



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

NÚMERO 2. TOMO 11. JUNIO 2020

Protección ante Demandas entre Inversionistas y Estados en tiempos de COVID-19: Llamado a la acción de los gobiernos

Nathalie Bernasconi-Osterwalder, Sarah Brewin y Nyaguthii Maina

Valuación de Activos de Hidrocarburos en una Era de Alteración Climática

Kyla Tienhaara, Lise Johnson y Michael Burger

¿Por qué los Estados brindan Consentimiento al Arbitraje en sus Leyes Nacionales de Inversión?

Tarald Laudal Berge y Taylor St John

El Tratado sobre Inversión Sostenible para la Mitigación y Adaptación al Cambio Climático: Un modelo para orientar el derecho internacional hacia inversiones en energías renovables y a una transición hacia niveles reducidos de carbono

Sofia de Murard

Nuevo Modelo de TBI de Marruecos: Características innovadoras y consideraciones de políticas

Hamed El-Kady y Yvan Rwananga

Los procedimientos internos del pago de daños y perjuicios por parte de los Estados en el arbitraje de inversiones

Affef Ben Mansour





Contenido

| | |
|--|----|
| ARTÍCULO 1 Protección ante Demandas entre Inversionistas y Estados en tiempos de COVID-19: Llamado a la acción de los gobiernos | 4 |
| ARTÍCULO 2 Valuación de Activos de Hidrocarburos en una Era de Alteración Climática..... | 8 |
| ARTÍCULO 3 ¿Por qué los Estados brindan Consentimiento al Arbitraje en sus Leyes Nacionales de Inversión? | 14 |
| ARTÍCULO 4 El Tratado sobre Inversión Sostenible para la Mitigación y Adaptación al Cambio Climático: Un modelo para orientar el derecho internacional hacia inversiones en energías renovables y a una transición hacia niveles reducidos de carbono | 20 |
| ARTÍCULO 5 Nuevo Modelo de TBI de Marruecos: Características innovadoras y consideraciones de políticas..... | 24 |
| ARTÍCULO 6 Los procedimientos internos del pago de daños y perjuicios por parte de los Estados en el arbitraje de inversiones..... | 30 |
| NOTICIAS EN BREVE | 34 |
| Comisión Europea lanza guía para control de IED en respuesta a pandemia mundial..... | 34 |
| Director General de la Organización Mundial del Comercio Renuncia Inesperadamente | 34 |
| UE Lanza Propuesta de Modernización del TCE..... | 35 |
| Estados Miembros de la UE Firman Acuerdo para Terminar TBI Intra-EU Mientras que Inversores Alemanes Entablan Demanda contra los Países Bajos bajo TCE..... | 37 |
| T-MEC Entrará en Vigencia el 1 de Julio Después de la Apresurada Ratificación de Canadá..... | 38 |
| Pandemia por COVID-19 Retrasa Fecha de Entrada en Vigor del AfCFTA | 38 |
| Conversaciones sobre Facilitación de las Inversiones: Miembros de Grupo de la OMC Consideran Nuevo Texto Consolidado..... | 39 |
| LAUDOS Y DECISIONES | 40 |
| Tribunal del CIADI no admite jurisdicción racione voluntatis sobre demandas presentadas contra Irak bajo Acuerdo de Inversiones de la OIC..... | 40 |
| Tribunal del CIADI rechaza objeción jurisdiccional intra-UE y admite jurisdicción sobre demanda colectiva | 43 |
| Tribunal del HKIAC desestima demandas de Jin Hae Seo, ciudadana americana, contra Corea del Sur por falta de jurisdicción..... | 45 |
| Demandas rechazadas en su totalidad sobre cuestiones de fondo en caso Lidercón contra Perú: cambios en marco regulatorio y decisiones judiciales no infringen estándar TJE..... | 47 |
| Ucrania no violó el proceso debido al recuperar tres lotes de tierra de inversores británicos, decide tribunal del CIADI | 49 |
| RECURSOS Y EVENTOS | 52 |

INVESTMENT TREATY NEWS

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

Directora Principal - Derecho y Políticas Económicas
 Nathalie Bernasconi

Directora Editorial
 Zoe Phillips Williams

Redactora, edición en francés
 Suzy Nikiéma

Redactora, edición en español
 Marina Ruete

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

Traductora, edición en francés
 Isabelle Guinebault

Traductora, edición en español
 María Candela Conforti

Oficial de Prensa y Comunicaciones
 Sofía Baliño

Design (PDF)
 PortoDG



LISTA DE ABREVIATURAS

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



ARTÍCULO 1

Protección ante Demandas entre Inversionistas y Estados en tiempos de COVID-19: Llamado a la acción de los gobiernos¹

Por Nathalie Bernasconi-Osterwalder, Sarah Brewin y Nyaguthii Maina



Introducción

El COVID-19 ha sumido al mundo en una enorme crisis sanitaria y económica. Los gobiernos respondieron rápidamente para frenar la propagación del virus a través de intervenciones y medidas de emergencia tales como cuarentenas, confinamiento estricto y prohibiciones para viajar. Ahora, algunas de estas medidas están siendo flexibilizadas o levantadas a diferentes ritmos, mientras que otras siguen en vigor. Los gobiernos también han tomado medidas para garantizar alimentos esenciales, equipo médico y servicios de salud. Si bien son cruciales desde el punto de vista sanitario, muchas de estas medidas están afectando gravemente a las empresas. Las que se encuentren bajo mayor presión se verán tentadas a recurrir a una serie de herramientas jurídicas para recuperar sus pérdidas, lo cual creará un riesgo sin precedentes de arbitrajes de inversión disponibles para empresas extranjeras en virtud de los casi 3.000 tratados de inversión celebrados en el mundo entero.

Aprender del Pasado: Arbitraje entre inversionistas y Estados en tiempos de crisis

Analizando la historia reciente, sabemos que las medidas de interés público de los Estados en tiempos de crisis severas pueden ser impugnadas por los inversores utilizando el arbitraje entre inversionista y Estado en base a tratados. Tal vez el ejemplo más notable sea el de Argentina. En 2001, este país enfrentó un colapso económico casi total, marcado por una “una caída del PIB per cápita de 50 por ciento, una tasa de desempleo de más del 20 por ciento, una tasa de pobreza de 50 por ciento, huelgas, manifestaciones, enfrentamientos violentos con la policía, decenas de víctimas civiles y una sucesión de cinco presidentes en 10 días”². Durante este período, el gobierno adoptó una serie de medidas de emergencia, tales como el congelamiento de las tarifas de servicios públicos, la nacionalización de activos, el abandono del sistema de tipo de cambio fijo y la reestructuración de los bonos soberanos. A finales de 2014, Argentina era parte demandada en más de 50 casos de solución de controversias entre inversionista y Estado (ISDS, por sus siglas en inglés), la mayoría de los cuales derivaba de medidas adoptadas durante la crisis³. Las sentencias finales contra Argentina ascendieron a más de USD 2 mil millones⁴, y varias demandas fueron resueltas por cientos de millones de dólares⁵.

¹ Este artículo es una adaptación del comentario homónimo publicado por las autoras en abril del 2020, disponible aquí en inglés, francés y español.

² Lavopa, F. (2020). *Crisis, emergency measures and the failure of the ISDS system: The case of Argentina* (Investment Policy Brief #2). South Centre. https://www.southcentre.int/wp-content/uploads/2015/07/IPB2_Crisis-Emergency-Measures-and-the-Failure-of-the-ISDS-System-The-Case-of-Argentina.pdf

³ Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo. (2015). *Recent trends in IILs and ISDS*. https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2015d1_en.pdf

⁴ UNCTAD. (n.d.). *Investment policy hub: Argentina*. <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/country/8/argentina/>

⁵ Véase, por ejemplo, El Gobierno pagó USD 677 millones por juicios perdidos ante el CIADI, 19 de octubre de 2013. *La Nación*. <https://www.lanacion.com.ar/1630428-el-gobierno-pago-us-677-millones-por-juicios-perdidos-ante-el-ciadi>



A la agitación social y política de la Primavera Árabe en 2011–2012 le siguió un aumento de demandas de ISDS contra los Gobiernos de África del Norte y Medio Oriente⁶, algunas de las cuales se derivaron de las medidas estatales adoptadas para hacer frente a los efectos de la crisis. En Egipto, los niveles de violencia y malestar social sin precedentes dieron lugar a una disminución en el suministro de gas, que el Estado consideró “una amenaza para el funcionamiento básico de la sociedad y el mantenimiento de la estabilidad interna”⁷. La decisión del gobierno de suspender la venta de gas a una planta de propiedad española para priorizar el suministro de gas natural para los mercados nacionales de electricidad dio lugar a una demanda de ISDS en la que el inversor recibió más de USD 2 mil millones⁸.

Los Estados pueden disponer de alegatos de defensa jurídica, tales como el alegato de un estado de necesidad, en casos de ISDS iniciados por inversores extranjeros para impugnar las medidas adoptadas durante y después de la pandemia de la COVID-19 y la crisis económica mundial que ha sobrevenido. Sin embargo, los casos pasados muestran que estos alegatos pueden ser difíciles de utilizar por parte de los gobiernos para evitar que un tribunal dictamine que hubo una violación de tratado y que deben pagar compensación —inclusive en tiempos de crisis. Esto se debe a que el umbral en términos jurídicos a este respecto es muy alto, y a su incongruente aplicación por tribunales de inversión que consideran circunstancias fácticas idénticas o muy similares.

La necesidad de evitar las demandas entre inversionistas y Estados nunca ha sido mayor

En un momento en que los estados enfrentan desafíos económicos y de salud pública a una escala sin precedentes, la necesidad de evitar las demandas de ISDS nunca ha sido mayor. A menos que este tema sea abordado de manera proactiva, la amenaza del arbitraje

entre inversionista y Estado para los gobiernos será inminente durante los próximos años. Varios inversores extranjeros podrán entablar demandas sobre la base de hechos materiales idénticos, impugnando la misma medida, con resultados impredecibles. Esto se debe tanto a las amplias —y vagamente formuladas— obligaciones que figuran en cerca de 3.000 tratados de inversión, así como al hecho de que cada caso llevado a arbitraje es resuelto por un tribunal diferente. La jurisprudencia ha dado lugar a una interpretación incongruente de los estándares de tratado en sí mismos y del derecho consuetudinario internacional que rige a todos los tratados. Las diferentes conclusiones alcanzadas por distintos tribunales que han considerado el mismo o un conjunto similar de medidas gubernamentales en los casos de Argentina, así como en una serie de arbitrajes sobre energías renovables recientemente entablados contra España, proporcionan ejemplos clave de lo antedicho⁹.

La falta de claridad sobre cómo se aplicarán los estándares vagamente redactados a las medidas relativas al COVID-19, y el hecho de que ningún tribunal esté obligado por una decisión anterior, puede incentivar la presentación de múltiples demandas para impugnar medidas similares en todo el mundo. El hecho de que los demandantes puedan recurrir a financiadores de controversias que tengan una participación significativa en la decisión del caso podría generar aún más demandas especulativas o marginales en tiempos de crisis¹⁰. Los boletines sobre arbitraje y los estudios jurídicos ya están presagiando arbitrajes entre inversionistas y Estados relacionados con el COVID-19, explicando cómo podrían formularse las medidas gubernamentales para ser consideradas violaciones de tratado¹¹, y los inversores

⁶ Foty, C. (2019). *Impact of the Arab Spring on the international arbitration landscape*. Kluwer Arbitration Blog <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/07/26/impact-of-the-arab-spring-on-the-international-arbitration-landscape/>

⁷ Koroteeva, K. (2018). Egypt found liable for the shut-down of an electricity plant during the 2011 uprising. *Investment Treaty News*. <https://www.iisd.org/itn/2018/12/21/egypt-found-liable-for-the-shut-down-of-an-electricity-plant-during-the-2011-uprising-ksenia-koroteeva/>

⁸ *Unión Fenosa vs. Egipto*. (2014). Investment Policy Hub. <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/567/uni-n-fenosa-v-egypt>

⁹ Reynoso, I. (2019). Saga sobre Energías Renovables en España: Lecciones para el derecho internacional de las inversiones y el desarrollo sostenible. *Investment Treaty News*. <https://cf.iisd.net/itn/es/2019/06/27/spains-renewable-energy-saga-lessons-for-international-investment-law-and-sustainable-development-isabella-reynoso/>

¹⁰ Algunos consideran que la estructura asimétrica del régimen de tratados de inversión, la falta de un sistema de precedentes en la ISDS y la consiguiente incoherencia e imprevisibilidad de los resultados arbitrales se prestan a la financiación de terceros en demandas especulativas o marginales. Véase, por ejemplo, García, F. (30 de julio de 2018). Argumentos Contra el Financiamiento por Terceros en el Arbitraje de Inversión *IISD Investment Treaty News*; International Council for Commercial Arbitration & Queen Mary Task Force. (17 de octubre de 2017). *Third-party funding in investor-state dispute settlement*. Draft report for public discussion. Round Table Discussion of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third Party Funding in International Arbitration.

¹¹ Benedeteli, M. (2020). Could COVID-19 emergency measures give rise to investment claims? First reflections from Italy. *Global Arbitration Review*. <https://globalarbitrationreview.com/article/1222354/could-covid-19-emergency-measures-give-rise-to-investment-claims-first-reflections-from-italy/>; Aceris Law LLC (2020), The COVID-19 pandemic and investment arbitration. *Aceris Law*. <https://www.acerislaw.com/the-covid-19-pandemic-and-investment-arbitration/>



ya han comenzado a iniciar juicios o amenazar con hacerlo para impugnar estas medidas en virtud del derecho interno¹².

Si se determinara una violación, se podría ordenar a los Estados demandados que paguen grandes sumas en compensación a demandantes extranjeros. Anteriormente, los tribunales han otorgado compensación por más de USD 100 millones, hasta la fecha, en al menos 46 casos conocidos entre inversionistas y Estados basados en tratados, entre los cuales hubo un laudo de USD 40 mil millones¹³. Los ‘mega-laudos’ plantean problemas especialmente graves para los países en desarrollo y su capacidad para financiar sus programas de salud pública y recuperación económica. En el caso gas de Unión Fenosa mencionado anteriormente, Egipto debió pagar USD 2 mil millones más intereses¹⁴. Esta cifra representó el 12 por ciento del presupuesto nacional de Egipto combinado para salud y educación en 2018/19, que fue de USD 15,82 mil millones¹⁵. Además, defenderse en una demanda de ISDS requiere mucho tiempo y recursos¹⁶.

Muchos gobiernos están solicitando y recibiendo apoyo del Fondo Monetario Internacional (FMI) o del Banco Mundial para superar esta crisis. Los pasivos

resultantes de los arbitrajes entre inversionistas y Estados podrían menoscabar este apoyo. En 2019, un tribunal de inversiones otorgó a empresas mineras extranjeras una compensación de USD 6 mil millones contra Pakistán¹⁷. Apenas dos meses antes, el FMI había acordado con Pakistán un rescate para salvar su economía del colapso —también por USD 6 mil millones¹⁸. Las controversias entre inversionistas y Estados relacionadas con el COVID-19 podrían dejar sin valor alguno los rescates a futuro, tal como ocurrió en el caso de Pakistán.

En un momento de crisis sanitaria y gran presión económica, los gobiernos necesitan contar con un espacio de políticas que les permita tomar todas las acciones necesarias, y el espacio fiscal adecuado para emitir paquetes de apoyo económico sin el riesgo de ser sometidos a una ola avasalladora de casos de arbitraje de inversión. Para evitar esto, los gobiernos deberán tomar acciones para prohibir la aplicación del arbitraje entre inversionista y Estado basado en tratados a todas las medidas relativas al COVID-19.

