



15,460	16,059	12,531
14,481	15,299	15,460
16,302	16,988	18,982
15,081	15,701	20,133
16,837	16,604	22,896
16,26	16	
19,92	19	
24,03	23	
25,73	25	
26,809	26,716	15,586
27,571	27,587	16,109
25,475	29,575	17,508
31,249	32,733	20,571
31,065	31,626	21,546

## Expansión de la Carta de la Energía hacia África y Asia: ¿Deshaciendo la Reforma del Derecho Internacional de las Inversiones?

Nathalie Bernasconi-Osterwalder



## Otro Conflicto Normativo: Cómo se Relacionan el BEPS y la Tributación Internacional con los Tratados de Inversión

Julien Chaisse y Flavia Marisi

## Acuerdos de Cooperación y Facilitación de Inversiones (ACFI) de Brasil y Últimos Avances

José Henrique Vieira Martins

## La Protección de las Inversiones Intra-UE: Navegando Río Arriba sin Remo

Andrej Arpas

## El Reciente TBI entre Argentina y Qatar y los Desafíos de las Negociaciones de Inversión

Facundo Pérez-Aznar

## Manual sobre Sostenibilidad para Negociadores Comerciales: Aprovechando el Potencial de los Acuerdos de Comercio e Inversión para Alcanzar Objetivos Ambientales

Aaron Cosby

También en esta edición: TPP-11 sigue adelante; Ecuador denuncia 16 TBIs, publica informe de CAITISA; TJUE: TLC UE-Singapur será acuerdo mixto; India se opone a facilitación de inversiones en la OMC; *Eli Lilly vs. Canada*; *Anglia y Busta vs. República Checa*; *Ansung vs. China*; *Ampal-American vs. Egipto*; *Supervisión y Control vs. Costa Rica*; *Pey Casado y Foundation Allende vs. Chile*

# contenido

- 3 Artículos**  
 Expansión de la Carta de la Energía hacia África y Asia: ¿Deshaciendo la Reforma del Derecho Internacional de las Inversiones?  
*Nathalie Bernasconi-Osterwalder*
- 7 Otro Conflicto Normativo: Cómo se Relacionan el BEPS y la Tributación Internacional con los Tratados de Inversión**  
*Julien Chaisse y Flavia Marisi*
- 10 Acuerdos de Cooperación y Facilitación de Inversiones (ACFI) de Brasil y Últimos Avances**  
*José Henrique Vieira Martins*
- 13 La Protección de las Inversiones Intra-UE: Navegando Río Arriba sin Remo**  
*Andrej Arpas*
- 15 El Reciente TBI entre Argentina y Qatar y los Desafíos de las Negociaciones de Inversión**  
*Facundo Pérez-Aznar*
- 17 Columna de invitados**  
 Manual sobre Sostenibilidad para Negociadores Comerciales: Aprovechando el Potencial de los Acuerdos de Comercio e Inversión para Alcanzar Objetivos Ambientales  
*Aaron Cosbey*
- 18 Noticias en Breve**  
 TPP-11 sigue adelante, Estados Unidos se concentra en negociaciones bilaterales y TLCAN; Ecuador denuncia sus 16 TBIs restantes y publica informe de auditoría CAITISA; TJUE dictamina que el TLC entre la Unión Europea y Singapur exige la ratificación de los Estados miembros de la UE; Tribunal General de la UE anula la decisión de la Comisión de denegar el registro de “Stop TTIP”; India se opone a ítem de “facilitación del comercio y la inversión” en la agenda del Consejo General de la OMC
- 19 Laudos y Decisiones**  
 Laudo muy esperado del TLCAN no admite demanda sobre ley de patentes contra Canadá  
*Matthew Levine*
- 20 Tribunal de la CCE desestima demandas entabladas por empresa británica y sus accionistas contra la República Checa**  
*Inaê Siqueira de Oliveira*
- 21 Tribunal del CIADI desestima segundo caso conocido contra China en un procedimiento sumario**  
*Joe Zhang*
- 22 Tribunal del CIADI resuelve que Egipto violó ciertas cláusulas del TBI entre Estados Unidos y Egipto**  
*Claudia Maria Arietti Lopez*
- 24 Demandas de inversor español declaradas inadmisibles en caso contra Costa Rica**  
*María Florencia Sarmiento*
- 25 Tribunal de nueva sumisión pone fin a controversia de 20 años ante el CIADI**  
*Amr Arafa Hasaan*
- 27 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)

Directora del Grupo de Derecho y Políticas Económicas  
 Nathalie Bernasconi

Gerente Principal de Comunicación  
 Mira Oberman

Redactor  
 Martin Dietrich Brauch

Redactora, edición en francés  
 Suzy Nikiéma

Traductora, edición en francés  
 Isabelle Guinebault

Redactora, edición en español  
 Marina Ruete

Traductora, edición en español  
 María Candela Conforti

Líder de Arquitectura Informática (web)  
 Matt Rock

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

# Expansión de la Carta de la Energía hacia África y Asia: ¿Deshaciendo la Reforma del Derecho Internacional de las Inversiones?

Nathalie Bernasconi-Osterwalder

## artículo 1



El 20 de marzo de 2017 Kenia fue el último país en unirse a la Carta Internacional de la Energía de 2015, convirtiéndose en el signatario número 83. Este acontecimiento reciente refleja la exitosa estrategia de difusión de la Secretaría de la Carta de la Energía iniciada en 2012. Esta Secretaría está reclutando activamente en toda África y últimamente estableció Embajadas de Enlace de la Carta de la Energía en Irán y Pakistán.

Pero ¿a qué están adhiriendo los Estados con la esperanza de movilizar inversiones para la generación de energía a fin de satisfacer la demanda nacional? ¿Qué son el Tratado de la Carta de la Energía, la Carta Internacional de la Energía y la Secretaría de la Carta de la Energía, cómo se interrelacionan y cuál es su importancia para los Estados signatarios, especialmente países en desarrollo? Este artículo presenta una reflexión sobre una serie algo confusa de declaraciones, acuerdos, procesos e implicancias relacionadas con este tema.

### 1. Antecedentes

El Tratado sobre la Carta de la Energía de 1994 (TCE 1994)<sup>1</sup> es un instrumento para la promoción de la cooperación internacional en el sector energético. Notablemente, el tratado incluye el primer capítulo de inversión en este sector, concluido después del fin de la Guerra Fría: fue firmado en diciembre de 1994 y entró en vigor en abril de 1998. El proceso que llevó a la adopción del TCE de 1994 comenzó con una declaración política, la Carta Europea de la Energía, adoptada en La Haya en diciembre de 1991, diseñada para incorporar a las economías de Europa del Este y Asia Central, que en ese entonces estaban fuera del mercado, dentro de un marco de cooperación energética con Europa Occidental. El Proceso de la Carta de la Energía, puesto en marcha en 1991, se encuentra administrado por la Secretaría de la Carta de la Energía, creada por el TCE de 1994. En mayo de 2015, en la denominada Conferencia Ministerial (La Haya II) se adoptó la Carta Internacional de la Energía de 2015 (CIE 2015)<sup>2</sup> como una actualización de la Carta Europea de Energía. En julio de 2016, la Conferencia

sobre la Carta de la Energía (el órgano de gobierno establecido bajo el TCE de 1994) aprobó el uso de la “Carta Internacional de la Energía” como el nombre informal de trabajo que hace referencia colectivamente a la Conferencia sobre la Carta de la Energía en sí misma, sus órganos subsidiarios y la Secretaría de la Carta de Energía<sup>3</sup>.

Desde abril del 2017, el TCE de 1994 ha sido firmado o accedido por 52 Estados, aparte de la Unión Europea y Euratom, alcanzando un número total de 54 signatarios<sup>4</sup>. La membresía ahora se extiende más allá de Europa para incluir a miembros tales como Australia, Japón y Mongolia. Al mismo tiempo, su cobertura no incluye a las principales economías, tales como Canadá y los Estados Unidos. Recientemente, Italia se retiró del TCE de 1994<sup>5</sup>. Rusia, que había firmado pero no ratificado el tratado, en 2009 informó al depositario que no pretendía convertirse en una parte contratante<sup>6</sup>, por ende terminando la aplicación provisional del tratado. La movida de Rusia sucedió después de ser demandada por inversores en virtud de las disposiciones de solución de controversias del TCE de 1994 a los efectos de su aplicación provisional (Art. 45 del TCE de 1994).

El TCE de 1994 incluye disposiciones de solución de controversias entre inversionista y Estado (ISDS) que permite a los inversores extranjeros iniciar un arbitraje internacional para impugnar las medidas estatales adoptadas en el sector energético por la presunta violación de las disposiciones sobre inversión del tratado. Desde abril de 2017, la Secretaría de la Carta de la Energía listó en su sitio web 101 casos conocidos de arbitrajes entre inversionista y Estado iniciados bajo el TCE de 1994<sup>7</sup>. Estos casos cubren una amplia variedad de sectores tales como la minería, petróleo y gas, electricidad, combustibles fósiles, energía nuclear y renovable; y representan aproximadamente el 13 por ciento de los casos conocidos de arbitraje entre inversionista y Estado, iniciados en virtud de un tratado, hasta la fecha<sup>8</sup>. El mayor laudo relativo a un tratado de inversión de la historia fue dictado en virtud del TCE de 1994 cuando un tribunal arbitral declaró culpable a Rusia por más de €50 mil millones. Pese a que el laudo fue impugnado por un tribunal holandés en abril de 2016, los inversores todavía están tratando de revocar la decisión de dicho tribunal e iniciando procedimientos de ejecución del laudo contra Rusia en diferentes partes del mundo<sup>9</sup>.

### 2. El TCE de 1994: Un tratado de protección de las inversiones en el sector energético basado en un modelo de TBI de principios de 1960s

El propósito declarado en el TCE de 1994 es establecer “un marco legal para fomentar la cooperación a largo plazo en el campo de la energía” (Art. 2). Pese al marco que cubre la cooperación multilateral en torno al tránsito, comercialización y eficiencia energética, el principal foco ha sido la protección de las inversiones y la solución de controversias. Las disposiciones sobre inversión del TCE de 1994 son las únicas normas jurídicas significativas y

guardan mucha semejanza con los tratados bilaterales de inversión (TBIs) tradicionales que han sido blanco de muchas críticas durante los últimos años. Tal como los TBIs tradicionales, las disposiciones de inversión del TCE de 1994 están exclusivamente enfocadas en los derechos de los inversores y la protección de las inversiones. Por ejemplo, cubren la expropiación directa e indirecta, el trato justo y equitativo (TJE) sin reservas, los compromisos de no discriminación y una cláusula paraguas de gran alcance, para nombrar algunas. Aunque los redactores del TCE de 1994 han logrado comprimir todas estas obligaciones en un solo párrafo (véase cuadro 1), las consecuencias jurídicas y riesgos para los Estados receptores siguen siendo significativos. Además, tal como se mencionó anteriormente, el TCE de 1994 incluye la ISDS (Art. 26). Como remarcó la Secretaría de la Carta de la Energía en su sitio web, la principal prioridad del TCE de 1994 es “[brindar] protección vinculante a los inversores extranjeros en materia de energía contra riesgos no comerciales, tales como trato discriminatorio, expropiación directa o indirecta o la violación de contratos de inversión individuales”<sup>10</sup>.

### Cuadro 1: Ejemplo de disposiciones del TCE sobre protección de las inversiones

#### Artículo 10

##### Promoción, protección y trato de las inversiones

(1) De conformidad con las disposiciones del presente Tratado, las Partes Contratantes fomentarán y crearán condiciones estables, equitativas, favorables y transparentes para que los inversores de otras Partes Contratantes realicen inversiones en su territorio. Entre dichas condiciones se contará el compromiso de *conceder en todo momento* a las inversiones de los inversores de otras Partes Contratantes *un trato justo y equitativo*. Estas inversiones gozarán asimismo de *una protección y seguridad completas* y ninguna Parte Contratante *perjudicará en modo alguno, mediante medidas exorbitantes o discriminatorias*, la gestión, mantenimiento, uso, disfrute o liquidación de las mismas. En ningún caso podrá concederse a estas inversiones un trato menos favorable que el exigido por el derecho internacional, incluidas las obligaciones en virtud de los tratados. *Toda Parte Contratante cumplirá las obligaciones que haya contraído* con los inversores o con las inversiones de los inversores de cualquier otra Parte Contratante.

[...]

(3) A efectos del presente artículo, se entenderá por “trato” el trato concedido por una Parte Contratante que *no es menos favorable que el concedido a sus propios inversores o a los inversores de otra Parte Contratante o tercer Estado*, siendo de aplicación la situación más favorable

[...]

Fuente: Tratado sobre la Carta de la Energía (La cursiva nos pertenece).

### 3. La CIE de 2015: Primer paso para acceder al TCE de 1994

El 21 de mayo de 2015, los miembros del TCE de 1994 y más de una docena de otros Estados y organizaciones internacionales firmaron la Carta Internacional de la Energía (CIE de 2015)<sup>11</sup>. La CIE de 2015 está abierta a todos los países y organizaciones de integración económica regional, y la Secretaría de la Carta de la Energía está haciendo grandes esfuerzos por expandirse geográficamente.

El TCE de 1994 y la CIE de 2015 son clases de instrumentos internacionales fundamentalmente diferentes. Si bien el TCE de 1994 incluye un capítulo de promoción y protección de las inversiones con disposiciones sobre inversión al estilo de un tratado, lo cual permite tanto a los Estados como a los inversores de un Estado parte presentar una demanda contra una parte estatal que recibe una inversión, la CIE de 2015 es una declaración política no vinculante destinada a fortalecer la cooperación entre los signatarios en materia de energía.

Sin embargo, las implicancias de la CIE de 2015 no deben ser subestimadas. Notablemente, la declaración es “considerada como un primer paso para acceder al Tratado sobre la Carta de la Energía legalmente vinculante”<sup>12</sup>. De hecho, los actuales miembros del TCE de 1994, muchos de los cuales desean acceder a los mercados energéticos de África y Asia, esperan que “la firma de la Carta Internacional de la Energía aliente a los no miembros a acceder al Tratado sobre la Carta de la Energía”<sup>11</sup>. Esto también se encuentra respaldado por el Panel de Asesoramiento Industrial establecido por la Conferencia sobre la Carta de la Energía de 2004. Actuando como una junta consultiva de la Conferencia sobre la Carta de la Energía, este Panel está interesado en garantizar el acceso a los mercados y recursos energéticos y reducir los riesgos a través de fuertes disposiciones de protección de las inversiones y la ISDS.

### 4. Riesgo de acceder al TCE de 1994

Acceder al TCE de 1994 (a diferencia de sólo firmar la CIE de 2015) sería problemático para los países que actualmente están revisando y reformando su enfoque a los tratados de inversión. Los países que desean unirse al TCE de 1994 no tienen la posibilidad de negociar el contenido del tratado cuando acceden al mismo. Esto significaría que las fallas ampliamente reconocidas de los tratados de inversión anteriores (incluyendo el TCE de 1994), tales como la vaguedad en que se encuentran definidas las normas jurídicas y la falta de transparencia e independencia en la solución de controversias, no podrían ser reparadas. Muchos países desarrollados y en desarrollo de África, Asia y las Américas, así como la Unión Europea, ya no están utilizando un lenguaje tradicional sobre la protección de las inversiones tal como el que se utiliza en el TCE de 1994.

Los países africanos han sido particularmente activos en la revisión de sus modelos de tratado de inversión y se encuentran en el proceso de negociar acuerdos

bilaterales y regionales de inversión progresivos. Los modelos desarrollados dentro de la Comunidad de África Oriental (por sus siglas en inglés, EAC) y la Comunidad de Desarrollo de África Austral (por sus siglas en inglés, SADC) y a nivel panafricano, todos han incluido definiciones más precisas de normas de protección de las inversiones, han establecido responsabilidades para los inversores y han incorporado innovaciones con respecto a la solución de controversias para garantizar la transparencia y la independencia. Algunos han indicado su preferencia por la solución de controversias entre Estados por sobre la ISDS, y han sometido el acceso a la ISDS, cuando correspondiere, al requisito de agotar los recursos locales en primer lugar.

“Muchos países desarrollados y en desarrollo de África, Asia y las Américas, así como la Unión Europea, ya no están utilizando un lenguaje tradicional sobre la protección de las inversiones tal como el que se utiliza en el TCE de 1994.”

Por lo tanto, acceder al TCE de 1994 reintroduciría las normas desarrolladas en una era donde los casos de ISDS y el riesgo inherente de los arbitrajes de inversión eran virtualmente inexistentes y evidentemente desconocidos. Iría en contra de toda innovación y desarrollo en el continente y más allá durante los últimos años.

### 5. Extender el alcance de la Carta Internacional de la Energía a África y Asia para obtener acceso al mercado y la protección de las inversiones con la ISDS

En 2012, los miembros del TCE adoptaron un programa para la consolidación, expansión y difusión (política CONEXO). Desde entonces, la Secretaría de la Carta de la Energía ha estado apuntando a los países de África y Asia para que se sumen al TCE de 1994, organizando una serie de eventos y actividades de promoción. Estas actividades han llevado a un número de países a firmar la CIE de 2015. Desde abril de 2017, la Carta Internacional de la Energía cuenta con 83 signatarios, siendo Kenia el más reciente<sup>13</sup>. Otros países que la firmaron recientemente son Bosnia y Herzegovina (2016), Burkina Faso (2017), la República de Corea (2016), Nigeria (2017), Ruanda (2016), Senegal (2016) y Swaziland (2016). Si bien solo unos pocos han expresado su deseo de acceder al TCE de 1994, la firma de la CIE de 2015, tal como se subrayó anteriormente, podría ser el primer paso hacia la adhesión al TCE de 1994.

### Cuadro 2: Cronología del proceso de la Carta de la Energía

#### **Diciembre de 1991: La Carta de la Energía (también conocida como La Carta Europea de la Energía):**

“brinda una base política al Proceso de la Carta de la Energía. La Carta es una expresión concisa de los principios que deberían respaldar la cooperación internacional en materia de energía, en base a un interés común de garantizar el abastecimiento de energía y el desarrollo económico sostenible.... Todos los signatarios de la Carta son Observadores de la Conferencia sobre la Carta de la Energía, y firmar es un primer paso necesario para acceder al Tratado sobre la Carta de la Energía de 1994.”

#### **Diciembre de 1994: Tratado sobre la Carta de la Energía (TCE):**

Establece la Conferencia sobre la Carta de la Energía en la cual cada Parte Contratante posee un representante. También establece una Secretaría.

#### **Diciembre de 1994: Protocolo de la Carta de la Energía relativo a la Eficacia Energética y Aspectos Medioambientales relacionados (PEEREA)**

#### **Abril de 1998: Enmienda a las Disposiciones Relacionadas con el Comercio del Tratado sobre la Carta de la Energía:**

Pone las disposiciones sobre comercio en línea con las reglas de la OMC.

#### **Agosto de 2012: Política de Consolidación, Expansión y Difusión de la Carta de la Energía (Política CONEXO de 2012):**

“aspira a la consolidación de los países que aún no ratificaron el Tratado sobre la Carta de la Energía y de las relaciones con más de 30 países observadores involucrados en el Proceso de la Carta de la Energía en diferentes etapas de adhesión al Tratado”. (La traducción nos pertenece)

#### **Mayo de 2015: La Carta Internacional de la Energía:**

“es una declaración de intenciones políticas destinadas a fortalecer la cooperación energética entre los signatarios y que no conlleva ninguna obligación jurídicamente vinculante”.

Fuente: Versión Consolidada del Tratado sobre la Carta de la Energía y Documentos Relacionados, p. 10, disponible en <http://www.energycharter.org/process/energy-charter-treaty-1994/energy-charter-treaty>; El Proceso de la Carta de la Energía, disponible en <http://www.energycharter.org/process/overview>.

Es una práctica común entre los países designar a sus ministerios de energía como la agencia competente para decidir si adherirse a la Carta de la Energía o no. Dado que estos ministerios habitualmente no participan en la negociación de tratados de inversión, es probable que las implicancias jurídicas del TCE de 1994 no sean adecuadamente comprendidas. Esto no pone en duda el papel clave que deberían jugar los ministerios de energía en el proceso de toma de decisiones, ya que tanto el TCE de 1994 como la CIE de 2015 cubren una variedad de temas relativos al sector energético, tales como tránsito, comercialización y eficiencia energética. Sin embargo, estos asuntos siguen siendo no vinculantes, mientras que las disposiciones de protección de las inversiones son jurídicamente vinculantes y ejecutables a través de la ISDS. Por lo tanto, es altamente recomendable que las agencias familiarizadas con la negociación de tratados de inversión también participen cuando los países evalúen su adhesión al TCE de 1994 o su adhesión a la CIE de 2015.

