicho control.

Segundo, Australia sostuvo que la inversión no estaba admitida bajo el derecho y las políticas de inversión australianas, tal como lo exige el TBI, porque PM Asia no reveló su intención de entablar una demanda en virtud del TBI, ni describió la manera en que la reestructuración podría impactar en el interés nacional, tornando la solicitud incompleta y, por lo tanto, confusa. Sin embargo, considerando que PM Asia, *prima facie*, poseía evidencia de admisión —una carta de no-objeción emitida por las autoridades estatales— el tribunal trasladó la carga de la prueba y procedió a evaluar si Australia podía probar que la inversión *no* había sido admitida ilícitamente.

El tribunal no se mostró convencido con que la expresión de una intención y la descripción del impacto sobre el interés nacional fueran obligatorias. Asimismo, remarcó que, pese a que PM Asia no expresó que pretendía valerse de la protección del TBI, el Tesorero de Australia sabía de la intención de Philip Morris de impugnar las medidas de empaquetado genérico. Según la opinión del tribunal, la afirmación de Australia de que no sabía de la intención de PMI “más bien parec[ía] ser una admisión de un defecto en su propio procedimiento interno, mientras que se pasaba por alto

una política pública de potencial importancia” (párrafo 518). Por lo tanto, el tribunal no admitió esta objeción.

Tercero, Australia alegó que el tribunal carecía de competencia temporal porque la controversia entre Philip Morris y Australia sobre la regulación de empaquetado genérico surgió *antes* de que PM Asia adquiriera las acciones de PM Australia. Para Australia, “la existencia de una controversia es una cuestión de sustancia” (párrafo 525) y la diferencia sustancial por las medidas de empaquetado genérico existió antes de la reestructuración corporativa del Grupo PMI.

El tribunal no estuvo de acuerdo. Basándose en el caso *Gremcitel vs. Perú*, señaló que “cuando la causa de acción está basada en una violación de tratado, la prueba de una objeción *ratione temporis* se basa en determinar si la demandante realizó una inversión protegida antes del momento en que ocurrió la violación” (párrafo 529). En el presente caso, se cumplió el requisito de jurisdicción temporal porque la inversión (es decir, la adquisición de las acciones) fue realizada antes de la violación alegada (a saber, la Ley de Empaquetado Genérico de Tabaco de noviembre de 2011).

La objeción final de Australia —y, finalmente, decisiva— fue que la demanda de PM Asia configuraba un abuso de derecho. Australia argumentó que, aunque el tribunal tuviese competencia temporal, estaría impedido de ejercerla debido a que la obtención de competencia había sido abusiva. Philip Morris, según Australia, había modificado su estructura corporativa para obtener la protección del TBI sobre una controversia existente y previsible. Por lo tanto, para Australia, la demanda constituía un abuso de derechos y era inadmisibles.

Basándose en la jurisprudencia de arbitrajes de inversión sobre abuso de derechos, el tribunal recordó que “la reestructuración de una inversión para obtener los beneficios de un TBI no es *per se* ilegítimo” (párrafo 540) y que lo que distingue una reestructuración legítima de una ilegítima es la existencia de una controversia previsible. La evaluación del tribunal de si la obtención de competencia fue abusiva o no dependía de una cuestión clave: ¿se trataba de una controversia sobre empaquetado genérico razonablemente previsible antes de la reestructuración que dio como resultado la adquisición de PM Australia por PM Asia?

Según el tribunal, esto fue así. Basándose en el caso *Tidewater vs. Venezuela*, el tribunal definió la previsibilidad como “una posibilidad razonable [...] de que una medida que dio origen a una reclamación de tratado se materialice” (párrafo 554). Al aplicar este umbral bajo para definir una reestructuración abusiva, se apartó de la definición del caso *Pac Rim vs. El Salvador*, la cual exigía “un alto grado de probabilidad” de una controversia.

Aplicando la prueba al caso, el tribunal entendió que, en el momento en que PM Asia adquirió PM Australia, no había duda alguna de la intención de Australia de promulgar medidas de empaquetado genérico. Por lo tanto, una controversia era previsible. Asimismo, dada la evidencia presentada, el tribunal descartó las

acusaciones de Philip Morris de que los impuestos y otras razones comerciales eran factores determinativos en la reestructuración.

En resumen, el tribunal concluyó que Philip Morris cometió un abuso de derechos porque cambió su estructura corporativa para obtener protección del TBI cuando una controversia contra Australia sobre el empaquetado genérico era razonablemente previsible. Por lo tanto, declaró inadmisibles todas las demandas y se rehusó a ejercer su competencia sobre la controversia, reservando el tema de los costos para un laudo final.

*Notas:* El tribunal arbitral estuvo compuesto por Karl-Heinz Böckstiegel (Presidente designado por la Secretaría General de la CPA, ciudadano alemán), Gabrielle Kaufmann-Kohler (nominada por la demandante, nacional suiza) y Donald M. McRae (designado por la demandada, nacional canadiense). El laudo está disponible en [http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7303\\_0.pdf](http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7303_0.pdf).

### **Tribunal del CIADI admite objeción de Panamá sobre abuso de proceso; Transglobal debe pagar costos del arbitraje y la mayoría de las costas legales de Panamá**

*Transglobal Green Energy, LLC y Transglobal Green Panama, S.A. vs. República de Panamá (Caso del CIADI No. ARB/13/28)*

#### **Inaê Siqueira de Oliveira**

En el procedimiento de arbitraje iniciado por Transglobal Green Energy, LLC (empresa establecida en Estados Unidos) y Transglobal Green Panama S.A. (constituida en Panamá) contra la República de Panamá en virtud del tratado bilateral de inversión (TBI) entre los Estados Unidos y Panamá, un tribunal del CIADI admitió la objeción de abuso de proceso presentada por dicho país. Señalando que Transglobal abusó del sistema internacional de las inversiones para entablar demandas, el tribunal rechazó su competencia y ordenó a Transglobal el pago de todos los costos del arbitraje, así como la mayoría de los honorarios y costas legales incurridos por Panamá.

Dado que el tribunal aceptó la petición de Panamá de bifurcar el procedimiento, el laudo únicamente trata la cuestión de la competencia y los costos arbitrales. De hecho, ya que el tribunal admitió la objeción de abuso de proceso, consideró innecesario deliberar sobre las restantes objeciones presentadas por Panamá, que se relacionaban con la ausencia de una inversión, renuncia al derecho de someter la controversia a arbitraje, los reclamos basados en la cláusula de nación más favorecida (NMF) y el control interno de la inversión.

#### *Hechos pertinentes I: Concesión de Bajo de Mina y fallo de la Corte Suprema*

Las demandas de Transglobal surgieron a raíz de los acontecimientos que tuvieron lugar en 2005. En mayo del mismo año, La Mina Hydro-Power Corp. (La Mina), una empresa panameña, celebró un Contrato de Concesión con la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos



(ASEP) de Panamá para diseñar, construir y operar una planta de energía hidroeléctrica en Bajo de Mina.

La Mina no comenzó las obras de construcción de la planta en la fecha límite acordada; entonces, ASEP emitió una resolución cancelando el Contrato de Concesión. En respuesta, La Mina solicitó a la Corte Suprema de Panamá que dictase medidas precautorias contra la cancelación y que revisase la decisión administrativa. La Corte Suprema denegó la solicitud de medidas precautorias.

Encontrándose pendiente la decisión de la Corte sobre la revisión de la decisión de cancelación del contrato, ASEP firmó un contrato de concesión del mismo proyecto con otra empresa, Ideal Panama S.A., la cual procedió a la construcción de la planta de energía. Posteriormente, en noviembre de 2010, la Corte Suprema decidió que el contrato de La Mina con ASEP seguía en vigor y ordenó la restitución de la concesión a La Mina, que no fue ejecutada inmediatamente.

#### *Hechos pertinentes II: Transglobal Green Energy entra en escena*

Solo pasado un mes del fallo de la Corte Suprema, el cual todavía no fuera implementado, el Sr. Julio Lisac, propietario de La Mina, firmó un Memorando de Entendimiento (*Memorandum of Understanding*, MOU) con Transglobal Green Energy (TGGE). En septiembre de 2011, ambos celebraron un Acuerdo de Asociación y Transferencia (PTA, por sus siglas en inglés), el cual establecía la creación de Transglobal Green Energy Panama (TGGE Panama), una empresa con fines especiales para emprender el proyecto hidroeléctrico en Bajo de Mina. Notablemente, el PTA establecía el propósito de “buscar y obtener, individual o conjuntamente, mecanismos para permitir la ejecución del fallo del 11 de noviembre de 2011, y permitir que la asociación adquiera los derechos de concesión” (párrafo 85). Poco después, TGGE Panama fue constituida, con el Sr. Lisac y TGGE como únicos accionistas. Pese a que TGGE poseía el 70 por ciento de las acciones, el tribunal posteriormente concluyó que los acuerdos de votación y el principio de ejecución exclusiva del Sr. Lisac revelaban una “intención del Sr. Lisac para ejercer el control *de facto* de TGGE Panama” (párrafo 111).