La necesidad de una acción colectiva para evitar una oleada de arbitrajes entre inversionista y Estado

Considerando los riesgos antes mencionados, los Estados deberían unirse para atender una oleada potencialmente abrumadora de arbitrajes de inversión contra gobiernos con escasa liquidez. Los Estados pueden responder a este riesgo a nivel mundial, regional o bilateral para fomentar la solidaridad y proteger a los gobiernos anfitriones en el peor de los escenarios. Una opción posible sería que los gobiernos suspendieran conjuntamente la utilización de la ISDS en base a tratados en torno a las medidas relacionadas con el COVID. A tal fin, el IISD ha desarrollado lenguaje que podría ser empleado para un acuerdo de suspensión bilateral, regional o multilateral, y ha realizado consultas para obtener la opinión de partes interesadas sobre dicho lenguaje.

¹² Por ejemplo, la automotriz estadounidense Tesla entabló, y poco después retiró, una demanda ante el Tribunal de Distrito contra el Condado de Alameda por su orden de cierre de la fábrica. Véase Wong, J. (2020). Elon Musk reopens California Tesla factory in defiance of lockdown order. *The Guardian*. <https://www.theguardian.com/technology/2020/may/11/tesla-factory-reopening-elon-musk-california-lockdown>. En Sudáfrica, comerciantes minoristas de bebidas alcohólicas, comida caliente y fabricantes de tabaco amenazaron con iniciar acciones legales contra las medidas de cierre del gobierno. Véase Ngobeni, T. (2020). State Responsibility for COVID-19 Regulatory Measures under International Economic Law. *Afronomics Law*. <https://www.afronomicslaw.org/2020/05/09/state-responsibility-for-covid-19-regulatory-measures-under-international-economic-law/>.

¹³ *Hulley Enterprises Ltd. vs. Federación Rusa* (Caso de la CPA No. 2005-03/AA226).

¹⁴ Charlotin, D. (2018). Arbitrators hold Egypt liable for more than \$2 billion as a result of unfair treatment of gas plant investors. *Investment Arbitration Reporter*. <https://www.iareporter.com/articles/arbitrators-hold-egypt-liable-for-more-than-2-billion-as-a-result-of-unfair-treatment-of-gas-plant-investors/>

¹⁵ Según el tipo de cambio de EGP a USD a octubre de 2019.

¹⁶ El promedio de los costos de un arbitraje alcanza la suma de USD 8 millones por caso, véase Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. (2012) Investor-state dispute settlement. Consulta Pública: 16 de mayo al 23 de julio de 2012, p. 19. Las Filipinas gastó USD 58 millones para defenderse en dos casos iniciados por un inversor alemán. Véase, Olivet, C. y Eberhardt, P. (2012). *Profiting from injustice: How law firms, arbitrators and financiers are fuelling an investment arbitration boom*. Transnational Institute; y Australia gastó USD 28 millones defendiéndose en un caso con Philip Morris por el etiquetado de tabaco, según el tipo de cambio de dólares australianos a USD a julio de 2018. Hutchens, G. y Knaus, C. (2018, 1 de julio). Revealed: \$39m cost of defending Australia's tobacco plain packaging laws. *The Guardian Australia*. <https://www.theguardian.com/business/2018/jul/02/revealed-39m-cost-of-defending-australias-tobacco-plain-packaging-laws>

¹⁷ *Tethyan Copper Company Pty Limited vs. La República Islámica de Pakistán*, Caso del CIADI No. ARB/12/1.

¹⁸ Masood, S. (2019, 12 de mayo). Pakistan to accept \$6 billion bailout from I.M.F. *New York Times*. <https://www.nytimes.com/2019/05/12/world/asia/pakistan-imf-bailout.html>



Podría coordinarse una respuesta multilateral por conducto de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), que cuenta con amplios conocimientos especializados en materia de tratados de inversión y reformas conexas. Otra plataforma es la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), en particular su Grupo de Trabajo III, que ya se encuentra establecido para ocuparse de la reforma de la ISDS. Alternativamente, también se podrían conformar bloques de países para acordar una suspensión conjunta de la utilización de las disposiciones de ISDS entre ellos, o los países podrían contactar a sus socios de tratado y acordar dicha suspensión de manera bilateral.

Autoras

Nathalie Bernasconi-Osterwalder dirige el Programa de Derecho y Políticas Económicas del IISD y es Directora Ejecutiva de IISD Europa en Ginebra. **Sarah Brewin** es Asesora en Agricultura e Inversiones para el Programa de Derecho y Políticas Económicas del IISD. **Nyaguthii Maina** es Asesora en Agricultura e Inversiones para el Programa de Derecho y Políticas Económicas del IISD.



ARTÍCULO 2

Valuación de Activos de Hidrocarburos en una Era de Alteración Climática

Kyla Tienhaara, Lise Johnson y Michael Burger



Se han conocido más de 150 casos de ISDS entablados por demandantes cuyo negocio involucra la extracción, transporte, refinación, venta e incineración de hidrocarburos para generar electricidad¹. Algunos de estos casos surgieron a raíz de medidas dirigidas al cambio climático; otros fueron presentados en respuesta a medidas ambientales más amplias; otros a partir de controversias en torno a la distribución de costos y beneficios públicos y privados de proyectos de la industria extractiva y otros tantos fueron generados por diferentes escenarios, incluyendo controversias surgidas de contratos entre empresas de propiedad de Estados receptores e inversores extranjeros. Siete de los principales y mayores laudos de ISDS de todos los tiempos (según datos de la UNCTAD) —los cuales superan USD \$1 mil millones— se han dado en casos que involucran inversiones en hidrocarburos².

Cada tipo de controversias plantea su propia serie de cuestiones políticas, incluyendo si y bajo qué circunstancias la ISDS es el mecanismo adecuado para resolver los casos. Las controversias de ISDS para impugnar medidas adoptadas e implementadas para ofrecer soluciones al cambio climático parecen ser los tipos de casos más ampliamente criticados. Algunos comentaristas han abogado por incluir excepciones a medidas sobre cambio climático en los AII, similares a aquellas introducidas en otras áreas de políticas tales como el control del tabaco³. Esto estaría destinado a impedir que los inversores utilicen la ISDS para detener, retrasar, cambiar o trasladar el costo de las políticas relacionadas con el clima. Algunos también argumentan que la industria de los hidrocarburos, en general, no debería seguir siendo “subsidiada” a través de los AII ni continuar utilizando los seguros generales libres de riesgo que brindan estos tratados⁴. Bajo este enfoque, algunos tipos de proyectos, tales como el desarrollo de nuevas reservas o infraestructura de hidrocarburos, serían excluidos de la ISDS (o de los AII), lo cual implicaría que los inversores de dichos proyectos no podrían impugnar acciones gubernamentales independientemente de su propósito. Si un nuevo impuesto de un gobierno estuviese motivado por un deseo, por ejemplo, de aumentar la recaudación pública para frenar el uso de hidrocarburos, sería irrelevante. Las empresas que pretendieran impugnar la medida deberían hacerlo a través de otras vías que no sea la ISDS⁵.

¹ Basado en una búsqueda dentro del *Navegador sobre Solución de Controversias de Inversión* de la UNCTAD de los términos “petróleo”, “gas”, “petróleo”, “hidrocarburos” y “carbón” del 16 de abril de 2020. Disponible en <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement>

² *Hulley Enterprises vs. Rusia*, Caso de la CPA No. 2005-03/AA226; *Veteran Petroleum vs. Rusia*, Caso de la CPA No. 2005-05/AA228; *Unión Fenosa Gas vs. Egipto*, Caso No. ARB/14/4. (CIADI. 2014); *Yukos Universal vs. Rusia*, Caso de la CPA No. 2005-04/AA227; *Occidental vs. Ecuador*, Caso No. ARB/06/11. (CIADI. 2006); *Mobil vs. Venezuela*, Caso No. ARB/07/27 (CIADI. 2007), *ConocoPhillips vs. Venezuela*, Caso No. ARB/07/30. (CIADI. 2007). Datos disponibles en: <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement>

³ Van Harten, G. (2015). An ISDS carve-out to support action on climate change. *Osgoode Legal Studies Research Paper Series*, 113. <http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/olsrps/113>

⁴ Johnson, L., Sachs, L. y Lobel, N. (2020). Aligning international investment agreements with the sustainable development goals. *Columbia Journal of Transnational Law*, 59, 71–79. <https://www.jtl.columbia.edu/journal-articles/aligning-international-investment-agreements-with-the-sustainable-development-goals>; Brauch, M. D., Touchette, Y., Cosbey, A., Gerasimchuk, I., Sanchez, L., Bernasconi-Osterwalder, N., Torao Garcia, M. B., Potaskaevi, T. y Petrofsky, E. (2019). Treaty on Sustainable Investment for Climate Change Mitigation and Adaptation: Aligning international investment law with the urgent need for climate change action. *Journal of International Arbitration*, 36(1), 7–35.

⁵ Para consultar un debate sobre otras alternativas, véase, por ej., Johnson, L., Coleman, J., Güven, B. y Sachs, L. (2019, abril). Alternatives to investor–state dispute settlement (ISDS). *CCSI Working Paper 2019*. <http://ccsi.columbia.edu/files/2019/04/Alternatives-to-ISDS-11-April-2019.pdf>



Por lo tanto, surge una pregunta general sobre si los inversores en el sector de los hidrocarburos deberían ser demandantes en la ISDS, y la pregunta más acotada sobre si las medidas sobre cambio climático deberían abrirse al ataque bajo la ISDS. Actualmente, el derecho de las inversiones responde que “sí” a ambas preguntas. Dada esta realidad, surge un tercer tema importante, pero generalmente no reconocido, sobre las demandas relativas a los hidrocarburos. Se trata de la cuestión de cómo debería abordarse el asunto de la valuación y los daños, teniendo en cuenta consideraciones de cambio climático y el disputado valor de los recursos hidrocarburíferos. Creemos que es oportuno considerar este tema debido a la frecuencia y al impacto de las demandas que involucran activos relacionados con los hidrocarburos, la urgencia de la crisis climática, así como el hecho de que los delegados de la CNUDMI han acordado que el asunto de los daños es un tema “transversal” a ser considerado en su trabajo sobre reforma de la ISDS⁶. En este punto, ofrecemos una descripción inicial⁷ y de alto nivel de algunos temas y consideraciones. Esperamos alentar una mayor investigación, diálogo y debate sobre estos complejos asuntos y el desarrollo de enfoques prácticos que incorporen consideraciones de cambio climático a la normativa del derecho de las inversiones.

¿Cómo se determina la compensación en el arbitraje internacional de inversiones?

Cuando se trata de determinar la compensación, existen muy pocos límites para los árbitros de inversión. Los tratados no dicen mucho. A menudo estipulan que los gobiernos deben pagar el valor justo de mercado (VJM) de los activos expropiados, pero no disponen los métodos precisos a ser utilizados para determinar el VJM, ni especifican qué enfoques deberían ser empleados para otros tipos de

incumplimiento. Los tribunales han intentado llenar este vacío y, al hacerlo, han reiterado sistemáticamente dos principios. Uno es que debería aplicarse el estándar de la fábrica Chorzów, según el cual la “reparación debe, hasta donde sea posible, eliminar todas las consecuencias del hecho ilícito y restablecer la situación que, con toda probabilidad, habría existido si el hecho no hubiere sido cometido”⁸. El segundo principio es que no deberían otorgarse daños especulativos⁹. Sobre todo, el silencio de los tratados y estos principios dejan mucho espacio para que los tribunales adopten enfoques informados sobre cambio climático en materia de valuación y los daños.

¿Cuáles son los temas particulares relativos a la valuación de activos asociados con los hidrocarburos?

El precio de los hidrocarburos se encuentra afectado por un número de factores y es vulnerable a los golpes. La volatilidad del precio del petróleo durante los pasados meses brinda un ejemplo dramático de este punto. Las medidas tomadas para detener la propagación del coronavirus han llevado a una desaceleración masiva de la actividad económica y del consumo de hidrocarburos. La industria petrolera ha sido golpeada de una forma particularmente fuerte mientras que esta crisis ha coincidido con una guerra de precios iniciada por Rusia y Arabia Saudita en marzo¹⁰. La Agencia Internacional de la Energía (IEA, por sus siglas en inglés) sugirió que la “escala del colapso en la demanda de petróleo...excede ampliamente la capacidad de la industria petrolera para repararlo”¹¹ y esto sucedió antes de que West Texas Intermediate (el precio de referencia del petróleo de EEUU) diera negativo a fines de abril¹².

⁶ Columbia Center on Sustainable Investment (CCSI), International Institute for Environment and Development (IIED) y International Institute for Sustainable Development (IISD). (2019). *UNCITRAL Working Group III on ISDS reform: How cross-cutting issues reshape reform options*. <https://www.iisd.org/sites/default/files/uploads/uncitral-submission-cross-cutting-issues-en.pdf>

⁷ Para consultar una discusión sobre la compensación bajo los tratados de inversión, véase, por ej., Bonnitcha, J. y Brewin, S. (2019, octubre). *Compensation under investment treaties (advance draft)*. *IISD Best Practices Series*. <https://www.iisd.org/sites/default/files/publications/compensation-treaties-best-practices-en.pdf>; Nikiéma, H. S. L'indemnisation de l'expropriation, (2013, marzo). *IISD Best Practices Series*. https://www.iisd.org/sites/default/files/publications/best_practice_compensation_expropriation_en.pdf.

⁸ Fábrica de Chorzów (Ger. v. Pol.), 1928 P.C.I.J. (ser. A) No. 17 (13 de septiembre) (Sentencia No. 13, Fondo) (“Chorzów”), página 47.

⁹ Beharry, C. (ed). (2018). *Contemporary and emerging issues on the law of damages and valuation in international investment arbitration*, 106–107, 136, 210–211, 337–340 (contiene varios capítulos que se refieren a una negativa de los tribunales a otorgar daños indebidamente especulativos).

¹⁰ Hussain, Y. “Posthaste: It may be time to make up. The ill-timed oil war could cost Saudi Arabia and Russia \$260B this year alone”, *Financial Post*, 7 de abril de 2020. Disponible en <https://business.financialpost.com/executive/posthaste-it-may-be-time-to-make-up-the-ill-timed-oil-war-could-cost-saudi-arabia-and-russia-260b-this-year-alone>.

¹¹ IEA “The global oil industry is experiencing a shock like no other in its history”, 1 de abril de 2020. Disponible en <https://www.iea.org/articles/the-global-oil-industry-is-experiencing-shock-like-no-other-in-its-history>

¹² Reed, S. y C. Krauss “Too Much Oil: How a Barrel Came to Be Worth Less Than Nothing” *New York Times*, 20 de abril de 2020. Disponible en <https://www.nytimes.com/2020/04/20/business/oil-prices.html?action=click&module=RelatedLinks&pgtype=Article>



Pese a que la situación actual, a mucho respectos, no tiene precedentes, resulta interesante observar cómo el tribunal de *ConocoPhillips vs. Venezuela* habría abordado el tema de la valuación si hubiera tenido que dictar su laudo en marzo de 2020 en lugar de marzo de 2019. El tribunal especuló un precio del petróleo en 2020 para la inversión de aproximadamente USD 58 por barril y un aumento del 1,2 por ciento anual a partir de entonces¹³. El cálculo del precio esperado se basó en una diferencia del 0,4 por ciento con respecto al índice de crudo Maya (referencia mexicana). De hecho, para el mes de marzo de 2020, el crudo Maya rondaba los USD 15 por barril, y en abril se desplomó a USD 5,15 por barril, el nivel más bajo de su historia¹⁴. Resulta difícil predecir cuándo y a cuánto repuntará el precio del petróleo, pero por el momento el laudo de USD 8,7 mil millones parece significar una ganancia sustancial imprevista para ConocoPhillips.

¿Cómo el cambio climático complica aún más la valuación?

Si bien la pandemia y la crisis del petróleo del 2020 habrían sido imposibles de predecir para el tribunal de *ConocoPhillips*, los riesgos relacionados con el clima son ampliamente debatidos y perfilados por académicos, bancos centrales y reguladores financieros¹⁵. Estos incluyen riesgos físicos (por ej., riesgos asociados con eventos climáticos serios tales como inundaciones, sequía, tormentas y calor extremo), los cuales son resultado del cambio climático, y los riesgos de transición (por ej., riesgos surgidos de un cambio jurídico, daño a la reputación y cambios en preferencias y tecnologías de mercado). Las implicancias para las inversiones en hidrocarburos de los compromisos y acciones que los gobiernos y otros actores toman para mantener al mundo dentro del “presupuesto de carbono” —la cantidad

de gases de efecto invernadero que podemos emitir mientras seguimos dentro de los límites establecidos por el Acuerdo de París¹⁶ —son particularmente importantes a considerar en los ejercicios de valuación de la ISDS.