## 6. Conclusión

La Secretaría de la Carta de la Energía está en expansión, deseando obtener acceso a los recursos energéticos de África y Asia a través de sus actuales miembros —en su mayoría países desarrollados—, y extendiendo un sistema de protección de inversiones de gran alcance (y desactualizado) a las inversiones en países ricos en recursos.

“Acceder al TCE de 1994 iría en contra de toda innovación y desarrollo en el continente africano y más allá durante los últimos años.”

Los objetivos de la Carta Internacional de la Energía se encuentran reiterados en la CIE de 2015: “apoyar la política de Consolidación, Expansión y Difusión de la Carta con el propósito de facilitar del alcance geográfico del Proceso y el Tratado de la Carta de la Energía”, y “apoyar el estatus de observador activo en la Conferencia de la Carta de la Energía, destinado a... la adhesión temprana de los países observadores del Tratado de la Carta de la Energía” [la cursiva nos pertenece]<sup>14</sup>.

Los Estados que han adherido a la CIE de 2015 deberían tener cuidado con el peligro de acceder al marco de protección de las inversiones de alto riesgo que supone el TCE de 1994.

Los Estados que todavía no se han unido a la CIE de 2015 deberían evaluar los riesgos y beneficios de hacerlo, teniendo en cuenta el peligro de ser presionados para acceder al TCE de 1994.

Dada su importancia, la decisión de acceder al TCE de 1994 o de firmar la CIE de 2015 requiere una evaluación

por un grupo inter-ministerial incluyendo las agencias responsables no solo de la política energética sino también del comercio y la inversión.

### Autor

Nathalie Bernasconi-Osterwalder es abogada internacional y Directora de Grupo de Derecho y Políticas Económicas en el Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible (IISD)

### Notas

- 1 El Tratado sobre la Carta de la Energía (Anexo 1 del Acta Final de la Conferencia sobre la Carta Europea de la Energía), 17 de diciembre de 1994. Extraído de <http://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Legal/ECTC-en.pdf>.
- 2 Carta Internacional de la Energía. (2015, 20 de mayo). Extraído de [http://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Legal/IEC\\_Certified\\_Adopted\\_Copy.pdf](http://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Legal/IEC_Certified_Adopted_Copy.pdf).
- 3 Carta Internacional de la Energía. (2016, 4 de julio). *International Energy Charter as new informal working name*. Extraído de [http://www.energycharter.org/media/news/article/international-energy-charter-as-new-informal-working-name-mezhdunarodnaja-ehnerge/?tx\\_news\\_pi1%5Bcontroller%5D=News&tx\\_news\\_pi1%5Baction%5D=detail&cHash=b5b-20830300401b070a2011f3c0da507d](http://www.energycharter.org/media/news/article/international-energy-charter-as-new-informal-working-name-mezhdunarodnaja-ehnerge/?tx_news_pi1%5Bcontroller%5D=News&tx_news_pi1%5Baction%5D=detail&cHash=b5b-20830300401b070a2011f3c0da507d).
- 4 Carta Internacional de la Energía. (2017). *Constituency of the Energy Charter Conference*. Extraído de <http://www.energycharter.org/who-we-are/members-observers>.
- 5 Carta Internacional de la Energía. (2017). *Members & Observers: Countries: Italy*. Extraído de <http://www.energycharter.org/who-we-are/members-observers/countries/italy>.
- 6 Carta Internacional de la Energía. (2017). *Members & Observers: Countries: Russian Federation*. Extraído de <http://www.energycharter.org/who-we-are/members-observers/countries/russian-federation>.
- 7 Carta Internacional de la Energía. (2017). *List of all dispute settlement cases*. Extraído de <http://www.energycharter.org/?id=345>.
- 8 Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD). (2017). *Investment dispute settlement navigator*. Extraído de <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS>.
- 9 Para consultar sobre asuntos y fundamentos jurídicos de los laudos de US\$50 mil millones, véase Brauch, M. D. (2014, septiembre). *Yukos v. Russia: Issues and legal reasoning behind US\$50 billion awards*. *Investment Treaty News*. Extraído de <http://www.iisd.org/itn/2014/09/04/yukos-v-russia-issues-and-legal-reasoning-behind-us50-billion-awards>; Véase también *Investment Treaty News*. (2016, 15 de mayo). *Laudos de US\$50 mil millones contra Rusia en el caso Yukos desestimados por tribunal holandés*. Extraído de <http://www.iisd.org/itn/wp-content/uploads/2016/05/iisd-itn-mayo-2016-espanol.pdf>; y Walters, M. (2017, 6 de febrero). *\$50bn Russian oil lawsuit set for next stage*. *The Law Society Gazette*. Extraído de <https://www.lawgazette.co.uk/law/50bn-russian-oil-lawsuit-set-for-next-stage-/5059713.article>.
- 10 Carta Internacional de la Energía. (2017). *Frequently Asked Question about the Energy Charter Process: What does the Energy Charter do?* Extraído de <http://www.energycharter.org/process/frequently-asked-questions>.
- 11 Carta Internacional de la Energía. (2017). *The Carta Internacional de la Energía*. Extraído de <http://www.energycharter.org/process/international-energy-charter-2015/overview>.
- 12 Secretaría de la Carta de la Energía. (2015, 20 de mayo). *72 countries plus the EU, Euratom and ECOWAS adopt the International Energy Charter*. Extraído de [http://www.energycharter.org/media/news/article/72-countries-plus-the-eu-euratom-and-ecowas-adopt-the-international-energy-charter/?tx\\_news\\_pi1%5Bcontroller%5D=News&tx\\_news\\_pi1%5Baction%5D=detail&cHash=6c41bf6940672cf5b390ced07fc5b0e5](http://www.energycharter.org/media/news/article/72-countries-plus-the-eu-euratom-and-ecowas-adopt-the-international-energy-charter/?tx_news_pi1%5Bcontroller%5D=News&tx_news_pi1%5Baction%5D=detail&cHash=6c41bf6940672cf5b390ced07fc5b0e5).
- 13 Carta Internacional de la Energía. (2017, 21 de marzo). *Kenya becomes a new signatory of International Energy Charter*. Extraído de [http://www.energycharter.org/media/news/article/kenya-becomes-a-new-signatory-of-the-international-energy-charter/?tx\\_news\\_pi1%5Bcontroller%5D=News&tx\\_news\\_pi1%5Baction%5D=detail&cHash=a158b0dddbda85d774fb1019663277](http://www.energycharter.org/media/news/article/kenya-becomes-a-new-signatory-of-the-international-energy-charter/?tx_news_pi1%5Bcontroller%5D=News&tx_news_pi1%5Baction%5D=detail&cHash=a158b0dddbda85d774fb1019663277).
- 14 Secretaría de la Carta de la Energía. (2016, febrero). *The International Energy Charter Consolidated Energy Charter Treaty with related documents*. Extraído de [http://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Legal/ECT-Positive\\_Annex\\_W.pdf](http://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Legal/ECT-Positive_Annex_W.pdf).

# Otro Conflicto Normativo: Cómo se Relacionan el BEPS y la Tributación Internacional con los Tratados de Inversión

## artículo 2

Julien Chaisse y Flavia Marisi



### 1. Surgimiento del Derecho Tributario Internacional

El nivel de transacciones de comercio e inversión internacional en constante crecimiento ha tornado la reforma tributaria internacional en algo necesario e inevitable, tanto en la ley como en la práctica<sup>1</sup>. Las políticas fiscales ya no se suscriben principalmente al ámbito del Estado en particular, y el número de cuestiones fiscales regidas por los acuerdos internacionales ha crecido dramáticamente.

El intercambio de información y la cooperación entre los Estados en materia fiscal no es algo nuevo: ya en la década de 1920, los países vieron la necesidad de realizar consultas sobre asuntos tributarios apremiantes a nivel internacional, especialmente sobre la cuestión de la doble tributación. Los países procuraron realizar estas interacciones en diferentes foros —primero en la Cámara de Comercio Internacional (ICC), y posteriormente en la Liga de las Naciones—.

Actualmente, el derecho tributario internacional se encuentra regido principalmente por los tratados internacionales en materia fiscal—acuerdos entre los Estados que cumplen varios propósitos y “juegan un papel fundamental en el contexto de la cooperación internacional en materia fiscal”<sup>2</sup>—. Reducen o eliminan la doble tributación sobre los ingresos transfronterizos, evitan la tributación excesiva y consecuentemente la evasión fiscal y, por lo tanto, alientan tanto la inversión internacional como el crecimiento económico mundial. Además, fomentan el intercambio de información y la cooperación entre las administraciones fiscales, especialmente cuando se trata de temas clave sobre evasión fiscal internacional<sup>2</sup>.

### 2. Reforma del Derecho Tributario Internacional y el Proyecto BEPS de la OCDE

El deseo de pagar la menor cantidad de impuestos posible llevó a algunos individuos y empresas acaudaladas a participar en empresas fantasma, algunas de las cuales fueron utilizadas para fines ilegales, tales como la evasión de impuestos y de sanciones internacionales<sup>3</sup>. Estas medidas tomadas por ciertas empresas con el fin de trasladar sus beneficios a países de escasa o nula tributación para hacer que sus beneficios desaparezcan son conocidas como Erosión

de la Base Fiscal y el Traslado de Beneficios (*Base Erosion and Profit Shifting, BEPS*). Esta práctica tiene un fuerte impacto en la pérdida de ingresos, que alcanzan los US\$100 a 240 mil millones cada año.

El proyecto BEPS lanzado en 2013 por la Organización sobre la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), y posteriormente aprobado por el G20<sup>4</sup>, presenta 15 acciones destinadas a garantizar que las ganancias sean tributadas en el lugar donde se llevaron a cabo las actividades que las produjeron y donde el valor es generado. Según la OCDE, el BEPS “perjudica a los gobiernos porque reduce la recaudación impositiva y sube los costos para garantizar el cumplimiento, [y] perjudica a los individuos porque, cuando las EMNs [empresas multinacionales] pagan poco o no pagan impuestos, los contribuyentes individuales deben asumir gran parte de la carga fiscal”<sup>5</sup>.

“Las medidas tomadas por ciertas empresas con el fin de trasladar sus beneficios a países de escasa o nula tributación o para hacer que sus beneficios desaparezcan son conocidas como Erosión de la Base Fiscal y el Traslado de Beneficios (BEPS).”

Para eliminar los acuerdos que permiten que los ingresos no sean tributados aprovechando las diferencias en las normas fiscales nacionales, y para eliminar o modificar regímenes preferenciales que son potencialmente perjudiciales en la asignación justa de la carga fiscal, se han emitido o mejorado reglas específicas como resultado del proyecto BEPS de la OCDE.

### 3. Precios de Transferencia y Traslado de Beneficios

Los temas de cálculo de beneficios y jurisdicción fiscal están íntimamente relacionados. Después de determinar si una parte de los beneficios de la empresa es generada en un país determinado, es importante establecer las normas para la identificación de la parte de los beneficios que serán tributados en esa jurisdicción.

Una cuestión del BEPS son los precios de transferencia, que es la determinación del precio de productos y servicios intercambiados entre las entidades controlantes y sus entidades relacionadas que son parte del mismo grupo corporativo. Un ejemplo de la transferencia de precios es el costo de los productos que paga la empresa matriz a su subsidiaria cuando la última vende productos a la primera. El principio de libre competencia que rige los precios de transferencia a nivel internacional requiere que las entidades relacionadas asignen los beneficios de la misma manera que lo harían si fueran partes independientes en la misma situación o en una situación similar.

Para brindar una guía sobre los aspectos políticos y

administrativos de aplicar un análisis de los precios de transferencia a las EMNs, las Naciones Unidas y Deloitte han publicado manuales sobre los precios de transferencia en diferentes países. Según el manual de las Naciones Unidas, cuando el precio aplicado no respeta el principio internacional de libre competencia, podría considerarse como un “precio incorrecto” con el potencial surgimiento de evasión fiscal. En la práctica, llegar a un precio de transferencia adecuado puede no ser una tarea simple, especialmente teniendo en cuenta las dificultades relacionadas con la atribución de un valor a bienes y servicios intangibles. Los precios de transferencia son útiles para calcular los ingresos de ambas entidades involucradas en intercambios transnacionales, y por ende, afectan la base fiscal de ambos países parte de las transacciones transfronterizas.

Muchas EMNs intervienen en prácticas destinadas a reducir los impuestos a pagar, incluyendo el traslado de beneficios si el principio de libre competencia no es aplicado. Los beneficios son trasladados de entidades establecidas en países de alta tributación a entidades relacionadas en países con una tributación más baja, a través de una fijación de precios demasiado bajos o demasiado altos en las operaciones intra-grupo. Y, dado que las operaciones intra-grupo constituyen el 60 por ciento del comercio mundial<sup>6</sup>, los números involucrados son considerables. Un ejemplo de fijación de precios bajos se da cuando los productos producidos por la empresa matriz, establecida en un país con alta tributación, supuestamente son vendidos a su subsidiaria, con sede en un país de baja tributación, y posteriormente lanzados al mercado por esta última. A su vez, la fijación de precios demasiado altos tiene lugar cuando los productos generados por la subsidiaria, establecida en un país de baja tributación, son vendidos a la empresa matriz, con sede en un país de alta tributación, y luego lanzados al mercado por esta última.

La complejidad de los sistemas tributarios nacionales sobre los precios de transferencia ha inspirado un estudio que lista casi todas las normas fiscales nacionales<sup>7</sup>. Incluso en la fijación de precios de transferencia intra-UE, desde el 2001, la Comisión Europea ha emprendido un análisis minucioso sobre los temas más pertinentes a este respecto<sup>8</sup>.

#### 4. BEPS y Derecho Internacional de las Inversiones

El aumento significativo de los flujos mundiales de inversión extranjera directa (IED) entre 1998 y 2000, entre 2005 y 2007, y en 2015<sup>9</sup> ha confluído en la firma de un creciente número de tratados de doble tributación (TDTs). Los TDTs y los tratados bilaterales de inversión (TBIs) tienen objetivos que se complementan: si bien el propósito de los TBIs es el de proteger y fomentar la IED, los TDTs tratan las cuestiones relativas al lugar donde deberían tributarse los beneficios originados por estas inversiones transfronterizas y cómo distribuir los ingresos fiscales de las EMNs.

Cuando la tributación se encuentra dentro del ámbito de aplicación de un TBI que dispone el arbitraje entre inversionista y Estado, los inversores extranjeros pueden recurrir al arbitraje de inversiones para impugnar a sus Estados anfitriones por cambios en la legislación interna que podrían perjudicar sus inversiones. Aquí es cuando el proyecto BEPS entra en juego: con sus 15 acciones

destinadas a evitar el traslado, y con el fin de garantizar que las actividades económicas sean tributadas donde se originó su valor, ya ha inspirado y muy probablemente seguirá inspirando reformas en los sistemas tributarios nacionales. Consecuentemente, dado que estas reformas pueden implicar un cambio en las normas nacionales que rigen las inversiones extranjeras, podría surgir un choque entre la implementación del proyecto BEPS y la aplicación de TBIs que incluyen la tributación dentro de su ámbito de aplicación.

Las nuevas medidas nacionales sobre tributación, donde se implementa voluntariamente el proyecto BEPS, podrían imponer nuevas obligaciones sobre los inversores y potencialmente entrar en conflicto con los respectivos derechos y obligaciones establecidos en los TBIs y en otros acuerdos internacionales de inversión. Más precisamente, los cambios en las normas fiscales que afectarían ya sea los beneficios o los bienes de los inversores extranjeros podría provocar demandas por la violación de las cláusulas de un tratado de inversión tales como la libre transferencia de fondos, trato justo y equitativo (TJE), trato nacional (TN), nación más favorecida (NMF) y expropiación. En estas situaciones, surgen conflictos entre el campo de la tributación y el de la inversión.

“Cuando la tributación se encuentra dentro del ámbito de aplicación de un TBI que dispone el arbitraje entre inversionista y Estado, los inversores extranjeros pueden recurrir al arbitraje de inversiones para impugnar a sus Estados anfitriones por cambios en la legislación interna que podrían perjudicar sus inversiones.”

Se han presentado varios casos de arbitrajes de inversión alegando la expropiación indirecta a raíz de medidas estatales sobre tributación. Algunos académicos sostienen que esto se ha tornado más frecuente con el aumento del número de medidas regulatorias tomadas por los Estados en el área de la tributación<sup>10</sup>. Cabe destacar los casos *Link-Trading vs. Moldova*, *EnCana vs. Ecuador* y *Occidental vs. Ecuador*: en todos se impugnaron cambios en las normas fiscales como medidas presuntamente expropiatorias.

Con el fin de evitar controversias entre inversionistas y Estados sobre medidas fiscales, algunos de los más recientes TBIs y modelos de TBIs —tales como el modelo indio de 2015— excluyen la tributación del ámbito de aplicación del tratado. La cláusula de excepción del Artículo 2.6(iv) que recomienda el modelo indio de TBI sería un punto de conflicto en las conversaciones entre India y la Unión Europea para firmar el propuesto Acuerdo de Comercio e Inversión de base Amplia (por sus siglas en inglés, BTIA)<sup>11</sup>. Las negociaciones entre China y la Unión Europea para celebrar un Acuerdo Global de Inversión (AGI) evidencian el mismo tema, que destaca el creciente problema

planteado por la inclusión de medidas fiscales en los tratados de inversión.

Los sistemas tributarios pueden afectar las inversiones transfronterizas en al menos cuatro maneras. Primero, cuando se tributan los mismos beneficios tanto en el Estado de residencia como en el Estado de origen, una empresa paga impuestos dos veces. Esta doble tributación —junto con otros factores, tales como la presencia y accesibilidad de materias primas, mano de obra barata, infraestructura sólida y capilarizada y legislación tributaria favorable— pueden afectar las elecciones de las EMNs sobre el destino de sus inversiones. A corto plazo, el proyecto BEPS incitará una reforma en la tributación nacional alrededor de todo el mundo, y, consecuentemente, habría un aumento del riesgo de conflicto de la reforma interna con las disposiciones de comercio internacional y los acuerdos de inversión, tales como los TDTs o los TBIs. De hecho, pese a que las medidas del proyecto BEPS no son obligatorias, incluso antes de su adhesión formal por parte del G20 en octubre de 2015, más de 30 ya las habían implementado en sus legislaciones respectivas<sup>12</sup>.

Segundo, la aplicación de las reglas de fijación de precios de transferencia en operaciones transnacionales entre entidades similares evita las discrepancias persistentes entre el costo de los productos declarados por una empresa exportadora y el valor de los productos declarados por la empresa importadora, en la aplicación de derechos de aduana, impuesto al valor agregado (IVA) y los impuestos directos. Esto podría resultar potencialmente en un incremento de los costos de las EMNs para su cumplimiento<sup>13</sup>.

Tercero, existe el riesgo de crear un clima de incertidumbre fiscal. Los factores tales como el aumento de empresas con actividades transfronterizas, la rápida evolución tecnológica, la creciente atención que las EMNs dedican a la planificación fiscal y la ausencia de una política mundial de leyes fiscales internacionales aportan mayor incertidumbre. La implementación global de la agenda BEPS requeriría una reforma del marco fiscal internacional. Sin embargo, llegar a un acuerdo sobre una reforma como tal parece improbable, dado que las perspectivas de Brasil, China, Rusia y Sudáfrica, en concordancia con los países de la OCDE, difieren significativamente con la perspectiva de otros países en desarrollo. De hecho, el proyecto original BEPS de 2013 brinda a los Estados donde las empresas son establecidas (generalmente países desarrollados) la posibilidad de imponer impuestos más altos, y a los Estados donde las empresas operan (en su mayoría países en desarrollo) derechos de tributación más baja. Consecuentemente, cuando las EMNs participaban en operaciones intra-grupo, los países en desarrollo tenían menos margen de actuación para imponer impuestos, mientras que la mayor parte de los impuestos eran gravados por los países desarrollados. A pesar de que se hicieron algunos ajustes al proyecto BEPS en 2015, la divergencia original de opiniones sugiere que parece improbable una reforma global del marco fiscal internacional.

La ausencia de una opinión compartida podría verse agravada por el mayor acceso que tienen las autoridades fiscales a la información sobre las operaciones transfronterizas de las EMNs. Si bien algunas autoridades

fiscales nacionales podrían utilizar esta información para diseñar un enfoque mundial a la fijación de precios de transferencia<sup>13</sup>, otras autoridades fiscales deberán manejar un mayor volumen de información que antes, sin necesariamente ser capaces de cooperar en estos asuntos. Como resultado, incluso podrían ser propensas a adoptar una política más estricta (que consideren de su exclusivo interés). Finalmente, los “impuestos de salida” que están imponiendo algunos Estados sobre los ingresos de individuos o corporaciones probablemente tendrán un impacto negativo en el movimiento tanto de capital como de mano de obra<sup>13</sup>.