El Sr. Lisac solicitó la transferencia de los derechos de concesión de Bajo de Mina a TGGE Panama. Luego, en enero de 2012, antes de que ASEP tomase una decisión sobre la solicitud de transferencia, el Consejo de Gabinete, un órgano deliberante de funcionarios de Estado de alto rango, autorizó el rescate administrativo de la concesión “en pos de un interés social urgente” (párrafo 69).

ASEP ejecutó el rescate administrativo del Contrato de Concesión. Desde entonces, el Sr. Lisac ha iniciado varios procedimientos judiciales para recuperar dichos derechos. El 19 de septiembre de 2013, se registró la Solicitud de Arbitraje en el CIADI.

#### *Abuso de proceso por Transglobal*

El tribunal comenzó su análisis sobre competencia considerando la objeción basada en un abuso de proceso “porque la existencia de un abuso de proceso es una cuestión fundamental que prohibiría el ejercicio de competencia del Tribunal aun cuando dicha competencia existiese” (párrafo 100).

Panamá afirmó que Transglobal “intentó crear una jurisdicción internacional artificial sobre una controversia interna [...] incorporando a un inversor extranjero en la propiedad de un proyecto interno, cuando el proyecto ya se encontraba involucrado en una controversia interna” (párrafo 85). Para demostrar que la diferencia del Sr. Lisac con Panamá surgió antes de la inversión de Transglobal, enumeró algunos acontecimientos, tales como la resolución de ASEP de 2006 cancelando el Contrato de Concesión y el fallo de la Corte Suprema de 2010. Transglobal no ofreció contraargumentos a la objeción —y de hecho, no presentó una contestación a la objeción jurisdiccional—.

Citando el caso *Phoenix vs. la República Checa*, el tribunal señaló que “existe una línea coherente de decisiones de tribunales arbitrales sobre objeciones jurisdiccionales basadas en el abuso del sistema de tratados de inversión” (párrafo 102). De acuerdo con esta línea de casos, transferir una inversión nacional a una empresa extranjera para obtener la protección de un TBI en una controversia pre-existente configura un abuso de derechos e impide el ejercicio de competencia.

Al determinar si el Sr. Lisac había intentado internacionalizar su controversia interna con Panamá para obtener la protección del TBI, el tribunal remarcó que la ejecución del fallo de la Corte Suprema de 2010 ocupó un lugar prominente en el PTA firmado entre el Sr. Lisac y TGGE. En efecto, el tribunal indicó que brindar asistencia en la ejecución de dicho fallo fue la primera obligación asumida por TGGE bajo el PTA. Además, según la opinión del tribunal, el acuerdo de votación contenido en el PTA revelaba “la intención del Sr. Lisac de ejercer el control *de facto* de TGGE Panama independientemente del porcentaje de las acciones y al mismo tiempo beneficiarse de la nacionalidad extranjera de TGGE a los fines de someter la controversia a arbitraje” (párrafo 111).

En sus comentarios finales sobre la objeción, el tribunal observó que los avances procesales demostraban una “relación íntima entre los procedimientos judiciales en curso en Panamá y el presente procedimiento” (para. 113). Transglobal solicitó dos veces la suspensión del arbitraje basándose en los avances de los procedimientos judiciales en curso en Panamá. De acuerdo con el tribunal, estas solicitudes de suspensión, presentadas mientras Transglobal aguardaba la ejecución del fallo de 2010, revelan una búsqueda de remedios internacionales para una controversia interna pre-existente.

#### *Costos del arbitraje y costas legales*

En su razonamiento sobre los costos, el tribunal

reconoció que, en casos que involucran un abuso de proceso, los “tribunales tienden a decidir que los demandantes deben asumir los costos del procedimiento, [pero] en cuanto a los honorarios y costas legales, las decisiones registradas son mixtas” (párrafo 125). Para ilustrar esta discrepancia, citó nuevamente el caso *Phoenix*, donde la demandante tuvo que pagar los honorarios y costas de la demandada, y en *Renée Rose Levy vs. Perú*, donde la demandante tuvo que pagar una contribución razonable —según la evaluación del tribunal— de los honorarios y costas de la demandada.

Entonces, el tribunal concordó con la decisión del caso *Renée Rose Levy*, sosteniendo que la demandante debía asumir los costos del procedimiento, así como también los honorarios de los abogados y costas legales, “en tanto que sean razonables” (párrafo 126).

Panamá había alegado que la conducta de Transglobal a lo largo del arbitraje —al no brindar traducciones de documentos importantes, presentar evidencia documentaria discrepante y al solicitar la suspensión sabiendo que Panamá se opondría a la misma— había complicado innecesariamente la defensa de Panamá. El tribunal consideró que Transglobal tuvo una “actitud arrogante” (párrafo 126). Tomando en cuenta el transcurso general del procedimiento, el tribunal concluyó que Transglobal debía asumir los honorarios y costas de Panamá, a excepción de algunas solicitudes anteriores de cambio de costos y medidas provisionales relacionadas con la caución para costas que fueron rechazadas.

Panamá también había solicitado al tribunal que, basándose en su autoridad general bajo el Artículo 61(2) del Convenio del CIADI, todos los fondos restantes en la cuenta administrativa fueran otorgados a Panamá. El tribunal denegó esta petición porque entendió que “no poseía autoridad para emitir una orden como tal” (párrafo 129).

*Notas:* El tribunal arbitral estuvo compuesto por Andrés Rigo Sureda (Presidente designado por los co-árbitros, nacional español), Christoph H. Schreuer (nominado por la demandante, ciudadano austriaco) y Jan Paulsson (designado por la demandada, ciudadano bahreiní, francés y suizo). El laudo del 2 de junio de 2016 está disponible en <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7336.pdf>. La traducción al español de las citas textuales pertenece a la traductora ya que el laudo del caso no se encuentra disponible en español.

### **Demandante no cumple con el período de prescripción de tres años bajo el DR-CAFTA**

*Corona Materials, LLC vs. República Dominicana, Caso del CIADI No. ARB(AF)/14/3*

**María Florencia Sarmiento**

Un tribunal del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) declaró su falta de competencia en el caso de *Corona Materials LLC* (una empresa norteamericana) contra la República Dominicana. En el laudo del 31 de mayo de 2016, el tribunal afirmó que carecía de competencia para entender en la controversia, dado que la demanda de

Corona se encontraba fuera del término de tres años establecido en el Tratado de Libre Comercio entre la República Dominicana y América Central (DR-CAFTA).

### *Antecedentes de hecho y demandas*

El caso se refiere a un proyecto minero para construir y operar una mina en la República Dominicana de la cual Corona exportaría agregados para la construcción.

En 2007, Corona presentó una solicitud para operar una concesión de explotación y pocos meses después una solicitud de licencia ambiental. La empresa alegó que existieron dilaciones en el procesamiento de la licencia; la República Dominicana refutó que fue Corona quien dilató el procedimiento al omitir su respuesta a las solicitudes de documentos y al modificar el alcance del proyecto en diversas oportunidades.

En agosto de 2010, el Ministerio de Medio Ambiente le informó a Corona que el proyecto “no era ambientalmente viable” (párrafo 43). Según la demandante, la decisión negativa no tenía bases suficientes, mientras que la demandada argumentó que la comunicación no sólo le informó la decisión sino también los motivos que condujeron a la misma. En octubre de 2010, Corona presentó un recurso de reconsideración de la decisión, respecto del cual no recibió una respuesta formal. Según la República Dominicana, el plazo límite para solicitar una reconsideración había vencido.

Corona inició el arbitraje contra la República Dominicana el 30 de julio de 2014, cuestionando las siguientes medidas: (i) la denegación de la licencia ambiental, que según Corona, violaba los artículos del DR-CAFTA sobre trato nacional y nivel mínimo de trato (incluido el trato justo y equitativo y protección y seguridad plenas) lo cual constituiría una expropiación indirecta, y (ii) la falta de respuesta a la solicitud de reconsideración, lo cual constituiría una denegación de justicia.

La República Dominicana negó todas las demandas y objetó la jurisdicción del tribunal, sosteniendo que las medidas alegadas tuvieron lugar después del plazo de tres años establecido en el artículo 10.18 (1) del DR-CAFTA. La disposición señala que “[n]inguna reclamación podrá someterse a arbitraje conforme a esta Sección, si han transcurrido más de tres años a partir de la fecha en que el demandante tuvo o debió haber tenido conocimiento de la violación alegada [...] y conocimiento de que el demandante [...], o la empresa [...] sufrió pérdidas o daños”.

*Tribunal enfoca su análisis en determinar si la demandante cumplió con período de prescripción de tres años*

El tribunal remarcó la similitud en la redacción de la disposición sobre el período de prescripción del DR-CAFTA y las correspondientes disposiciones contenidas en los Artículos 1116(2) y 1117(2) del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN). Adoptando el enfoque de los tribunales del TLCAN en casos tales como *Grand River vs. Estados Unidos* y *Feldman vs. México*, el tribunal del presente

caso remarcó que dichos tribunales han descrito el período de prescripción como no sujeto a “suspensión, prolongación u otra calificación” (párrafo 192).