A fin de que haya una posibilidad razonable de mantener el calentamiento por debajo de 1,5 °C, la mayor parte de las reservas restantes de hidrocarburos debe permanecer sin uso¹⁷. Además, “no puede contratarse nueva infraestructura que genere emisiones de CO₂, y... es posible que la infraestructura existente sea retirada anticipadamente (o retro-adaptada con captura de carbono y tecnología de almacenamiento)”¹⁸. Por lo tanto, la acción climática creará activos bloqueados, que son “activos que han sufrido depreciaciones, devaluaciones o conversión a pasivos”¹⁹. Parece haber consenso sobre el hecho de que los activos de carbón térmico (el carbón térmico ya se encuentra en declive estructural)²⁰ así como las reservas de petróleo de alto costo (por ejemplo, las arenas alquitranadas de Alberta)²¹ y la infraestructura asociada se encuentran bajo alto riesgo de ser bloqueados a corto plazo. Si un activo en disputa bajo un caso de ISDS ya no puede ser explotado o utilizado a fin de permanecer dentro del presupuesto de carbono²², entonces el costo de bloqueo no debería trasladarse del inversor al Estado a través de un laudo por daños.

¹⁶ Tong, D., Zhang, Q., Zheng, Y., Caldeira, K., Shearer, C., Hong, C., Qin, Y. y Davis, S. J. (2019). Committed emissions from existing energy infrastructure jeopardize 1.5 °C climate target. *Nature*, 572(7769), 373–377.

¹⁷ McGlade, C. y Ekin, P. (2015). The geographical distribution of fossil fuels unused when limiting global warming to 2 °C. *Nature*, 517(7533), 186–190; SEI, IISD, ODI, Climate Analytics, CICERO y UNEP. (2019) The Production Gap: The discrepancy between countries’ planned fossil fuel production and global production levels consistent with limiting warming to 1.5°C or 2°C. Disponible en <http://productiongap.org/>

¹⁸ Tong, D., Zhang, Q., Zheng, Y., Caldeira, K., Shearer, C., Hong, C., Qin, Y. y Davis, S. J. (2019). Committed emissions from existing energy infrastructure jeopardize 1.5 °C climate target. *Nature*, 572(7769), 373–377.

¹⁹ Caldecott, B., Howarth, N. y P. McSharry (2013) Stranded Assets in Agriculture: Protecting Value from Environment-Related Risks, Smith School of Enterprise and the Environment, Universidad de Oxford, p. 7.

²⁰ Buckley, T. (2019, 25 de noviembre). IEEFA update: Global coal power set for record fall in 2019. *Comunicado de Prensa de IEEFA*. <https://ieefa.org/ieefa-update-global-coal-power-set-for-record-fall-in-2019>

²¹ Según Carbon Tracker, “en un mundo alineado con el acuerdo de París, no deberían seguir adelante los proyectos en arenas petrolíferas por al menos los próximos 20 años”. Carbon Tracker. (2019). Breaking the Habit – Why none of the large oil companies are “Paris-aligned”, and what they need to do to get there. <https://www.carbontracker.org/reports/breaking-the-habit>

²² Académicos y organizaciones tales como Carbon Tracker han hecho un diseño detallado para indicar precisamente cuándo los activos, tales como las plantas generadoras de energía a carbón, deben ser desmanteladas para permanecer dentro de los objetivos climáticos de París. Véase, por ej., Cui, R.Y., Hultman, N., Edwards, M.R. et al. (2019) Quantifying operational lifetimes for coal power plants under the Paris goals. *Nature Communications* 10: 4759; Carbon Tracker (2020) How to waste over half a trillion dollars: The economic implications of deflationary renewable energy for coal power investments. Disponible en <https://carbontracker.org/reports/how-to-waste-over-half-a-trillion-dollars/>

¹³ *ConocoPhillips vs. Venezuela*, Caso No. ARB/07/30. (CIADI. 2007). Laudo, 8 de marzo de 2019, página 22.

¹⁴ “Mexico’s Maya crude lowest in almost two decades – Platts”, Reuters, 18 de marzo de 2020. Disponible en <https://www.reuters.com/article/health-coronavirus-mexico-oil/update-1-mexicos-maya-crude-lowest-in-almost-two-decades-platts-idUSL1N2BB38D>; García, M. “Mexico’s Maya crude price for USGC shipments hits record low \$5.15/b on NYMEX futures plunge”, S&P Global, 21 de abril de 2020. Disponible en <https://www.spglobal.com/platts/es/market-insights/latest-news/oil/042120-mexicos-maya-crude-price-for-usgc-shipments-hits-record-low-515b-on-nymex-futures-plunge>.

¹⁵ Véase, por ejemplo, el sitio web del Banco de Inglaterra sobre riesgo climático. Disponible en <https://www.bankofengland.co.uk/knowledgebank/climate-change-what-are-the-risks-to-financial-stability>



Si aún fuera posible continuar extrayendo un recurso o utilizar un activo sin exceder el presupuesto de carbono, seguiría siendo importante que un tribunal considerase cómo el riesgo climático afectará el valor del recurso o activo. Por ejemplo, en algunos escenarios políticos, se espera que la demanda de petróleo caiga significativamente entre 2025 y 2050 como resultado de la rápida penetración de los vehículos eléctricos²³. Tal como demuestra la crisis actual, una menor demanda puede depreciar el precio del petróleo. Otros estudios también predicen una caída en el precio del petróleo pero sobre la base de un suministro excesivo en lugar de una demanda reducida²⁴. Estos tipos de escenarios son los resultados de una mentalidad de “tómalo o déjalo”, por la cual se observa a las firmas en una carrera por explotar sus reservas tan rápido como sea posible a fin de evitar futuras restricciones de los gobiernos sobre la extracción²⁵. Tanto el escenario de una demanda reducida como el suministro excesivo arroja dudas sobre la validez de las suposiciones de los tribunales (por ej., en *ConocoPhillips vs. Venezuela*) de que el precio del petróleo aumentará con el tiempo o que pueda ser estimado en base a cómo se ha comportado en el pasado reciente.

Claramente hay un alto grado de incertidumbre sobre el valor futuro de los hidrocarburos y de la infraestructura asociada. Algunos argumentan que la naturaleza y el alcance de los riesgos en determinados sectores y actores son tan inciertos que los costos son simplemente incalculables y deberían ser abordados mediante un enfoque “precautorio” que presuma la existencia de riesgos²⁶. Esta falta de certeza discutiblemente torna los enfoques para determinar el VJM indebidamente especulativos. Tal como se remarcó previamente, un principio que generalmente han articulado los tribunales es que los laudos no deberían otorgar daños especulativos.

Bajo este principio, tratar de evaluar el VJM identificando cuánto pagaría un comprador hipotético a un vendedor hipotético en el mercado de los activos de hidrocarburos, pronosticando ganancias futuras bajo el método del flujo de caja descontado (FCD), o aplicando los denominados enfoques “modernos de FCD” no resultaría apropiado dada la incertidumbre del cambio climático.

De hecho, incluso utilizado métodos alternativos, tales como la evaluación de costos irrecuperables, probablemente implicaría una compensación excesiva en algunos casos, dado que los inversores discutiblemente podrían y deberían haber anticipado²⁷ el hecho de que toda inversión realizada durante los últimos veinte y cinco años estaría expuesta a un riesgo de transición.

Oportunidades y herramientas para recuperar el costo social del carbono

Si los tribunales desean seguir el principio de que un laudo debería colocar a los inversores en el lugar donde hubieran estado “si no fuera por” la medida errónea del gobierno, entonces también deberían garantizar que no se otorgue a los inversores subsidios socialmente perjudiciales. Por ende, los laudos deberían tomar en cuenta el hecho de que se espera cada vez más que los inversores (por ej., a través de la fijación del precio del carbono y el litigio en términos climáticos) paguen los costos infringidos a la sociedad por el cambio climático. En nuestra opinión, si un tribunal determina una responsabilidad y otorga compensación en un caso que involucra activos de hidrocarburos, además de considerar los asuntos descritos anteriormente, debería sustraer estos costos societales de los daños otorgados.

Para ajustar los laudos, una opción práctica sería que los tribunales utilicen el costo social del carbono — una medida desarrollada por académicos y adoptada por algunos gobiernos²⁸. El costo social del carbono,

²³ Agencia Internacional de la Energía (IEA). (2019). World energy outlook 2019. <https://www.iea.org/reports/world-energy-outlook-2019>; Principios de las Naciones Unidas para la Inversión Responsable (n.d.) Inevitable Policy Response Scenario: Forecast Policy Scenario: Macroeconomic results. Disponible en <https://www.unpri.org/inevitable-policy-response/forecast-policy-scenario-macroeconomic-results/4879.article> (visitado el 22 de abril de 2020).

²⁴ Michael Barnett “A Run on Oil: Climate Policy, Stranded Assets, and Asset Prices”, Disponible en <https://www.frbsf.org/economic-research/events/2019/november/economics-of-climate-change/files/Paper-7-2019-11-8-Barnett-240PM-1st-paper.pdf>

²⁵ Kotlikoff, L., Polbin, A. y A. Zubarev (2016) “Will the Paris Accord Accelerate Climate Change?” NBER Documento de Trabajo No. 22731. Disponible en <https://www.nber.org/papers/w22731.pdf>

²⁶ Cullen, J. (2018). After ‘HLEG’: EU banks, climate change abatement and the precautionary principle. *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 20, 61-87.

²⁷ Tal como se ha documentado, las empresas de hidrocarburos han sido concientes de la realidad del cambio climático y sus implicancias desde la década de 1960. Véase <https://exxonknew.org>

²⁸ Los Estados también podrían prevenir este tema presentando reconveniones para cubrir estos costos al comienzo de cualquier caso de ISDS con una empresa de hidrocarburos. Los Estados recientemente comenzaron a utilizar las reconveniones para cubrir los costos de remediación por daño ambiental resultante proyectos de inversión, incluyendo aquellos pertenecientes al sector de hidrocarburos (véase, por ejemplo, *Perenco vs. Ecuador*). Reconocemos que las reconveniones a menudo fracasan, y puede resultar especialmente difícil que prosperen cuando el nexo entre la demanda y la medida impugnada no está claro. No obstante, presentarlas, al menos, fuerza a los tribunales a tratar el abordar de manera frontal y brindar una justificación de por qué no están dispuestos a al menos considerar imponer a la industria los costos de tratar el cambio climático. Asimismo, también está la posibilidad de llevar a cabo reformas para ampliar el alcance de las reconveniones a través del proceso del GT III de la CNUDMI.



así como el costo social del metano y el óxido nitroso, también fue aprobado por tribunales nacionales de los Estados Unidos. Estas medidas pueden ser utilizadas para asignar un valor en dólares al potencial impacto de las emisiones de gases de efecto invernadero²⁹. Ofrecen cálculos de costos, basados primordialmente en predicciones de impactos futuros (los cuales varían según el país) y una variedad de tasas de descuento³⁰. Tomando el ejemplo de los Estados Unidos en el extremo más alto del espectro de impacto posible, con una tasa moderada de descuento del 3 por ciento, el costo social del carbono en 2020 es de USD 123/tonelada en dólares de 2007³¹.

El impacto en los laudos podría ser significativo. Un estudio que calculó el costo social del carbono total no pagado desde 1995 a 2013, por ejemplo, concluyó que excedió las ganancias del sector de hidrocarburos, “indicando que la industria de los hidrocarburos no sería viable si debiera pagar los daños causados a la sociedad”³². Al estar ausentes enfoques como este, los laudos relativos a tratados perpetuarían el “saqueo legal” de la sociedad por parte de la industria de los hidrocarburos³³.

Conclusiones

Cuando una decisión de tratado de inversión otorga compensación, existen efectos financieros y de comportamiento en las partes contendientes, así como para los formuladores de políticas y actores del mercado que no son parte del caso en cuestión. Los efectos sobre los inversores pueden ser el de inducir excesivamente una inversión; y, sobre los gobiernos, el de enfriar la regulación³⁴. Mientras que estos temas son relevantes

independientemente de la naturaleza del caso de ISDS, resultan especialmente válidos cuando la inversión en cuestión se vincula con el sector de los hidrocarburos.

Ya hay gran preocupación por que el exceso de inversiones en el sector esté creando una “burbuja de carbono” que, cuando explote, podría provocar una crisis financiera³⁵. Un régimen bajo el derecho de las inversiones que proteja a los inversores de los riesgos de transición perpetúa el problema de un exceso de inversión, con el potencial de mantener altos los precios y alentar indebidamente la (re)inversión en activos que deberían ser bloqueados y actividades que deberían ser interrumpidas.

Un gobierno que deba pagar a un inversor el valor de ganancias futuras también podría sentir una fuerte presión para desarrollar o utilizar estos activos. Dejar el petróleo, gas y carbón en el suelo —después de que un gobierno efectivamente ha pagado por su venta— podría ser políticamente y financieramente muy complicado. Por ende, hasta tanto no se tomen en cuenta estos temas en la valuación arbitral de los activos de hidrocarburos, los laudos seguirán aumentando la crisis climática.

Dado el silencio de muchos tratados sobre cuestiones de valuación y daños, incluso bajo el actual régimen, los Estados y sus asesores tienen un amplio margen para plantear estos asuntos, y los árbitros poseen gran discreción para incorporarlos en sus evaluaciones. Además, al considerar las reformas a la ISDS, los gobiernos que participan en el proceso de la CNUDMI pueden aprovechar la oportunidad para abordar estos temas a nivel multilateral por avanzando en el trabajo sobre daños en general, y los daños en materia de inversiones relativas a los hidrocarburos más específicamente.

Por último, sigue siendo crucial considerar si y hasta qué punto los privilegios de los AII para los inversores —particularmente para los inversores en el sector de hidrocarburos— concuerdan con las prioridades de los países y generan beneficios públicos que compensen

²⁹ Véase *Zero Zone Inc. vs. Departamento de Energía de los Estados Unidos*, 832 F.3d 654 (7^o Cir. 2016) (donde se admite la utilización de metodología para calcular el costo social del carbono utilizada por el Grupo de Trabajo Interinstitucional sobre el Costo Social del Carbono).

³⁰ Ricke, K., Drouet, L., Caldeira, K. y M Tavoni (2018) Country-level social cost of carbon, *Nature Climate Change* 8: 895-900.

³¹ Agencia de Protección Ambiental de los Estados Unidos (EPA). (2016). Factsheet: Social cost of carbon. https://19january2017snapshot.epa.gov/climatechange/social-cost-carbon_.htm

³² Linnenluecke, M., Smith, T. y Whaley, R.E. (2018). The unpaid social cost of carbon: Introducing a framework to estimate “legal looting” in the fossil fuel industry. *Accounting Research Journal*, 31(2), 122-134, p. 123.

³³ “Saqueo es un término utilizado en disciplinas económicas y financieras para referirse a una situación donde la sociedad, a través de su gobierno, acuerda un contrato ineficiente que persiste en el tiempo. El saqueo ocurre en la industria de los hidrocarburos cuando no se exige a las empresas que paguen por el daño de sus emisiones de CO₂”. Id., p. 124.

³⁴ Bonnitcha, J. y Brewin, S. (2019). Compensation under investment treaties (advance draft) (IISD Best Practices Series). Extraído de <https://www.iisd.org/sites/default/files/publications/compensation-treaties-best-practices-en.pdf>; Tienhaara, K. (2018). Regulatory chill in a warming world: The threat to climate policy posed by investor-state dispute settlement. *Transnational Environmental Law*, 7(2), 229-250.