## 5. Conclusión

El reciente proyecto de reforma BEPS de la OCDE es de suma importancia, no solo para la comunidad fiscal sino también para evitar que un número reducido de entidades económicas se convierta en el único beneficiario de las ganancias producto del comercio y la inversión transfronteriza y para garantizar que dichas ganancias sean redistribuidas más ampliamente. A este respecto, es importante revisar la legislación y las políticas de inversión para garantizar que no obstaculicen la adecuada implementación del proyecto BEPS y las reformas fiscales a nivel nacional.

### Autor

Julien Chaisse es Profesor, Facultad de Derecho, Universidad China de Hong Kong, y Miembro del *Council on the Future of International Trade and Investment* del Foro Económico Mundial (WEF). Flavia Marisi es Asistente de Investigación, Facultad de Derecho, Universidad China de Hong Kong, y Candidata a Ph.D. de la Universidad Ghent. Texto traducido al español por María Candela Conforti.

### Notas

- 1 Chaisse, J. (2016). Investor-state arbitration in international tax dispute resolution. A cut above dedicated tax dispute resolution? *Virginia Tax Review*, 41(2), 149–222.
- 2 Trepelkov, A., Tonino, H., & Halka, D. (Eds.). (2013). *United Nations handbook on selected issues in administration of double tax treaties for developing countries*. Nueva York: Naciones Unidas, p. 3. Extraído de [http://www.un.org/esa/ffd/documents/UN\\_Handbook\\_DTT\\_Admin.pdf](http://www.un.org/esa/ffd/documents/UN_Handbook_DTT_Admin.pdf).
- 3 Algunos de los últimos casos conocidos son: *Panama papers*, *HSBC y LuxLeaks*. Véase The International Consortium of Investigative Journalists (ICIJ). (2016, 3 de abril). *Giant leak of offshore financial records exposes global array of crime and corruption*. Extraído de <https://panamapapers.icij.org/20160403-panama-papers-global-overview.html>; The Guardian. (2016, 3 de noviembre). *French prosecutor calls for HSBC to stand trial for alleged tax fraud*. Extraído de <https://www.theguardian.com/business/2016/nov/03/hsbc-bank-french-prosecutor-calls-stand-trial-alleged-tax-swiss-subsidiary>; Bowers, S. (2014, 5 de noviembre). *Luxembourg tax files: How tiny state rubber-stamped tax avoidance on an industrial scale*. The Guardian. Extraído de <https://www.theguardian.com/business/2014/nov/05/sp-luxembourg-tax-files-tax-avoidance-industrial-scale>.
- 4 OCDE. (2015, 9 de octubre). *OECD/G20 base erosion and profit shifting project forwarded to G20 heads of state in November*. Extraído de <https://www.oecd.org/g20/topics/taxation/g20-finance-ministers-endorse-reforms-to-the-international-tax-system-for-curbing-avoidance-by-multinational-enterprises.htm>.
- 5 OCDE. (2015, octubre). *Taxing multinational enterprises: base erosion and profit shifting (BEPS). OECD Policy Brief BEPS Update No. 3*. Extraído de <http://www.oecd.org/ctp/policy-brief-beeps-2015.pdf>.
- 6 ICC. (2012). *ICC Commission on Taxation Handbook*, p. 19. Extraído de <https://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2012/10/ICC-Commission-on-Taxation-Handbook.pdf>.
- 7 EY. (2016). *Worldwide transfer pricing reference guide 2015–16*. Extraído de [http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/EY-Worldwide-transfer-pricing-reference-guide-2015-16/\\$-File/EY-Worldwide-Transfer\\_Pricing\\_Reference\\_Guide\\_2015-16.pdf](http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/EY-Worldwide-transfer-pricing-reference-guide-2015-16/$-File/EY-Worldwide-Transfer_Pricing_Reference_Guide_2015-16.pdf).
- 8 Commission of the European Communities. (2001, 23 de octubre). *Commission staff working paper: Company taxation in the internal market*. Extraído de [http://ec.europa.eu/taxation\\_customs/sites/taxation/files/resources/documents/company\\_tax\\_study\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/resources/documents/company_tax_study_en.pdf).
- 9 Organización Mundial del Comercio (OMC). (2013). *Informe sobre el comercio mundial 2013*. Extraído de [https://www.wto.org/spanish/res\\_s/books/sp\\_s/world\\_trade\\_report13\\_s.pdf](https://www.wto.org/spanish/res_s/books/sp_s/world_trade_report13_s.pdf).
- 10 Wälde, T., & Kolo, A. (2008). Coverage of taxation under modern investment treaties. En P. Muchlinski, F. Ortino & C. Schreuer (Eds.), *The Oxford handbook of international investment law* (Capítulo 9), p. 305.
- 11 Dhasmana, I. (2017, 10 de abril). India-EU ties stumble over keeping tax out of bilateral investment treaty. *Business Standard*. Extraído de [http://wap.business-standard.com/article/economy-policy/india-eu-ties-stumble-over-keeping-tax-out-of-bilateral-investment-treaty-117041000416\\_1.html](http://wap.business-standard.com/article/economy-policy/india-eu-ties-stumble-over-keeping-tax-out-of-bilateral-investment-treaty-117041000416_1.html).
- 12 EY. (2015, agosto). *Country implementation of BEPS actions 8-10 and 13*. Extraído de [http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/ey-country-implementation-of-beeps-actions-8-10-and-13-august-2015/\\$FILE/ey-country-implementation-of-beeps-actions-8-10-and-13.pdf](http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/ey-country-implementation-of-beeps-actions-8-10-and-13-august-2015/$FILE/ey-country-implementation-of-beeps-actions-8-10-and-13.pdf).
- 13 Chaisse, J. (2016, enero). *International investment law and taxation: From coexistence to cooperation*. E15Initiative. Ginebra: International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD) y Foro Económico Mundial, p. 5. Extraído de <http://e15initiative.org/publications/international-investment-law-taxation-coexistence-cooperation>.

# artículo 3

## Acuerdos de Cooperación y Facilitación de Inversiones (ACFI) de Brasil y Últimos Avances

### José Henrique Vieira Martins



#### 1. Introducción

Ninguno de los 2.369 tratados bilaterales de inversión (TBIs) vigentes involucra a Brasil<sup>1</sup>. Pese a que el país firmó 14 TBIs tradicionales entre 1994 y 1999<sup>2</sup>, estos nunca fueron aprobados por el Congreso Nacional, por considerar que el régimen de arbitraje entre inversionista y Estado limita el derecho a regular dado que otorga beneficios extraordinarios a los inversores extranjeros; por ende, discriminando a los inversores nacionales. Por las mismas razones, Brasil no firmó el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados de 1965 (Convenio del CIADI). Aun así, Brasil siguió recibiendo cantidades importantes de inversión extranjera directa (IED), consolidando su posición como uno de los principales receptores de IED en el mundo<sup>3</sup> y reforzando la concepción de que tener TBIs vigentes no es decisivo para atraer inversiones.

La creciente internacionalización de las empresas brasileras<sup>4</sup>, el interés de los países socios en negociar acuerdos de inversión, varios problemas percibidos en los TBIs tradicionales y el creciente número de casos de arbitraje entre inversionista y Estado plantearon nuevamente el debate de los acuerdos de inversión en Brasil. Esto constituyó una oportunidad para desarrollar un modelo innovador que no se enfoque únicamente en la protección de los inversores y las inversiones, sino que apunte a la promoción y facilitación de la inversión productiva de alta calidad. El gobierno brasileiro, por lo tanto, adoptó un nuevo enfoque: el Acuerdo de Cooperación y Facilitación de las Inversiones (ACFI)<sup>5</sup>. En este artículo se discuten los problemas de los tratados de inversión tradicionales, las principales características de los ACFIs y los últimos avances en las negociaciones.

#### 2. Problemas del modelo tradicional de los acuerdos de inversión

El modelo tradicional de los acuerdos de inversión, donde se establecen fuertes cláusulas de protección para los inversores extranjeros y les permiten iniciar arbitrajes internacionales contra el Estado receptor sin recurrir previamente al sistema judicial local, ha tenido efectos negativos en los países anfitriones. Entre otras críticas, sus disposiciones resultaban excesivamente onerosas para los Estados importadores de capital, particularmente

cuando se trata de las necesidades específicas de los países en desarrollo. Muchas cláusulas han sido interpretadas de manera que limitan o impiden el ejercicio del derecho a regular de los Estados, y que restringen la implementación de políticas públicas legítimas.

Las cláusulas sobre expropiación indirecta, por ejemplo, han permitido a los Estados la impugnación de políticas públicas legítimamente destinadas a proteger el medio ambiente o la salud humana ante los tribunales arbitrales. Esto sucedió, por ejemplo, en los casos iniciados por Philip Morris contra Uruguay y Australia<sup>6</sup>, donde la empresa tabacalera impugnó las regulaciones de etiquetado establecidas por estos países para reducir el atractivo de las etiquetas de cigarrillos y, por ende, disminuir el consumo del producto.

La mayor parte de los 767 casos de arbitraje entre inversionista y Estado conocidos hasta la fecha<sup>7</sup> ha tenido grandes repercusiones políticas en los países involucrados. Los tribunales de inversión han otorgado grandes sumas en compensación y a menudo se percibe que estos tribunales favorecen los intereses comerciales individuales por sobre consideraciones sociales y públicas del Estado receptor.

Enfocados en el mecanismo de solución de controversias y con una estructura que estimula la impugnación de regulaciones internas que de alguna manera afectan a las inversiones, los TBIs han creado una dinámica adversa, que no contribuye a crear un buen ambiente de negocios ni ayuda a las relaciones entre inversionista y Estado a largo plazo. Pese a ser denominados “Acuerdos para la Promoción y Protección de las Inversiones”, estos textos tradicionales no tienen un interés real de promoción de las inversiones<sup>8</sup>, sino casi exclusivamente de protección; y su eficacia para promover las inversiones no ha sido confirmada, después de todos estos años, por ningún dato disponible<sup>9</sup>.

Similarmente, los países desarrollados y en desarrollo han comenzado a pensar en reformar el régimen de los acuerdos internacionales de inversión y a promover cambios en sus modelos de tratado de inversión, incluyendo cláusulas destinadas a aclarar y delimitar las obligaciones de los Estados hacia los inversores y a limitar la posibilidad de iniciar arbitrajes. Aun así, muchos conceptos utilizados a estos fines dejan mucho espacio para la interpretación de los árbitros y no resuelven el problema.

Varios países han adoptado diferentes estrategias. Bolivia y Ecuador han denunciado muchos TBIs. India actualmente está renegociando o retirándose de sus TBIs. Australia ha extraído el arbitraje entre inversionista y Estado de sus acuerdos. Sudáfrica ha recurrido a la mediación a nivel nacional para la solución de controversias entre inversionista y Estado. Estados Unidos ha realizado algunos cambios en su modelo de TBI. En la Unión Europea, la oposición del Parlamento Europeo y la sociedad civil al mecanismo de arbitraje entre inversionista y Estado hizo que la Comisión Europea propusiera la creación de un sistema reformado con un tribunal permanente de primera instancia y un mecanismo de apelación.

### 3. El Modelo de Cooperación y Facilitación de las Inversiones

La respuesta de Brasil a las críticas del actual régimen fue la de alejarse del enfoque adversario y adoptar un enfoque cooperativo, enfocándose en los elementos de beneficio mutuo entre inversores y Estados. Este país pretende evitar los problemas de los acuerdos tradicionales y adoptar un modelo realmente enfocado en la promoción de las inversiones, y no solamente en su protección.

Teniendo esto en cuenta, un equipo del gobierno liderado por los Ministerios de Hacienda (MF), Relaciones Exteriores (MRE) y de Desarrollo, Industria y Comercio Exterior (MDIC), consultando a otras instituciones y coaliciones del sector privado, desarrolló el modelo de ACFI. En la creación de este modelo también se tuvieron en cuenta los debates y estudios de organizaciones internacionales y foros económicos tales como la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), el Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible (IISD) y el G20, además de valiosas referencias sobre el tema y ejemplos de países.

La premisa de los ACFIs es la perspectiva a largo plazo de que los Estados necesitan cooperar y mantener un diálogo fluido y organizado con los inversores para fomentar las inversiones sostenidas. Se trata de un nuevo concepto de acuerdo enfocado en estimular y apoyar las inversiones mutuas (adoptando el concepto de facilitación de las inversiones), destinado a fomentar los flujos de inversión recíproca y abrir nuevas actividades de integración sostenibles entre los Estados. Por lo tanto, el modelo coincide con las agendas de desarrollo del G20 y de otros foros internacionales, especialmente con los debates más recientes sobre facilitación de las inversiones —que se han beneficiado mucho del modelo de acuerdo brasilero como ejemplo— ya que fomenta el mejoramiento de las condiciones de inversión para ampliar las oportunidades de negocios y estimular las inversiones del sector privado.

El modelo de ACFI está compuesto por cuatro partes sustantivas, discutidas en detalle a continuación.

#### a. Definiciones y ámbito de aplicación

La definición de inversión juega un papel fundamental, ya que los ACFIs cubren únicamente la IED, que, según se considera, es el tipo de inversión que puede jugar un papel decisivo en el desarrollo de los Estados. Las inversiones de cartera se encuentran excluidas explícitamente del alcance de los ACFIs, dado que abarcan esencialmente la inversión a corto plazo y especulativa.

#### b. Medidas regulatorias y mitigación de riesgos

Las cláusulas de trato nacional y de nación más favorecida (NMF) disponen que los inversores extranjeros deben ser tratados de manera no menos favorable que los inversores nacionales o los inversores de terceras partes. Se conservaron algunas excepciones existentes, tales como la prohibición de las inversiones en regiones fronterizas. El modelo no limita la

promulgación de nuevas medidas de políticas públicas, si no son discriminatorias. También hay artículos sobre transparencia, sobre la libertad de transferencias relativas a inversiones y un artículo sobre expropiación, el cual determina que las expropiaciones directas no están permitidas, a menos que sean realizadas en pos del interés público, de manera no discriminatoria, de conformidad con un proceso debido de derecho y sujeta al pago de compensación efectiva. El artículo sobre expropiación no cubre la expropiación indirecta.

Una innovación importante en relación con otros modelos de acuerdo de inversión es la introducción de cláusulas sobre responsabilidad social empresarial basadas en las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales<sup>10</sup>, disposiciones contra la corrupción y, en las negociaciones más recientes, excepciones específicas para la protección de la vida humana, animal y vegetal. Esto coincide con el deseo de Brasil de que las inversiones sean socialmente responsables y contribuyan al desarrollo sostenible.

#### c. Gobernanza institucional y prevención y solución de controversias

Según los ACFIs, cada Estado socio debe crear un mecanismo centralizado (Ombudsman o Punto Focal) para recibir inquietudes y reclamos de los inversores. El Ombudsman analiza los reclamos y preguntas y, en coordinación con las entidades públicas a través de procedimientos expeditivos, brinda una respuesta o solución al inversor. El objetivo es que el inversor extranjero tenga a su disposición los medios efectivos para superar rispideces y desafíos que enfrentan para realizar y mantener la inversión y para fomentar un buen ambiente de negocios. El Ombudsman de Brasil fue establecido por la Cámara de Comercio Exterior (CAMEX), un organismo inter-ministerial responsable de formular, adoptar y coordinar políticas de comercio e inversión.

Los ACFIs también presentan una innovación a través de la constitución de un Comité Conjunto para la cooperación entre Estados y la prevención de controversias. El componente de prevención de controversias trabaja a través de un mecanismo donde los representantes de los inversores y los gobiernos involucrados pueden compartir sus opiniones sobre el tema planteado por los inversores y buscar una solución sobre puntos comunes.

Si las partes no encuentran puntos en común, los Estados involucrados pueden iniciar un arbitraje internacional como último recurso. Los ACFIs no establecen el arbitraje entre inversionista y Estado. El principal fin del arbitraje entre Estados es determinar si el Estado receptor violó alguna de las disciplinas del acuerdo y, de ser así, recomiendan que el Estado ajuste o elimine la medida que no cumple con las exigencias.

#### d. Agenda para una Mayor Cooperación y Facilitación de las Inversiones

El aspecto de cooperación de las atribuciones del Comité Conjunto es ejercido especialmente a través del desarrollo de la Agenda para una Mayor Cooperación y Facilitación, que puede incluir temas tales como la facilitación de la visa de negocios, intercambio de

información sobre legislación y logística. Estos temas van avanzando dependiendo de los intereses comunes de los Estados socios. Por lo tanto, la agenda pretende ser un documento vivo, que puede ser adaptado a cada caso, incluyendo asuntos de interés mutuo.

#### 4. Últimos avances

En el 2013, CAMEX emitió un mandato para la negociación de acuerdos con países africanos, basado en las guías del modelo de ACFI recientemente desarrollado. Este mandato fue ampliado en 2015, justo después de la celebración de los primeros acuerdos con Angola, Malawi y Mozambique, para incluir a todos los países interesados en negociar acuerdos bajo el modelo de ACFI con Brasil.

Brasil también ha firmado ACFIs con Chile, Colombia, México y Perú, y ha cerrado negociaciones con India y Jordania. Las negociaciones basadas en la propuesta de Brasil de 2015 recientemente fueron cerradas por el Subgrupo de Trabajo sobre Inversiones del MERCOSUR (SGT 12), con la firma del Protocolo sobre Cooperación y Facilitación de las Inversiones del Tratado de Asunción del 7 de abril de 2017.

Al momento de la redacción de este artículo, los ACFIs con México y Perú acababan de ser aprobados por el Senado brasileño, convirtiéndose en el primer acuerdo de inversión en obtener la aprobación del Congreso de Brasil. Los otros ACFIs firmados por este país todavía están siendo sometidos al proceso de aprobación. El Ombudsman para la Inversión Directa y un Comité Nacional de Inversiones fueron establecidos en septiembre de 2016 dentro de la estructura de CAMEX, incluyendo las regulaciones para ambos marcos institucionales<sup>11</sup>.

Aunque el nombre y la estructura de los acuerdos pueden variar levemente, las características principales son las mismas y se basan en el modelo de ACFI. Los pequeños cambios indican ajustes a las necesidades específicas de cada socio y la posibilidad de mejorar continuamente el modelo sin perder su esencia.

Los marcos de cooperación y facilitación de las inversiones de los ACFIs (incluyendo los Ombudsmen, los Comités Conjuntos y las flexibles Agendas para una Mayor Cooperación y Facilitación de las Inversiones) han atraído la atención de las pertinentes organizaciones internacionales. Casi todas las líneas de acción incluidas en el Menú de Acción Global para la Facilitación de las Inversiones de la UNCTAD<sup>12</sup> también están presentes en el modelo brasileño. Además, el borrador de los Principios Sur-Sur sobre Inversión Internacional para el Desarrollo Sostenible elaborado por el IISD<sup>13</sup> —todavía bajo el proceso de redacción con los Estados— y el escrito de facilitación de las inversiones de la Secretaría de la OCDE concuerdan con muchas de las ideas incluidas en el modelo brasileño. El modelo de ACFI también se hizo eco de los debates del G20 sobre la necesidad de fomentar las inversiones, que tomaron fuerza con la Cumbre de Seúl (2010), la creación del Grupo de Trabajo sobre Comercio e Inversiones (GTCI) y la aprobación de los Principios Rectores del G20 para la Formulación de Políticas de Inversión Mundial del G20<sup>14</sup>.

#### 5. Conclusión

Los problemas percibidos en el modelo tradicional de acuerdos llevaron a Brasil a no seguir la lógica de simplemente crear condiciones extraordinarias para los inversores extranjeros a través de un enfoque adverso. Finalmente, Brasil decidió desarrollar el modelo de ACFI para redefinir, de forma más equilibrada, lo que se espera de un acuerdo de inversión. El modelo de ACFI fomenta un enfoque cooperativo, enfocándose en la facilitación de las inversiones y la prevención de controversias para crear un ambiente más productivo de negocios.

Si bien el éxito del modelo de ACFI en términos de generar más inversiones y menos controversias todavía no puede ser probado, el nuevo marco institucional —establecido a partir del ACFI— ya ha mejorado y organizado el proceso de toma de decisiones de políticas de inversión y brindó a Brasil un mejor sistema de diagnóstico y análisis del escenario regulatorio interno. La aprobación de los acuerdos con México y Perú y la repercusión positiva del modelo entre los agentes y socios económicos pertinentes, así como en los círculos académicos y de cooperación internacional, demuestran que el modelo parece estar yendo en la dirección correcta.

#### Autor

José Henrique Vieira Martins es Coordinador General de Políticas de Comercio e Inversión del Ministerio de Hacienda de Brasil y Coordinador Nacional de Brasil en el Subgrupo de Trabajo sobre Inversiones del MERCOSUR (SGT 12).