Según el mismo, la fecha más temprana posible en la cual se permitiera a Corona haber tenido conocimiento real o implícito del supuesto incumplimiento y de las pérdidas o daños es la “fecha crítica” (párrafo 199). Dado que la solicitud de arbitraje fue registrada el 10 de junio de 2014, el tribunal concluyó que la fecha crítica fue tres años antes, el 10 de junio de 2011, y procedió a determinar si Corona tuvo conocimiento antes de la misma.

*¿Cuándo tuvo la demandante conocimiento real o implícito?*

El tribunal consideró que la principal medida adoptada por la República Dominicana fue la negativa del Ministerio de Medio Ambiente para otorgar la licencia ambiental, la cual fue notificada a Corona por medio de una carta con fecha del 18 de agosto de 2010, estableciendo expresamente el carácter definitivo de dicha decisión.

Asimismo consideró las pruebas que indicaban que, a principios de 2011, Corona había comenzado a explorar la posibilidad de someter la diferencia a arbitraje en virtud del DR-CAFTA, tal como aparece en la correspondencia entre Corona y funcionarios públicos. En cuanto al conocimiento de las pérdidas o daños, una carta del mismo período demostró que Corona no sólo estaba consciente de la realidad del daño causado por RD sino que era capaz de poder evaluar dicho daño (US\$342 millones).

Según la opinión del tribunal, Corona manifestó su opinión en febrero de 2011 enviando una carta al Ministerio de Medio Ambiente para que reconsiderase la decisión del 18 de agosto de 2010; por lo tanto, reconoció explícitamente su conocimiento del daño. Dado que esto ocurrió antes de la fecha crítica, el tribunal concluyó que Corona no cumplió con el límite de tiempo establecido en el Artículo 10.18(1) del DR-CAFTA.

*Tribunal aborda la cuestión de denegación de justicia*

Corona afirmó que la denegación de justicia alegada era una violación separada a la denegación de otorgamiento de la licencia ambiental. El tribunal, antes de analizar cuándo Corona adquirió conocimiento del daño, ya había concluido que no había fundamento para esta demanda, dado que la falta de reconsideración de la denegación del otorgamiento de la licencia por parte de la República Dominicana no era más que la confirmación implícita de su decisión anterior.

Si bien podría haber simplemente finalizado su tarea en este momento al haber concluido firmemente que el reclamo de Corona había prescrito, el tribunal consideró apropiado abordar la denegación de justicia, que Corona le iba dando cada vez mayor importancia mientras se desarrollaba el procedimiento. En particular, Corona afirmó que, durante cinco años y medio, la República Dominicana no había respondido a la moción de reconsideración.

Primero, el tribunal no estuvo de acuerdo con Corona,

y sostuvo que un acto administrativo, per se, y particularmente en el primer nivel jerárquico de la toma de decisiones, no puede constituir una denegación de justicia conforme al derecho internacional consuetudinario. Asimismo, subrayó que el DR-CAFTA no está redactado en términos tan amplios, y hace hincapié en diversas formas de “procedimientos contencioso-administrativos”, a saber, que no todas las cuestiones criminales, civiles o administrativas, o los actos o procedimientos encuadran dentro del alcance del DR-CAFTA. Así, el tribunal determinó que no había procedimiento contencioso-administrativo alguno al momento de la presentación del recurso de reconsideración por Corona.

Asimismo, el tribunal indicó que, aún si se considerara que la moción ha activado un proceso contencioso administrativo, primero debería analizar si se han agotado los recursos locales en este caso en particular, ya que el agotamiento de los recursos internos es un requisito previo para alegar la denegación de justicia. Recordando que la denegación de justicia se apoya en el fracaso sistémico del sistema judicial del Estado, el tribunal concluyó que Corona no pudo demostrar que avanzar en el sistema jurídico de la República Dominicana habría sido inútil.

Como punto final, el tribunal rechazó el argumento de Corona en virtud del Artículo 10.18(2), el cual exige en primer lugar que la demandante renuncie “de cualquier derecho a iniciar o continuar ante cualquier tribunal judicial o administrativo conforme a la ley de cualquiera de las Partes, u otros procedimientos de solución de controversias, cualquier actuación respecto de cualquier medida que se alegue ha constituido una violación”, y luego establece la posibilidad de presentar una acción que persiga medidas precautorias provisionales, que no impliquen el pago de una indemnización por daños mientras que la demandante promueve su demanda por daños en virtud del DR-CAFTA.

Corona alegó que la renuncia exigida para presentar una demanda por daños le prohibía agotar los recursos internos. Sin embargo, el tribunal estuvo en desacuerdo, considerando que el DR-CAFTA es claro en sus términos. Señaló que dicho acuerdo establece una cláusula de bifurcación (*fork-in-the-road*) que no impedía a Corona recurrir a remedios locales, sino que le prohibía incoar una demanda por la misma presunta violación ante los tribunales locales y arbitraje internacional.

En conclusión, el tribunal dictaminó que, en virtud del DR-CAFTA, no podía decidir en favor de Corona por su demanda de denegación de justicia.

*Decisión y costas*

El tribunal decidió que la solicitud de arbitraje fue extemporánea, y que carecía de competencia sobre las reclamaciones. También ordenó a cada una partes el pago de la mitad de las costas del arbitraje y asumir sus propios honorarios y gastos legales.

*Notas:* El tribunal del CIADI estuvo compuesto por Pierre-Marie Dupuy (Presidente propuesto por el

Presidente del Consejo Administrativo y acordado por las partes, nacional francés), Fernando Mantilla-Serrano (nominado por la demandante, nacional colombiano) y J. Christopher Thomas (designado por la demandada, nacional canadiense). El laudo se encuentra disponible en español en [https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC8252\\_Sp&caselId=C3665](https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC8252_Sp&caselId=C3665).

**Venezuela debe pagar US\$1,202 mil millones más intereses a la empresa minera canadiense Crystallex por violación de FET y expropiación**  
*Crystallex International Corporation vs. la República Bolivariana de Venezuela, Caso del CIADI No. ARB(AF)/11/2*  
**Martin Dietrich Brauch**

En un laudo de 273 páginas del 4 de abril de 2016, un tribunal del Mecanismo Complementario (MC) del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) ordenó a Venezuela el pago de US\$1,202 mil millones más intereses a la empresa canadiense Crystallex International Corporation (Crystallex). El tribunal consideró que la denegación de un permiso ambiental a Crystallex y la cancelación de su contrato de operación minera, entre otras acciones de Venezuela, demostraban una decisión en el más alto nivel de la agenda política venezolana para nacionalizar una mina de oro sin compensación.

*Antecedentes de hecho y demandas*

El 17 de septiembre de 2002, Crystallex y Corporación Venezolana de Guayana (CVG), una empresa estatal venezolana, celebraron un Contrato de Operación Minera (COM) para desarrollar concesiones mineras en el área de Las Cristinas. Se dice que existen grandes yacimientos de oro en el área, localizada dentro de la Reserva Forestal Nacional Imataca de Venezuela.

Entre 2003 y 2008 Crystallex solicitó los permisos necesarios. Para responder a algunas preocupaciones planteadas por Venezuela, la empresa tuvo que presentar un estudio de impacto ambiental revisado. Posteriormente, en una carta del 16 de mayo de 2007, el Ministerio del Ambiente solicitó a Crystallex una fianza para “garantizar la ejecución de las medidas propuestas en el documento presentado para la Evaluación del Impacto Ambiental del proyecto, las cuales han sido analizadas y aprobadas por este Despacho”. Además, en la carta se señalaba que, una vez aprobadas las formalidades relativas a la fianza, “el [permiso ambiental] [...] les será entregado” (párrafo 561).

Pese a que Crystallex pagó la fianza y los impuestos ambientales, el Ministerio del Ambiente le denegó el permiso ambiental en una carta del 14 de abril de 2008, basándose en las preocupaciones por el impacto ambiental y en los pueblos indígenas de la reserva Imataca. En varias declaraciones públicas desde 2008 al 2010, el entonces Presidente Hugo Chávez y funcionarios de alto nivel expresaron la intención de Venezuela de nacionalizar los yacimientos de oro, incluyendo Las Cristinas.

Crystallex notificó al Ministerio de Minas sobre la controversia en noviembre de 2008. Pero, recién el 16 de febrero de 2011 —después de que CVG rescindiera formalmente el COM el 3 de febrero de 2011— Crystallex inició el arbitraje contra Venezuela por la expropiación de sus inversiones y por no otorgarles un trato justo y equitativo (FET, por sus siglas en inglés) ni protección y seguridad plenas, en violación del tratado bilateral de inversión (TBI) entre Canadá y Venezuela. Crystallex solicitó una compensación de US\$3,16 mil millones más intereses.