³⁵ Mercure, J. F., Pollitt, H., Viñuales, J. E., Edwards, N. R., Holden, P. B., Chewpreecha, U., Salas, P., Sognaes, I., Lam, A. y Knobloch, F. (2018). Macroeconomic impact of stranded fossil fuel assets. *Nature Climate Change*, 8(7), 588-593.



el costo público. Cuando se estime que los riesgos y costos son indebidamente altos, entonces otras acciones, tales como el retiro de consentimiento a la ISDS y la terminación de tratados, constituyen opciones importantes a ser consideradas por los formuladores de políticas³⁶.

Autores

Kyla Tienhaara es Directora de Investigación en Economía y Medio Ambiente en la Universidad Queen's, Kingston, Canadá. **Lise Johnson** es Directora del programa de Derecho y Políticas de Inversión del Columbia Center on Sustainable Investment (CCSI). **Michael Burger** es Director Ejecutivo del Sabin Center for Climate Change Law de la Universidad de Columbia.

³⁶ Véase, por ejemplo, Columbia Center on Sustainable Investment (CCSI), International Institute for Environment and Development (IIED) y International Institute for Sustainable Development (IISD). (2019). *Draft treaty language: Withdrawal of consent to arbitrate and termination of international investment agreements: Submission to UNCITRAL Working Group III on ISDS Reform*. <https://www.iisd.org/sites/default/files/uploads/uncitral-submission-termination-withdrawal-en.pdf>; Johnson, L., Coleman, J. y Güven, B. (2018). Retiro de Consentimiento al Arbitraje entre Inversionista y Estado y Terminación de Tratados de Inversión. *Investment Treaty News*, 9(1), 7–10. <https://www.iisd.org/itn/es/2018/04/24/withdrawal-of-consent-to-investor-state-arbitration-and-termination-of-investment-treaties-lise-johnson-jesse-coleman-brooke-guven/>



ARTÍCULO 3

¿Por qué los Estados brindan Consentimiento al Arbitraje en sus Leyes Nacionales de Inversión?

Tarald Laudal Berge y Taylor St John



Mundialmente, 74 países poseen legislación nacional sobre inversiones que menciona el arbitraje entre inversionistas y Estados, y 42 de estas leyes probablemente brindan consentimiento. Es decir, estas leyes proporcionan una base jurídica para que un tribunal arbitral decida si posee jurisdicción para atender una demanda entablada por un inversor extranjero contra un gobierno. Consentir al arbitraje en el derecho interno es confuso por varias razones.

Primero, brindar consentimiento al arbitraje puede resultar extremadamente costoso —muchos gobiernos se han encontrado pagando grandes laudos y altas costas legales, ya que más de 60 casos de arbitraje se han basado en leyes nacionales de inversión para admitir jurisdicción¹.

Segundo, los beneficios son inciertos —si bien es posible que los gobiernos puedan esperar más inversiones, no hay evidencia de que consentir al arbitraje en el derecho interno atraiga más inversiones. La evidencia disponible muestra que brindar a los inversores acceso al arbitraje en los tratados de inversión no genera más inversiones, así que no hay razón para creer que el acceso al arbitraje en la legislación nacional lo haga².

Tercero, los gobiernos no están imitando ejemplos de éxito —ningún Estado desarrollado ha dispuesto el consentimiento al arbitraje en su legislación nacional, hasta donde sabemos. Entonces, ¿por qué tantos gobiernos lo hacen?

En un artículo de investigación reciente³, encontramos que es mucho más probable que los gobiernos consientan al arbitraje en su legislación nacional después de recibir asesoramiento de un pequeño sector del Banco Mundial llamado Servicio de Asesoría sobre Inversión Extranjera (FIAS, por sus siglas en inglés). Según nuestro análisis, recibir el asesoramiento del FIAS sobre la reforma del derecho interno aumenta la probabilidad de que un país adopte una ley que contenga el arbitraje en un 650 por ciento. De los 65 Estados que han recibido asesoramiento del FIAS sobre legislación en materia de inversiones, 30 posteriormente han incluido el arbitraje en su legislación.

¿Quién define la “mejor práctica”?

FIAS brinda “asesoría sobre políticas de países receptores que afectan el flujo de la inversión privada productiva”⁴. Un tipo de asesoramiento que los consultores o asesores del FIAS proporcionan se relaciona con la elaboración de leyes nacionales de inversión. Su actual asesoramiento se basa en el *Manual sobre la Reforma del Derecho de Inversiones de 2010*, el cual define la mejor práctica como el otorgamiento de acceso al arbitraje⁵.

¹ Hepburn, J. (2018). Domestic investment statutes in international law. *American Journal of International Law*, 112(4), 658–706, p. 659.

² Bonnitca, J., Poulsen, L. N. S., & Waibel, M. (2017). *The political economy of the investment treaty regime*. Oxford University Press, pags. 158–166.

³ Berge, T.L. & St John, T. (2020). Asymmetric diffusion: World Bank ‘best practice’ and the spread of arbitration in national investment laws. *Review of International Political Economy*, en curso. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3447365

⁴ FIAS. (2006). *FIAS, the facility for investment climate advisory services: 2006 annual report*. Banco Mundial, p. 8. <<http://documentos.bancomundial.org/curated/es/314101468162556295/FIAS-the-investment-climate-advisory-service-FY2006-Annual-Report>>

⁵ FIAS. (2010). *Investment law reform: A handbook for development practitioners*. Banco Mundial, p. 53. <<http://documentos.bancomundial.org/curated/es/306631474483143823/Investment-law-reform-a-handbook-for-development-practitioners>>



En varias entrevistas, funcionarios del FIAS brindaron más explicaciones, en relación con este *Manual*:

Para poner las cosas en perspectiva, pienso que recomendamos la ISDS como una buena práctica internacional. También para garantizar la coherencia con los AII⁶.

Pienso que la idea general en torno a los derechos de los inversores es garantizar que [la ley] otorgue derechos, ya sea más elevados que aquellos...ya disponibles en los AII o en los TBI...o igualarlos. Ese es el mensaje principal de nuestra parte. ... Decimos que siempre es mejor que su legislación interna esté en concordancia con las leyes internacionales que ya han aceptado hace 15–20 años atrás bajo la forma de un TBI⁷.

Esta definición de la “mejor práctica” no es ampliamente compartida. El Banco Mundial es la única organización internacional que recomienda a los gobiernos brindar acceso al arbitraje entre inversionistas y Estados en sus leyes nacionales de inversión, hasta donde sabemos. Si bien la OCDE y la UNCTAD a menudo incluyen las leyes nacionales de inversión en sus programas de trabajo, nunca han recomendado que estas leyes establezcan consentimiento al arbitraje.

El proceso de asesoramiento del FIAS

Formalmente, los gobiernos deben solicitar al FIAS asistencia técnica. En la práctica, sin embargo, la idea de asistencia del FIAS surge de manera externa, a menudo a través de sugerencias de los funcionarios de otras ramas del Grupo del Banco Mundial o de las oficinas de país del Banco Mundial⁸. Los asesores del FIAS con frecuencia son invitados a los países poco después del fin de un conflicto armado o durante los primeros años posteriores a su independencia, como parte de un programa más amplio del Banco Mundial o de donantes. Los países donantes también pueden influir en la determinación de qué países recibirán asistencia, ya que el FIAS se encuentra financiado por donantes.

Los proyectos del FIAS sobre la reforma del derecho de las inversiones comienzan con la financiación del proyecto y la contratación de un consultor externo y de un abogado local. Los consultores externos pueden trabajar en las leyes de inversión de varios países. El consultor y posiblemente los funcionarios del FIAS viajan al país para conducir los ejercicios iniciales para determinar el alcance y realizar un diagnóstico del problema. Posteriormente, el abogado local generalmente redacta el primer borrador de la nueva ley de inversiones, utilizando como plantilla el *Manual sobre la Reforma del Derecho de Inversiones*, así como ejemplos de cláusulas sugeridas por el FIAS. Los proyectos de ley son enviados al FIAS en Washington para que emita comentarios.

Los funcionarios del FIAS enfatizan que en ningún punto ellos redactan leyes, pero que brindan comentarios detallados cuando ya existe un proyecto⁹. En muchos gobiernos, se establece un grupo de trabajo para discutir la nueva ley de inversiones. Cuando interviene el FIAS, participan el consultor externo y el abogado local (aun cuando el FIAS no está involucrado, los actores internacionales a menudo participan en estos grupos de trabajo). Un proyecto de ley pasa del grupo de trabajo a un Ministerio, y luego se somete a debate parlamentario antes de ser promulgado.

Evidencia del vínculo entre el FIAS y las cláusulas de arbitraje

Al revisar los informes anuales del FIAS, identificamos los países y años en los cuales sus asesores o consultores brindaron asesoramiento sobre la reforma de legislación en materia de inversión. Luego recolectamos las leyes nacionales para identificar el año en el cual los países promulgaron su primera ley de inversiones, en las cuales se menciona o brinda consentimiento al arbitraje entre inversionistas y Estados. En la Tabla 1, presentamos tres ejemplos de leyes nacionales: una ley menciona pero no da consentimiento a arbitraje, la segunda es ambigua y la tercera brinda consentimiento. En un apéndice de nuestra próxima publicación ofreceremos el texto de todas las disposiciones de las leyes nacionales que mencionan el arbitraje y explicamos por qué creemos que brindan consentimiento o no¹⁰.

⁶ Entrevista a funcionarios del FIAS (A), 2019.

⁷ Entrevista a funcionarios del FIAS (B), 2019.

⁸ Entrevista a funcionarios del FIAS (B), 2019.

⁹ Entrevista a funcionarios del FIAS (A y B), 2019.

¹⁰ Véase Berge y St John, nota 2 *supra*.



El vínculo entre recibir asesoramiento del FIAS y adoptar leyes de inversión que contienen consentimiento al arbitraje es fuerte. En la Tabla 2, listamos todos los países que han promulgado una ley con una cláusula de arbitraje entre 1986, cuando el FIAS fue establecido, y en 2015. Las filas en gris indican los países que han recibido asesoramiento del FIAS antes de la adopción de una ley.

De los 74 países que promulgaron una ley donde se menciona y otorga consentimiento al arbitraje, 30 recibieron asesoramiento del FIAS sobre la reforma de la ley de inversiones. Casi la mitad (30 de 65) de los países que el FIAS ha asesorado, posteriormente promulgaron leyes brindando consentimiento a arbitraje. Este número es asombrosamente alto, dado el potencial de oposición al arbitraje y las trabas administrativas y políticas para promulgar este tipo de legislación.

En un análisis estadístico, verificamos si otros factores, incluyendo la calidad institucional interna, el tamaño del mercado, o el nivel de ingresos o préstamos del Banco Mundial, afectan el vínculo entre el asesoramiento del FIAS y la adopción de nuevas leyes que estipulan el arbitraje. Este vínculo continúa siendo significativo y fuerte al margen de los factores que se incluyan.

La otra conclusión de un análisis estadístico más general es que en los gobiernos con mayor experiencia —ya sea porque han enfrentado más casos de arbitraje entre inversionistas y Estados o porque han ratificado más tratados de inversión— la probabilidad de que consientan a este tipo de arbitraje en sus leyes nacionales es mucho menor.

Estudio de caso: La Ley de Inversiones de 2003 de la República de Kirguistán

La República de Kirguistán recibió asistencia técnica del FIAS en 1998, 1999 y 2001. Luego, en 2003, promulgó una ley de inversiones que contiene consentimiento al arbitraje. En ese momento, el Banco Mundial tuvo gran presencia en la República de Kirguistán, junto con otros donantes y organismos de asistencia: el 65 por ciento de todos los proyectos de ley en materia de políticas económicas bajo consideración en 1998 fue formulado por asesores externos¹¹.

¹¹ Cooley, A. & Ron, J. (2002) The NGO scramble: Organizational insecurity and the political economy of transnational action. *International Security*, 27(1), 5–39. p. 19.

En el 2000, el gobierno promulgó un proyecto de ley de inversiones, que fue revisado por funcionarios del FIAS, y después, en 2001, otro proyecto que también fue revisado por los mismos¹². La ley de inversiones fue promulgada en marzo de 2003, justo antes de la aprobación de un importante préstamo concesional del Banco Mundial. La promulgación de nueva ley de inversiones no era una condición formal para que el préstamo fuese liberado, pero el Banco Mundial indudablemente se encontraba en una posición dominante¹³.

No encontramos evidencia de inversores que aboguen por el arbitraje en la ley. Las empresas mineras eran los principales inversores extranjeros interesados en la República de Kirguistán, e incluso los documentos del Banco Mundial remarcan que estas empresas pretenden negociar contratos con el gobierno en lugar de basarse en la legislación nacional: “muchos inversores mineros procurarán negociar acuerdos de inversión separados con las autoridades, los cuales pueden disponer mejores términos de inversión”¹⁴.

Cuando se les pidió que describieran la relación con los encargados de proporcionar asistencia técnica, los actores de Kirguistán destacaron que los asesores extranjeros “no superan” a los locales. Un oficial observó que a menudo hay oposición en los grupos de trabajo, pero esta situación no reviste la forma de “instituciones extranjeras presionando y locales resistiéndose”, en cambio, las discrepancias generalmente dependen de qué ministerios o empleos se verán afectados por la nueva ley¹⁵. Sin embargo,

¹² Banco Mundial. (2000). *Foreign Investment Advisory Service (FIAS) program bi-annual report for FY1999 and FY2000*. Banco Mundial <<http://documentos.bancomundial.org/curated/es/157351468140977121/Foreign-Investment-Advisory-Service-FIAS-program-bi-annual-report-for-FY1999-and-FY2000>>; Banco Mundial. (2001). *Foreign Investment Advisory Service – FIAS – program annual report for FY2001*. Banco Mundial <<http://documentos.bancomundial.org/curated/es/232081468315279003/Foreign-Investment-Advisory-Service-FIAS-program-annual-report-for-FY2001>>.

¹³ Banco Mundial. (2009). *Implementation completion and results report on a IDA credit to the Kyrgyz Republic for a governance structural adjustment credit*. Departamento de Reducción de la Pobreza y Gestión Económica del Banco Mundial, p. 5. <<http://documentos.bancomundial.org/curated/es/701871468088751662/Kyrgyz-Republic-Governance-Structural-Adjustment-Credit-Project>>

¹⁴ Banco Mundial. (1998). *Memorandum of the President of the International Bank for Reconstruction and Development, the International Development Association and the International Finance Corporation to the Executive Directors on a joint country assistance strategy of the World Bank Group for the Kyrgyz Republic*. Banco Mundial, p. 6. <<http://documents.worldbank.org/curated/en/701741468047937233/text/multi-page.txt>>

¹⁵ Entrevista a funcionarios de Kirguistán (B), 2019.



este mismo individuo destacó que a veces no hay discrepancia dentro del Gobierno de Kirguistán. Cuando se le solicitó que describiera quién estaría a favor o en contra de incluir el arbitraje en la legislación nacional, respondió: “creo que el gobierno no deliberó mucho en 2003, no tuvimos ningún caso. Si hubiéramos tenido, el Gobierno de Kirguistán se habría opuesto”¹⁶.

Desde 2003, la República de Kirguistán ha sido demandada en 14 casos de arbitrajes conocidos, y en al menos 5, la demanda jurisdiccional fue fundada en su ley de inversiones de 2003¹⁷. Para este país, los costos de esta ley han sido elevados.

Implicancias

Algunos Estados han redactado nuevamente sus leyes de inversiones para retirar el consentimiento al arbitraje, incluyendo a Egipto y El Salvador. Las actualizaciones de la ley de inversiones de Costa de Marfil, incluyendo la remoción del consentimiento a arbitraje, fueron discutidas anteriormente en ITN¹⁸. No obstante, otros gobiernos siguen recibiendo asesoramiento de que el consentimiento a arbitraje es la mejor práctica. Para los funcionarios públicos que estén pensando en brindar consentimiento, recomendamos analizar la experiencia de otros Estados. Hay evidencia clara de que el arbitraje en la legislación nacional ha tenido un alto costo, y ninguna evidencia (que nosotros hayamos encontrado) que muestre beneficios.