#### Notas

- 1 Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD). (2017). *International investment agreements navigator*. Extraído de <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>.
- 2 *Id.* Extraído de <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/27#iainnerMenu>.
- 3 UNCTAD. (2016). *World investment report 2016: Investor nationality: Policy challenges*, p. 5. Extraído de [http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2016\\_en.pdf](http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2016_en.pdf).
- 4 A finales de 2014, la IED brasileña en el exterior correspondía a la mitad de la suma total de IED de Brasil. Banco Central de Brasil. (2014). *Brazilian capital abroad*. Extraído de <http://www4.bcb.gov.br/rex/CBE/Ingl/CBE2014Results.pdf>.
- 5 Véase Bernasconi-Osterwalder, N., & Brauch, M. D. (2015, septiembre). *Comparative commentary to Brazil's cooperation and investment facilitation agreements (CIFAs) with Mozambique, Angola, Mexico, and Malawi*. Extraído de <http://www.iisd.org/library/comparative-commentary-brazil-cooperation-and-investment-facilitation-agreements-cifas>; y Morosini, F., & Sanchez Badin, M. R. (2015, agosto). El acuerdo brasileño de cooperación y de facilitación de las inversiones (ACFI): ¿Una nueva fórmula para los acuerdos internacionales de inversión? *Investment Treaty News*, 6(3), 3–5. Extraído de <http://www.iisd.org/sites/default/files/publications/iisd-itn-agosto-2015-espanol.pdf>.
- 6 Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia, CNUDMI, Caso de la PCA No. 2012-12. Extraído de <http://www.italaw.com/cases/851>; Philip Morris Brand Sàrl (Suiza), Philip Morris Products S.A. (Suiza) y Abal Hermanos S.A. (Uruguay) v. la República Oriental de Uruguay, Caso del CIADI No. ARB/10/7. Extraído de <http://www.italaw.com/cases/460>.
- 7 UNCTAD. (2017). *Investment dispute settlement navigator*. Extraído de <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS>.
- 8 Únicamente el 19 por ciento de los 500 TBIs analizados por la UNCTAD incluye disposiciones para la promoción de las inversiones. UNCTAD. (2008). *Disposiciones de promoción de la inversión en los acuerdos internacionales de inversión*. Extraído de <http://unctad.org/es/paginas/PublicationArchive.aspx?publicationid=419>.
- 9 Salacuse, J. W., & Sullivan, N. P. (2005). Do BITs really work? An evaluation of bilateral investment treaties and their grand bargain. *Harvard International Law Journal*, 46(1), 67–130.
- 10 Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). (2011). *Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales*. Extraído de <https://www.oecd.org/daf/inv/mne/MNEguidelinesESPANOL.pdf>.
- 11 República Federativa de Brasil. (2016). *Decreto No. 8863/2016*. Extraído de [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/decreto/D8863.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/D8863.htm).
- 12 UNCTAD. (2016, 31 de mayo). *Menú de Acción Global para la Facilitación de las Inversiones de la UNCTAD*. Extraído de <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Upload/Documents/UNCTAD.GlobalActionMenuForInvestmentFacilitation.2016.Spanish.pdf>.
- 13 International Institute for Sustainable Development (IISD). (2016). *High-level roundtable discussion on the development of South-South principles on international investment for sustainable development, Nairobi, Kenya, 18 de julio de 2016: Meeting report*. Extraído de <https://www.iisd.org/sites/default/files/material/South-South-Principles-on-International-Investment-Nairobi-July-2016.pdf>.
- 14 G20. (2016). *Trade ministers meeting statement, 9 al 10 de julio de 2016, Shanghai, Anejo III*. Extraído de [https://www.wto.org/english/news\\_e/news16\\_e/dgra\\_09jul16\\_e.pdf](https://www.wto.org/english/news_e/news16_e/dgra_09jul16_e.pdf).

## artículo 4

## La Protección de las Inversiones Intra-UE: Navegando Río Arriba sin Remo

Andrej Arpas



### Las agitadas aguas de los TBIs europeos

Los Estados miembros de la Unión Europea (UE) actualmente poseen docenas de tratados bilaterales de inversión (TBIs) intra-UE que todavía se encuentran en vigencia. Alguna vez considerados como garantías necesarias para los inversores —principalmente de Europa Occidental— de que sus inversiones estarían resguardadas de los caprichos de los nuevos regímenes post-comunistas, los TBIs intra-UE han perdido su razón de ser. Muchos países, que anteriormente se encontraban al este de la Cortina de Hierro, a lo largo de los años, se han unido a la UE y adoptado las leyes y normas de la UE.

Sin embargo, pese a una reciente resolución sobre la incompatibilidad de los TBIs intra-UE con el derecho de la UE, solamente Irlanda e Italia (que pusieron fin a todos sus TBIs intra-UE en 2012 y 2013, respectivamente) se rigen esencialmente por las normas de mercado único de la UE —tales como la libertad de establecimiento, la libre circulación de capitales, la no discriminación por razón de la nacionalidad— para la protección de los inversores y las inversiones intra-UE a nivel transfronterizo<sup>1</sup>. Para complicar aún más las cosas, pese a que la Comisión Europea ha solicitado a los Estados miembros que pongan fin a sus TBIs intra-UE, los límites precisos de la protección de los inversores en la Unión Europea siguen siendo poco claros ya que continúan desarrollándose.

Mientras tanto, el ambiente de inversión del bloque se encuentra navegando en aguas desconocidas tal como se evidenció en una nueva disputa entre Polonia y Eslovaquia por la exportación de agua: el caso *Muszynianka vs. la República de Eslovaquia*. Este escrito explica las complejidades del caso, incluyendo los antecedentes jurídicos y de hecho y su postura dentro del contexto de la protección de las inversiones intra-UE.

### Antecedentes del Caso Muszynianka

La cooperativa Muszynianka es un proveedor polaco de agua mineral que posee una planta de embotellamiento en Muszyna, un pueblo en la frontera con Eslovaquia. En una oferta de expansión, en 2012, se aventuró hacia la frontera sur entre Eslovaquia y Polonia donde se encuentra el río Poprad, registrando una entidad jurídica en la capital regional de Eslovaquia con el mismo nombre. La empresa había construido un acueducto de 2 km de longitud a lo largo de la frontera ribereña y estaba lista para comenzar a bombear agua. La inversión alcanzó aproximadamente los CZK100 millones (€3,7 millones).

En enero de 2015, solicitó al Ministerio de Salud eslovaco un permiso para explotar la fuente de agua. El 26 de enero de 2015, dicho Ministerio informó a la empresa que la solicitud de concesión había sido rechazada en virtud del Artículo 4(2) de la constitución de Eslovaquia, una disposición que había entrado en vigor el 1 de diciembre de 2014 a través de una enmienda constitucional<sup>1</sup>. Esta enmienda proscribe la exportación de agua potable, geotermal y mineral a través de acueductos o camiones<sup>2</sup>.

Muszynianka, con una facturación anual de alrededor de €1 mil millones, se presentó a la Comisión Europea una demanda que recibió atención pública en los medios polacos y el apoyo de la entonces saliente Primer Ministro polaca Ewa Kopacz y de la actual miembro de gabinete Beata Szydło<sup>3</sup>.

### Pelando la cebolla de los arbitrajes de inversión

La información es limitada sobre este punto, pero al parecer, considerando que otras medidas no pudieron resolver la disputa, el inversor polaco inició una demanda de arbitraje de inversión por €75 millones contra Eslovaquia en virtud del TBI entre Polonia y Eslovaquia<sup>4</sup>. Entre las disposiciones que pueden haber sido invocadas por la cooperativa Muszynianka se encuentra el Artículo 3(2) del TBI<sup>5</sup>:

Cada parte debe garantizar en su territorio un trato justo y equitativo con respecto a la inversión de los inversores de la otra parte. Este trato no será menos favorable que el acordado a los propios inversores de cada parte en su territorio o a los inversores de terceros países si dicho trato es más favorable.

La primera oración del Artículo 3(2) establece la obligación típica de trato justo y equitativo (TJE). Después, la segunda frase explica que el TJE involucra la obligación de trato nacional y de nación más favorecida (NMF). La relación exacta entre el TJE, por un lado, y el trato nacional y de NMF, por el otro, está redactada de manera un poco vaga en el texto. Sin embargo, el inversor podría argumentar que rigen las dos series de obligaciones.

El progreso del arbitraje es lento ya que Eslovaquia impugnó inmediatamente la nominación del árbitro búlgaro, Stanimir Alexandrov<sup>6</sup>. Designado por el inversor polaco, el Sr. Alexandrov decidió hacerse a un lado antes de resolver el asunto, citando “la forma hostil en que percibió la impugnación al haber sido procesado por la República eslovaca” como la razón para su retirada del caso<sup>7</sup>.

La impugnación surgió a raíz de otro arbitraje controvertido en virtud del TBI entre los Países Bajos y Eslovaquia de 1991: el caso *HICEE vs. Eslovaquia*. La impugnación del Sr. Alexandrov en el caso Muszynianka se basó en su conducta como abogado defensor de la demandante y como testigo del caso *HICEE*. (Como testigo, dio testimonio escrito cuando HICEE B.V., una empresa holandesa, pretendió descalificar a un árbitro). El Primer Ministro eslovaco, Robert Fico, había promulgado una prohibición sobre la distribución de los beneficios que involucraba a la filial local de HICEE, prestadora de seguros de salud<sup>8</sup>. HICEE reclamó que Eslovaquia, por lo tanto, violó sus obligaciones de TJE, expropiación y libre transferencia bajo el TBI. Solicitó daños por más de €1 mil millones, pero perdió<sup>9</sup>.

Pelando más capas de esta cebolla, Achmea, otro inversor holandés en el sistema eslovaco de salud, inició un arbitraje bajo el reglamento de la Comisión de las Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional

(CNUDMI), también retomando la cuestión de TJE del TBI entre los Países Bajos y Eslovaquia. Eslovaquia impugnó la aplicabilidad del TBI, dada la naturaleza intra-UE de la controversia. También presentó una objeción jurisdiccional al tribunal local de Frankfurt, Alemania, foro del arbitraje. El Artículo 344 del Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) dispone que las controversias relativas a la interpretación o aplicación de los Tratados de la UE deben ser sometidos a un procedimiento de solución de controversias previstos en los mismos tratados de la UE. Eslovaquia alegó que esto excluía la jurisdicción de tribunales nacionales tales como los tribunales federales alemanes. El tribunal de Frankfurt se pronunció en contra de Eslovaquia en una decisión provisional en 2010 y nuevamente en su decisión final en diciembre de 2012. Eslovaquia apeló ante un tribunal de instancia superior, el cual afirmó que las objeciones de Eslovaquia eran discutibles, interpretando que el Art. 344 del TFUE no menciona las controversias privadas entre inversionistas y Estados, y así, los tribunales arbitrales no constituyen una violación del TFUE. Posteriormente, Eslovaquia recurrió al Tribunal Supremo de Alemania en la jurisdicción ordinaria —el Tribunal Federal de Justicia (por sus siglas en alemán, BGH)—.

Esto nos lleva al centro de la cebolla en nuestra metáfora. Intentando garantizar una aplicación uniforme y coherente del derecho de la UE, el BGH procedió a remitir las cuestiones preliminares al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), conforme al Art. 267 del TFUE. Discutiblemente, la cuestión más importante concierne el uso de tribunales arbitrales bajo los TBIs intra-UE a la luz del Art. 344 del TFUE, el cual parecería establecer que todas las controversias deberán presentarse ante el TJUE<sup>10</sup>. El BGH también cuestionó si el Art. 18 del TFUE (no-discriminación) estaría siendo infringido al otorgar derechos especiales a algunos nacionales de la UE y no a otros a través de los TBIs intra-UE. Las respuestas a estas importantes preguntas probablemente serán un punto de inflexión en este y en muchos otros arbitrajes de la UE. Observando que el resultado del caso actualmente se encuentra en un limbo interpretativo, el BGH decidió permanecer en el procedimiento mientras espera la decisión del TJUE<sup>11</sup>.

### Volviendo a la demanda de Muszynianka ante la Comisión Europea

En base a la información disponible públicamente, el caso parece seguir en curso, enfocándose en las normas que rigen el mercado interior<sup>11</sup>. Sin embargo, en lo que respecta a los TBIs intra-UE, la Comisión Europea recientemente los ha revocado por ser contrarios al derecho de la UE<sup>12</sup>.

### ¿La protección de las inversiones hecha trizas?

El 29 de septiembre de 2016, la Comisión dictaminó que las “garantías” de inversión intra-UE eran excesivas e incompatibles con el derecho de la UE, y que Austria, Eslovaquia, los Países Bajos, Rumania y Suecia pusieran fin a sus respectivos TBIs intra-UE<sup>13</sup>. La Comisión señaló que la mayoría de estos tratados fueron celebrados en la década de los 1990 entre los entonces Estados miembros de la UE y los países que irían a unirse a la Unión Europea más adelante, en 2004 y 2007. La mayoría de estos países eran ex-comunistas donde el imperio de la ley y la propiedad privada eran términos incipientes y estaban siendo sometidos a un proceso de redescubrimiento bastante delicado. Consecuentemente, la Comisión explicó que debía ser prudente al adoptar

medidas adicionales para la protección de las inversiones extranjeras. Sin embargo, argumentó que los años de transformación durante los cuales se llevó a cabo una adaptación rigurosa y obligatoria de la estructura legislativa de la UE antes de su membresía tornaron esta protección obsoleta, y jurídicamente hablando, nula y sin efecto. De hecho, de acuerdo con el Ministerio de Finanzas eslovaco, Eslovaquia, incluso antes de esta decisión, ya sabía que los TBIs intra-UE, de los cuales solo en Eslovaquia había 20, eran “por lo menos, inaplicables”<sup>13</sup> debido a su superposición con el derecho de la UE.

### Conclusión

¿Adónde nos lleva toda esta situación en términos de la protección de las inversiones en un mercado único de la UE? Navegando en aguas desconocidas, a un abuso del tema Muszynianka. En teoría, el mercado común europeo funciona en base a principios que deberían evitar una angustia indebida por parte de los inversores extranjeros. Pero la realidad es un poquito más complicada. En el caso de un inversor polaco, al menos, la mezcla de intereses y autoridades superpuestas a nivel nacional y supranacional puede ser un recordatorio de que *lex specialis* en ocasiones resulta especialmente costoso.

### Autor

Andrej Arpas es analista especializado en políticas comerciales. Graduado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Manchester, Andrej se sumó a un *think-tank* con sede en Washington después de un corto período de trabajo en el Ministerio de Trabajo de Eslovaquia. Texto traducido al español por María Candela Conforti.

### Notas

- 1 Comisión Europea. (2015, 18 de junio). *Paquete de procedimientos de infracción correspondiente al mes de junio: principales decisiones*. Extraído de [http://europa.eu/rapid/press-release\\_MEMO-15-5162\\_es.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-15-5162_es.htm).
- 2 Gobierno de Eslovaquia. (2014, 8 de junio). *Robert Fico: Water is a strategic commodity; we want to constitutionally proscribe its exports*. Extraído de <http://www.vlada.gov.sk/robert-fico-voda-je-strategicka-surovina-jej-vyvoz-zo-slovenska-chceme-zakazat-v-ustave> (en eslovaco).
- 3 Palata, L. E. (2015, 14 de noviembre). *Poles want to go to court with the Slovaks over water*. *MF Dnes*. Extraído de <http://www.pressreader.com> (en checoslovaco).
- 4 Yong, L. (2016, 19 de octubre). *Water investor's claim against Slovakia sees challenge to Bulgarian arbitrator*. *Global Arbitration Review*. Extraído de <http://globalarbitrationreview.com/article/1069573/water-investor%E2%80%99s-claim-against-slovakia-sees-challenge-to-bulgarian-arbitrator>.
- 5 Tratado Bilateral de Inversión entre Polonia y Eslovaquia, 18 de agosto de 1994. Extraído de <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/3022> (en eslovaco; la traducción al español pertenece a la traductora).
- 6 Peterson, L. E. (2016, 18 de octubre). *Investor makes good on threat to file BIT arbitration over cross-border water export project – and sees its arbitrator nominee swiftly challenged*. *IA Reporter*. Extraído de <https://www.iareporter.com/articles/investor-makes-good-on-threat-to-file-bit-arbitration-over-cross-border-water-export-project-and-sees-its-arbitrator-nominee-swiftly-challenged>.
- 7 Peterson, L. E. (2016, 16 de diciembre). *Arbitrator Stanimir Alexandrov steps aside in face of challenge in intra-EU BIT case*. *IA Reporter*. Extraído de <http://www.iareporter.com/articles/arbitrator-stanimir-alexandrov-steps-aside-in-face-of-challenge-in-intra-eu-bit-case>; Kočański Zięba & Partners (KZP). *Marek Jeżewski PhD, Partner: Head of Arbitration*. Extraído de <https://www.kochanski.pl/en/marek-jezewski-phd-2>.
- 8 Crockett, A. (2014, 20 de junio). *No jurisdiction over BIT claims if investor fails to state a prima facie case*. *Lexology*. Extraído de <http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=9dacc5b0-ccdd-4977-9e00-65047de8c139>; HICEE B.V. vs. la República de Eslovaquia, Laudo Parcial, 23 de mayo de 2011. Extraído de <http://www.italaw.com/cases/documents/537>.
- 9 Ministerio de Finanzas de la República de Eslovaquia. (2011, 24 de octubre). *Slovakia wins first case with health insurers' shareholders*. Extraído de <http://www.finance.gov.sk/Default.aspx?CatID=84&NewsID=457> (in Slovak).
- 10 Global Investment Protection. (2016, 24 de mayo). *Intra-EU BITs before the Court of Justice of the EU*. Extraído de <http://www.globalinvestmentprotection.com/index.php/intra-eu-bits-before-the-court-of-justice-of-the-eu>.
- 11 Oravová, L. (2016, 23 de febrero). *The government will not back down*. *TA3*. Extraído de [http://www.storin.sk/storin.nsf/\\$All/AF200EDA6B01997CC1257F63003773AE?OpenDocument](http://www.storin.sk/storin.nsf/$All/AF200EDA6B01997CC1257F63003773AE?OpenDocument) (en eslovaco).
- 12 Comisión Europea. (2016, 29 de septiembre). *Paquete de septiembre de procedimientos por incumplimiento: principales decisiones*. Extraído de [http://europa.eu/rapid/press-release\\_MEMO-16-3125\\_es.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-16-3125_es.htm).
- 13 Ministerio de Finanzas de la República de Eslovaquia. (2016, 15 de julio). *Bilateral investment treaties*. Extraído de <http://www.finance.gov.sk/Default.aspx?CatID=4597> (en eslovaco).

## artículo 5

## El Reciente TBI entre Argentina y Qatar y los Desafíos de las Negociaciones de Inversión

### Facundo Pérez-Aznar



Después de 15 años de pausa, Argentina volvió al ámbito de las negociaciones de tratados bilaterales de inversión (TBI), con la firma de un TBI con Qatar el 6 de noviembre de 2016 y las negociaciones en curso de un TBI con Japón<sup>1</sup>. En el presente artículo, analizo el alcance del tratado entre Argentina y Qatar y las características de las negociaciones emprendidas por Argentina<sup>2</sup>.

#### 1. Antecedentes de los TBIs y controversias de Argentina

Entre 1990 y 2001, Argentina firmó 58 TBIs, de los cuales 55 entraron en vigencia. En términos generales, su contenido no variaba mucho, y tenían las características de los TBIs tradicionales. El fin del programa de TBI de Argentina en 2001 coincidió con el pico de la peor crisis económica en la historia del país, y la proliferación de demandas de arbitraje presentadas en su contra<sup>3</sup>.

Desde la década de 1990, Argentina ha experimentado los efectos de los TBIs. Ya en 1995, los inversores extranjeros, haciendo referencia a varios TBIs, fueron otorgados acceso al sector mediático argentino basándose en el trato nacional<sup>4</sup>. También pueden observarse algunas preocupaciones sobre los TBIs en sus primeras etapas. Después de los primeros tres casos registrados contra Argentina ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) en 1998, el Jefe de Gabinete del Congreso Nacional expresó su preocupación e indicó que se solicitó al Ministerio de Asuntos Exteriores que utilizara los canales diplomáticos para limitar el alcance de los TBIs<sup>5</sup>. En 2003, el poder ejecutivo informó al Congreso que había más de 50 demandas que involucraban TBIs. La mitad fueron entabladas conforme al reglamento de arbitraje del CIADI o de la Comisión de Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), mientras que la otra mitad nunca se convirtió en procedimientos arbitrales, lo que sugiere que hubo acuerdos de solución<sup>6</sup>. Los acontecimientos después del 2003 son más conocidos, con un número total de 59 casos presentados contra Argentina, la mayoría de los cuales involucran medidas gubernamentales para enfrentar la crisis económica.