*Venezuela frustró las expectativas legítimas de Crystallex, entre otras violaciones del FET*

El tribunal se remitió a la jurisprudencia —incluyendo los casos *Rumeli vs. Kazakstán*, *Lemire vs. Ucrania* y *Bayindir vs. Pakistán*— para determinar el contenido del estándar FET del tratado, y concluyó que estos presentan una serie de elementos comunes que son pertinentes al caso en cuestión: “la protección de las expectativas legítimas, la protección contra el trato arbitrario o discriminatorio, la transparencia y la coherencia” (párrafo 543). Y agregó que no es necesario que la conducta del Estado sea escandalosa o de mala fe para que llegue a constituir una infracción a este estándar.

Según el tribunal, la mayoría de las expectativas alegadas por Crystallex “presentan una circularidad de argumento” (párrafo 551) o eran “demasiado generales e indeterminadas” (párrafo 553) para fundar una demanda por expectativas legítimas, y por lo tanto, una violación del FET. No obstante, observando en mayor detalle la carta del 16 de mayo de 2007, el tribunal consideró que la misma indicaba claramente que Venezuela había completado el proceso de análisis y que entregaría el permiso una vez consignada la fianza, creando así expectativas legítimas en Crystallex para que pagase la fianza y los impuestos ambientales.

Resulta importante que el tribunal no concordó con la sugerencia de Crystallex de que tenía derecho al permiso ambiental. “Desde la perspectiva del derecho internacional”, afirmó el tribunal, “no podría decirse que un Estado tiene la obligación de otorgar un permiso para afectar recursos naturales, y siempre conservaría la libertad de denegar un permiso si lo considera adecuado” (párrafo 581).

Si bien el tribunal consideró que, hasta la carta de fecha 16 de mayo de 2007, “el inversor generalmente recibió un trato sincero” (párrafo 588), concluyó que la carta de denegación del permiso de fecha 14 de abril de 2008 contenía elementos de arbitrariedad y falta de transparencia y coherencia. Por ejemplo, señaló que la referencia en la carta al calentamiento global era “especialmente problemática”, remarcando que “plantear esta inquietud por primera vez en un intento de justificar la denegación del permiso es un claro ejemplo de conducta arbitraria e injusta” (párrafo 592).

El tribunal también consideró la falta de datos o estudios científicos para justificar la denegación, y señaló que “no puede entender cómo miles y miles de páginas

presentadas por Crystallex, luego de años de trabajo y millones de dólares en costos, pudieron ser ignoradas de manera tan flagrante” (párrafos 597). Estos “grandes esfuerzos” según el tribunal, “facultaban a Crystallex para que sus estudios fueran debidamente analizados y minuciosamente evaluados” (párrafo 597).

El tribunal afirmó que la denegación del permiso era fundamentalmente deficiente y que frustró las expectativas legítimas de Crystallex generadas por la carta del 16 de mayo de 2007. Además, determinó que Venezuela sometió a Crystallex a una “‘montaña rusa’ de declaraciones contradictorias e incoherentes” (párrafo 606) en el manejo de la rescisión del COM, violando así el estándar FET en virtud del TBI.

*Demanda por “protección y seguridad plenas” rechazada ya que concierne seguridad física, no jurídica*

Crystallex reclamó que la “seguridad y protección plenas” abarca la seguridad y estabilidad jurídica, mientras que Venezuela argumentó que este estándar se limita a la seguridad física. El tribunal adhirió a la interpretación de Venezuela y se basó en una serie de casos que incluyen *Saluka vs. República Checa* y *Rumeli vs. Kazakstán*. Dado que Crystallex no reclamó ni demostró que Venezuela había violado su seguridad física, el tribunal rechazó esta demanda.

*Tribunal encuentra expropiación indirecta en tres grupos de acciones de Venezuela*

Observando la amplia definición de inversión encontrada en el TBI, la cual cubre derechos contractuales “a explorar, cultivar, extraer o explotar recursos naturales” (párrafo 661), el tribunal determinó que los derechos de Crystallex bajo el COM eran susceptibles de ser expropiados.

Tres grupos de acciones, en conjunto, llevaron al tribunal a concluir que hubo expropiación indirecta: primero, la denegación del permiso y la serie de acciones en torno a la misma; segundo, las declaraciones públicas de los altos funcionarios del gobierno venezolano después de la denegación del permiso, que daban evidencia de la intención de dicho gobierno de nacionalizar Las Cristinas y que resultaron en una devaluación gradual de la inversión de Crystallex; y tercero, la rescisión del COM.

El tribunal también evaluó si la expropiación fue ilícita. Aceptó el argumento de Venezuela de que la expropiación se llevó a cabo en pos de un objetivo de interés público, y concluyó que Crystallex no pudo demostrar que la expropiación ocurrió en violación del debido proceso o de manera discriminatoria. Sin embargo, dado que Venezuela no ofreció una compensación pronta, adecuada y efectiva, el tribunal sostuvo que Venezuela expropió la inversión de Crystallex en violación del TBI.

*Tribunal usa promedio de dos metodologías para calcular compensación*

Considerando la conclusión de que Venezuela violó acumulativamente el estándar FET y la disposición

sobre expropiación del TBI, el tribunal decidió aplicar el estándar de “reparación integral” bajo el derecho consuetudinario internacional, utilizando la metodología de “valor justo de mercado”. Coincidió con Venezuela en la elección del 13 de abril de 2008 —día anterior a la denegación del permiso, que el tribunal consideró como el primer acto importante que dio lugar a la expropiación indirecta— como la fecha apropiada para la valuación de la indemnización.

Al evaluar el valor justo de mercado de la inversión, el tribunal primero se preguntó si era más apropiado adoptar los enfoques hacia el futuro de Crystallex (todos destinados a calcular el lucro cesante) o el enfoque retrospectivo propuesto por Venezuela (el enfoque de los costos destinado a considerar lo que Crystallex gastó en la inversión). Así la suma de costos por la empresa indicó un gasto de US\$644,8 millones.

El tribunal consideró que, en este caso en cuestión, era apropiado utilizar una metodología para calcular las ganancias perdidas. Observó los Estándares y Lineamientos para la Valoración de Yacimientos Minerales del Instituto Canadiense de Minería, Metalurgia y Petróleo (“Lineamientos CIMVal”) para confirmar su elección metodológica.

Entonces el tribunal procedió a analizar las cuatro metodologías propuestas por Crystallex. Rechazando el método *P/NAV* por no brindar datos confiables y el método de *comparación indirecta de las ventas* por arrojar resultados excesivamente especulativos, el tribunal otorgó una indemnización de US\$1,202 mil millones, basándose en un promedio de daños calculados a través de los enfoques del *mercado de acciones* y de los *múltiplos de mercado*. También otorgó intereses tanto previos como posteriores al laudo a la tasa LIBOR en dólares estadounidenses promedio a 6 meses más el 1 por ciento anual.

Crystallex también solicitó al tribunal que declare que el monto del laudo fuera neto de todos los impuestos venezolanos y canadienses, pero el tribunal rechazó ambas solicitudes.

Considerando que “cada lado planteó argumentos válidos en sustento de su postura respectiva, y actuó de manera justa y profesional” (párrafo 959), el tribunal determinó que cada parte debería hacerse cargo de sus propios costos y que deberían compartir los costos del CIADI en partes iguales.

*Notas:* El tribunal del CIADI estuvo compuesto por Laurent Lévy (presidente nominado por las partes, ciudadano brasilero y suizo), John Y. Gotanda (designado por la demandante, nacional estadounidense) y Laurence Boisson de Chazournes (nominada por la demandada, nacional francesa). El laudo está disponible en inglés en <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7194.pdf> y en español en <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7195.pdf>.

## **Tribunal del TLCAN rechaza demandas contra Canadá sobre programa de tarifas de fomento a las energías renovables (feed-in tariff)**

*Mesa Power Group, LLC vs. Gobierno de Canadá, CNUDMI, Caso de la CPA No. 2012-17*

**Matthew Levine**

Un tribunal arbitral constituido bajo el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) emitió su laudo aunque con una opinión disidente. El tribunal se declaró competente en virtud del Capítulo 11 de inversión del TLCAN.

La mayoría del tribunal concluyó que el programa de fomento a las energías renovables de Ontario llamado *Feed-In Tariff* (Programa FIT) —por medio del cual se creó un proceso de licitación para los contratos de compraventa de energía eléctrica (CCE) por el cual las empresas venderían energía limpia a la red provincial— constituía una contratación a los efectos del TLCAN, lo cual dio lugar al rechazo de algunas demandas. La mayoría también concluyó que Canadá no incumplió con sus obligaciones internacionales asumidas bajo el Artículo 1105 del TLCAN.

### *Antecedentes*

La demandante, Mesa Power Group, LLC (Mesa), es una empresa constituida bajo las leyes de Estados Unidos. Mesa forma parte de un grupo comercial que supervisa y desarrolla proyectos de energías renovables, especialmente en el sector eólico.