Autores

Tarald Laudal Berge es candidato a PhD en Ciencias Políticas en la Universidad de Oslo.

Taylor St John es Catedrática en Relaciones Internacionales en la Universidad de St Andrews.

Tabla 1. Tres ejemplos de disposiciones de arbitraje en leyes nacionales

| | |
|---------------------------|--|
| <i>Sin consentimiento</i> | <p><i>Ley de Inversión Extranjera de Azerbaiyán (1992), Artículo 42:</i> Las controversias o desacuerdos surgidos entre inversores extranjeros y empresas con inversiones extranjeras con organismos estatales de la República de Azerbaiyán; empresas, organizaciones públicas y otras entidades jurídicas de dicho país; las controversias o desacuerdos entre participantes del emprendimiento con inversiones extranjeras y la empresa en sí misma serán resueltos en los Tribunales Judiciales de la República de Azerbaiyán o, por acuerdo entre las Partes, en un Tribunal de Arbitraje, incluso en el extranjero.</p> |
| <i>Ambiguo</i> | <p><i>Ley de Inversiones de Bielorrusia (2013), Artículo 13:</i> Si las controversias referidas a la competencia exclusiva de los tribunales de la República de Bielorrusia, surgidas entre un inversor y la República de Bielorrusia, no se encuentran reguladas bajo un procedimiento anterior al juicio [...] entonces tales controversias pueden, a elección del inversor, también ser reguladas:</p> <ul style="list-style-type: none"> • en un tribunal de arbitraje establecido para la solución de cada controversia específica conforme al Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), a menos que las partes acuerden lo contrario; • en el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) en caso de que el inversor sea ciudadano o una persona jurídica de un Estado miembro del [Convenio del CIADI]. |
| <i>Consentimiento</i> | <p><i>Código de Inversiones de Burundi (2008), Artículo 17:</i> Las controversias resultantes de la aplicación del presente código de inversiones entre el Gobierno y el inversor, que no sean solucionadas de manera amistosa, deberán ser resueltas de conformidad con las leyes y regulaciones vigentes en Burundi. Las controversias pueden ser resueltas, a elección del inversor, por medio de un arbitraje institucional interno o de un arbitraje internacional, conforme al reglamento de arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones según corresponda al momento de la ejecución de la inversión que dio lugar a la controversia.</p> |

¹⁶ Entrevista a funcionarios de Kirguistán (B), 2019.

¹⁷ *Sistem vs. Kirguistán* (2006); *Nadel vs. Kirguistán* (2012); *Levitis vs. Kirguistán* (2012); *Stans Energy vs. Kirguistán* (II) (2015); y, *Consolidated Exploration vs. Kirguistán* (2013).

¹⁸ Kebe, M., Atteib, M. y Sangare, M. (2019). Nuevo Código de Inversiones de Costa de Marfil: Enfoque en temas relativos al desarrollo sostenible. *Investment Treaty News*, 10(3), 8–10. <https://www.iisd.org/itn/es/2019/09/19/ivory-coasts-new-investment-code-focus-on-issues-related-to-sustainable-development-and-dispute-settlement-mouhamed-kebe-mahamat-atteib-mouhamoud-sangare/>



Tabla 2. Leyes nacionales que mencionan o brindan consentimiento al arbitraje

(Las filas en gris indican los países que han recibido asesoramiento del FIAS)

| País | Año de la ley que incluye arbitraje | |
|----------------------------|-------------------------------------|----------------|
| | Mención | Consentimiento |
| Afganistán | | 2005 |
| Albania | | 1993 |
| Argelia | 1993 | |
| Azerbaiyán | 1992 | |
| Bielorrusia | | 2013 |
| Benín | | 1990 |
| Bolivia | 1990 | |
| Bosnia y Herzegovina | 1998 | |
| Burkina Faso | | 1995 |
| Burundi | | 2008 |
| Cabo Verde | | 1993 |
| Camboya | 1994 | |
| Camerún | | 1990 |
| República Africana Central | 2001 | |
| Chad | 2008 | |
| China | 1988 | |
| Colombia | 2000 | |
| Costa de Marfil | | 1995 |
| Rep. Dem. del Congo | | 2002 |
| Ecuador | 1997 | |
| El Salvador | | 1999 |
| Fiyi | 2004 | |
| Gambia | | 2010 |
| Georgia | | 1996 |
| Ghana | | 1994 |

| País | Año de la ley que incluye arbitraje | |
|--------------------|-------------------------------------|----------------|
| | Mención | Consentimiento |
| Guinea | | 1987 |
| Guyana | | 2004 |
| Honduras | | 2011 |
| Indonesia | 2007 | |
| Irán | 2002 | |
| Iraq | 2006 | |
| Jordania | | 1994 |
| Kazajstán | | 1994 |
| Kuwait | 2013 | |
| Kirguistán | | 2003 |
| Liberia | | 2010 |
| Libia | 2010 | |
| Lituania | | 1999 |
| Madagascar | | 2008 |
| Malawi | 1992 | |
| Mali | | 1991 |
| Mauritania | | 2002 |
| Moldavia | 2004 | |
| Mongolia | | 2013 |
| Montenegro | 2011 | |
| Mozambique | 1993 | |
| Namibia | 1990 | |
| Nepal | | 1992 |
| Nicaragua | | 2000 |
| Níger | | 1989 |
| Nigeria | | 1995 |
| Omán | 1994 | |
| Papua Nueva Guinea | 1992 | |
| Paraguay | 1992 | |



| País | Año de la ley que incluye arbitraje | |
|---------------|-------------------------------------|----------------|
| | Mención | Consentimiento |
| Qatar | 2000 | |
| Rusia | 1999 | |
| Ruanda | 2015 | |
| Sierra Leona | | 2004 |
| Islas Solomon | 2005 | |
| Somalía | | 1987 |
| Sudán del Sur | | 2009 |
| Sudán | 2013 | |
| Siria | | 2007 |
| Tayikistán | 2007 | |
| Tanzania | 1997 | |
| Timor-Leste | 2005 | |
| Togo | | 1989 |
| Tonga | 2002 | |
| Turquía | 2003 | |
| Uganda | 1991 | |
| Uzbekistán | 1998 | |
| Venezuela | 1999 | |
| Yemen | | 2010 |
| Zambia | 2006 | |



ARTÍCULO 4

El Tratado sobre Inversión Sostenible para la Mitigación y Adaptación al Cambio Climático: Un modelo para orientar el derecho internacional hacia inversiones en energías renovables y a una transición hacia niveles reducidos de carbono

Sofía de Murard



La mayoría de los tratados de inversión no marcan una distinción explícita entre las inversiones que contribuyen al desarrollo sostenible, tales como los proyectos en energías renovables, y aquellas que no lo hacen. Sin embargo, considerando la creciente preocupación sobre el cambio climático y, como resultado del Acuerdo de París, los Estados se muestran incentivados a reformular el derecho internacional de las inversiones con el fin de fomentar la inversión en energías renovables y facilitar la transición hacia niveles reducidos de carbono.

En este artículo, analizo el Tratado sobre Inversión Sostenible para la Mitigación y Adaptación al Cambio Climático (“TSI”, por sus siglas en inglés), ganador del premio Stockholm Treaty Lab (*Nota de la editora: miembros del equipo que ganó el concurso incluyeron empleados y socios de IISD, la organización que publica ITN*). Primero, presento el TSI como un modelo que los Estados podrían adoptar para fomentar la inversión internacional en la transición de sistemas de generación de energía mediante el uso intensivo de carbono hacia niveles más reducidos de carbono. Segundo, presento observaciones sobre algunos desafíos para implementar el modelo de TSI y propongo mejoras posibles a este respecto.

Tercero, analizo cómo podría utilizarse el TSI para mejorar los actuales y futuros tratados bilaterales de inversión (TBI).

1. Observación analítica del TSI como modelo de TBI sobre energías renovables

El TSI especifica tres objetivos principales: desalentar la “inversión no sostenible”; promover la “inversión sostenible” y garantizar una transición justa hacia economías y sociedades sostenibles para que los signatarios actúen en consonancia con los objetivos establecidos en el Acuerdo de París (Artículo 1.2)¹.

El TSI permite que cada Estado parte elija qué sectores, sub-sectores o actividades califican para dicha parte como “inversión sostenible”, describiéndolos en su apéndice del Anexo I. Similarmente, cada Estado parte lista los sectores, sub-sectores o actividades que considerará como “inversión no sostenible” a los fines del TSI y los describe en su apéndice del Anexo II. Esto permite que cada Estado parte adapte las definiciones de inversión “sostenible” y “no sostenible” a la capacidad actual de su economía y el mercado de la energía.

El TSI procura desalentar la inversión no sostenible, excluyéndola de la protección bajo el tratado²; no otorga derechos de establecimiento a nuevas inversiones no sostenibles y restringe la expansión de inversiones no sostenibles ya existentes. Va más allá para alentar la discriminación entre las inversiones sostenibles de las no sostenibles con el fin de, eventualmente, eliminar las últimas. Además, impone obligaciones a todos los inversores para establecer niveles más elevados

¹ A lo largo de este artículo, las referencias entre paréntesis a los artículos se refieren a: The Creative Disrupters. (2018). *Treaty on sustainable investment for climate change mitigation and adaptation* [TSI]. <http://stockholmtreatylab.org/wp-content/uploads/2018/07/Treaty-on-Sustainable-Investment-for-Climate-Change-Mitigation-and-Adaptation-1.pdf>. Véase también <https://sdg.iisd.org/commentary/guest-articles/tackling-climate-change-through-sustainable-investment-all-in-a-treaty>

² The Creative Disrupters. (2018). *Treaty on sustainable investment for climate change mitigation and adaptation: Argumentation demonstrating how the model treaty meets the assessment criteria*, p. 4 [The Creative Disrupters’ Argumentation]. <http://stockholmtreatylab.org/wp-content/uploads/2018/07/The-Creative-Disrupters-Argumentation.pdf>



de desempeño ambiental. Estas obligaciones del inversor incluyen responsabilidad social empresarial, anti-corrupción y transparencia, cumplimiento con la legislación nacional e internacional en general así como con los estándares en materia ambiental, laboral y de derechos humanos, entre otros.

Por otro lado, el TSI extiende la protección del tratado a las inversiones definidas como sostenibles, mientras se aparta de las protecciones comunes otorgadas a los inversores bajo los TBI tradicionales³. Las definiciones que establece para la expropiación, no discriminación y estándar de trato son muy precisas con el fin de evitar interpretaciones de amplio alcance que los tribunales arbitrales han realizado en el pasado. Elimina expresamente los estándares de TJE, protección y seguridad plenas, expectativas legítimas y expropiación indirecta así como los derechos procesales para las inversiones no sostenibles (Artículos 3.3 y 3.4).

El TSI también crea incentivos para los Estados que protegen el medio ambiente. Establece vías procesales para que los ciudadanos cuestionen a los Estados, inversores o inversiones que no cumplan con sus obligaciones bajo el TSI. Los Estados tienen la obligación de ejecutar los acuerdos internacionales existentes en materia ambiental y de planificar la eliminación de los subsidios a los hidrocarburos y otros incentivos a las inversiones no sostenibles con el correr del tiempo⁴.

En cuanto a su objetivo de promover la inversión sostenible, el TSI crea una posición privilegiada para las inversiones sostenibles ya que se benefician de derechos y normas procesales. El TSI impone a los Estados la obligación de alentar la inversión sostenible mediante un trato no discriminatorio para las inversiones en circunstancias similares.

El TSI reconoce que su marco es uno entre muchos dentro del derecho internacional público. Como tal, procura armonizar la inversión internacional de las partes del TSI con los regímenes de comercio internacional, estipulando que las partes del TSI deben acordar no lanzar impugnaciones en la OMC contra posibles subsidios otorgados a las inversiones sostenibles con el fin de lograr la armonía⁵.

El TSI también regula la justa transición hacia una sociedad sostenible poniendo énfasis en la protección de los derechos de los trabajadores, ya que pasar a una economía con niveles reducidos de carbono inevitablemente alterará el mercado laboral. Los ciudadanos también poseen derechos procesales para impugnar la acción estatal si incumpliera sus obligaciones de tratado, dándoles así voz en los procedimientos⁶.

El TSI vuelve a equilibrar la relación entre los Estados y los inversores al incluir importantes obligaciones para los últimos y derechos para los primeros. De hecho, el tratado establece el derecho de los Estados a iniciar un arbitraje, tornando la solución de controversias disponible para ambas partes. También establece un comité conjunto para ayudar en la interpretación y aplicación del tratado y un punto de contacto nacional a fin de ayudar a construir relaciones entre inversores y Estados receptores. Crea su propio tribunal y un tribunal de apelaciones para generar jurisprudencia coherente en torno a la aplicación del TSI.

El TSI presenta un replanteamiento de los modelos tradicionales de TBI, y procura atender las principales críticas que ha enfrentado el régimen internacional de inversiones. Su estrategia es, por lo tanto, brindar nuevos estándares de tratado que solamente benefician a la inversión sostenible y nuevos tribunales para interpretarlos y aplicarlos de manera coherente. Resulta importante el hecho de que el TSI reconoce que el marco que propone constituye un cambio bastante radical con respecto al actual régimen internacional de inversiones y estipula disposiciones en torno a una transición hacia la ambiciosa meta que establece para los Estados receptores y toma en cuenta el nivel de desarrollo de cada país.

2. Desafíos para la implementación del TSI y posibles mejoras

El TSI es un modelo dirigido a los líderes que están dispuestos a involucrarse en reformas drásticas para atender la crisis climática. Pese a los esfuerzos para facilitar su adopción, tales como brindar a los Estados la oportunidad de calificar más industrias como “no sostenibles” progresivamente en el tiempo, el impacto del TSI podría ser limitado si solamente unos pocos países están dispuestos a adoptar el modelo. De hecho, varios factores pueden complicar la adopción e impacto final del TSI.

Considerando que el TSI proporciona un régimen más equilibrado entre inversores y Estados receptores, los

³ The Creative Disrupters' Argumentation, nota 2 *supra*, págs. 6–7.

⁴ The Creative Disrupters' Argumentation, nota 2 *supra*, págs. 7–8.

⁵ The Creative Disrupters' Argumentation, nota 2 *supra*, págs. 10–11.



inversores podrían participar en “*treaty shopping*” para recibir protección de tratados antiguos y más ventajosos. Los países, por ende, tendrán que reformar totalmente todos sus TBI antes de que el TSI pueda surtir su efecto deseado. Además, los efectos del TSI podrían ser atenuados por contratos de inversión ya existentes que incluyen el acceso a la ISDS bajo el régimen tradicional de arbitrajes de inversión. El mayor obstáculo para el TSI podría ser el tiempo necesario para reformar los tratados de antigua generación y esperar que los contratos antiguos lleguen a su fin para que puedan sentirse su efecto pleno dentro del régimen.

Otro posible obstáculo para extender la adopción del TSI es la realidad de una desigualdad en el poder relativo de negociación entre los posibles signatarios del tratado. Para las economías pequeñas o en vías de desarrollo puede resultar difícil imponer un cambio tan radical a sus socios de tratado más importantes o poderosos. El TSI, por lo tanto, depende de que países progresistas e influyentes adopten y promuevan este modelo de protección de inversiones.

Además, algunos Estados pueden no tener la pericia o recursos económicos para implementar las obligaciones institucionales del TSI. El tratado atiende este posible desafío en torno al establecimiento de su comité conjunto, y propone composiciones alternativas que dependerán de si hay países en desarrollo involucrados (Artículo 10.1). Sin embargo, los países en desarrollo deberán seleccionar a representantes de agencias gubernamentales a cargo de áreas tales como energía, medio ambiente y cambio climático, entre otros, y establecer un punto de contacto nacional. El TSI aborda este tema de capacidad estatal para cumplir con sus obligaciones en otros artículos, al disponer que “*La parte A deben brindar asistencia técnica a la Parte B en la implementación de este Artículo*” (por ejemplo, el Artículo 6.3(4) sobre la obligación de transparencia para hacer públicas las leyes y regulaciones de los Estados partes). No obstante, no hay una disposición como tal en los artículos que definen las instituciones del TSI, por ende, deberían incluirse disposiciones similares con respecto a las obligaciones institucionales del TSI para alivianar el peso sobre los países en desarrollo.