#### 2. Entre disposiciones tradicionales e innovadoras

El TBI entre Argentina y Qatar se asemeja en estructura

y redacción al TBI entre Moldavia y Qatar de 2012<sup>7</sup>. De hecho, 15 de las 20 disposiciones del tratado argentino presentan una redacción igual o similar a la del tratado con Moldavia. Muchas disposiciones no difieren demasiado de los TBIs tradicionales, incluyendo las de expropiación, compensación por pérdidas, transferencias, subrogación, denegación de beneficios, entrada y estadía de personal y solución de controversias entre Estados. Otras disposiciones, aunque en general se parecen a las del tratado con Moldavia, presentan variaciones significativas.

El preámbulo hace referencia al “desarrollo sostenible”, una novedad en los tratados argentinos. La definición de “inversor” es igual a la del tratado con Moldavia, excepto por el requisito de que la persona jurídica sea constituida y organizada conforme a la legislación de la Parte Contratante, y que tenga su lugar principal de negocios en el territorio de dicha Parte (Art. 1, párrafo 1(b)). También establece que una empresa no será considerada un “inversor” en los términos del tratado “en caso de estar controlada por nacionales de un tercer Estado o del Estado receptor de la inversión” cuando no desarrolle “actividades económicas sustanciales en su territorio” (Art. 1, párrafo 1(d)). Por otro lado, la disposición establece que las personas jurídicas incluyen organismos oficiales, fondos soberanos y fideicomisos; entidades que generalmente no se encontraban incluidas en los TBIs de Argentina. La definición de “inversión” también utiliza la definición abierta y basada en activos del tratado con Moldavia, pero incorpora el requisito de que la inversión implique “comprometer recursos en el territorio” de la Parte receptora de la inversión (Art. 1, párrafo 2).

Este tratado se parece al tratado de Moldavia en que “no se aplicará a las controversias surgidas antes de su entrada en vigor”, pero incluye otra limitación que dispone que no será aplicable a controversias “que se relacionen directamente con hechos o actos ocurridos con anterioridad a [la fecha de entrada en vigor], aun cuando sus efectos se proyecten a una fecha en la que el Tratado ya se encuentra en vigor” (Art. 2, párrafos 1 y 2). La disposición sobre la promoción y protección de las inversiones establece un vínculo entre los estándares de trato justo y equitativo (TJE) y de protección y seguridad plenas con el derecho consuetudinario internacional (Art. 3, párrafos 4 y 5).

La disposición de solución de controversias entre inversionista y Estado (ISDS) respeta el enfoque tradicional del tratado de Moldavia. La ISDS cubre “[c]ualquier controversia legal que surja directamente en relación con una inversión en virtud de las disposiciones del presente Tratado” (Art. 14, párrafo 1). El período de solución amigable es tres meses menor al de las negociaciones de los TBIs anteriormente negociados por Argentina. En caso de que no sea posible llegar a una resolución amigable, la controversia podrá ser sometida: a) al tribunal competente de la Parte Contratante receptora, b) a los mecanismos provistos

en el Convenio del CIADI, o c) “a un Tribunal Ad Hoc administrado por la Corte Permanente de Arbitraje” (CPA) (Art. 14, párrafo 2). Pese a las críticas de Argentina a los diferentes arbitrajes del CIADI, el tratado mantiene al CIADI como una opción. Sin embargo, la referencia a la CPA es algo nuevo en los TBIs argentinos y sugiere que este país está comenzando a pensar en la CPA como alternativa al CIADI.

Es posible que algunas disposiciones hayan sido incluidas a solicitud de Argentina dado que están ausentes en el tratado de Moldavia, tales como los artículos sobre el derecho a regular (Art. 10), cumplimiento de las leyes del Estado receptor (Art. 11), responsabilidad social empresarial (RSE) (Art. 12), medidas de seguridad (Art. 13) y la impugnación de árbitros (Art. 16). Las disposiciones sobre el derecho a regular y las medidas de seguridad que reflejan aspectos esenciales de la mayoría de los litigios que involucran a la Argentina, muestran una mejora en comparación con los anteriores TBIs argentinos.

El artículo sobre el cumplimiento de las leyes del país receptor se encuentra entre las principales innovaciones del TBI. Establece que “[l]as Partes Contratantes reconocen que los inversores y sus inversiones deberán cumplir con las leyes de la Parte Contratante receptora en relación con la gestión y operación de las inversiones” (Art. 11). A su vez, la disposición ISDS no establece que únicamente “el inversor involucrado” puede presentar la controversia a las diferentes opciones mencionadas en la disposición (un requisito que sí aparece en el tratado de Moldavia); sino que dispone que “la controversia podrá ser sometida”, sin necesariamente mencionar al inversor como demandante. La interacción de las dos disposiciones sugiere que el Estado receptor podría iniciar un arbitraje en contra de los inversores extranjeros que no cumplan con sus leyes.

Las mejoras son más limitadas con respecto a otras cláusulas, tales como la impugnación de árbitros, la RSE y disposiciones “más favorables”<sup>8</sup>. Esta última es una variación de una cláusula del mismo tipo incluida en el tratado de Moldavia. La cláusula de trato de nación más favorecida (NMF) no puede ser utilizada para invocar las disposiciones de ISDS incluidas en los tratados firmados antes de la entrada en vigencia del TBI. Sin embargo, podría haber establecido que la NMF no pueda ser utilizada para invocar la ISDS contenida en ningún otro tratado, que ha sido la postura constante de Argentina ante los tribunales arbitrales.

### 3. Mirando hacia adelante

El stock de Argentina de 52 TBIs en vigencia donde se establece la ISDS y su historial de 59 arbitrajes como Estado demandado, junto con la vital importancia de las inversiones extranjeras en dicho país, seguramente tienen un efecto en la negociación de nuevos TBIs y distingue la situación de Argentina con respecto a otros países en desarrollo. Otro aspecto que ha caracterizado las recientes negociaciones con Japón y Qatar es que las contrapartes han condicionado las nuevas

inversiones en Argentina a la celebración de TBIs<sup>9</sup>.

Ahora solo queda ver cómo reaccionará el Congreso Nacional al nuevo TBI. Cuando se escribió el presente artículo, aún no había sido remitido al Congreso para su aprobación, una condición necesaria para su entrada en vigor. Muchos miembros del Congreso han expresado su preocupación por los arbitrajes en el CIADI cuando se discutió la Ley de Participación Público Privada (PPP) en noviembre de 2016<sup>10</sup>.

Siguiendo el ejemplo de varios países desarrollados y en desarrollo, sería útil emprender un debate público en Argentina sobre la política nacional de promoción y protección de las inversiones extranjeras que involucre a diferentes actores interesados. También resultaría de utilidad contar con un modelo de TBI donde se codifique la postura de larga data en relación con los litigios por parte de Argentina. Resulta interesante notar que Argentina tenía su propio modelo de TBI a principios de los 1990s y en 2010 estaba trabajando en un modelo de TBI<sup>11</sup>. A fin de apuntar a mecanismos más avanzados y eficaces para la promoción y protección de las inversiones extranjeras, aparte de negociadores de alta calidad y experimentados, también será necesario contar con la voluntad de ambas partes en la negociación.

#### Autor

Facundo Pérez-Aznar posee un Ph.D. en Derecho Internacional del *Graduate Institute of International and Development Studies*. Es Profesor Adjunto de Derecho Económico Internacional en el Master de Relaciones Internacionales, Universidad de Buenos Aires, e Investigador Senior del *Graduate Institute*. Texto traducido al español por María Candela Conforti.

#### Notas

- 1 Pérez-Aznar, F. (2016, 14 de noviembre). Argentina is back in the BIT negotiation arena. *Investment Claims*. Extraído de <http://oxia.ouplaw.com/page/argentina-bit>.
- 2 El texto del tratado se encuentra disponible en árabe, español e inglés en <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/country/8/treaty/3706>.
- 3 Pérez-Aznar, F. (2016) Bilateral investment treaty overview — Argentina. *Investment Claims*. Extraído de <http://oxia.ouplaw.com/view/10.1093/law/iic/ov-ar.document.1/law-iic-ov-ar?rkey=pVMqRw&result=1&prd=IC>.
- 4 Véase República Argentina. (1995, 4 de abril). Comité Federal de Radiodifusión, Resolución 350/1995 27 de marzo de 1995. *Boletín Oficial*, No. 28117, p. 41. Extraído de <https://www.boletinoficial.gob.ar/#!DetalleNorma/7149988/19950404>.
- 5 Informe del Jefe de Gabinete de Ministros ante el Honorable Congreso de la Nación, Ing. Jorge Rodríguez, Informe No. 29, 30 de septiembre de 1998, p. 87. Extraído de <http://tmp.jgm.gov.ar> en febrero de 2016.
- 6 La lista de demandas de TBI reportadas en 2003 que no alcanzaron la etapa de procedimiento arbitral incluían demandas en virtud de TBIs argentinos con Estados Unidos (que involucran a las siguientes empresas: Chubb/Federal Insurance Company, Cobra Instalaciones, Edeersa, Federal Express Corporation, First Energy, Weather y Union Company of California & Unocal Corporation), España (Abengoa SA y Teyma Abengoa SA, Acesa Infraestructuras SA y Carsa/Prisa), Italia (Telecom Italia, Torno SPA y Societa Italiana per il Gas S.P.A.), el Reino Unido (United Utilities International Limited y British A. Tobacco), Suiza (ASA Investment); Países Bajos (Boskalis/Ballast), Rusia (Frigorífico Victor AVSA), Chile (Gasatacama), Alemania (Hierros S.A.), Canadá (Petrolera Río Alto), Suecia (Skanska), Bélgica/Luxemburgo (Tractebel) y en virtud de los TBIs entre España y Argentina y entre Alemania y Argentina (demanda que involucra la planta nuclear Atucha II). Informe del Jefe de Gabinete de Ministros Dr. Alberto Fernández a la Honorable Cámara de Senadores de la Nación, Informe No. 57, 25 de junio de 2003. Extraído de <http://tmp.jgm.gov.ar> en febrero de 2016.
- 7 Acuerdo entre el Gobierno de la República de Moldavia y el Gobierno del Estado de Qatar para la promoción y protección recíproca de inversiones, 10 de diciembre de 2012. Extraído de <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2012>.
- 8 Peterson, L. E. (2016, 13 de diciembre). Analysis: A look inside Argentina's first new bilateral investment treaty in 15 years. *IAREporter*. Extraído de <https://www.iareporter.com/articles/analysis-a-look-inside-argentina's-first-new-bilateral-investment-treaty-in-15-years>.
- 9 Kanenguiser, M. (2016, 1 de julio). Japón quiere invertir hasta US\$ 9000 millones en la Argentina en los próximos tres años. *La Nación*. Extraído de <http://www.lanacion.com.ar/1914450-japon-quiere-invertir-hasta-us-9000-millones-en-la-argentina-en-los-proximos-tres-anos>. La Política Online. (2016, 26 de julio). *Macri con el Emir de Qatar*. Extraído de <http://www.lapoliticaonline.com/nota/99246-macri-con-el-emir-de-qatar>.
- 10 Sued, G. (2016, 2 de noviembre). El oficialismo hizo concesiones y destrabó el proyecto de aporte privado a la obra pública. *La Nación*. Extraído de <http://www.lanacion.com.ar/1952537-el-oficialismo-hizo-concesiones-y-destrabo-el-proyecto-de-aporte-privado-a-la-obra-publica>.
- 11 Informe del Jefe de Gabinete de Ministros a la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, Dr. Anibal Fernández, Informe No. 78, septiembre de 2010, p. 518. Extraído de <http://tmp.jgm.gov.ar> en febrero de 2016.

# Manual sobre Sostenibilidad para Negociadores Comerciales: Aprovechando el Potencial de los Acuerdos de Comercio e Inversión para Alcanzar Objetivos Ambientales

Aaron Cosby



Los acuerdos bilaterales y regionales de comercio e inversión tienen un gran potencial que todavía no ha sido explotado para facilitar la transición hacia una economía verde y para cumplir con la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. Los negociadores están reconociendo este potencial para contribuir al cumplimiento de los objetivos ambientales a nivel nacional e internacional. En los últimos años, varios acuerdos notables han ampliado los límites en áreas tan diversas como las subsidios a la pesca<sup>1</sup>, el comercio de productos verdes<sup>2</sup> y la conservación de especies en riesgo<sup>3</sup>. Estos tratados innovadores no solo han influido en los posteriores acuerdos regionales, sino que también están contribuyendo al progreso a nivel multilateral, tal como sucedió cuando el trabajo sobre productos verdes en la Cooperación Económica de Asia-Pacífico (por sus siglas en inglés, APEC) activó las negociaciones de la Organización Mundial del Comercio (OMC) del acuerdo sobre productos verdes<sup>4</sup>.

También existe la posibilidad de que haya importantes impactos negativos, particularmente cuando vamos más allá de las disposiciones estrictamente ambientales para observar aquellos elementos que *afectan* al medio ambiente: las reglas comerciales “tras bambalinas” que restringen cómo los Estados regulan en áreas tales como inversión, derechos de propiedad intelectual, servicios, contratación pública y subsidios. El comercio y la inversión —y los acuerdos que los rigen— tienen un gran potencial de cambio en términos económicos. Los cambios estructurales provocados por el comercio y la inversión pueden ayudar a dirigir las economías hacia una mayor eficiencia y a una diseminación más amplia de tecnologías ambientalmente amigables. Pero también pueden perpetuar e intensificar las inversiones en actividades económicas contaminantes e intensivas en términos de recursos, y que desalientan la adopción de regulaciones beneficiosas. De esta manera, argumentamos que las normas de comercio e inversión deben ir más allá de esfuerzos positivos, tales como la liberalización de los productos verdes, para también brindar a los gobiernos nacionales una mayor flexibilidad jurídica para proteger adecuadamente el medio ambiente. Para ayudar a los formuladores de políticas a elaborar acuerdos de comercio e inversión que apoyen los objetivos de desarrollo sostenible, el Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible (IISD) y el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) crearon el **Manual sobre Sostenibilidad para Negociadores Comerciales**. Lanzado en marzo de 2017 en las **Reuniones Ministeriales de la Alianza para la Acción hacia una Economía Verde (por sus siglas en inglés, PAGE)**<sup>5</sup>, este conjunto de herramienta muestra cómo disposiciones específicas contenidas en los acuerdos podrían servir mejor a estos objetivos amplios, y se citan más de 200 ejemplos de texto extraídos de 90 acuerdos existentes. Los diferentes Estados encontrarán distintas respuestas

apropiadas en torno al nexo entre las políticas ambientales y las políticas de comercio e inversión. Este manual garantiza que los negociadores de acuerdos de comercio e inversión al menos puedan ser conscientes de sus opciones para elaborar las disposiciones ambientales.

Diseñada como una guía de referencia de fácil uso, el manual puede ayudar a los negociadores que ya tienen conocimientos sobre estos temas, a encontrar respuestas rápidas a preguntas específicas. Brinda, asimismo, una descripción de cada tema, luego discute las opciones y presenta ejemplos de tratados modelo o ya existentes. Por ejemplo, cubre las tendencias emergentes en torno a las responsabilidades y obligaciones de los inversores y proporciona ejemplos de cláusulas relativas al cumplimiento de los inversores con las leyes y regulaciones del Estado receptor sobre medio ambiente, trabajo, impuestos y anti-corrupción. Teniendo en cuenta que los tratados de inversión no deberían estar diseñados para menoscabar el papel que juegan las leyes nacionales aplicables a los inversores, pueden contribuir a subsanar los vacíos y fomentar el cumplimiento. Esto puede lograrse, por ejemplo, limitando el acceso a arbitraje en determinados casos de incumplimiento, o permitiendo la presentación de contrademandas (véase por ejemplo, el **Artículo 11** del Modelo de Tratado Bilateral de Inversión [TBI] de India)<sup>6</sup>.

El manual ofrece también una amplia cobertura de temas clave. Comienza enmarcando las preguntas que los formuladores necesitarán considerar: ¿qué clase de arquitectura, que clase de compromisos? Posteriormente, examina disposiciones que son estrictamente de naturaleza ambiental, tales como el tratamiento de normas ambientales, en relación con los acuerdos ambientales multilaterales. Después, considera aquellos aspectos del texto del tratado que no son explícitamente ambientales, pero que pueden tener un impacto significativo en el medio ambiente y las regulaciones ambientales: inversión, contratación pública, servicios y derechos de propiedad intelectual. Para terminar, observa el proceso de concepción, negociación e implementación de los acuerdos regionales de comercio e inversión (*regional trade and investment agreements*, RTIAs). El manual será actualizado periódicamente a medida que los nuevos tratados ofrezcan enfoques interesantes a los temas cubiertos.

Los flujos de comercio e inversión no son un fin en sí mismo, sino que son medios para llegar a un fin: mayor bienestar humano. Toda definición concebible de bienestar humano debe ir más allá del patrimonio personal inmediato para incluir, entre otras cosas, la preservación de los servicios ambientales que respaldan nuestra economía y el desarrollo futuro. Así, si la legislación y las políticas de comercio e inversión han de alcanzar su potencial pleno para aumentar el bienestar humano, deben estar alineadas con las prioridades que van más allá del simple incremento de los flujos de bienes, servicios y fondos.

## Autor

**Aaron Cosby** es economista sobre desarrollo y socio *senior* del IISD con más de 25 años de experiencia en las áreas de comercio, inversión y desarrollo sostenible. Texto traducido al español por María Candela Conforti.

## Notas

- 1 Acuerdo de Asociación Trans-Pacífico [TPP], Art. 20.16(5). Extraído de <http://www.iisd.org/toolkits/sustainability-toolkit-for-trade-negotiators/wp-content/uploads/2016/06/TPP-Final-Text-Environment.pdf#page=15>.
- 2 Tratado de libre comercio (TLC) entre Nueva Zelanda y Taiwán, Capítulo 17, Art. 3.2(a). Extraído de <http://www.iisd.org/toolkits/sustainability-toolkit-for-trade-negotiators/wp-content/uploads/2017/04/NZ-Taiwan-FTA.pdf#page=185>.
- 3 TPP, *supra* nota 1, Art. 20.17. Extraído de <http://www.iisd.org/toolkits/sustainability-toolkit-for-trade-negotiators/wp-content/uploads/2016/06/TPP-Final-Text-Environment.pdf#page=18>.
- 4 Cooperación Económica de Asia-Pacífico (APEC), (2012). *20<sup>th</sup> APEC Economic Leaders' Declaration, Vladivostok, Russia, Annex C, APEC List of Environmental Goods. Extradors* de [http://www.iisd.org/toolkits/sustainability-toolkit-for-trade-negotiators/wp-content/uploads/2016/09/2012\\_AELM\\_Declaration\\_AnnexC.pdf](http://www.iisd.org/toolkits/sustainability-toolkit-for-trade-negotiators/wp-content/uploads/2016/09/2012_AELM_Declaration_AnnexC.pdf).
- 5 <http://www.un-page.org/events/page-ministerial-conference-2017>.
- 6 Texto del Modelo de Tratado Bilateral de Inversión (TBI) de India, Art. 11. Extraído de [http://www.iisd.org/toolkits/sustainability-toolkit-for-trade-negotiators/wp-content/uploads/2016/06/ModelBIT\\_Annex.pdf#page=11](http://www.iisd.org/toolkits/sustainability-toolkit-for-trade-negotiators/wp-content/uploads/2016/06/ModelBIT_Annex.pdf#page=11).

# noticias en breve

## TPP-11 sigue adelante; Estados Unidos se concentra en negociaciones bilaterales y TLCAN

Los ministros de comercio de 11 países signatarios del Acuerdo de Asociación Trans-Pacífico (TPP) se reunieron el 21 de mayo de 2017 en Hanoi, Vietnam, para **discutir el futuro del acuerdo** durante una reunión de Cooperación Económica Asia-Pacífico (APEC).

Pese a que el **TPP fue firmado** por 12 naciones de la Cuenca del Pacífico en febrero de 2016, **Estados Unidos se retiró del acuerdo** en enero de 2017. Desde entonces, Japón y Nueva Zelanda han liderado los esfuerzos para que el TPP entre en vigor entre los 11 signatarios restantes, que representan el 13,5 por ciento de la economía mundial (Australia, Brunei Darussalam, Canadá, Chile, Japón, México, Malasia, Nueva Zelanda, Perú, Singapur y Vietnam).

Los ministros acordaron lanzar un proceso para evaluar las opciones para hacer entrar en vigencia el TPP-11 rápidamente. La evaluación será concluida antes de la Reunión de Líderes Económicos de la APEC del 10 al 11 de noviembre de 2017 en Da Nang, Vietnam.