En 2009, Ontario comenzó a implementar el Programa FIT para los productores de energías limpias. Contrariamente a las expectativas, se registró un alto número de solicitudes. Pese a que Mesa presentó un total de seis solicitudes, incluyendo dos en el período más temprano posible, finalmente no pudo obtener ni un solo CCE bajo el Programa FIT. En particular, todos los proyectos de Mesa se localizaban en la Región Bruce de Ontario. Después de la primera y la segunda ronda de licitaciones bajo el Programa FIT, la provincia adujo limitaciones de transmisión como una razón material para no otorgar CCEs en dicha región.

En enero de 2010, si bien el Programa FIT se encontraba en curso, Ontario celebró un Contrato de Inversión en Energías Verdes (*Green Energy Investment Agreement*, GEIA) con un consorcio administrado por la multinacional Samsung. El GEIA solicitó al consorcio de Samsung el establecimiento y fabricación de equipos para la generación de energía solar y eólica en Ontario. A cambio, el grupo Samsung recibió, entre otras cosas, una garantía de acceso prioritario para una determinada capacidad de transmisión.

El 4 de octubre de 2011, Mesa envió a Canadá una Notificación de Arbitraje bajo el Capítulo 11 del TLCAN. Alegó que Canadá, en contravención de los Artículos 1102 y 1103, dio un trato menos favorable a Mesa y sus inversiones que el otorgado a otros inversores en circunstancias similares; contrario al Artículo 1106, impuso requerimientos mínimos de contenido nacional, y; en contra del Artículo 1105, no dio a las

inversiones de Mesa un trato acorde con el derecho internacional. Mesa solicitó compensación por daños de aproximadamente US\$75 millones.

El tribunal fue constituido el 16 de julio de 2012 bajo los auspicios de la Corte Permanente de Arbitraje (CPA). Consecuentemente, los tres árbitros firmaron una “declaración de aceptación y de imparcialidad e independencia” en cuanto a su designación. El 4 de mayo de 2015, la presidente reveló que ya estaba presidiendo un arbitraje en el CIADI donde uno de los árbitros nominados por una de las partes actuaba como defensor.

*No se requiere “período de enfriamiento” en relación con todos y cada uno de los acontecimientos*

Canadá objetó la jurisdicción del tribunal alegando que las Partes del TLCAN, para dar su consentimiento a arbitraje sobre una posible demanda, adherían a las condiciones establecidas en los Artículos 1118 a 1121, y argumentó que Mesa no cumplió con las mismas.

En particular, Mesa había presentado su Notificación de Arbitraje solo tres meses después de la decisión final del gobierno de Ontario que la empresa pretendía cuestionar en el arbitraje. Canadá alegó que Mesa no cumplió con el período de enfriamiento de seis meses establecido en el Artículo 1120(1), y que el significado común de la frase “los actos que motivan la reclamación” en esta disposición se refiere a todos y cada uno de los acontecimientos. A este respecto, Canadá recibió el apoyo de México en su presentación como tercera parte.

El tribunal procedió a interpretar el Artículo 1120(1) considerando los principios de interpretación de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y teniendo en cuenta los objetivos establecidos en el Artículo 102(1) del TLCAN. Finalmente concordó con Mesa: si los argumentos de Canadá fueran aceptados, cada nuevo acontecimiento relacionado con la demanda requeriría que un demandante esperase seis meses más, que serían aplicables sin importar cuan secundario o auxiliar pueda llegar a ser el acontecimiento. Por lo tanto, si los actos relacionados con la misma demanda continuasen ocurriendo, un demandante efectivamente podría verse impedido de iniciar un arbitraje bajo el Artículo 1116(1). Esta interpretación, según el tribunal, en efecto privaría a la disposición de su *effet utile*, un resultado que iría en contra de las reglas de interpretación de tratados.

### *Programa FIT constituye contratación*

Según Canadá, las obligaciones bajo los Artículos 1102, 1103 y 1106 del TLCAN no pueden ser aplicadas a la inversión de Mesa, porque el Programa FIT constituía una “contratación” conforme a los Artículos 1108(7) (a) y 1108(8)(b), que dispone reservas y excepciones a la protección de las inversiones. Dado que el Capítulo 11 de dicho acuerdo no define el término contratación, Canadá alegó que el tribunal debería aceptar el enfoque extensivo adoptado en anteriores arbitrajes del TLCAN, por ejemplo *ADF vs. Estados Unidos* y *UPS vs. Canadá*, así como en el informe del Panel y del Órgano de Apelación de la Organización Mundial del Comercio,

titulado *Canada — Renewable Energy*. Mesa, no obstante, invocó, la cláusula de nación más favorecida (NMF) en el Artículo 1103 del TLCAN y el mejor trato establecido bajo la consecuente práctica de tratados, tal como el Acuerdo para la Promoción y la Protección Recíproca de Inversiones (APPRI) firmado entre Canadá y la República Checa en 2009.

En cuanto al argumento sobre NMF presentado por la demandante, el tribunal observó que, “[p]ara que una cláusula en un tratado base permita la importación de un estándar de protección más favorable de un tratado de una tercera parte, primero debe establecerse la aplicabilidad de la cláusula de NMF en el tratado base. En otras palabras, es que uno debe, en primer lugar, encontrarse *cubierto por* el tratado para iniciar una demanda a *través del* tratado. Por lo tanto, [...] para que la Demandante pueda establecer la aplicación del Artículo 1103 del TLCAN, debe demostrar que el Programa FIT no constituye una contratación” (párrafos 401 y 402). Sin embargo, Mesa finalmente no pudo probar esto, y el tribunal concluyó que el Programa FIT efectivamente constituía una contratación, no admitiendo las demandas de discriminación presentadas bajo los Artículos 1102 y 1103.

Charles Brower discordó con la determinación de que el programa FIT constituía una contratación.

#### *Tribunal dirime sobre el alcance del nivel de trato del derecho consuetudinario internacional*

El tribunal consideró las presentaciones de las partes contendientes y no contendientes en la controversia referente al TLCAN (México y Estados Unidos) con respecto a la interpretación y ámbito de aplicación del Artículo 1105. En términos de interpretación, el tribunal concluyó que las *Notas Interpretativas de Determinadas Disposiciones del Capítulo Once* elaboradas por la Comisión de Libre Comercio (CLC) en 2011 son vinculantes.

En cuanto al alcance del nivel mínimo de trato establecido por el derecho consuetudinario internacional contenido en el Artículo 1105, las partes disintieron: Mesa reclamó que este concepto ha evolucionado y que ahora posee el mismo contenido y sentido que el estándar de trato justo y equitativo (FET, por sus siglas en inglés) denominado “autónomo” contenido en los tratados bilaterales de inversión (TBIs) modernos, mientras que Canadá expuso la visión de que el Artículo 1105 de ninguna manera crea una obligación abierta a ser definida por los tribunales.

Luego de considerar las posturas de las partes, el tribunal concordó de manera unánime con la decisión del caso *Waste Management II* donde se define correctamente el contenido del nivel mínimo de trato del derecho consuetudinario internacional encontrado en el Artículo 1105. Sobre esta base, confirmó los siguientes componentes de dicho artículo: “arbitrariedad; injusticia ‘manifiesta’; discriminación; falta ‘total’ de transparencia e imparcialidad en un proceso administrativo; ausencia de debido proceso ‘que lleva a un resultado que ofende la discrecionalidad judicial’; y un ‘fracaso manifiesto’

de la justicia natural en los procedimientos judiciales” (párrafo 502). El tribunal también sostuvo que la falta de respeto de las expectativas legítimas de un inversor debe ser considerada cuando se aplica el estándar, pero que, en sí y por sí misma no constituye una violación del Artículo 1105. En conclusión, el tribunal remarcó que “esa determinación debe hacerse a la luz de la alta deferencia que el derecho internacional le confiere en general a la facultad que les cabe a las autoridades nacionales de regular los asuntos dentro de sus fronteras” (párrafo 505).

#### *Opinión disidente sobre si Canadá finalmente violó el Artículo 1105*

Pese a coincidir con la formulación antes mencionada del estándar aplicable, Charles Brower disintió con la conclusión de que Canadá no había violado el Artículo 1105. Según Brower, “[a]demás, —y esto solo puede ser caracterizado como grotesco— tal como ocurrió en realidad, el *Korean Consortium* fue habilitado para admitir postulantes de bajo rango para completar la cantidad total adjudicada de 500 MW, colocando en el Programa FIT a participantes que claramente perderían sobre los de mayor rango; sin embargo, estos últimos finalmente perdieron, debido a la disponibilidad reducida de mega voltaje” (párrafo 4 de la opinión disidente).

#### *Canadá vence ampliamente en asignación de costos*

De conformidad con el Artículo 1135(1) del TLCAN, el tribunal tuvo la libertad de otorgar el pago de costas de acuerdo con las reglas de arbitraje aplicables y se refirió al Artículo 40 del Reglamento de la CNUDMI de 1976 donde se establece que las costas del arbitraje se encuentran a cargo de la parte vencida, en este caso la demandante. Respecto del costo de representación y de asistencia de letrados, sin embargo, el Reglamento de la CNUDMI no brinda guía directa, y el tribunal determinó que la demandante debía asumir sus propios gastos y el 30 por ciento de los correspondientes a Canadá.