El carácter revolucionario del TSI, por consiguiente, lentificará su expansión. Sólo aquellos Estados que sean conscientes de la importancia de las energías renovables, dispuestos a intentar nuevos modelos de inversión, lo suficientemente influyentes como para imponer los cambios extensivos del TSI a otros países y suficientemente desarrollados para instrumentar nuevas

instituciones potencialmente costosas, serán capaces de adoptar el TSI. Además, el pleno potencial del TSI depende de su adopción generalizada. De esta manera, probablemente habrá que esperar para que su influencia sea realmente sentida en el régimen de inversiones.

3. El TSI puede inspirar la nueva generación de TBI

El TSI puede ser utilizado para mejorar la próxima generación de TBI, sirviendo como ejemplo de un enfoque integral para superar los actuales desafíos procesales y sustantivos que enfrenta el régimen de tratados de inversión internacional. Muchos de los TBI de la nueva generación intentan abordar estas mismas cuestiones pero de manera más fragmentada. Por ejemplo, el Acuerdo Económico y Comercial Global entre la Unión Europea y Canadá (AEGC, o CETA por sus siglas en inglés) adopta una estrategia similar al TSI para atender cuestiones procesales del régimen, a través de miembros pre-designados para su propio tribunal *ad hoc* y el tribunal de apelación. Sin embargo, sus disposiciones sustantivas, tales como los estándares de nación más favorecida y de trato nacional, son muy amplias y podrían ser mejoradas adoptando el enfoque del TSI de definir algunos estándares, tales como el de trato nacional, de manera más precisa o directamente excluir la NMF del tratado. El Modelo de TBI de India y el TBI entre Marruecos y Nigeria ambos intentan abordar cuestiones sustantivas, redefiniendo los estándares de tratado e innovando sobre nuevas formas de equilibrar los derechos y obligaciones de los inversores y de los Estados. Sin embargo, el Modelo de TBI de India podría beneficiarse de una mención más explícita de los objetivos de desarrollo sostenible y de la creación de un tribunal de apelación para aportar coherencia a las decisiones arbitrales. Similarmente, el TBI entre Marruecos y Nigeria mostraría muchas mejoras a través del establecimiento de su propio tribunal de arbitraje *ad hoc* y de un tribunal de apelación. Todos los tratados antes mencionados podrían promover una discriminación entre las inversiones sostenibles y las no sostenibles a fin de apuntar al desarrollo de inversiones en energías renovables otorgando a las primeras más protección que a las últimas.

El TSI podría, por lo tanto, guiar a los TBI de la nueva generación proporcionando una estrategia coherente para atender las actuales críticas que enfrenta el régimen de tratados de inversión internacional y promover la inversión sostenible de manera focalizada.



4. Conclusión

El TSI enfrenta desafíos debido a la infraestructura restante del antiguo régimen de inversión y las complicaciones en su implementación. Aun así, atiende la mayoría de las críticas que han llevado a una reacción negativa en contra de los tratados de inversión de antigua generación y sus mecanismos de ISDS. Los Estados que procuran generar un espacio de políticas para promover la inversión sostenible podrían observar el TSI como un enfoque vanguardista para la protección de las inversiones que ofrece muchas mejoras con respecto a los tratados de inversión existentes.

Autor

Sofia de Murard es una abogada reconocida en Nueva York y actualmente trabaja en el arbitraje internacional en París. Posee un LL.M. en estudios legales internacionales de la Universidad de Nueva York, un master en derecho internacional privado de La Sorbonne así como dos títulos de grado en Derecho Francés de La Sorbonne y Derecho Inglés del King's College London.



ARTÍCULO 5

Nuevo Modelo de TBI de Marruecos: Características innovadoras y consideraciones de políticas

Hamed El-Kady y Yvan Rwananga



1. Antecedentes e introducción

Frente a un creciente número de demandas entabladas por inversores contra Estados receptores en virtud de TBI y exorbitantes sumas otorgadas a los inversores por tribunales arbitrales, Marruecos ha emprendido la revisión de su modelo de TBI utilizando un enfoque flexible y racional en miras a realizar los ajustes necesarios mientras al mismo tiempo se conserva la política de apertura a la IED del Reino de Marruecos.

En 2015 se estableció un grupo de trabajo con el mandato de elaborar un nuevo modelo de TBI. El grupo de trabajo empezó conduciendo una evaluación general de los TBI de antigua generación de Marruecos y una revisión de los desarrollos recientes en el derecho internacional de las inversiones para identificar áreas de reforma. El primer borrador revisado del modelo de TBI fue finalizado en 2016 y sometido a una consulta nacional en 2017. Luego de haber finalizado el proceso de consulta, el cual involucró a varios protagonistas, el borrador del modelo fue presentado a la UNCTAD en julio de 2018 para su revisión. Después de que finalizara la revisión de la UNCTAD en septiembre de 2018, el modelo fue publicado por Marruecos en diciembre de 2019.

En este contexto, revisamos algunas disposiciones principales del nuevo modelo de TBI de Marruecos¹, que probablemente servirán como las bases para que Marruecos (re)negocie sus TBI y otros acuerdos regionales de inversión.

2. Preámbulo

Desde el principio, el nuevo modelo de TBI de Marruecos subraya que el desarrollo sostenible es uno de los pilares de su régimen de inversión. El preámbulo aclara que el deseo de las partes del tratado de crear y fomentar la cooperación económica debe estar en consonancia con la búsqueda del desarrollo sostenible en su dimensión económica, social y ambiental, y que el derecho corolario de los Estados a reservar suficiente espacio para adoptar e implementar medidas de políticas en áreas vitales (tales como salud, medio ambiente y trabajo) no debe verse comprometido (preámbulo, párrafo 3). El preámbulo también destaca el papel fundamental que deben jugar las inversiones en la promoción del desarrollo sostenible y para alcanzar los objetivos relacionados con la reducción de la pobreza, la creación de empleos y el desarrollo humano.

Ir más allá de la mera mención al desarrollo sostenible en el preámbulo y elevarlo a uno de los objetivos generales de sus tratados de inversión, da cuenta de la importancia que Marruecos confiere al desarrollo sostenible. Si bien el preámbulo de un tratado no establece obligaciones vinculantes y ejecutables, brinda el contexto adecuado en relación al cual las obligaciones sustantivas deben ser interpretadas². Por lo tanto, colocar el desarrollo sostenible en primera plana dentro

¹ A lo largo de este artículo, las referencias entre paréntesis a los diferentes artículos hacen referencia a: Reino de Marruecos. (2019, junio). *Accord entre le Royaume du Maroc et ... pour la promotion et la protection réciproques des investissements*. [Modelo marroquí de TBI] <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5895/download>

² Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, firmada el 23 de mayo de 1969, entrada en vigor el 27 de enero de 1980 [VCLT], Artículo 31. https://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference_docs/Convencion_Viena.pdf.



del preámbulo junto con otros objetivos tales como el fortalecimiento de la cooperación económica informará al intérprete del tratado sobre la intención de las partes de conferir al desarrollo sostenible un lugar central. Esta estrategia concuerda con las opciones de políticas desarrolladas en el Marco de Políticas de Inversión para el Desarrollo Sostenible (MPIDS) de la UNCTAD³.

3. Definición de inversión

Extender las protecciones y ventajas de un tratado exclusivamente a aquellos bienes extranjeros que traigan beneficios concretos al país receptor es una manera de apuntar a inversiones que conduzcan al desarrollo sostenible. Esto requiere identificar los indicadores para evaluar si una inversión determinada acarrea los beneficios que el país receptor busca y definir la “inversión” en base a dichos indicadores. Este es el enfoque adoptado en el modelo de TBI de Marruecos, en concordancia con los TBI de nueva generación⁴ y con las opciones de políticas del MPIDS⁵. Una inversión, según este modelo, es un activo que, durante un período determinado, contribuye al desarrollo sostenible de la parte receptora e involucra el compromiso de capital o de otros recursos, expectativa de ganancia y asunción de riesgos (Artículo 3.3).

Mientras que los criterios de compromiso de capital, expectativa de ganancia y asunción de riesgos son características comunes de los AII modernos, el requisito de que una inversión contribuya al desarrollo sostenible o económico del Estado receptor todavía es raramente utilizado⁶, pese a que existe una creciente tendencia a incluirlo. Quizás esto se deba a la falta de acuerdo sobre la definición y el perfil exacto de este criterio, una ambigüedad que ha llevado a los tribunales, ya sea a rechazar esta característica o a aplicarla de

manera incongruente⁷. Anticipando esta dificultad, el modelo marroquí de TBI propone indicadores para medir la contribución de una inversión al desarrollo sostenible: mayor capacidad de producción, crecimiento económico, calidad de los empleos creados, duración de la inversión, transferencia de tecnología y reducción de la pobreza (Artículo 3.3). Estos indicadores no exhaustivos servirán de guía para los interpretadores de los tratados, ayudando a evitar interpretaciones incongruentes y a garantizar la certeza jurídica. La utilización de estos indicadores, una práctica que aún no se ha extendido a los nuevos AII, demuestra la naturaleza innovadora del modelo de Marruecos.

4. Definición de inversor

La definición de “inversor” contenida en el modelo de TBI de Marruecos concuerda con la reciente práctica de los AII al definir con mayor exactitud el alcance de los inversores cubiertos. Según el modelo, las personas físicas que son nacionales tanto del Estado de origen como del Estado receptor no califican como inversores a menos que al momento de realizar la inversión en el Estado receptor su domicilio y actividad principal se encuentren en el territorio del otro Estado. En cuanto a las personas jurídicas, el tratado cubre solamente a aquellas entidades que se encuentren constituidas u organizadas de conformidad con las leyes de esa parte, tengan su sede y conduzcan actividades comerciales sustanciales en esa parte. Para mayor claridad, el modelo también ofrece una lista no exhaustiva de criterios indicativos para definir las actividades comerciales sustanciales (Artículo 3.4).

El modelo también permite a las partes denegar los beneficios de un tratado a un inversor o inversión bajo la propiedad o control de personas originarias de una tercera parte o de la parte denegada (Artículo 25). Incluir estas limitaciones a la definición de inversor ayudará a eliminar el riesgo de abuso a través del uso de las empresas “fantasma”, treaty shopping y la conducta parasitaria de inversores que no son considerados los beneficiarios de las ventajas de un tratado⁸.

³ Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo. (2015). *Investment policy framework for sustainable development*. UNCTAD [MPIDS de la UNCTAD], opciones de políticas 1.1.0 a 1.1.2. https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcb2015d5_en.pdf

⁴ Véase, por ejemplo, Modelo de Acuerdo de Inversión de los Países Bajos, Artículo 1. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5832/download>; Modelo de TBI de la Unión Económica entre Bélgica y Luxemburgo, Artículo 2. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5854/download>; y el Acuerdo para la Protección de las Inversiones entre la UE y Vietnam, Artículo 1.2. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5868/download>

⁵ MPIDS de la UNCTAD, nota 3 *supra*, opciones de políticas 2.1.1 y 2.1.2.

⁶ Ejemplos de otros modelos de TBI recientes que no presentan esta característica incluyen el Modelo de Acuerdo de Inversión de los Países Bajos y el Modelo de TBI de la Unión Económica entre Bélgica y Luxemburgo; véase nota 4, *supra*. Véase también TBI entre Burkina Faso y Turquía. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5910/download>

⁷ Hussein, D. (2015). Contribution to the host state development: A marginalised criterion? *BCDR International Arbitration Review*, 2(2), 289–304. <https://www.kluwerlawonline.com/preview.php?id=BCDR2015015>

⁸ MPIDS de la UNCTAD, nota 3 *supra*, p. 94. Véase también opciones de políticas 2.2.1 y 2.2.2 del MPIDS.



5. Trato justo y equitativo (TJE)

El TJE ha sido una de las cláusulas más controvertidas y contenciosas del arbitraje de inversión. Debido a que los tratados de antigua generación contenían cláusulas de TJE amplias y sin salvedades y debido a la falta de prescripciones jurídicas en el derecho internacional de las inversiones en torno a las nociones de justicia y equidad⁹, los inversores han percibido esto como una protección general y sistemáticamente las han utilizado para impugnar —con bastante éxito— las medidas del Estado receptor que, según consideraban, afectaron a sus inversiones de manera adversa. Para limitar esta posibilidad y reducir el abuso del TJE, el modelo marroquí de TBI aclara con precisión el significado y delinea el alcance del TJE al establecer exhaustivamente las obligaciones cuyo incumplimiento constituiría una violación de TJE (Artículo 6): denegación de justicia en procedimientos penales, civiles o administrativos; incumplimiento fundamental del proceso debido; discriminación por razones ilícitas, tales como género, raza o creencia religiosa; o trato abusivo a los inversores, tales como acoso, coerción y presión¹⁰.

El modelo exhibe un esfuerzo manifiesto para preservar el derecho de los Estados a regular, especificando explícitamente algunas acciones de gobierno y otras circunstancias que no pueden ser consideradas una violación de TJE. La principal es la estipulación expresa de que la cláusula TJE no debe impedir que los Estados adopten medidas regulatorias para alcanzar objetivos de políticas, tales como la preservación del orden público, la salud pública o el medio ambiente. Salvaguardar el espacio de políticas de las partes es primordial para alcanzar los objetivos de desarrollo sostenible¹¹.

6. Disposiciones que prohíben la discriminación

Las disposiciones que prohíben la discriminación contenidas en el modelo de Marruecos están en concordancia con las mejores prácticas internacionales, tales como las compiladas en los

MPIDS de la UNCTAD. Como ahora es común, tanto el trato nacional como el trato de NMF están circunscriptos a los inversores que se encuentra en “circunstancias similares”. Además, el modelo brinda elementos de referencia claros a ser tenidos en cuenta al conducir un análisis de “circunstancias similares” (Artículo 7.2).

En línea con la opción de políticas 4.1.2 del MPIDS de la UNCTAD, el modelo aclara, con respecto a la cláusula de trato nacional, que la parte receptora conserva el derecho de conferir a los inversores y a las inversiones de la otra parte un trato diferente al acordado a sus propios inversores en determinados sectores económicos. En situaciones donde la agenda de desarrollo nacional prevé el desarrollo de nuevas industrias nacionales y la necesidad de protegerlas durante su etapa incipiente, permitiendo la flexibilidad para diferenciar y otorgar trato preferencial a los inversores o a las inversiones nacionales frente a los inversores extranjeros en aquellos sectores, puede resultar ser una herramienta instrumental para implementar dicha agenda¹².

Asimismo, en lo que concierne al trato de NMF, el modelo es consciente de la necesidad de evitar toda reducción indirecta del espacio regulatorio a través de la incorporación de obligaciones contenidas en otros AII. A tal fin, el alcance de la cláusula de NMF se encuentra precisamente delimitado para evitar cualquier interpretación expansiva que podría llevar a un resultado como tal. Una limitación importante del alcance —en consonancia con la opción de políticas 4.2.2. del MPIDS— es la exclusión del trato de NMF en los procedimientos de solución de controversias de inversión entre inversores y Estados establecida en otros AII y acuerdos comerciales (Artículo 8.3). El modelo dispone más excepciones a las cláusulas de NMF y trato nacional para proteger el espacio de políticas (Artículo 9).

7. Expropiación

Así como es la práctica ya establecida en la redacción de tratados de inversión, el modelo de TBI de Marruecos preserva el derecho de los Estados a nacionalizar o expropiar, sujeto a cuatro condiciones habituales: la

⁹ MPIDS de la UNCTAD, nota 3 *supra*, p. 83.

¹⁰ Modelos anteriores de TBI con formulaciones de TJE similares incluyen aquellos de la Unión Económica entre Bélgica y Luxemburgo, los Países Bajos y Eslovaquia. Todos se encuentran disponibles en <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/model-agreements>

¹¹ MPIDS de la UNCTAD, nota 3 *supra*, opciones de políticas 4.3.2 y 4.3.3.