Robert Lighthizer, quien asumió el cargo de Representante de Comercio (USTR) de los Estados Unidos el 15 de mayo de 2017, defendió la salida de este país del TPP. “El presidente tomó la decisión, con la cual estoy totalmente de acuerdo, de que la negociación bilateral es mejor para los Estados Unidos que las negociaciones multilaterales”, afirmó en Hanoi.

Lighthizer también notificó al Congreso de los Estados Unidos el 18 de mayo de 2017 sobre la intención del Presidente Trump de renegociar el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), iniciando un período de consulta parlamentaria de 90 días. **El objetivo de la renegociación, expresado en términos generales**, es modernizar el TLCAN, incluyendo disposiciones sobre derechos de propiedad intelectual, prácticas regulatorias, servicios, trabajo, medio ambiente y otras áreas. Se espera que las negociaciones con Canadá y México comiencen en agosto, y el USTR espera completarlas a fines de 2017.

## Ecuador denuncia sus 16 TBIs restantes y publica informe de auditoría CAITISA

El Presidente ecuatoriano Rafael Correa formalizó el 16 de mayo de 2017 la salida de Ecuador de los tratados bilaterales de inversión (TBIs) celebrados con 16 países: Alemania, Argentina, Bolivia, Canadá, Chile, China, España, Estados Unidos, Francia, Italia, Países Bajos, Perú, Reino Unido, Suecia, Suiza y Venezuela.

Ecuador anteriormente denunció nueve TBIs en 2008 (con Cuba, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Paraguay, República Dominicana, Rumania y Uruguay) y uno en 2010 (con Finlandia). Con las nuevas denuncias, Ecuador ha completado el proceso de salida de todos sus TBIs. Si bien los tratados con Guatemala, República Dominicana y Uruguay ya no se encuentran vigentes, todos los otros están sujetos a cláusulas de supervivencia que van de 5 a 20 años. Las denuncias recientes siguen la recomendación de CAITISA, una comisión de auditoría compuesta por funcionarios públicos, académicos, abogados y grupos de la sociedad civil que examinaron los TBIs de Ecuador entre 2013 y 2015. El informe de CAITISA de 668 páginas (del cual **se filtraron borradores en enero de 2016**) fue **oficialmente publicado** y presentado al Presidente Correa el 8 de mayo de 2017.

Para la **Presidente de CAITISA Cecilia Olivet**, “el proceso de auditoría reveló que estos tratados no solo no pudieron atraer más inversiones o propiciar el plan de desarrollo del

país, sino que también desviaron millones de dólares del dinero público para defenderse en costos juicios”. Agregó que: “Esperamos que otros gobiernos aprendan del ejemplo de Ecuador y revisen sus acuerdos de inversión para saber si realmente son beneficiosos para sus ciudadanos”.

Otros países en desarrollo —incluyendo a Bolivia, **India**, Indonesia y Sudáfrica— han puesto fin a sus TBIs, o expresaron su intención de renegociar o terminarlos, como parte de un mayor esfuerzo por reformar y volver a equilibrar el régimen de inversión internacional.

## TJUE dictamina que el TLC entre la Unión Europea y Singapur exige la ratificación de los Estados miembros de la UE

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) publicó su **Dictamen 2/15** sobre el Tratado de Libre Comercio (TLC) entre la Unión Europea y Singapur el 16 de mayo de 2017.

Afirmó que el acuerdo está incluido en el ámbito de la competencia exclusiva de la Unión Europea, con excepción de algunas disposiciones, que corresponden a una competencia compartida entre la UE y los Estados miembros. Las disposiciones que corresponden a una competencia compartida incluyen, entre otras, las disposiciones sobre protección de las inversiones —en la medida en que se refieran a las inversiones distintas de las directas— y la solución de diferencias entre un inversor y un Estado (ISDS).

En concordancia con el dictamen del TJUE, el TLC con Singapur deberá ser **celebrado como un acuerdo mixto**, exigiendo la ratificación del Parlamento Europeo así como de los parlamentos nacionales y regionales de los Estados miembros de la UE.

## Tribunal General de la UE anula la decisión de la Comisión de denegar el registro de “Stop TTIP”

En septiembre de 2014, la Comisión Europea se rehusó a registrar la petición “Stop TTIP”, firmada por más de tres millones de ciudadanos de la UE solicitando a la Comisión que detenga las negociaciones de comercio e inversión con los Estados Unidos y se abstenga de celebrar el Acuerdo Económico y Comercial Global (AECG) con Canadá. En su denegación, la Comisión argumentó que la iniciativa propuesta recaía fuera del ámbito de sus facultades.

Sin embargo, en la sentencia del 10 de mayo de 2017, el Tribunal General de la Unión Europea anuló la decisión de la Comisión. **El tribunal explicó** que “Stop TTIP” constituía una iniciación legítima y oportuna de un debate democrático, no una interferencia inadmisibles en el procedimiento legislativo, y que la Comisión no tenía fundamento legal para denegar este registro. **La sentencia fue bienvenida** por varios grupos como una victoria de la democracia europea.

## India se opone a ítem de “facilitación del comercio y la inversión” en la agenda del Consejo General de la OMC

Una reunión del Consejo General de la Organización Mundial del Comercio (OMC) fue suspendida el 10 de mayo de 2017 después de que India objetara la adopción de la agenda propuesta, que incluye un ítem de “facilitación del comercio y la inversión”. Según India, el tema recae fuera del ámbito de la OMC.

Los esfuerzos por iniciar el debate sobre la facilitación de las inversiones en la OMC son liderados por Brasil, China, Rusia y la coalición MIKTA (México, Indonesia, Corea, Turquía y Australia), con el apoyo de varios países desarrollados. La mayoría de los países en desarrollo siguen oponiéndose a tales esfuerzos, alegando que las reglas de la OMC sobre facilitación de las inversiones reducirían su espacio de políticas.

# laudos y decisiones

## Laudo muy esperado del TLCAN no admite demanda sobre ley de patentes contra Canadá

*Eli Lilly and Company vs. El Gobierno de Canadá, CNUDMI, Caso del CIADI No. UNCT/14/2*

**Matthew Levine**

Un tribunal arbitral constituido bajo los auspicios del capítulo de inversión del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) ha llegado a la etapa de dictado del laudo.

El tribunal rechazó la demanda de que la invalidación judicial de patentes fuera una violación de Artículo 1110 (Expropiación) o del Artículo 1105 (Nivel Mínimo de Trato) del TLCAN, y concedió a Canadá el reembolso de sus gastos legales por aproximadamente CAD4,5 millones. También ordenó a la demandante al pago de los costos del arbitraje por alrededor de US\$750.000.

El arbitraje fue conducido conforme al reglamento de la Comisión de las Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) y el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) brindó servicios administrativos.

### *Antecedentes y demandas*

La demandante, Eli Lilly and Company (Eli Lilly), es una empresa farmacéutica mundial constituida bajo las leyes de los Estados Unidos. El negocio de Eli Lilly involucra la comercialización de medicamentos patentados en Canadá. Esto incluye a Strattera, utilizado para el tratamiento de Déficit de Atención/Trastorno de Hiperactividad, así como otro medicamento psiquiátrico llamado Zyprexa.

Para que un producto farmacéutico pueda ser patentado, la invención subyacente debe ser nueva y no obvia y debe tener una utilidad. En términos de utilidad, asunto central en la controversia, los tribunales canadienses están utilizando cada vez más la doctrina de “utilidad prometida” en su análisis. Según esta doctrina, si una solicitud de patente establece una promesa explícita de utilidad, la patente será inválida si no cumple con dicha promesa. Simultáneamente, ha habido un aumento significativo en el número de patentes invalidadas por tribunales canadienses por no cumplir con la utilidad prometida.

Los tribunales canadienses invalidaron la patente canadiense de Eli Lilly del medicamento Strattera en 2010 y de Zyprexa en 2011. En ambos casos, la decisión se basó en que la empresa no pudo respaldar la utilidad “prometida” conforme a la doctrina de utilidad prometida bajo el Derecho canadiense. Después de que el tribunal de apelación de primera instancia desestimara la apelación presentada por la demandante, la Corte Suprema de Canadá (SCC) denegó a Eli Lilly su solicitud de autorización para apelar en referencia a los medicamentos Strattera y Zyprexa, en 2011 y en 2013 respectivamente.

El tribunal fue constituido en julio de 2013. Las principales demandas de Eli Lilly fueron que Canadá violó sus obligaciones bajo el TLCAN sobre Expropiación y Nivel Mínimo de Trato. Solicitó daños por no menos de CAD500 millones.

### *Tribunal desestima objeción jurisdiccional*

Como una cuestión preliminar, el tribunal consideró la objeción de Canadá de que la demanda se relacionaba con acontecimientos judiciales fuera del período límite de tres años establecido en el TLCAN.

Sin embargo, el tribunal remarcó que el período límite bajo

los Artículos 1116(2) y 1117(2) del TLCAN recién comienza a contarse cuando un inversor toma conocimiento por primera vez de la violación alegada. Para el tribunal, las violaciones alegadas en este caso eran la denegación de la autorización para apelar de la SCC en 2011 y 2013. Sostuvo que, como resultado, el período límite no había expirado.

### *Tribunal revisa acontecimientos judiciales canadienses como prueba de un “cambio drástico”*

El principal argumento de Eli Lilly fue que la doctrina de la utilidad prometida constituyó un “cambio drástico” en la ley de patentes canadiense. El tribunal observó que era difícil aceptar que haya habido un cambio drástico “cuando las decisiones judiciales pertinentes de Canadá fueron dictadas durante un período mayor a seis años, que comprende una variedad de causas de primera instancia a una instancia de apelación” (párrafo 309). Además, observó la necesidad de ser conscientes del papel que juega el poder judicial en las jurisdicciones donde rige el *common law*.

No obstante, el tribunal evaluó el alegato de Eli Lilly de que la doctrina de la utilidad prometida impone tres elementos, que se diferencia radicalmente de la prueba de utilidad tradicional. El primer elemento es un “estándar de promesa” a través del cual los examinadores y jueces de patentes buscan identificar una promesa en la divulgación de la patente. El segundo elemento se relaciona con la carga de la prueba sobre los patentados por medio de la cual la prueba de utilidad, tal como la eficacia científica y el uso comercial, es inadmisibles si fue generada después de la fecha de registro de la patente. Tercero, la prueba antes del registro no puede ser considerada para respaldar una predicción correcta a menos que esta prueba estuviera mencionada en la solicitud de la patente en sí misma.

En cuanto al primer elemento, el tribunal concluyó que el estándar de promesa ya existía en la jurisprudencia canadiense. Si bien el tribunal aceptó que el enfoque de la prueba presentada después del registro de la patente en la jurisprudencia pertinente de la SCC fue “inesperado”, concluyó que finalmente la posibilidad de que la SCC revierta decisiones de tribunales inferiores es un aspecto que forma parte del sistema judicial *common law*. En torno al tercer elemento, que abarca la prueba antes del registro de la patente, el tribunal se mostró convencido por la evidencia presentada por Canadá, que incluía avisos al cliente emitidos por un asesor externo del inversor en el arbitraje de que esto constituía un cambio gradual y evolutivo en el derecho canadiense. Como resultado, los hechos que rodean a cada uno de los tres elementos no demuestran una modificación drástica del requisito de la utilidad en el Derecho canadiense.

### *Tribunal revisa más pruebas para determinar si la doctrina de la utilidad prometida constituye un cambio drástico*

Pese a las conclusiones antes mencionadas, el tribunal era consciente de que Eli Lilly había alegado que los tres elementos eran parte de una doctrina unificada y coherente y que debían ser considerados juntos. Por lo tanto, examinó más evidencia.

Eli Lilly presentó dos versiones del Manual de Práctica de la Oficina de Patentes (*Manual of Patent Office Practice*, MOPOP). El MOPOP incluye el test de la utilidad prometida de tres partes en su versión de 2009 pero no

en la versión de 1990. El tribunal, sin embargo, observó que el MOPOP no era un documento autoritativo y que no podía reclamarse como una declaración completa de la ley de patentes canadiense.

Similarmente, el tribunal no se mostró convencido por el resto de los argumentos de Eli Lilly, que incluían una evaluación comparativa de la legislación sobre patentes de los tres Estados partes del TLCAN y una expectativa legítima de que una patente, una vez emitida, no podría ser revocada.

Sobre el alegato de que la doctrina de la utilidad prometida es arbitraria y discriminatoria, el tribunal concluyó que esto no pudo ser demostrado. Aunque el tribunal aceptase la postura de Eli Lilly en cuanto a las normas jurídicas aplicables, los alegatos específicos no tendrían éxito.

#### Costos

El tribunal remarcó que el Artículo 40(1) del Reglamento de la CNUDMI adopta el principio de que las costas del arbitraje son a cargo de la parte vencida como regla general, y que en este caso, no había razón para proceder de otra manera. Por lo tanto, se ordenó a Eli Lilly el pago de todas las costas del arbitraje que alcanzaron aproximadamente US\$750.000.

Con respecto a la representación y asistencia legal, el Artículo 40(2) del mismo Reglamento confiere amplia discreción al tribunal para determinar una distribución razonable. Mientras que las costas legales de Eli Lilly llegaron a casi US\$9 millones, Canadá reclamó aproximadamente CAD5,9 millones. Ejerciendo su discreción y considerando que Canadá ganó en cuanto a los méritos jurídicos pero no a la jurisdicción, el tribunal concluyó que era apropiado que Eli Lilly reembolsara a Canadá el 75 por ciento de sus gastos.

*Notas:* El tribunal estuvo compuesto por Albert Jan van den Berg (Presidente designado por la Secretaría General del CIADI en virtud del Artículo 1128 del TLCAN, ciudadano holandés), Gary Born (nominado por la demandante, nacional estadounidense) y Daniel Bethlehem (nominado por el demandado, nacional británico). El laudo final del 8 de marzo de 2017 está disponible en <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8546.pdf>.

#### **Tribunal de la CCE desestima demandas entabladas por empresa británica y sus accionistas contra la República Checa**

*Anglia Auto Accessories Ltd. vs. La República Checa (Caso de la CCE No. V 2014/181) e Ivan Peter Busta and James Peter Busta vs. La República Checa (Caso de la CCE No. V 2015/014)*

#### **Inaê Siqueira de Oliveira**

Un tribunal administrado por el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (CCE) desestimó todas las demandas presentadas contra la República Checa por parte de la empresa británica, Anglia Auto Accessories, y dos accionistas, Ivan Busta y James Busta. El caso fue iniciado en 2014 en virtud del tratado bilateral de inversión (TBI) entre el Reino Unido y la República Federal Checa y Eslovaca.

En 2014, la CCE decidió dividir el caso en dos procedimientos: uno para las demandas entabladas por la empresa y otro para las presentadas por los accionistas. El mismo tribunal arbitral decidió en los dos casos, y muchos asuntos controvertidos se superponen.

#### *Temas preliminares comunes: aplicabilidad de TBIs intra-UE y jurisdicción sobre demandas por violación de TJE y protección y seguridad plena*

En ambos casos, el tribunal abordó los siguientes temas (i) si el TBI había sido terminado ante el acceso de la República Checa a la Unión Europea, y (ii) si el tribunal tenía jurisdicción para determinar las violaciones del Artículo 2(2) del TBI —que establece el trato justo y equitativo (TJE) y la protección y seguridad plena— considerando la redacción limitada de la disposición sobre solución de controversias.

Estando en desacuerdo con la República Checa, y remarcando que la objeción “recién fue presentada en la Audiencia Final” (laudo *Anglia*, párrafo 113), el tribunal entendió que no había una incompatibilidad entre el TBI y el Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), porque estos tratados no tienen el mismo objeto. También subrayó que ni la República Checa ni el Reino Unido pretendían poner fin al TBI.

El tribunal también rechazó el argumento de la República Checa sobre la incompatibilidad parcial entre el TBI y el TFUE, sosteniendo que la disposición del TBI sobre solución de controversias era compatible con el Artículo 267 del TFUE y con la jurisdicción del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) para interpretar y aplicar el TFUE.

Según la disposición de solución de controversias del TBI, únicamente las controversias relativas a determinados artículos del TBI podrían ser remitidas a arbitraje. El Artículo 2(2) no se encontraba entre las mismas; y por lo tanto, la República Checa argumentó que el tribunal carecía de jurisdicción para atender las demandas de violación del Artículo 2(2).

Los demandantes invocaron la cláusula de nación más favorecida (NMF) para utilizar una disposición más favorable para la solución de controversias contenida en otro tratado, pero el tribunal, basándose en el lenguaje más directo del TBI, coincidió con la República Checa y concluyó que únicamente tenía jurisdicción sobre las violaciones alegadas del Artículo 5 (sobre expropiación).

#### *La cuestión jurisdiccional del caso Anglia: si el laudo comercial constituye una inversión*

La demanda de Anglia surgió a raíz de su intento por ejecutar un laudo arbitral de 1997 contra un ex socio comercial de la República Checa. Su principal argumento fue que el poder judicial checo, debido a su inacción, había expropiado ilegalmente el valor del laudo arbitral. Las partes discutieron, en primer lugar, si el laudo dictado en favor de Anglia constituía una inversión.

Habiendo dejado de lado la prueba *Salini* por considerarla inaplicable al arbitraje iniciado bajo el Reglamento de Arbitraje de la CCE, porque estaba relacionado con el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (Convenio del CIADI), el tribunal se avocó a interpretar la definición de inversión contenida en el TBI. Sostuvo que el laudo calificaba como una “demanda de dinero o de desempeño contractual con un valor financiero” según el significado del Artículo 1(a) del TBI (Laudo *Anglia*, párrafo 153).

#### *La cuestión de admisibilidad en el caso de los accionistas: si los accionistas pueden entablar demandas con respecto a la pérdida o daños a los bienes de la empresa.*

La demanda de los accionistas por expropiación se

relacionaba con la pérdida de activos propiedad de Sprint CR, una empresa checa donde eran los únicos accionistas. Reclamando que algunos activos de Sprint CR habían sido expropiados, solicitó compensación por el valor de dichos activos.

La República Checa alegó que los accionistas no estaban facultados para presentar demandas relativas a la pérdida o daño a los activos de la empresa. Según su opinión, únicamente las pérdidas incurridas como resultado de una disminución del valor de las acciones facultaría a los accionistas a entablar demandas.

El tribunal entendió que la demanda de los accionistas se centraba en la expropiación indirecta y sostuvo que, como tal, se encontraba cubierta por el TBI.

Dado que Anglia había presentado una demanda por daños ante los tribunales checos, la República Checa planteó una objeción *lis pendens*. El tribunal la rechazó, explicando que los casos se encontraban pendientes en diferentes órdenes judiciales, cada una con distintos demandantes y diferentes causas.

*Tribunal desestima demanda de expropiación indirecta de Anglia en base al fracaso de los tribunales checos para ejecutar el laudo arbitral*

Anglia entró al mercado checo en 1990 a través de una empresa conjunta con Kyjovan, una cooperativa de fabricación local. Después de algunas controversias comerciales, en 1997 Anglia obtuvo un laudo en un arbitraje comercial contra Kyjovan y solicitó la ejecución del mismo ante los tribunales checos en cuatro procedimientos iniciados entre 1998 y 1999.

Si bien reconoció que Anglia experimentó dificultades en los extensos procedimientos de ejecución, el tribunal desestimó el reclamo de que el procedimiento constituía una expropiación. Aplicando la prueba planteada en el caso *Plama vs. Bulgaria*, explicó que, dado que Anglia pudo recuperar el 77 por ciento de la suma principal del laudo de 1997, no había sido privada del total o una parte significativa del valor de su inversión. Además, concluyó que en cuanto a la demora en los procedimientos “no puede decirse que hayan sido causados por la inacción de los Tribunales Checos” (Laudo *Anglia*, párrafo 298).

*Tribunal desestima demanda de expropiación indirecta de los accionistas en base a conducta de la policía*

Sprint CR tenía bienes almacenados en un depósito. En medio de las hostilidades, Kyjovan comenzó a sacar los bienes del lugar. Pese a ser notificada, la policía checa no intervino para evitarlo, debido a que asumió que Kyjovan estaba actuando por motivos legítimos; y posteriormente la policía localizó los bienes y se los devolvió a Sprint CR.

Según los accionistas, solo un tercio de los bienes retirados del depósito fueron devueltos. La República Checa, por otro lado, “neg[ó] que faltara algún bien, y [omó] la postura de que todos los bienes fueron finalmente devueltos a Sprint CR” (Laudo *Ivan & James Busta*, párrafo 390). La mayor parte de la controversia se centró en que la policía checa no detalló en una lista los bienes recuperados y devueltos a Sprint CR.