*Notas:* El tribunal estuvo compuesto por Gabrielle Kaufmann-Kohler (Presidente designada por el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones como autoridad nominadora, nacional suiza), Charles Brower (nominado por la demandante, nacional de Estados Unidos) y Toby Landau (designado por la demandada, nacional británico). El laudo final del 24 de marzo de 2016 está disponible en <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7240.pdf> y la opinión disidente de Charles Brower sur <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7241.pdf>.

#### **TBI entre Turquía y Turkmenistán: Tribunal declara las demandas admisibles pero las desestima por falta de méritos**

*İçkale İnşaat Limited Şirketi vs. Turkmenistán, Caso del CIADI No. ARB/10/24*

**Matthew Levine**

Un tribunal arbitral del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) ha emitido un laudo sobre las demandas entabladas por una empresa turca contra Turkmenistán. Declaró admisibles

las demandas, pese a tratarse de un acuerdo cuya redacción resulta inusual en el tratado bilateral de inversión (TBI) entre Turquía y Turkmenistán. En el laudo también concluyó que la falta de acceso a remedios locales no impide el arbitraje de la controversia.

En cuanto a los méritos, el tribunal no aceptó la teoría presentada por la demandante de que los compromisos sustantivos de Turkmenistán contenidos en otros tratados de inversión fueran aplicables en virtud de la disposición de nación más favorecida (NMF) del TBI.

#### *Antecedentes*

En 2004, İçkale İnşaat Limited Şirketi (İçkale), una empresa turca dedicada al diseño, desarrollo e implementación de proyectos inmobiliarios y de infraestructura, abrió una sucursal en Turkmenistán. Entre marzo de 2007 y julio de 2008, İçkale celebró numerosos contratos de construcción con varias entidades estatales turcas.

Posteriormente, İçkale comenzó a enfrentar gran resistencia de sus socios comerciales estatales, lo cual atribuyó en gran parte a la dinámica política del país luego del fallecimiento del Presidente fundador de Turkmenistán. İçkale alegó que el alcance de las obras fue extendido sin recibir compensación adicional, que hubo demoras injustificadas en los pagos y que el Estado receptor le impuso sanciones injustamente.

La demandante inició este arbitraje ante el CIADI en virtud del TBI de 2010. El mismo involucra 13 proyectos de construcción, que incluían escuelas, jardines de infantes, un hotel y un cine. İçkale reclamó US\$570 millones en compensación por los daños consecuentes, y la pérdida de reputación, buena voluntad y oportunidades de negocios.

#### *Partes en desacuerdo sobre nueva cláusula de bifurcación*

La demandante alegó que el TBI contiene un tipo de cláusula llamada “bifurcación del camino” (cláusula “fork-in-the-road”), es decir que la elección de someterse a los tribunales nacionales es opcional, pero si un inversor escoge dicha opción, solo puede recurrir a arbitraje internacional posteriormente si los tribunales locales no han emitido una decisión dentro del plazo de un año. Para la demandante, solo deben considerarse las versiones en inglés y ruso del TBI, y la versión en inglés fue traducida al ruso incorrectamente.

Asimismo, İçkale argumentó que el requisito de litigio interno es evidente en las tres versiones del TBI, es decir, las versiones en inglés, ruso y turco. Según la versión en ruso particularmente, la frase en cuestión podría entenderse como “a condición de que” o “siempre y cuando”. Además, alegó que la versión en inglés de la frase “siempre y cuando, si” no presenta un sentido común.

El tribunal remarcó que resultaba indiscutible que las versiones en inglés y en ruso fueran auténticas, pero que las partes estaban en desacuerdo sobre cómo la traducción del ruso al inglés debía ser realizada.

Asimismo, subrayó que las reglas pertinentes de interpretación de tratados se ven reflejadas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (VCLT, por sus siglas en inglés), específicamente en los artículos 31 al 33. El Artículo 33, en particular, trata la interpretación de tratados autenticados en dos o más idiomas.

#### *Tribunal emprende interpretación de varias versiones del TBI*

Como primer paso, el tribunal consideró que para establecer el significado del TBI se utilizaría la regla general de interpretación de tratados tal como lo dispone el Artículo 31 de la VCLT. Al leerlo en este contexto, resultó evidente para el tribunal que el Artículo VII(2) del TBI y, en particular, la frase “siempre y cuando, si”, se encuentra redactada de manera que efectivamente torna su significado poco claro u oscuro. En lugar de buscar una versión “corregida” de la disposición (párrafo 199), el tribunal se vio obligado a recurrir a medios de interpretación complementarios bajo el Artículo 32 de la VCLT.

Según el Artículo 32, el tribunal podrá acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a “los trabajos preparatorios del tratado” y “las circunstancias de su celebración”. No obstante, la evidencia era muy limitada en cuanto a los trabajos preparatorios salvo para la versión en turco. En esta etapa, el tribunal tuvo que decidir si podría considerar alguna versión como “auténtica”. Finalmente determinó que únicamente las versiones en inglés y ruso del TBI podrían ser consideradas auténticas y, de esta manera, retomó la interpretación de la frase “siempre y cuando, si” recurriendo a los medios complementarios de interpretación de tratados disponibles en el artículo 32 de la VCLT, aunque fuesen limitados. Así, “las circunstancias de su celebración” cobraron un significado considerable. Sin embargo, la evidencia resultó inconcluyente y no permitió al tribunal determinar el significado de la versión del TBI en inglés.

El árbitro designado por la demandante —en una opinión disidente, a la cual se hace referencia más abajo— no estuvo de acuerdo con el tribunal sobre algunas caracterizaciones de la evidencia pericial y las disposiciones subyacentes del tratado. Aún así, en el contexto de los hechos, el lenguaje, la práctica de tratados y la evidencia en este caso en particular, el árbitro disidente aceptó la interpretación del Artículo VII(2) realizada por el tribunal.

#### *El requisito de litigio interno encontrado en la versión del tratado en ruso*

Por lo tanto, el tribunal recurrió la versión en ruso para la interpretación del TBI. Si bien la demandada argumentó que el ruso utiliza un lenguaje claramente obligatorio a primera vista, la demandante afirmó que “puede ser traducido de manera literalmente igual a lo expresado en la versión en inglés” (párrafo 219). Habiendo revisado cuidadosamente la evidencia pericial, incluyendo tanto la opinión de los peritos como



las pruebas testimoniales, el tribunal decidió aceptar la prueba pericial presentada por la demandante sobre la traducción correcta. Si bien la versión en inglés presentaba un significado oscuro, la versión rusa era clara y no era ambigua. El TBI no establecía qué versión debería prevalecer en caso de divergencia. Conforme a la regla pertinente de interpretación de tratados del Artículo 33(4) de la VCLT, la mayoría del tribunal decidió interpretar el Artículo VII(2) del TBI de manera que requiere el recurso a tribunales internos antes de poder comenzar un arbitraje internacional.

#### *Demandas de arbitraje internacional son admisibles*

Habiendo concluido que el Artículo VII(2) contiene un requisito de litigio interno, el tribunal debió considerar si İçkale había cumplido con el mismo o no. De esta manera, concluyó que el Artículo VII(2) establece un requisito de admisibilidad, en lugar de tratarse de una cuestión de jurisdicción.

La demandante reconoció que no había sometido la controversia a los tribunales locales, pero alegó que el litigio interno hubiera sido inútil y que, por lo tanto, resultaba innecesario refiriéndose a una ley internacional bien establecida en el caso *Selwyn* de 1903. El tribunal dictaminó que el requisito del TBI no constituía un reflejo o una incorporación de una regla del derecho consuetudinario internacional, sino una *lex specialis* en el tratado en sí mismo. Como una cuestión de admisibilidad, las consecuencias de la falta de cumplimiento por parte de İçkale debían ser determinadas en consideración de su naturaleza procesal. Observando varios hechos relacionados con la existencia de un litigio similar en los tribunales turcos, el tribunal concluyó que no sería apropiado exigir a la demandante que primero presente la presente demanda ante los tribunales locales.

Pese a estar de acuerdo con el resultado final, el árbitro designado por Turkmenistán no estuvo de acuerdo con la interpretación del Artículo VII(2) por el tribunal. En su opinión disidente, señaló que el Artículo VII(2) se refería a la jurisdicción en lugar de a la admisibilidad. También disintió, sobre los hechos de este caso, es decir, que no haber recurrido previamente a los tribunales nacionales no resultaba un impedimento de admisibilidad de las demandas de İçkale.

#### *No hay fundamento para importar protecciones sustantivas de otros tratados de Turkmenistán*

El tribunal también tuvo que abordar el tema de la protección de NMF. La demandante buscó basarse en la cláusula de NMF y de no derogación para entablar demandas relacionadas con el trato justo y equitativo (FET, por sus siglas en inglés), protección y seguridad plenas (FPS, por sus siglas en inglés), estándar de no discriminación y la cláusula paraguas. Según İçkale, el término “trato” en los artículos pertinentes del TBI debe ser entendido como cubriendo al menos las protecciones sustantivas dispensadas a otros inversores extranjeros. Turkmenistán argumentó que la cláusula de NMF no permite una “importación” como tal y que, en

todo caso, el ámbito de aplicación de dicha cláusula se limita a “situaciones similares” (párrafo 327).