¹² MPIDS de la UNCTAD, nota 3 *supra*, p. 96.



medida de expropiación debe ser adoptada (i) en pos del interés público, (ii) de conformidad con el debido proceso legal, (iii) de manera no discriminatoria y (iv) mediante el pago de compensación (Artículo 10.1). La disposición de expropiación en el modelo también refleja la decisión política de Marruecos de cubrir tanto la expropiación directa como indirecta (Artículo 10.8) al contrario de la práctica reciente de algunos Estados de omitir deliberadamente la expropiación indirecta¹³.

Preocupado por la incertidumbre que a menudo surge de la falta de un límite claro entre la expropiación indirecta y la formulación de políticas públicas legítimas¹⁴, el modelo de Marruecos especifica factores indicativos a ser tenidos en cuenta al determinar si una medida constituye una expropiación indirecta (Artículo 10.8(b)). De mayor importancia, sin embargo, enfatiza que las medidas no discriminatorias adoptadas de buena fe para proteger intereses públicos legítimos —tales como la protección de los derechos de salud pública, seguridad, medio ambiente o trabajo— no deben constituir una expropiación indirecta ni resultar en demandas de compensación. Al ofrecer a los inversores protección contra la expropiación indirecta mientras se garantiza que esto no coarte el espacio regulatorio del Estado, el modelo crea un equilibrio entre los intereses del inversor y los del Estado.

8. Obligaciones y responsabilidades del inversor

El modelo de TBI de Marruecos contiene una sección donde se detallan las obligaciones y responsabilidades de los inversores. Si bien puede decirse que el principio general de dicha sección es que los inversores y las inversiones deben cumplir con las leyes y regulaciones del Estado receptor mientras se encuentren operando en su territorio (Artículo 18.1), la sección impone otras obligaciones y responsabilidades específicas y detalladas sobre los inversores. Entre estas, se destaca la obligación de los inversores de manejar y operar sus inversiones de

conformidad con las obligaciones internacionales de las partes contratantes en las áreas de medio ambiente, trabajo y derechos humanos (Artículo 18.7); y la obligación de los inversores de no involucrarse en actos de corrupción, lavado de dinero o financiación del terrorismo, violación de la cual resultará en la privación del derecho de recurrir a los mecanismos de solución de controversias en virtud del tratado (Artículo 19). Los inversores también tienen la responsabilidad de contribuir al desarrollo sostenible del Estado receptor y la comunidad local, para la creación de empleos y la formación de capital humano y para aplicar las normas universalmente reconocidas, tales como la Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social de la Organización Internacional del Trabajo y las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales (Artículo 20).

La inclusión de una sección dedicada a las obligaciones y responsabilidades del inversor es un indicador revelador de la intención de Marruecos de colocar al desarrollo sostenible en el centro de su régimen de inversión. Marruecos pretende reparar la asimetría percibida en las obligaciones entre Estados e inversores, un defecto básico del régimen de AII que ha agravado —o causado— la reducción del espacio de políticas que los Estados necesitan para perseguir el desarrollo sostenible. Aunque aún puede surgir un consenso general en el derecho internacional sobre si se pueden imponer obligaciones internacionales a los inversores¹⁵, la política progresista de Marruecos a este respecto amerita distinción. Tal como las otras disposiciones del modelo, esta sección también concuerda con las opciones de políticas del MPIDS de la UNCTAD¹⁶.

9. Solución de controversias entre inversionista y Estado (ISDS)

El modelo de TBI de Marruecos presenta disposiciones de ISDS modernas y progresistas que toman en cuenta la necesidad de reformar la ISDS y no dudan en incorporar propuestas innovadoras. Las disposiciones de ISDS del modelo reflejan en gran medida las opciones de reforma contenidas en el MPIDS de la UNCTAD.

¹³ Los Acuerdos de Cooperación y de Facilitación de las Inversiones (ACFI) de Brasil sistemática y explícitamente excluyen la expropiación indirecta. Véase por ejemplo, el ACFI entre Brasil y Guyana, Artículo 7; el ACFI entre Brasil y los Emiratos Árabes Unidos, Artículo 7; el ACFI entre Brasil y Surinam, Artículo 7; todos disponibles en <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/27/brazil>; véase también Brauch, M.D. (2020). ¿Lo Mejor de Dos Mundos? El Tratado de Cooperación y Facilitación de Inversiones entre Brasil e India. *Investment Treaty News*, 11(1). <https://iisd.org/itn/es/2020/05/14/moroccos-new-model-bit-innovative-features-and-policy-considerations/>

¹⁴ MPIDS de la UNCTAD, nota 3 *supra*, p. 99.

¹⁵ Véase López, C. (2019, 2 de octubre). El Proyecto Revisado de un Tratado sobre Empresas y Derechos Humanos: Mejoras innovadoras y perspectivas más claras. *Investment Treaty News*, 10(4), 11–14. <https://www.iisd.org/itn/es/2019/10/02/the-revised-draft-of-a-treaty-on-business-and-human-rights-ground-breaking-improvements-and-brighter-prospects-carlos-lopez/>

¹⁶ MPIDS de la UNCTAD, nota 3 *supra*, opciones de políticas 7.1.1, 7.1.3 y 7.1.4.



Por ejemplo, tal como se sugiere en las opciones de políticas 6.2.0 y 6.2.1 del MPIDS, el modelo reduce el rango de controversias que pueden ser sometidas a la ISDS y circunscribe el alcance de la ISDS: solo se permiten las controversias que conciernen la violación de las obligaciones estatales de tratado (Artículo 28.2) (en oposición a la controversias que se basarían en contratos de inversión), y existe un período límite que torna la ISDS no disponible para demandas después de transcurridos tres años desde la fecha en que el inversor tuvo conocimiento por primera vez de los hechos que dieron lugar a la demanda (Artículo 28.6). Otra innovación que vale destacar es que el Estado anfitrión puede presentar una reconvencción cuando el inversor no haya cumplido con sus obligaciones, tales como la obligación de cumplir con la legislación nacional y de no involucrarse en actos de corrupción (Artículos 28.4). Por último, de acuerdo con la opción de política 6.2.2 del MPIDS, el modelo de TBI exige que el inversor agote los recursos locales antes de iniciar un arbitraje internacional (Artículo 32.2). Al incorporar este requisito¹⁷, el modelo marroquí de TBI puede ayudar a reducir la desigualdad entre los inversores extranjeros y los nacionales bajo los TBI¹⁸.

10. Consideraciones de políticas

El nuevo modelo de Marruecos cumple con los estándares de un AII moderno. Contiene cláusulas redactadas de manera concisa y muestra un alto grado de innovación. Quizás más importante, traduce la voluntad de Marruecos de priorizar el desarrollo sostenible procurando cuidadosamente un equilibrio entre los derechos de los inversores y la protección de un espacio regulatorio adecuado para los Estados.

El modelo, desarrollado en estrecha consulta con la UNCTAD, es la culminación de los esfuerzos nacionales destinados a modernizar la estrategia de políticas de inversión internacional de Marruecos, la cual incluye una cuidadosa revisión de todos los TBI existentes de dicho país. El modelo debería ser puesto a prueba a medida que Marruecos participa en varias negociaciones de AII a nivel bilateral y regional.

Tal vez, de mayor importancia, Marruecos y los países en desarrollo en general podrían aprovechar oportunidades como esta (la elaboración de un nuevo modelo) para reformar sus TBI desactualizados¹⁹, los cuales incluyen disposiciones redactadas de manera amplia que pueden limitar seriamente su derecho (y deber) de implementar las medidas necesarias para alcanzar los objetivos de desarrollo sostenible del país. En esta iniciativa, los países en desarrollo podrían guiarse por hoja de ruta de la UNCTAD para la reforma del régimen AII²⁰, especialmente la Fase II de la reforma, y las acciones propuestas que podrían emprenderse a nivel bilateral, regional y multilateral. Dado que estas acciones están orientadas a la reforma del actual conjunto de tratados existentes, se requeriría una mayor colaboración y coordinación entre los socios de tratado. Una estrategia, por ejemplo, sería que un país en desarrollo identifique, entre sus actuales socios de tratado, aquellos que estén más orientados a la reforma y que puedan estar interesados en modernizar los actuales tratados; o los socios de tratado de aquellos AII cuya reforma sea más urgente. Al hacerlo, los países considerarían el alcance de la reforma procurada, incluyendo si debe perseguirse un número limitado de cambios en un tratado determinado u optar por una revisión integral de tratados.

Dependiendo del enfoque elegido, debe encontrarse una solución en torno a las cláusulas de supervivencia y cómo manejar la transición entre los tratados. Al analizar esto, sería preciso considerar el mejor “nivel de política” posible para la acción de reforma —es decir, sí y qué cambios podrían ser mejor aplicados bilateralmente (por ejemplo, modernizar un TBI específico), o a nivel regional (por ejemplo, reemplazar los TBI intra-africanos e intra-árabes por instrumentos más modernos).

Finalmente, el éxito del nuevo modelo de TBI no es el grado que se verá reflejado en las (re)negociaciones bilaterales o regionales de Marruecos. Su verdadero éxito es que haya sido impulsado por un proceso interno transparente que involucra a todos los

¹⁷ Véase Brauch, M.D. (2017, enero). *Exhaustion of local remedies in international investment law* (IISD Best Practices Series). IISD. <https://www.iisd.org/library/iisd-best-practices-series-exhaustion-local-remedies-international-investment-law>

¹⁸ Conferencia de Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo. (2015). *Informe sobre las Inversiones en el Mundo 2015: Reforma de la gobernanza internacional en materia de inversiones*. UNCTAD, p. 149. https://unctad.org/es/PublicationsLibrary/wir2015overview_es.pdf

¹⁹ Marruecos ha celebrado más de 80 tratados, 60 de los cuales tienen más de 15 años de antigüedad. Véase <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/142/morocco>

²⁰ Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD). (2018). *Paquete de reformas para el régimen internacional de inversiones de la UNCTAD*. UNCTAD. https://investmentpolicy.unctad.org/uploaded-files/document/UNCTAD_Reform_Package_2018.pdf



protagonistas y que ha concientizado sobre la necesidad urgente de reforma. La segunda ventaja del modelo es que brinda gran orientación y fortalece la posición de Marruecos en futuras negociaciones de inversión, ya sea de TBI, acuerdos regionales o incluso capítulos de inversión en TLC —tales como el nuevo Acuerdo árabe de Inversión Regional, actualmente bajo debate— así como en las negociaciones del nuevo Protocolo de Inversión del Área de Libre Comercio Continental de África (AfCFTA, por sus siglas en inglés).

Autores

Hamed El-Kady es Oficial de Políticas de Inversión Internacional de la UNCTAD en Ginebra.

Yvan Rwananga es Consultor de la UNCTAD en Ginebra. Las opiniones aquí expresadas pertenecen a los autores y no necesariamente representan la opinión de la UNCTAD.



ARTÍCULO 6

Los procedimientos internos del pago de daños y perjuicios por parte de los Estados en el arbitraje de inversiones

Affef Ben Mansour



Los supuestos de que los Estados corren el riesgo de encontrarse frente a la obligación de pagar daños y perjuicios como consecuencia de un procedimiento judicial o arbitral internacional han aumentado a la par del incremento en la cantidad de tribunales internacionales y de Estados que aceptan la competencia de estos últimos, incluso en el caso de arbitrajes internacionales relativos a inversiones.

En el marco del arbitraje de inversiones en particular, la obligación de pago de daños y perjuicios puede desprenderse de la responsabilidad del Estado respecto de la violación de un tratado bilateral de inversión (TBI), una ley de inversión o un contrato de inversión. Pese a que la obligación de *restitutio in integrum* (restitución íntegra) implique "borrar todas las consecuencias del acto ilícito"¹, en los hechos, suele ser traducida por los Estados como una obligación de pago² de montos relativamente elevados³.

De hecho, el creciente número de sentencias arbitrales que implican una obligación de pago por parte de los Estados que no resultan favorecidos por el laudo y las elevadas sumas asignadas por estos tribunales encabezan la lista de críticas respecto del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados (ISDS, por sus siglas en inglés) de los últimos años. Estas críticas han llevado al surgimiento de nuevas iniciativas relacionadas con una eventual reforma de dicho sistema, incluidos los debates actuales en el marco del Grupo de Trabajo III de la CNUDMI.

Los Estados que reciban un laudo en su contra tienen la obligación de cumplir con este⁴. En caso de negativa por parte del Estado, el Convenio CIADI permite que cualquier inversionista recurra a los mecanismos de ejecución forzosa sobre los bienes del Estado anfitrión situados en el territorio de uno de los 163 países signatarios del Convenio CIADI. En el caso de las sentencias dictadas por tribunales *ad hoc* o sobre la base del mecanismo complementario del CIADI, la ejecución forzosa podrá ser solicitada en los 156 países signatarios de la Convención de Nueva York⁵.

Hasta hace algunos años, los observadores señalaban que los Estados solían cumplir voluntariamente con los laudos arbitrales de inversión⁶, fueran dictados en el marco de arbitrajes del CIADI o *ad hoc*. Sin

¹ Caso relativo a la fábrica de Chorzów, fondo, pronunciamiento del 13 de septiembre de 1928, Corte Permanente de Justicia Internacional, serie A, n.º 17, pág. 47. Extraído de https://www.icj-cij.org/files/permanent-court-of-international-justice/serie_A/A_17/54_Usine_de_Chorzow_Fond_Arret.pdf

² Sobre el total de los casos sometidos a un tribunal en virtud del Convenio CIADI o del Mecanismo complementario del CIADI, el 66 por ciento da lugar a un laudo arbitral. De estos, el 48 por ciento llega a un laudo arbitral que cuestiona la responsabilidad del Estado. Disponible en: CIADI. (2019). Carga de *casos del CIADI - Estadísticas*, edición 2019-2, págs. 26-27. Extraído de [https://icsid.worldbank.org/en/Documents/ICSID_Web_Stats_2019-2_\(Spanish\).pdf](https://icsid.worldbank.org/en/Documents/ICSID_Web_Stats_2019-2_(Spanish).pdf)

³ Véase la lista de los importes más elevados de daños y perjuicios asignados por los tribunales de inversión en Bonnitche, J. y Brewin, S. (2019, octubre). *L'indemnisation en vertu des traités d'investissement* (Série Bonnes Pratiques). Ginebra: IISD, págs. 32-34. Extraído de: <https://iisd.org/sites/default/files/publications/best-practices-compensation-treaties-fr-V4.pdf>

⁴ Véase el Convenio sobre el arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, 18 de marzo de 1965, vigente a partir del 14 de octubre de 1966, art. 53(1) ; CNUDMI. (2013). *Reglamento de arbitraje de la CNUDMI*, art. 34(2). Extraído de <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/uncitral-arbitration-rules-2013-s.pdf> ; véanse asimismo las disposiciones pertinentes de los TBI, las cláusulas de arbitraje de los contratos de inversión y las Reglas de arbitraje de las instituciones arbitrales.

⁵ Convención sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, Nueva York, 10 de junio de 1958, 21 U.S.T. 2517, 330 U.N.T.S. 3, Art. III. Extraído de <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%20330/volume-330-I-4739-French.pdf>

⁶ Véase, en particular, Dugan, C. F. (2008). *Investor-state arbitration*. Nueva York: Oxford University Press, págs. 675-676; Alexandrov, S. A. (2009). Enforcement of ICSID awards: Article 53 and 54 of the ICSID Convention. *Transnational Dispute Management*, 1, pág. 10. Extraído de <https://www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=1345>



embargo, la tendencia actual se inclina cada vez más hacia la "resistencia"⁷. Este fenómeno se manifiesta por la multiplicación de procedimientos de nulidad contra los laudos arbitrales de inversión, así como de los procedimientos de ejecución forzosa contra los bienes de los Estados.