Basándose en los hechos y circunstancias del caso, el tribunal reconoció que posiblemente existía una discrepancia entre los bienes retirados y los bienes devueltos, pero sostuvo que no se estableció “que

la conducta de la Policía, tanto en esa fecha como posteriormente, constituía un acto de expropiación” (Laudo *Ivan & James Busta*, párrafo 437).

*Asignación de costos*

El tribunal no consideró apropiado aplicar el enfoque de “los costos ocurren después de los acontecimientos”. Remarcando que cada parte, en parte ganó y en parte perdió, en sus argumentaciones, decidió que cada una debía asumir sus propios costos, así como la mitad de las costas del arbitraje.

*Notas:* El tribunal estuvo compuesto por Yas Banifatemi (Presidente designada por la CCE, nacional francesa), August Reinisch (nominado por los demandantes, nacional austriaco) y Philippe Sands (designado por la demandada, nacional franco-británico). Los laudos del 10 de marzo de 2017 se encuentran disponibles en inglés en <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8556.pdf> (*Anglia*) y <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8558.pdf> (*Ivan & James Busta*).

**Tribunal del CIADI desestima segundo caso conocido contra China en un procedimiento sumario**  
*Ansung Housing Co., Ltd. vs. La República Popular de China, Caso del CIADI No. ARB/14/25*  
**Joe Zhang**

En un laudo del 9 de marzo de 2017, un tribunal del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) desestimó un caso presentado contra China por falta de jurisdicción temporal. Ordenó a la demandante coreana que reembolsase a China los gastos del procedimiento más el 75 por ciento de las costas legales y los gastos incurridos por este país.

Este es el segundo caso conocido iniciado contra China ante el CIADI. En 2011, un inversor de Malasia inició un procedimiento contra dicho país ante el CIADI, pero la demanda fue acordada antes de que el tribunal fuera establecido. Para más detalles sobre el primer caso, véase <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/11/15>.

*Antecedentes*

La controversia surgió a raíz de un proyecto de un emprendedor coreano en un campo de golf en China. Inmediatamente después de la constitución del tribunal arbitral, China presentó una objeción basada en la Regla 41(5) del Reglamento de Arbitraje del CIADI, que permite al tribunal desestimar una demanda por la falta manifiesta de mérito jurídico. Dada la naturaleza sumaria del procedimiento, el tribunal “asumi[ó] la verdad de los hechos alegados por la Demandante” (párrafo 32).

A fines de 2006, la demandante constituida en Corea, Ansung Housing Co. Ltd. (Ansung), celebró un acuerdo de inversión con el gobierno local de la provincia china de Jiangsu para desarrollar un campo de golf de 27 hoyos. El acuerdo aprobó el desarrollo de la primera fase del proyecto (18 hoyos) y reservó más tierras para la segunda etapa (9 hoyos). Ansung también recibió derechos sobre el uso de tierras que cubrían aproximadamente el 80 por ciento de la tierra que necesitaba para completar la primera fase.

La construcción comenzó en marzo de 2007, pero entre junio de 2007 y noviembre de 2010, el inversor enfrentó varias dificultades causadas por el gobierno que dejaron el proyecto en el limbo. El gobierno local impuso más requisitos para el uso de la tierra debido a un cambio en

la legislación, solicitó un precio más alto que el acordado originalmente, le otorgó derechos que únicamente cubrían un tercio de la tierra solicitada, y no le concedió las tierras adicionales reservadas bajo el acuerdo de 2006.

Después de no cumplir con las obligaciones de pago del préstamo para la mitad del proyecto completado, Ansung vendió el negocio del golf mediante operaciones llevadas a cabo en noviembre y en diciembre de 2011. El 7 de octubre de 2014, presentó una solicitud de arbitraje ante el CIADI en virtud del tratado bilateral de inversión (TBI) entre China y Corea de 2007. El laudo no menciona las demandas específicas.

*Período límite de tres años: ¿Cuándo comienza? ¿Cuándo termina?*

Una de las principales disposiciones discutidas por las partes fue el Artículo 9(7) del TBI entre China y Corea, el cual establece que: “[U]n inversor no puede presentar una demanda en virtud del párrafo 3 de este Artículo si han transcurrido más de tres años desde la fecha en que el inversor tuvo por primera vez, o debería haber tenido, conocimiento de que el mismo incurrió en pérdidas o daños”.

China argumentó que el arbitraje fue instituido más de tres años después de que Ansung tuviera conocimiento de que incurrió en pérdidas o daños, y por lo tanto, alegó que la demanda había caducado conforme al Artículo 9(7). Ansung, por otro lado, afirmó que la demanda fue entablada mucho antes de transcurrido el período límite de tres años.

En cuanto a la fecha de comienzo de este período, el tribunal coincidió con China, basándose en varias decisiones de diferentes tribunales en virtud del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) al momento de interpretar un lenguaje similar al del TLCAN. El tribunal sostuvo que dado el significado simple de las palabras utilizadas en el Artículo 9(7), “[e]l período límite comienza en la *primera* vez en que el inversor toma conocimiento del *hecho* de que incurrió en pérdidas y daños, y no en la fecha en que toma conocimiento de la *cuantía* de esa pérdida o daño” (párrafo 110). Aplicando la norma del caso y basándose en los hechos tal como fueron alegados por la demandante, el tribunal concluyó que Ansung tuvo o debería haber tenido conocimiento de los daños — dando inicio al período límite de tres años— antes de octubre de 2011.

En cuanto a la fecha de finalización, Ansung argumentó que debería ser la fecha en que presentó la notificación escrita de arbitraje a la demandada (19 de mayo de 2014). China, por otro lado, alegó que debería ser la fecha en que el caso fue registrado en el CIADI (4 de noviembre de 2014). Al no verse persuadido por ninguno de estos argumentos, para el tribunal “no fue difícil” concluir que el lenguaje del TBI se refería a “la fecha en que un inversor deposita su solicitud de arbitraje en el CIADI” (párrafo 115) —el 7 de octubre de 2014 en este caso—. Al llegar a esta conclusión, el tribunal citó la Decisión sobre Jurisdicción del caso *Vannessa Ventures vs. Venezuela* en la cual se afirma que la “documentación pertinente en cuanto a la terminación del período de prescripción es, por lo tanto, la Solicitud de Arbitraje” (párrafo 116).

Después de identificar la fecha de comienzo y de finalización, el tribunal concluyó que la demanda en efecto fue presentada después de la expiración del

período límite de tiempo, por lo tanto, “estaba fuera de plazo, y como tal, [carecía] manifiestamente de mérito jurídico” (para. 122).

*Ansung fracasa en su intento de basarse en NMF para tornar menos estrictas las limitaciones temporales*

Ansung intentó evitar la limitación temporal invocando la cláusula de nación más favorecida (NMF) del TBI. Argumentó que el período de prescripción se encontraba bajo los derechos sustantivos cubiertos por la cláusula de NMF, y solicitó la protección de otros tratados chinos que no establecían períodos de prescripción. Alternativamente, Ansung alegó que el trato de NMF también debía ser interpretado de manera que abarque derechos procesales incluyendo el acceso a arbitraje entre inversionista y Estado. El tribunal no estuvo de acuerdo con esto, y consideró que el período límite de tiempo en cuestión era una condición para el consentimiento a arbitraje por parte de China, el cual no se encontraba cubierto, realizando una “lectura simple” de la cláusula de NMF (párrafo 138).

Además, el tribunal remarcó que el párrafo 5 de la cláusula de NMF dispone que: “El trato otorgado a los inversores de una Parte Contratante dentro del territorio de la otra Parte Contratante con respecto al acceso a los tribunales de justicia y a los tribunales y autoridades administrativas tanto en el ejercicio como en la defensa de sus derechos no debe ser menos favorable que el otorgado a los inversores de la Parte Contratante o de una tercera parte”.

Al contrario de una referencia expresa a los recursos internos, el tribunal remarcó la notoria ausencia de toda mención a la solución de controversias internacional en el artículo de NMF. Por lo tanto, concluyó que los Estados partes claramente no tenían la intención de extender el trato de NMF a la situación en cuestión, y por ende, decidió rápidamente no admitir la demanda, tal como lo solicitó China.

*Notas:* El tribunal estuvo compuesto por Lucy Reed (Presidente nominada por el Presidente del Consejo Administrativo del CIADI, nacional de los Estados Unidos), Michael Pryles (designado por la demandante, nacional australiano) y Albert Jan van den Berg (nominado por la demandada, nacional holandés). El laudo se encuentra disponible en inglés en <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8538.pdf>.

**Tribunal del CIADI resuelve que Egipto violó ciertas cláusulas del TBI entre Estados Unidos y Egipto *Ampal-American Israel Corp. y otros vs. la República Árabe de Egipto, Caso del CIADI No. ARB/12/11***  
**Claudia Maria Arietti Lopez**

Después de admitir su jurisdicción en una decisión separada, un tribunal del Centro Internacional de Diferencias relativas a Inversión (CIADI) emitió una decisión sobre los méritos, concluyendo que Egipto violó varias disposiciones del TBI entre los Estados Unidos y Egipto (Tratado). Otra decisión sobre la cuantía y los costos aún se encuentra pendiente.

*Antecedentes de hecho y demandas*

Las demandantes son un grupo de empresas constituidas en Estados Unidos que son accionistas de East Mediterranean Gas Company S.A.E. (EMG), una empresa que opera en una zona libre de impuestos fundada en Egipto. El principal objetivo de EMG era la compra de gas

natural en la fuente y exportarlo a Israel a través de un gasoducto. Egyptian General Petroleum Company (EGPC), una empresa estatal, y EMG firmaron un acuerdo preliminar para la venta de gas natural en 2000. EGPC y EMG también celebraron un Contrato de Compra Venta de Gas (CCVG) y un Acuerdo Tripartito en 2005, junto con Egyptian Natural Gas Holding Company (EGAS), que también es una empresa estatal. Egipto otorgó a EMG una licencia para continuar operando bajo el régimen de la zona libre de impuestos en 2006 y el año siguiente extendió el estatus de exención impositiva de EMG hasta el 2025.

Las demandantes alegaron que Egipto tomó las siguientes medidas que destruyeron su inversión: primero, que Egipto revocó el estatus de exención impositiva de EMG en 2008 al promulgar una nueva ley; segundo, que Egipto las coaccionó para que firmaran una enmienda del CCVG denegando la entrega de gas a EMG; tercero, incluso después de firmar la enmienda, Egipto no cumplió con sus obligaciones bajo el CCVG; cuarto, que Egipto no protegió su gasoducto frente a trece ataques durante la Primavera Árabe, dejando a EMG sin gas por meses; y quinto, que Egipto inventó razones contractuales para cancelar el CCVG a fin de llevar a cabo la política del gobierno de discontinuar todas las exportaciones a Israel. Como resultado de estas medidas, las demandantes alegaron que Egipto violó las disposiciones pertinentes del TBI, incluyendo la cláusula de trato justo y equitativo (TJE), la cláusula paraguas, la cláusula de protección y seguridad plena y la cláusula de expropiación.

### 1. Atribución

El tribunal analizó en primer lugar el tema de la atribución. De manera preliminar, indicó que el tema de la atribución debía ser analizado únicamente para evaluar las demandas de las demandantes contra Egipto en torno a la violación del tratado por acciones u omisiones de EGPC/EGAS.

Las demandantes alegaron que la conducta de EGPC/EGAS era atribuible a Egipto en virtud de los Artículos 4, 5, 6, 8 y 11 del Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad del Estado de la CDI (Artículos de la CDI). Por el contrario, Egipto alegó que los Artículos de la CDI no proporcionan un fundamento para determinar la atribución.

El tribunal coincidió con las demandantes y concluyó que EGPC/EGAS son órganos estatales bajo el Artículo 4 de los Artículos de la CDI. El tribunal basó su decisión sobre la evidencia conforme al Derecho egipcio, que establece que EGPC es una autoridad pública y que es supervisada por el Ministerio de Petróleo. También evaluó una evidencia similar en cuanto a EGAS, que es de total propiedad de EGPC y presidida por el Ministerio de Petróleo. El tribunal también concluyó que las acciones de EGPC/EGAS eran atribuibles a Egipto bajo el Artículo 8 de los Artículos de la CDI ya que ambas actuaron bajo la dirección y control del Estado de Egipto. Finalmente afirmó que Egipto reconoció los actos de EGPC/EGAS como propios bajo el Artículo 11 de los Artículos de la CDI desde que ratificó la cancelación de CCVG.

### 2. Revocación de la licencia libre de impuestos constituye expropiación

El tribunal analizó en primer lugar si la licencia libre de impuestos constituía una inversión bajo el tratado. Basándose en la redacción del mismo, concluyó que

la licencia era una inversión. Posteriormente el tribunal sostuvo que la revocación constituía una confiscación directa de las inversiones de las demandantes y que la inclusión de EMG al sistema de la zona libre de impuestos era una parte fundamental de la estructura económica de la inversión. Por lo tanto, concluyó que la revocación de la exención impositiva equivalía a una expropiación. El tribunal afirmó que la expropiación cumplía con algunas de las condiciones de expropiación establecidas en el tratado, tales como el propósito público y el trato no discriminatorio. Sin embargo, no cumplía con el requisito de compensación oportuna y adecuada.

Las demandantes también señalaron que EMG habría conservado su estatus de zona libre de impuestos después de 2025 y reclamó daños más allá de dicho año. Egipto alegó que la demanda era especulativa. El tribunal coincidió con Egipto y denegó la demanda.

### 3. Demanda por la ejecución de primera enmienda desestimada

El tribunal sostuvo que las demandantes no pudieron probar que fueron obligados a firmar la primera enmienda. Por el contrario, el tribunal concluyó que era en interés de las demandantes negociar y ejecutar una enmienda de CCVG.

### 4. Falta de entrega de gas desde la primera enmienda del CCVG hasta el estallido de la Revolución de la Primavera Árabe

El tribunal sostuvo que no consideraba que Egipto no hubiera respetado sus emprendimientos durante este período, y rechazó la demanda de las demandantes por presuntas pérdidas.

### 5. Falta de entrega de gas desde el estallido de la Revolución de la Primavera Árabe hasta la cancelación del CCVG

Las demandantes declararon que Egipto violó la cláusula de protección y seguridad plena bajo el tratado al no tomar las medidas necesarias para evitar los ataques. Por otro lado, Egipto afirmó que aquellos ataques eran de fuerza mayor bajo el CCVG.

Remarcando que su jurisdicción proviene del tratado, el tribunal indicó que debía aplicar la norma del tratado en lugar de cualquier otra norma contractual (fuerza mayor). Basándose en decisiones anteriores, el tribunal sostuvo que la obligación impuesta por la norma internacional en el Estado receptor no es de estricta responsabilidad, sino de diligencia debida para proteger la inversión del inversor.

El tribunal también remarcó que otro tribunal en un arbitraje de la CCI en torno a asuntos contractuales — del cual EMG, EGPC, EGAS e Israel Electric Corporation (IEC) eran partes— emitió un laudo final. El tribunal sostuvo que estaba facultado para remitirse, y basarse, en las conclusiones del tribunal contractual, ya que el laudo era vinculante para las partes. Dado que las demandantes no eran parte del arbitraje de la CCI, el tribunal se basó en las decisiones de *RSM vs. Granada* y *Apotex Holdings vs. USA* para concluir que las demandantes tenían una relación de interés con EMG y que Egipto tenía una relación de interés con EGPC y EGAS. Como resultado, el tribunal sostuvo que las conclusiones del tribunal de la CCI, que eran pertinentes a las demandas presentadas ante este tribunal, tenían un efecto *res judicata* entre las

partes del procedimiento.

Basándose en las conclusiones sobre los hechos del arbitraje de la CCI y su propia evaluación de la evidencia presentada sobre las mismas cuestiones de hecho, el tribunal concluyó que Egipto no tomó las medidas materiales necesarias para proteger la inversión de las demandantes de los daños en reacción a los ataques perpetrados al gasoducto. Esto fue revelado en un informe técnico de EGPC/EGAS de julio de 2011 (5to ataque). Por lo tanto, el hecho de que Egipto no tomara medidas para proteger la inversión de las demandantes del 5to ataque constituía una violación de la obligación de diligencia debida que Egipto debía ejercer para garantizar la protección y seguridad plena de la inversión de las demandantes.

#### 6. Cancelación del CCVG

El tribunal analizó en primer lugar la cancelación del CCVG y señaló que la violación del CCVG fue considerada únicamente para determinar si hubo una violación del tratado. Para llegar a una conclusión, el tribunal tuvo en consideración la decisión del tribunal de la CCI, que concluyó que la cancelación del CCVG por EGAS era ilegal, y también tomó en cuenta su propia evaluación de la evidencia presentada. El tribunal concluyó que EGPC/EGAS canceló ilegalmente el CCVG.

Posteriormente, el tribunal analizó si la cancelación ilegal del CCVG constituía una expropiación ilegal bajo el tratado. A este respecto, examinó en primer lugar si los derechos conferidos a las demandantes en el CCVG constituían una inversión protegida por el tratado. En base a la redacción del tratado, el tribunal concluyó que el interés de propiedad de la demandante en el CCVG era una inversión protegida bajo el tratado. Después, el tribunal estudió las condiciones establecidas en el tratado para determinar la expropiación (propósito público, proceso debido, no discriminación, compensación oportuna y adecuada) y concluyó que no se cumplió ninguna de estas condiciones. Como consecuencia, el tribunal dictaminó que Egipto expropió ilegalmente el interés de propiedad de las demandantes en el CCVG al cancelar ilegalmente el contrato.

*Notas:* El tribunal estuvo compuesto por L. Yves Fortier (Presidente, nacional canadiense), Francisco Orrego Vicuña (designado por las demandantes, nacional chileno) y Campbell McLachlan (designado por la demandada, nacional neozelandés).

El laudo, con fecha del 21 de febrero de 2016, está disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8487.pdf>. La decisión sobre jurisdicción, con fecha del 1 de febrero de 2016, está disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7310.pdf>

#### **Demandas de inversor español declaradas inadmisibles en caso contra Costa Rica**

*Supervisión y Control S.A. vs. La República de Costa Rica, Caso del CIADI No. ARB/12/4*

#### **María Florencia Sarmiento**

Por mayoría, un tribunal del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) confirmó su jurisdicción sobre las demandas entabladas por un inversor español contra Costa Rica. Sin embargo, declaró que las demandas eran inadmisibles por la cláusula de selección del foro o debido al incumplimiento, por parte del inversor,

del requisito del período de espera bajo el tratado bilateral de inversión (TBI) entre Costa Rica y España. El tribunal ordenó a cada parte el pago de sus propias costas legales y la mitad de los costos del arbitraje.

#### *Antecedentes de hecho y demandas*

Supervisión y Control (SyC), constituida en España, y Transal, con sede en Costa Rica, conformaron el consorcio Riteve para presentarse en el proceso de licitación de una concesión para brindar servicios de inspección técnica vehicular (ITV) en Costa Rica. Riteve ganó la licitación y celebró un contrato de concesión con Costa Rica en mayo de 2001.

En varias instancias entre 2001 y 2011, el Ministerio de Obras Públicas y Transporte de Costa Rica decidió no efectuar aumentos anuales en las tarifas del servicio de ITV tal como supuestamente lo requería el contrato de concesión. SyC presentó una solicitud de arbitraje ante el CIADI el 21 de diciembre de 2011, reclamando que Costa Rica violó la norma de trato justo y equitativo (TJE), el artículo sobre expropiación, la cláusula paraguas y otras disposiciones del TBI entre Costa Rica y España, y solicitó compensación por €261,6 millones.

#### *Tribunal confirma jurisdicción sobre demandas en virtud de cláusula paraguas ampliamente redactada*

El tribunal remarcó que la violación de un contrato entre un Estado y un inversor extranjero no constituye en sí misma una violación del derecho internacional o de un tratado, sino que el Artículo III.2 del TBI consistía en una cláusula paraguas, que exigía a cada Estado que cumpla con toda obligación asumida en relación con la inversión de los inversores del otro Estado.

Costa Rica argumentó que el tribunal no tenía jurisdicción sobre las demandas presentadas en virtud de la cláusula paraguas dado que no había una relación contractual directa entre SyC y Costa Rica bajo el contrato de concesión. Sin embargo, el tribunal consideró que la redacción del Artículo III.2 —que establece que el Estado debe cumplir con las obligaciones “relacionadas con las inversiones de los inversores de la otra Parte Contratante”— era lo suficientemente amplia para cubrir las obligaciones de Costa Rica hacia Riteve, una empresa controlada por SyC, más allá de la relación contractual directa. Consecuentemente, el tribunal admitió su jurisdicción sobre las demandas.