El tribunal concluyó que el significado más común de la cláusula de NMF sugiere que cada parte aceptó dispensar un trato a las inversiones no menos favorable que el otorgado a las inversiones de un inversor de cualquier tercer país en situaciones similares. En particular, las palabras “trato dispensado en situaciones similares” sugieren que la obligación de NMF requiere una comparación de las situaciones fácticas pertinentes.

El tribunal disintió con el argumento presentado por İçkale de que todas aquellas cuestiones, incluyendo las protecciones sustantivas, que no se encuentren expresamente excluidas del ámbito de aplicación de la cláusula de NMF deberían ser consideradas como dentro de su alcance. El tribunal tampoco estuvo de acuerdo con el argumento de que puede basarse en la cláusula de derogación del TBI para importar estándares de protección sustantiva de las inversiones contenidos en otros tratados de inversión celebrados por Turkmenistán.

En cuanto a las acusaciones restantes sobre expropiación ilegal, el tribunal no pudo concluir que los hechos de dichas demandas pudieran ser admitidos. Finalmente, las demandas de İçkale fueron desestimadas en su totalidad por falta de méritos.

#### *Demandante debe reembolsar el 20 por ciento de los gastos de arbitraje de la demandada*

La regla pertinente en torno a los costos está presente en el Artículo 61(2) del Convenio del CIADI, la cual no indica ningún enfoque en particular sobre la asignación de costos y, por lo tanto, otorga al tribunal un considerable grado de discreción. Ambas partes aceptaron el principio de calcular los “costos después de los acontecimientos”. Considerando que Turkmenistán gastó una suma sustancialmente mayor en costas legales y honorarios periciales y, teniendo en cuenta que la audiencia fue pospuesta a solicitud de la demandada, la mayoría consideró apropiado ordenar a İçkale el reembolso del 20 por ciento de los costos del arbitraje de la demandada (US\$1,7 millones).

*Notas:* El tribunal estuvo compuesto por Veijo Heiskanen (Presidente nominado por el Presidente del Consejo Administrativo, nacional finlandés), Carolyn Lamm (designada por la demandante, nacional de Estados Unidos) y Philippe Sands (nominado por la demandada, nacional británico). El laudo final, así como las opiniones parcialmente disidentes de Carolyn Lamm y Philippe Sands, entregadas a las partes el 8 de marzo de 2016, se encuentran disponibles en [http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7163\\_1.pdf](http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7163_1.pdf).

#### **Autores**

**Martin Dietrich Brauch** es consejero de Derecho Internacional y asociado con sede en Latinoamérica del Programa de Inversión para el Desarrollo Sostenible del IISD.

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

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

**Matthew Levine** es abogado canadiense y contribuidor del Programa de Inversión para el Desarrollo Sostenible del IISD.

Textos traducidos al español por María Candela Conforti.

# recursos y eventos

## Recursos

### **Informe de Políticas #4: Inversión en Agricultura, “Invirtiendo en Tierras para Obtener Agua: Regímenes Jurídicos Convergentes”**

Por Makane Moïse Mbengue, Susanna Waltman & Laura Turley, Publicado por IISD, julio de 2016

La inversión en tierras agrícolas en gran parte está motivada por el acceso a recursos hídricos, pero el impacto de estos recursos tiende a ser una reflexión tardía en los debates sobre la “toma de tierras”. Estos mismos recursos son la esperanza de vida de productores locales, ganaderos y otras comunidades, lo cual torna la necesidad de marcos jurídicos sólidos aún más apremiante. Este informe de políticas presenta las diferentes fuentes de derecho que se activan por el uso del agua en las inversiones de tierras agrícolas, y brinda recomendaciones para ayudar a conciliar los diferentes regímenes jurídicos mientras se garantiza un adecuado abordaje de los asuntos relativos al agua. Disponible en <https://www.iisd.org/library/investing-land-water-converging-legal-regimes-policy-brief-4-investment-agriculture>

### **Estableciendo la Autoridad Judicial en el Derecho Económico Internacional**

Por Joanna Jemielniak, Laura Nielsen & Henrik Palmer Olsen (Eds.), Publicado por Cambridge University Press, julio de 2016

El aumento de la juridificación de las relaciones internacionales por un mayor número de tribunales internacionales es un avance fundamental del derecho internacional. En este libro se discute la manera en que se establece la autoridad judicial internacional y cómo se maneja en las principales ramas del derecho económico internacional: el derecho mercantil, el arbitraje entre inversionistas y estados y el arbitraje comercial internacional. En este análisis se explora la interacción entre estas áreas de la solución de controversias económicas, mostrando avances paralelos e identificando las diferentes maneras en que éstos influyen en los mecanismos y soluciones. Al reunir las contribuciones de muchos académicos, en este volumen se consideran temas tales como el uso de precedentes y el papel de la legitimidad, sugiriendo que la consolidación de la autoridad judicial es una tendencia universal que tiene un impacto sobre el comportamiento estatal. Disponible en <http://www.cambridge.org/academic/subjects/law/international-trade-law/establishing-judicial-authority-international-economic-law>

### **Proyecto de Mapeo de AII**

Por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), Publicado por UNCTAD, julio de 2016

El proyecto de mapeo de AII es un esfuerzo en curso que pretende realizar un mapeo de todos los AII cuyos textos se encuentran disponibles (alrededor de 2.700). Los tratados particulares son mapeados por estudiantes de derecho de más de 25 universidades participando en todo el mundo, bajo la supervisión de sus profesores y con la guía y coordinación general de la UNCTAD. La base de datos lanzada en julio de 2016 es parte del Navegador de Acuerdos Internacionales de Inversión de la UNCTAD que contiene un mapa detallado de 1.400 AII. Brinda una herramienta para los formuladores de políticas, investigadores y otros actores interesados en la inversión y el desarrollo para comprender las tendencias de redacción de los AII, evaluar la prevalencia de diferentes enfoques de políticas e identificar ejemplos de tratados. Permite a los usuarios observar los componentes de los tratados mapeados, seleccionar tratados basándose en elementos clave (por ejemplo, calificados por trato justo y equitativo, alcance de la cláusula de expropiación o solución de controversias entre inversionista y Estado) y comparar estos elementos a lo largo del tiempo y según los diferentes países. Disponible en <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/mappedContent>

### **Informe sobre las Inversiones en el Mundo 2016, “Nacionalidad del Inversor: Desafíos de Política”**

Por UNCTAD, Publicado por UNCTAD, junio de 2016

La reforma de los AII está aumentando y arrojando los primeros resultados concretos. Alrededor de 100 países han utilizado el Marco Político de Inversión de la UNCTAD y su hoja de ruta para la reforma de AII (*Road Map for IIA reform*) para revisar sus redes de AII. Durante esta primera etapa de reforma de AII, los países han alcanzado un consenso sobre la necesidad de reformar, desarrollaron nuevos modelos de tratado y comenzaron a negociar AII más modernos. Pese a un progreso significativo, aún queda mucho por hacer. En la fase dos de la reforma de AII se requerirá a los países que se enfoquen más en el actual inventario de tratados. Promover y facilitar la inversión resulta fundamental para la agenda de desarrollo post-2015. El informe presenta un Menú de Acción Global para la Facilitación de las Inversiones a fin de mejorar el ambiente propicio para la inversión en el desarrollo sostenible. El informe también considera los desafíos de políticas que surgen de la nacionalidad del inversor. Las estructuras de propiedad indirecta y las empresas fantasma tienen el potencial de extender significativamente el alcance de los AII. La falta de claridad sobre la nacionalidad del inversor ha convertido en un desafío la aplicación de reglas y regulaciones sobre la propiedad extranjera. Cerca de un tercio de las demandas relativas a la solución de controversias entre inversionista y Estado (ISDS, por sus siglas en inglés) son entabladas por entidades demandantes que finalmente resultan ser de propiedad de una empresa matriz en un tercer país. Casi un tercio de las filiales extranjeras, aparentemente intra-regionales, que participan en las principales áreas de tratado mega-regionales, tales como la Asociación Transpacífica (TPP) y la Asociación Transatlántica de Comercio e Inversión (ATCI), eventualmente son de propiedad de una empresa matriz fuera de la región. Disponible en <http://unctad.org/wir>

### **Artículo Temático sobre AII, “Solución de Controversias entre Inversionista y Estado: Reseña de Avances en 2015”**

Por UNCTAD, Publicado por UNCTAD, junio de 2016

Este artículo temático (*issues note*) presenta una reseña de los avances de la ISDS en 2015. Un record alto de 70 casos de ISDS fue registrado en 2015, con una gran parte de casos presentados contra países desarrollados. El número total de demandas conocidas públicamente de ISDS alcanzó 696 (la principal información sobre cada caso se encuentra disponible en el Navegador de ISDS de la UNCTAD (*ISDS Navigator*) en <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS>). Las decisiones arbitrales emitidas en 2015 tratan algunos temas jurídicos importantes relativos al alcance de la cobertura de los tratados, las condiciones para presentar demandas de ISDS, el significado de las protecciones sustantivas de los tratados, el cálculo de compensación y otros. Sobre algunas cuestiones, los tribunales han seguido decisiones anteriores, mientras que sobre otros temas han adoptado enfoques diferentes. Disponible en <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Publications/Details/144>

### **Protección de la Inversión Extranjera en la Asociación Transpacífica**

Por Gus Van Harten, Publicado por Canadian Centre for Policy Alternatives (CCPA), junio de 2016

En este estudio se examinan los privilegios especiales, a través de la ISDS, que serían concedidos a los inversores extranjeros bajo el TPP. Estos incluyen el derecho a recibir compensación cuando se concluye que las leyes, regulaciones y otras decisiones gubernamentales han de interferir con los intereses del inversor. Demuestra que la mayoría de los que se han beneficiado financieramente de tales derechos en los acuerdos anteriores, son grandes empresas o individuos acaudalados. El autor también explica cómo el TPP extiende las reglas de ISDS para cubrir “acuerdos de inversión” entre el gobierno federal y los inversores extranjeros, y cómo se debilitan las protecciones de la regulación financiera. El estudio concluye que expandir

y consagrar los privilegios de los inversores acarrea grandes riesgos para los sufragistas y contribuyentes de todos los países del TPP, sin evidencia de un correspondiente beneficio para el público general. Disponible en <https://www.policyalternatives.ca/publications/reports/foreign-investor-protections-trans-pacific-partnership>

### ¿La Convención de Mauricio puede servir como Modelo para la Reforma del Arbitraje entre Inversionista y Estado en conexión con la Introducción de un Tribunal Permanente de Inversión o un Mecanismo de Apelación? Análisis y Hoja de Ruta

Por Gabrielle Kaufmann-Kohler & Michele Potestà, Publicado por *Geneva Center for International Dispute Settlement (CIDS)*, Junio de 2016

Esta publicación propone una posible hoja de ruta que podría ser utilizada si los Estados decidieran emprender una iniciativa de reforma del actual régimen de arbitraje entre inversionista y Estado en los acuerdos internacionales de inversión (AII). El libro se basa en tres bloques principales: el diseño de un Tribunal Internacional de Inversiones (TII), la creación de un Mecanismo de Apelación (MA) para los laudos arbitrales entre inversionistas y Estados y el establecimiento de una convención multilateral *opt-in* para ampliar las nuevas opciones de solución de controversias en los actuales AII de los Estados. Al concluir que los desafíos de emprender una amplia reforma del régimen de arbitraje entre inversionista y Estado son sustancialmente más complejos que la introducción de un estándar de transparencia en los tratados de inversión, este documento también muestra que la Convención de Mauricio podría brindar un modelo de gran utilidad. Disponible en [http://www.uncitral.org/pdf/english/commission/sessions/unc/unc-49/CIDS\\_Research\\_Paper\\_-\\_Can\\_the\\_Mauritius\\_Convention\\_serve\\_as\\_a\\_model.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/commission/sessions/unc/unc-49/CIDS_Research_Paper_-_Can_the_Mauritius_Convention_serve_as_a_model.pdf)

### Renunciando a la Soberanía: Cómo los Acuerdos de Inversión Amenazan la Regulación en la Industria Minera de las Filipinas

Por Cecilia Olivet, Jaybee Garganera, Farah Sevilla & Joseph Purugganan, Publicado por *Transnational Institute (TNI)*, Mayo 2016

Las firmas mineras han sido uno de los principales sectores corporativos del mundo en sacar ventaja de los mecanismos de ISDS para demandar a los Estados por la regulación de la minería; estas demandas hasta el momento han alcanzado un total de US\$53 mil millones. Filipinas, uno de los cinco países que posee la mayor reserva de minerales del mundo, ha apostado enormemente a la industria minera como estrategia de desarrollo, contando con 47 minas a gran escala en funcionamiento y gran evidencia de los costos sociales y ambientales. En este escrito se alega que la capacidad de dicho país para regular adecuadamente o cerrar minas contaminantes se verá seriamente limitada por una red de tratados de inversión firmados por las Filipinas, los cuales brindan una protección excesiva a los inversores extranjeros. Esta camisa de fuerza jurídica se volverá aún más ajustada si el gobierno sigue adelante con la firma del Tratado de Libre Comercio entre la UE y Filipinas y la Asociación Económica Integral Regional (RCEP, por sus siglas en inglés). Disponible en <https://www.tni.org/en/publication/signing-away-sovereignty>

## Eventos 2016

### 7 de septiembre

**SEMINARIO, “LOS ARBITROS TIENDEN A EXTENDER SU COMPETENCIA EN LOS ARBITRAJES DE INVERSIÓN? DEBATE SOBRE EL LAUDO DE YUKOS”**, Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (SCC), Estocolmo, Suecia, <http://www.sccinstitute.com/about-the-scc/event-calendar/stockholm-do-arbitrators-tend-to-stretch-their-jurisdiction-in-investment-arbitration/>

### 18 a 23 de septiembre

**CONFERENCIA ANUAL DE IBA 2016**, *International Bar Association*, Washington, D.C., Estados Unidos, <http://www.ibanet.org/Conferences/Washington2016.aspx>

### 19 a 22 de septiembre

**CLASE MAGISTRAL SOBRE ARBITRAJES DE INVERSIÓN**, *Association for International Arbitration (AIA) & Brussels Diplomatic Academy (Vrije Universiteit Brussel)*, Bruselas, Bélgica, <http://arbitration-adr.org/activities/?p=conference&a=upcoming>

### 27 y 28 de septiembre

**CURSO DEL CIADI, “NAVEGANDO POR UN ARBITRAJE DEL CIADI DE PRINCIPIO A FIN”, & CONFERENCIA CONJUNTA CIADI-CRCICA, “CUESTIONES CLAVE DEL ARBITRAJE DE INVERSIÓN INTERNACIONAL”**, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) & *Cairo Regional Centre for International Commercial Arbitration (CRCICA)*, Cairo, Egipto, <https://webapps.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/Documents/Cairo%20Conference%20and%20101-Flyer%20and%20Program.pdf>

### 24 a 28 de octubre

**REUNIÓN ANUAL GENERAL (AGM) DEL FORO INTERGUBERNAMENTAL DE MINERÍA, MINERALES, METALES Y DESARROLLO SOSTENIBLE (IGF) 2016, “LOS OBJETIVOS DE DESARROLLO SOSTENIBLE (SDGS) Y MINERÍA”**, IGF & IISD, Ginebra, Suiza, <http://globaldialogue.info/pdf/2016/igf-agm-invite.pdf>

### 2 y 3 de noviembre

**11<sup>ava</sup> CONFERENCIA ANUAL SOBRE INVERSIÓN INTERNACIONAL DE COLUMBIA, “CAMBIO CLIMÁTICO E INVERSIÓN SOSTENIBLE EN RECURSOS NATURALES: DEL CONSENSO A LA ACCIÓN”**, *Columbia Center on Sustainable Investment (CCSI)*, Nueva York, Estados Unidos, <http://ccsi.columbia.edu/2016/11/02/11th-annual-columbia-international-investment-conference-climate-change-and-sustainable-investment-in-natural-resources-from-consensus-to-action>

### 2 a 8 de noviembre

**ACADEMIA DE ARBITRAJE INTERNACIONAL DE SINGAPUR (SIAA) 2016, “EL MUNDO DE LOS ACUERDOS DE INVERSIÓN ESTÁ CAMBIANDO...”**, *Centre for International Law (CIL)* de la Universidad Nacional de Singapur, Singapur, <https://cil.nus.edu.sg/siaa-2016>

### 7 a 9 de noviembre

**DECIMO FORO ANUAL DE NEGOCIADORES DE INVERSIÓN DE PAÍSES EN DESARROLLO**, IISD, *South Centre*, Secretaría del Commonwealth & Gobierno de Sri Lanka, Colombo, Sri Lanka, <http://www.iisd.org/project/annual-forum-developing-country-investment-negotiators>

### 10 de noviembre

**DESARROLLO SOSTENIBLE Y ARBITRAJE INTERNACIONAL**, *Association for International Arbitration (AIA)* de Italia, Cámara de Comercio Internacional (CCI) de Italia & *Vrije Universiteit Brussel*, Bruselas, Bélgica, <http://arbitration-adr.org/activities/?p=conference&a=upcoming>

### 21 de noviembre

**CERRANDO LA BRECHA EN LAS POLÍTICAS DE CAMBIO CLIMÁTICO: EL PAPEL DEL DERECHO INTERNACIONAL Y EL ARBITRAJE**, SCC, IBA, ICC y la Corte Permanente de Arbitraje (CPA), Estocolmo, Suecia, <http://www.sccinstitute.com/about-the-scc/event-calendar/save-the-date-bridging-the-climate-change-policy-gap-stockholm>



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

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

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

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

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