#### *Admisibilidad: tribunal observa cláusula de selección del foro en el Artículo XI.3*

El Artículo XI.3 del TBI establece que si el inversor ha presentado la controversia ante los tribunales nacionales, puede iniciar un arbitraje si estos tribunales no emitieron una decisión; en caso de iniciar un arbitraje, el inversor debe adoptar las medidas necesarias para retirarse definitivamente del procedimiento judicial. El tribunal consideró que la disposición constituye una cláusula de selección del foro correspondiente a una cláusula de renuncia.

Según la opinión del tribunal, la selección del foro es un requisito de admisibilidad y era necesario determinar si SyC presentó la controversia ante un tribunal competente en Costa Rica y, de ser así, si se retiró del procedimiento judicial una vez iniciado el arbitraje.

Primero, el tribunal analizó el procedimiento iniciado por

Riteve ante el Juzgado Contencioso Administrativo (JCA), que según Costa Rica violaba la cláusula de selección del foro. Para determinar si el procedimiento del JCA se relacionaba con la controversia sometida a arbitraje, el tribunal aplicó la prueba de la “base fundamental de una demanda”. Según esta prueba, el tribunal debe analizar si el JCA y los casos arbitrales compartían la causa fundamental de la demanda y si perseguían los mismos efectos. Como segundo paso, el tribunal debía analizar si las demandas entabladas por Riteve ante el JCA eran atribuibles a SyC.

El tribunal consideró que el JCA y los procedimientos arbitrales perseguían los mismos efectos: compensación por daños derivados de la conducta u omisión de Costa Rica, la presunta violación del derecho nacional en los procedimientos locales y la presunta violación del tratado en el arbitraje. En cuanto al segundo paso, considerando que Riteve era un vehículo corporativo actuando según los intereses e instrucción de SyC, su accionista mayoritario, el tribunal concluyó que el procedimiento del JCA iniciado por Riteve debía ser considerado como presentado por SyC.

Sin embargo, el tribunal remarcó que Riteve no se retiró del procedimiento del JCA una vez que SyC inició el arbitraje, en violación del Artículo XI.3. Por lo tanto, el tribunal sostuvo que las demandas que formaban parte del procedimiento del JCA —es decir, aquellas que surgieron a raíz de la conducta u omisión de Costa Rica en relación con las tarifas del servicio de ITV— eran inadmisibles en el arbitraje. También afirmó que las demandas entabladas por SyC, que no se referían al ajuste tarifario, en principio eran admisibles si cumplían con otros requisitos de admisibilidad.

*Admisibilidad: requisitos de consulta y período de espera bajo el Artículo XI.1*

El Artículo XI.1 del tratado requiere que el inversor notifique cualquier controversia con el Estado demandado, incluyendo información detallada. Los procedimientos judiciales o arbitrales formales únicamente pueden ser iniciados si no se llegó a una solución amistosa dentro de un período de seis meses desde la notificación. El tribunal recordó que la notificación adecuada es un elemento del consentimiento del Estado a arbitraje y que la falta de notificación implica la inadmisibilidad de la demanda dada la ausencia de una negociación previa obligatoria.

El tribunal observó que únicamente las demandas que fueron debidamente notificadas por SyC eran aquellas relacionadas con los ajustes tarifarios del ITV y los daños derivados de la conducta de Costa Rica, que el tribunal ya había declarado inadmisibles. Afirmó, asimismo, que las nuevas demandas presentadas por SyC también eran inadmisibles, porque SyC no cumplió con el requisito del Artículo XI.1 de notificar a la demandante al menos seis meses antes de iniciar el arbitraje. De esta manera, el tribunal sostuvo que todas las demandas eran inadmisibles.

*Notas:* El tribunal del CIADI estuvo compuesto por Claus von Wobeser (presidente designado por el presidente del Consejo Administrativo del CIADI, nacional mexicano), Joseph P. Klock (nominado por la demandante, nacional de Estados Unidos) y Eduardo Silva Romero (designado por la demandante, nacional colombiano y francés). El laudo está disponible en inglés en <http://www.italaw.com/>

[sites/default/files/case-documents/italaw8230.pdf](http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8230.pdf)

### **Tribunal de nueva sumisión pone fin a controversia de 20 años ante el CIADI**

*Victor Pey Casado y la Fundación Presidente Allende vs. La República de Chile, Caso del CIADI No. ARB/98/2 Amr Arafa Hasaan*

El 13 de septiembre de 2016 un tribunal emitió un laudo final en el caso presentado por Victor Pey Casado y la Fundación Presidente Allende contra Chile bajo el tratado bilateral de inversión (TBI) entre Chile y España. Concluyó que los alegatos de las demandantes eran infundados o que recaían fuera del alcance del tribunal de nueva sumisión conforme al reglamento de arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversión (CIADI). Determinando que los costos del arbitraje debían ser compartidos en la proporción de tres cuartos por las demandantes y un cuarto por Chile, el tribunal ordenó que las demandantes reembolsaran US\$159.509,43 a Chile.

#### *Antecedentes*

Pey Casado, chileno naturalizado y nacido en España, compró acciones en un periódico chileno de izquierda, *El Clarín*, en 1972. La sede del periódico fue ocupada durante 1973 por un golpe de estado contra el Presidente Salvador Allende. *El Clarín* fue formalmente nacionalizado dos años después por el dictador Augusto Pinochet. Pey Casado donó el 90 por ciento de su participación accionaria en *El Clarín* a la otra demandante, la Fundación Presidente Allende establecida en España, en enero de 1990, poco después del retorno del gobierno democrático a Chile.

En octubre de 1995, Pey Casado interpuso ante un juzgado civil chileno una demanda de restitución por la confiscación de una rotativa Goss que se encontraba en la sede de *El Clarín* cuando la propiedad fue tomada durante el golpe de estado. En julio de 1998, Chile inició un programa de reparaciones diseñado para compensar a las personas que habían sufrido confiscaciones de bienes a manos del gobierno militar, pero las demandantes renunciaron al derecho de solicitar compensación bajo este programa en junio de 1999. En abril de 2000, el Ministerio de Bienes Nacionales de Chile emitió la Decisión N° 43, mediante la cual autorizó la indemnización de cuatro personas físicas por la expropiación de *El Clarín*, pero la lista de beneficiarios no incluía a las demandantes.

Las demandantes iniciaron un arbitraje ante el CIADI en noviembre de 1997. El tribunal emitió su laudo el 8 de mayo de 2009 sobre los méritos de la controversia. Desestimó las demandas de expropiación pero otorgó a las demandantes más de US\$10 millones en daños por la violación del trato justo y equitativo (TJE), concluyendo que la ausencia durante siete años de una decisión del juzgado chileno sobre el fondo en el contexto del caso de la rotativa Goss constituía una denegación de justicia y que el otorgamiento de una indemnización en virtud de la Decisión N° 43 a otras personas, pero no al Sr. Pey Casado y a la Fundación, constituía un acto discriminatorio. El tribunal declaró inadmisibles los procedimientos de revisión y anulación. El 18 de diciembre de 2012, el comité ad hoc decidió anular parcialmente el primer laudo con respecto al método de cálculo de los daños.

El 18 de junio de 2013, las demandantes sometieron nuevamente la controversia al CIADI conforme al Artículo

52(6) del Convenio de dicho Centro.

*Demanda de expropiación inadmisibles ya que recae fuera de la jurisdicción ratione temporis del tribunal*

La demandante solicitó que se interprete ampliamente el trato justo y equitativo a fin de recibir compensación por su demanda de expropiación, que anteriormente fue inadmitida por una objeción *ratione temporis* por parte del primer tribunal. El primer tribunal anteriormente había decidido que las protecciones sustantivas del TBI de 1991 no se extendían retroactivamente para cubrir la expropiación de los bienes de las demandantes por Chile entre 1973 y 1975. Considerando el efecto *res judicata* de estas conclusiones y favoreciendo a Chile, el tribunal de nueva sumisión concluyó que carecía de autoridad para examinar nuevamente los alegatos de expropiación.

*Demandantes no pueden probar daños, tribunal niega compensación*

Según el tribunal de nueva sumisión, “todas las fallas identificadas por el Primer Tribunal, incluida la denegación de justicia, equival[ían] en su conjunto, de manera global, a no haber garantizado un tratamiento justo y equitativo, y, por ende, constitu[ían] una violación del TBI”, otorgando a las demandantes derecho a “compensación” (párrafo 209). Sin embargo, remarcó que el primer tribunal no identificó la naturaleza y alcance del daño causado por la violación. También recordó que el primer laudo fue anulado debido a la metodología utilizada para calcular dicha compensación.

El tribunal estuvo en desacuerdo con las demandantes en que la “compensación” otorgada en el laudo del primer tribunal se refería necesariamente a una compensación monetaria. En cambio, consideró el laudo como un “derecho a reparación que resulta necesariamente de la determinación de la violación de una obligación internacional, aunque sin predeterminedar qué forma o carácter debe adoptar esa reparación” (párrafo 201). Asimismo, el tribunal concluyó que su jurisdicción se limitaba a determinar la forma de la reparación y, en caso de concluir que una compensación monetaria resultaba apropiada, la suma de los daños.

El análisis del tribunal se basó en el Artículo 31 de los Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos redactados por la Comisión de Derecho Internacional (CDI) de 2001, que establece que la obligación principal del Estado responsable es “reparar íntegramente el perjuicio causado por el hecho internacionalmente ilícito”. El tribunal indicó que “la operación de la norma principal enunciada por la CDI depende del perjuicio, y, a su vez, ese perjuicio depende de la causalidad” (párrafo 204).

Dado que las demandantes se concentraron en la evaluación del daño, “sin proceder al paso previo de demostrar la naturaleza exacta del perjuicio, la causalidad y el propio daño” (párrafo 232), el tribunal sostuvo que las demandantes no han satisfecho la carga de probar el perjuicio resultante de las violaciones del tratado establecidas en el primer laudo.

Entonces, el tribunal “ha analizado con inquietud” las opciones que tenía a su disposición en estas circunstancias (párrafo 244). Explicó que no podía otorgar compensación por expropiación, dado que la demanda se encontraba excluida por el primer tribunal y el comité de anulación.

Tampoco habría podido concebir una teoría de daños, separada de los argumentos de las partes (esto es lo que había hecho el primer tribunal y que fue luego invalidada por el comité de anulación), ni podría adjudicar daño moral “como premio consuelo”, ni pronunciarse *ex aequo et bono*.

Asimismo, el tribunal desestimó todas las demandas monetarias, afirmando que “su reconocimiento formal de los derechos de las Demandantes y su conclusión de que fueron víctimas de denegación de justicia constituyen por sí mismas una forma de satisfacción en virtud del derecho internacional por la violación por parte de la Demandada del Artículo 4 del TBI” (párrafo 256.2).

*Tribunal de nueva sumisión desestima nueva demanda por enriquecimiento sin causa*

Las demandantes alegaron que, mediante su posesión y uso de los bienes confiscados, Chile se ha enriquecido sin causa bajo el derecho chileno e internacional, en detrimento de las demandantes. A su vez, Chile alegó que esta demanda separada de enriquecimiento sin causa no se vinculaba con el TBI y no resultaría en el otorgamiento de compensación sin una determinación previa de una violación del tratado.

El tribunal señaló que la conclusión de responsabilidad fue fijada en el primer laudo y en la decisión sobre anulación. Dado que las demandantes no plantearon la demanda de enriquecimiento sin causa ante el primer tribunal, el tribunal de nueva sumisión concluyó que la demanda recaía fuera de su jurisdicción.

*Tribunal desestima demanda infundada por daño moral*

Las demandantes alegaron que la inclusión de Pey Casado en una lista de personas buscadas era una amenaza a su seguridad personal. También alegaron que la negación a brindar reparación por la confiscación de sus bienes y la conducta de Chile en el arbitraje agravó su sufrimiento interno. El tribunal no admitió estas demandas remarcando que las demandantes no pudieron satisfacer su carga de probar que sufrieron daños de carácter moral.

*Notas:* El tribunal de nueva sumisión del CIADI estuvo compuesto por Frank Berman (Presidente nominado por el Presidente del Consejo Administrativo del CIADI, nacional británico), Philippe Sands (designado por la demandante, nacional británico) y Alexis Mourre (designado por la demandada, nacional francés). El laudo del 13 de septiembre de 2016 está disponible en inglés en <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7630.pdf>, en francés en <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7605.pdf> y en español en <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7607.pdf>. El laudo del primer tribunal, la decisión sobre anulación y otros documentos pertinentes al caso están disponibles en <http://www.italaw.com/cases/829>.

**Autores**

**Matthew Levine** es un abogado canadiense y colaborador en el Programa de Inversiones y Desarrollo Sostenible del IISD.

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

**Joe Zhang** es un Asesor Legal para el Programa de Inversiones para el Desarrollo Sostenible del IISD.

**Claudia María Arietti Lopez** es abogada paraguaya, LL.M. en Comercio Internacional, Regulación y Arbitraje de la Facultad de Derecho de la Universidad de Nueva York.

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

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

# recursos y eventos

## Recursos

### **Solución de Controversias entre Inversionista y Estado: Revisión de novedades en 2016**

*Por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), Publicado por UNCTAD, mayo de 2017*

La *IIA Issues Note* revisa las novedades relativos a la solución de controversias entre inversionista y Estado (ISDS) en virtud de un tratado durante 2016. Contiene una descripción de los casos iniciados, los resultados generales de los mismos y un análisis de las decisiones. Los inversores iniciaron 62 casos, llegando a un total de 767 arbitrajes. Los casos nuevos fueron presentados en contra de 41 países, en su mayoría por parte de inversores de países desarrollados. Los tribunales emitieron 57 decisiones sustantivas, 41 de las cuales son públicas. La nota concluye que la redacción de disposiciones específicas es un factor clave en los resultados de los casos, subrayando la importancia de una redacción equilibrada y cuidadosa de los tratados. Se remarca que esto se aplica a los tratados futuros y apela a una modernización de los tratados de la vieja generación. Disponible en inglés en <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Publications/Details/172>.

### **Arbitraje de Inversión Internacional: Principios sustantivos**

*Por Campbell McLachlan, Laurence Shore & Matthew Weiniger, Publicado por Oxford University Press, mayo de 2017*

Los principios jurídicos desarrollados en el arbitraje de inversión están siendo sometidos a un intenso debate y aún se encuentran en estado de cambio. Si bien los tribunales habitualmente señalan que están aplicando los principios del derecho internacional público, muchos de estos principios han sido desarrollados recientemente, y los tribunales suelen guiarse más por los enfoques adoptados por otros tribunales que por las doctrinas del derecho internacional público pre-existentes. Este trabajo revisa de manera crítica los principios sustantivos del derecho internacional aplicados por los tribunales de inversión, y describe el presente estado de derecho creado, aplicado y analizado por los tribunales. En esta segunda edición actualizada se toman en cuenta los laudos dictados desde 2007. Disponible en inglés en <https://global.oup.com/academic/product/international-investment-arbitration-9780199676798>.

### **Derecho Internacional de las Inversiones y la Arquitectura Financiera Mundial**

*Por Christian J. Tams, Stephan W. Schill & y Rainer Hofmann (Eds.), Publicado por Edward Elgar Publishing, febrero de 2017*

La crisis mundial a comienzos del siglo 21 ha puesto a prueba la arquitectura financiera internacional. Para garantizar la estabilidad, los gobiernos han regulado los mercados financieros y de capitales. Esto ha involucrado el derecho internacional de las inversiones, el cual es invocado por los inversores como un escudo contra la reestructuración de la deuda y los rescates tipo *bail-ins* o *bail-outs*. Este libro considera dónde debería ponerse el límite entre la regulación legítima y una interferencia indebida de los derechos de los inversores, y quién debería ponerlo. Evalúa los principales desafíos que enfrentan aquellos que toman las decisiones, analiza la práctica arbitral y de tratados, y evalúa las diferentes maneras de alcanzar un sistema equilibrado de protección de las inversiones en el sector financiero. Disponible en inglés en <http://www.e-elgar.com/shop/international-investment-law-and-the-global-financial-architecture>.

### **El Uso de la Economía en el Comercio Internacional y las Controversias de Inversión**

*Por Theresa Carpenter, Marion Jansen & Joost Pauwelyn (Eds.), Publicado por Cambridge University Press, abril de 2017*

Este volumen explora las reflexiones en el campo del derecho mercantil, el arbitraje de inversión, la legislación que rige la competencia y el arbitraje comercial sobre el uso de la economía en las controversias, brindando una descripción general de los conocimientos y prácticas existentes en torno al uso de la economía en el derecho económico internacional. Disponible en inglés en <http://www.cambridge.org/academic/subjects/law/international-trade-law/use-economics-international-trade-and-investment-disputes>.

### **Derecho Interno en el Arbitraje Internacional de las Inversiones**

*Por Jarrod Hepburn, Publicado por Oxford University Press, abril de 2017*

Basándose en la jurisprudencia, los principios del derecho internacional y un análisis comparativo, este libro aborda cuándo y cómo los tribunales de inversión deberían intervenir en el derecho interno. En la Parte I se examinan tres áreas del derecho de las inversiones —trato justo y equitativo, expropiación y remedios— donde el papel del derecho interno ha sido subestimado, y se alega que los tribunales están justificados al recurrir a las regulaciones del derecho interno sobre estos temas. En la Parte II se evalúa cómo los tribunales han emitido fallos sobre cuestiones de derecho interno hasta la fecha, y se propone un marco normativo para establecer los contenidos del derecho interno. El libro afirma que una mayor atención al derecho interno podría disminuir las críticas al arbitraje de inversión. Disponible en inglés en <https://global.oup.com/academic/product/domestic-law-in-international-investment-arbitration-9780198785736?cc=br&lang=en&>

## Eventos 2017

### **12 al 14 de junio**

**CAPACITACIÓN PARA MEDIADORES DE CONTROVERSIAS ENTRE INVERSIONISTA Y ESTADO**, Centre for Effective Dispute Resolution (CEDR), International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID), International Mediation Institute (IMI) & International Energy Charter (IEC), en el CIADI, Washington, D.C., Estados Unidos, <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/News.aspx?CID=216>

### **19 de junio**

**¿SE NECESITA UN TRATADO DE INVERSIÓN MULTILATERAL?**, World Trade Institute, Bern, Suiza, <https://www.wti.org/outreach/events/589/investment-conference-is-a-multilateral-investment-treaty-needed>

### **22 de junio**

**UNIGE-IISD LANZAN SERIES DE CONTROVERSIAS DE INVERSIÓN**, Universidad de Ginebra (UNIGE) & Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible (IISD), en UNIGE, Ginebra, Suiza, <http://www.iisd.org/project/unige-iisd-lunch-series-investment-disputes>

### **29 y 30 de junio**

**FORO MUNDIAL DE CONDUCTA EMPRESARIAL RESPONSABLE**, Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), París, Francia, <http://mneguidelines.oecd.org/global-forum>

### **30 de junio**

**TEMAS DE ACTUALIDAD SOBRE EL ARBITRAJE DE INVERSIÓN, Sesión 3, “Ne ultra petita”**, Research Centre on Procurement Law y International Investments (CREDIMI), French National Centre for Scientific Research (CNRS) & University of Burgundy, en Freshfields Bruckhaus Deringer LLP, París, Francia, <https://www.transnational-dispute-management.com/news/20170630.pdf>

### **12 al 21 de julio**

**CAPACITACIÓN EJECUTIVA SOBRE INVERSIONES SOSTENIBLES EN AGRICULTURA**, Columbia Center on Sustainable Investment (CCSI), Nueva York, Estados Unidos, <http://ccsi.columbia.edu/2017/07/12/executive-training-program-on-sustainable-investments-in-agriculture-3>

### **24 de julio al 11 de agosto**

**CURSO REGIONAL SOBRE PRINCIPALES TEMAS DE LA AGENDA ECONOMICA INTERNACIONAL, CURSO NRO 37 (ECONOMÍAS DE LATINOAMERICA Y EL CARIBE)**, UNCTAD & Ministerio de Asuntos Exteriores de Colombia, en la Universidad de EAFIT, Medellín, Colombia, <http://unctad.org/en/Pages/MeetingDetails.aspx?meetingid=1443>

### **31 de julio al 10 de agosto**

**CAPACITACIÓN EJECUTIVA SOBRE TRATADOS Y ARBITRAJES DE INVERSIÓN PARA FUNCIONARIOS PÚBLICOS**, CCSI, Nueva York, Estados Unidos, <http://ccsi.columbia.edu/2017/07/31/executive-training-on-investment-arbitration-for-government-officials-3>

### **6 al 8 de noviembre**

**11o. FORO ANUAL DE NEGOCIADORES DE INVERSIÓN DE PAÍSES EN DESARROLLO**, Kenya Investment Authority (KenInvest), IISD & South Centre, Nairobi, Kenia, <http://www.iisd.org/event/11th-annual-forum-developing-country-investment-negotiators>



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>