El interés de los comentaristas de casos de arbitraje de inversión rara vez se centra sobre las hipótesis de que los Estados cumplen voluntariamente con las sentencias arbitrales de inversión. Es por eso que las problemáticas jurídicas que enfrentan los Estados al momento de movilizar los montos a menudo muy elevados concedidos por los tribunales arbitrales a favor de los inversionistas dentro de plazos razonables no suelen ser analizados por la doctrina.

Entre la gran cantidad de obstáculos que pueden enfrentar los Estados al momento de aplicar los laudos arbitrales de inversión, la inadecuación de los procedimientos presupuestarios internos para proceder al pago de las obligaciones pecuniarias impuestas por un tribunal arbitral constituye uno de los principales impedimentos (parte 1 infra). Esta dificultad se encuentra hoy atenuada en algunos Estados que han adoptado normas presupuestarias que permiten hacer frente a dichos imprevistos (parte 2 infra).

1. Dificultades relacionadas con los procedimientos presupuestarios tradicionales para el pago de obligaciones pecuniarias internacionales

La aplicación de una obligación pecuniaria puede parecer simple a primera vista: por lo general, en la sentencia se fija el importe y la divisa de la suma que el Estado debe pagar, y a veces incluso el plazo de pago. Solo le resta entonces al Estado tomar las medidas necesarias para efectuar la transferencia de la suma de dinero a la cuenta bancaria del inversionista, en el caso de arbitrajes entre un inversionista y un Estado.

Sin embargo, esta aparente simplicidad esconde una realidad más compleja. En efecto, fuera del principio de buena fe y del plazo razonable, ninguna otra norma internacional parece contemplar la etapa que transcurre después de la sentencia, más allá de aquella que establece que el pago se realizará siguiendo los procedimientos internos del Estado respectivo. Así, independientemente de la fuente de la obligación internacional, el Estado conserva el control del procedimiento presupuestario de pago interno. Sin embargo, el Estado, y más precisamente el poder ejecutivo, estará sujeto a las normas presupuestarias nacionales para proceder al pago de la suma exigida por la sentencia del tribunal arbitral.

En ese sentido, los desafíos se ordenan en dos clases.

En primer lugar, la fecha de la sentencia rara vez coincide con el calendario de voto del presupuesto anual del Estado. En otras palabras, el pago esperado de los daños y perjuicios no suele estar previsto en el presupuesto anual del Estado. Por lo tanto, e incluso cuando el Estado tiene la intención de cumplir la sentencia, el poder ejecutivo no suele tener las autorizaciones necesarias para cumplir con el pago de la suma determinada por el tribunal arbitral al momento de ser notificado.

En segundo lugar, y de conformidad con el principio de la separación de poderes en los Estados democráticos, los gobiernos de los Estados que reciban un laudo en su contra suelen tener la obligación de obtener una autorización parlamentaria antes de poder pagar la deuda dictaminada por un laudo arbitral. Esta técnica conlleva dificultades a la vez prácticas y políticas para los órganos del Estado responsables de la aplicación de las obligaciones pecuniarias. En efecto, no existe garantía alguna de que un parlamento aceptará votar el presupuesto necesario para el pago de una obligación pecuniaria internacional de dicho Estado y menos aún de que lo hará en un plazo razonable. Esta situación puede, entonces, provocar una nueva diferencia entre el inversionista y el Estado receptor por incumplimiento del laudo arbitral.

2. Mecanismos presupuestarios específicos para el pago expeditivo de daños y perjuicios

Con el fin de garantizar la aplicación de los fallos internacionales y los laudos arbitrales en un plazo razonable, algunos Estados han desarrollado, a partir de fines del siglo XX, mecanismos presupuestarios internos que facilitan la aplicación de sus obligaciones pecuniarias

⁷ Van den Berg, A. J. (1989). Recent enforcement problems under the New York and ICSID Convention. *Arbitration International*, 5(1), 2–20; Baldwin, E., Kantor, M., & Nolan, M. (2006). Limits to enforcement of ICSID awards. *Journal of International Arbitration*, 23(1), 1–24.



internacionales.

2.1. Proceso presupuestario basado en la anticipación: los ejemplos de Francia, Perú y España

En caso de que fuera necesario, algunos Estados han introducido procedimientos presupuestarios basados en la previsión y la anticipación para cumplir con el pago voluntario de los daños y perjuicios asignados por un laudo arbitral de inversión dentro de un plazo razonable.

En Francia, en materia de indemnización pecuniaria debida a un litigio internacional puntual, el Ministerio de Relaciones Exteriores era quien garantizaba el pago a partir de una línea de crédito evaluativa contenida en su presupuesto anual. Desde la adopción de la ley relativa a las leyes financieras de 2005, los diferentes órganos del Estado francés han asumido la obligación de establecer un presupuesto estimativo para afrontar las posibles obligaciones pecuniarias del Estado. Esto implica que se incluye en sus presupuestos una partida específica para riesgos y gastos correspondientes al posible acaecimiento de una "salida cierta, o probable, de recursos, sin contrapartida prevista por el Estado"⁸. Así, cada vez que Francia se ve involucrada en una controversia ante un tribunal internacional, el Ministerio de Relaciones Exteriores debe prever en el presupuesto del año siguiente una evaluación del riesgo pecuniario.

En Perú existe un procedimiento similar. Del mismo modo, la ley general sobre el sistema presupuestario nacional⁹ prevé también una reserva presupuestaria ante el Ministerio de Economía y Finanzas para cumplir con obligaciones pecuniarias imprevistas, que por su naturaleza no están incluidas en el presupuesto anual del Estado. De tal forma, el pago de daños y perjuicios asignado por un tribunal arbitral podrá ser efectuado mediante una autorización del Jefe del Estado y del Ministro de Economía y Finanzas. Es así que, a raíz del laudo de CIADI en el caso

Bear Creek Mining Corporation v. Perú,¹⁰ el Jefe de Estado autorizó, con el acuerdo del Ministerio de Economía y Finanzas¹¹, la transferencia de una suma complementaria al Ministerio de Energía y Minas con el objetivo de proceder al pago de los daños y perjuicios asignados a la sociedad Bear Creek Mining Corporation por el tribunal arbitral. El pago se concretó un año después de que el laudo hubiera sido dictado¹².

Las dificultades en la ejecución de un laudo arbitral también pueden surgir debido a la forma federal o al mayor o menor grado de descentralización de un Estado¹³. A los fines de la anticipación, España —un Estado unitario compuesto por 17 comunidades autónomas— prevé asimismo en su ley de estabilidad presupuestaria¹⁴ que las comunidades autónomas, así como las empresas públicas, deben contemplar dentro de sus presupuestos anuales una partida específica que les permita cumplir con las obligaciones financieras imprevistas. España organiza también un procedimiento de examen de las responsabilidades internas entre los órganos estatales cuyos actos fueron declarados ilícitos por un tribunal internacional o europeo. Resulta pertinente señalar que España aplica este principio desde mucho antes de la aprobación de esta ley. En el caso *Maffezini v. España*, el tribunal arbitral atribuyó los actos de la sociedad SODIGA a España. Una vez pronunciado el laudo, España remitió la sentencia a SODIGA, que procedió al pago e imputó el gasto en su presupuesto anual¹⁵.

Queda de manifiesto que el enfoque basado en la previsión presupuestaria puede facilitar la aplicación de la sentencia internacional en un plazo razonable. Sin embargo, este abordaje no está exento de dificultades respecto de la irregularidad del calendario de procedimientos arbitrales y en cuanto a la imprevisibilidad de la evaluación del monto probable de las eventuales indemnizaciones, si

⁸ República Francesa. (2005). *Ley orgánica n.º 2005-779 del 12 de julio de 2005 que modifica la Ley orgánica n.º 2001-692 del 1 de agosto de 2001 relativa a las leyes financieras; Norma contable n.º 12 del Estado*. Extraído de <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000451379&fastPos=1&fastReqId=1951626294&categorieLien=cid&oldAction=rechTexte>

⁹ República del Perú. (2012). *Ley n.º 28411, Ley general del sistema nacional de presupuesto, aprobada por el Decreto supremo n.º 304-2012-E*, Arts. 44 y 45. Extraído de http://transparencia.mtc.gob.pe/idm_docs/normas_legales/1_0_31.pdf

¹⁰ *Bear Creek Mining Corporation v. la República del Perú*, caso CIADI n.º ARB/14/21, sentencia del 30 de noviembre de 2017. Extraído de <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9381.pdf>

¹¹ República del Perú. (2018). *Decreto Supremo n.º 246-2018-EF, 30 de octubre de 2018*. Extraído de <https://www.gob.pe/institucion/mef/normas-legales/213392-246-2018-ef>

¹² Correo. (2019). *Gobierno pagó 32 millones de dólares a Bear Creek por caso Santa Ana*. Extraído de <https://diariocorreo.pe/edicion/puno/gobierno-pago-32-millones-de-dolares-bear-creek-por-caso-santa-ana-862129>

¹³ Ben Mansour, A. (2011). *La mise en œuvre des arrêts et des sentences des juridictions internationales*. París: Larcier, págs. 257-259.

¹⁴ Reino de España. (2013). *Ley orgánica 2/2012 de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera*, Artículo 8 (1); modificada por la ley orgánica 9/2013, del 20 de diciembre de 2013, sobre el control de la deuda comercial en el sector público, Art. 1(13). Extraído de <https://www.boe.es/eli/es/lo/2012/04/27/2/con>

¹⁵ Consello de Contas de Galicia. (2001). *Informe de fiscalización, Ejercicio 2001, XesGalicia, SXECR, S.A. y Sodiga Galicia, SCR, S.A.*, p. 48, párr. 4.14. Disponible en: http://www.consellodecontas.es/sites/consello_de_contas/files/contents/documents/2001/XESGALICIA_2001_C.pdf



la jurisdicción internacional competente determinará la responsabilidad del Estado. Por último, la previsión presupuestaria por sí sola no basta para permitir la ejecución del laudo arbitral en un plazo razonable si las sumas asignadas por un tribunal arbitral alcanzan cifras exorbitantes para los presupuestos anuales limitados de los países en desarrollo. Un tribunal arbitral del CIADI ordenó recientemente a Pakistán pagar una suma de 6 mil millones de dólares estadounidenses en concepto de daños y perjuicios¹⁶, es decir, aproximadamente 1 quincuagésimo de su PIB anual¹⁷.

2.2. Un proceso presupuestario excepcional: los ejemplos de Guatemala y Bolivia

Los Estados pueden también establecer un procedimiento excepcional que autorice al poder ejecutivo a realizar ciertas modificaciones presupuestarias durante el año sin autorización del Parlamento. Precisamente, este marco de excepción permitió a Guatemala y a Bolivia cumplir con sentencias arbitrales de inversión relativas a los casos *Railroad Development Corporation v. Guatemala*¹⁸ y *Guaracachi v. Bolivia*¹⁹, respectivamente.

En el caso de Guatemala, la Constitución²⁰ así como la ley de presupuestos²¹ prevén la posibilidad de un procedimiento presupuestario excepcional que involucra a diferentes órganos de control. Este procedimiento permite al poder ejecutivo aprobar un decreto que autorice a un órgano del Estado o a una empresa pública a modificar su presupuesto anual a fin de proceder al pago de la suma debida en virtud de un laudo arbitral de inversiones que no esté prevista en el presupuesto anual del Estado. Este procedimiento permitió el pago de los daños y perjuicios reconocidos por un tribunal CIADI en el plazo de once meses después del dictamen del último laudo²².

Aunque este ejemplo no sea recomendable por no comprender ningún mecanismo de control, en Bolivia ha bastado con un decreto presidencial, a raíz del laudo arbitral *ad hoc* dictado en el caso *Guaracachi v. Bolivia* para autorizar al Ministro de Hidrocarburos y Energía y al presidente de la Compañía Nacional de Electricidad a firmar un acuerdo con el inversionista sobre el pago de la suma de 31,5 millones de dólares estadounidenses debida por Bolivia — con algunas concesiones por parte del inversionista²³. Así, Bolivia, que se notificó del laudo arbitral el 31 de enero de 2014, cumplió con su obligación pecuniaria apenas seis meses más tarde²⁴. Sin embargo, pocas constituciones del mundo permiten que el poder ejecutivo libere una suma de varios millones de dólares estadounidenses en algunos meses sin autorización parlamentaria o sin un procedimiento presupuestario excepcional preestablecido.

De no ser por estos mecanismos excepcionales, es probable que la aplicación voluntaria de los dos laudos arbitrales hubiera llevado más tiempo. Este plazo podría haber sido percibido por el inversionista como una negativa del Estado a cumplir con la sentencia y conducirlo a iniciar los procedimientos de ejecución forzosa sobre los bienes del Estado. El retraso del Estado en la ejecución del laudo arbitral de inversión podría constituir una nueva fuente de litigios²⁵. Sin embargo, estos procedimientos presupuestarios excepcionales, que escapan al control tradicional del poder legislativo sobre las acciones del poder ejecutivo, deben ser regulados y controlados para limitar el riesgo de abusos y desviaciones.

Autora

Affef Ben Mansour (Dra.) es Abogada del Colegio de Abogados de París. Es autora de una tesis doctoral sobre la aplicación de las sentencias y los laudos de los tribunales internacionales, publicada en francés por ediciones Larcier en 2011 bajo el título "*La mise en œuvre des arrêts et des sentences des juridictions internationales*".

¹⁶ Tethyan Copper Company Pty Limited v. República Islámica de Pakistán, caso CIADI n.º ARB/12/1, sentencia del 12 de julio de 2019. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10737.pdf>

¹⁷ Véanse los datos publicados en el sitio del Banco Mundial: <https://data.worldbank.org/country/pakistan>

¹⁸ Railroad Development Corporation v. República de Guatemala, caso CIADI n.º ARB/07/23, sentencia del 29 de junio de 2012. Extraído de <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1051.pdf>

¹⁹ Guaracachi America, Inc. v. el Estado plurinacional de Bolivia, CNUDMI, caso CPA n.º 2011-17, sentencia del 31 de enero de 2014. Extraído de <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3293.pdf>

²⁰ República de Guatemala. (1993). *Constitución política de la República de Guatemala*, art. 183. Extraído de [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/E36A11EC8CBB4D0105257E6C0070698F/\\$FILE/5_pdfsam_ConstitucionPoliticaDeLaRepublicaDeGuatemala.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/E36A11EC8CBB4D0105257E6C0070698F/$FILE/5_pdfsam_ConstitucionPoliticaDeLaRepublicaDeGuatemala.pdf)

²¹ República de Guatemala. (1997). *Decreto n.º 101-97 del Congreso de la República de Guatemala del 2 de noviembre de 1997 sobre la ley orgánica del presupuesto*, arts. 29 y 49. Extraído de <https://www.contraloria.gob.gt/wp-content/uploads/2018/02/8-LEY-ORGANICA-DEL-PRESUPUESTO-DECRETO-DEL-CONGRESO-101-97.pdf>

²² República de Guatemala, Ministerio de Comunicaciones, Infraestructura y Vivienda. (2013, 14 de noviembre). *Acuerdo gubernativo n.º 436-2013*. Extraído de https://www.minfin.gob.gt/images/downloads/leyes_acuerdos/acuerdogub436_201113.pdf

²³ Estado plurinacional de Bolivia. (2014, 22 de mayo). *Decreto supremo n.º 2006*. Extraído de <https://www.lexivox.org/norms/BO-DS-N2006.xhtml>

²⁴ Carta conjunta del Estado boliviano y el inversionista al tribunal arbitral, 29 de mayo de 2014. Extraído de <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3297.pdf>; véase también el pago de daños y perjuicios asignados por el tribunal CIADI en el caso *Quiborax S.A. y Non-Metallic Minerals S.A. v. el Estado plurinacional de Bolivia (caso CIADI n.º ARB/06/2)*, sentencia del 16 de septiembre de 2015; Estado plurinacional de Bolivia. (2018, 6 de junio). *Decreto Supremo N.º 3582*. Extraído de <https://www.lexivox.org/norms/BO-DS-N3582.xhtml>

²⁵ Véase Achtouk-Spivak, L., y Ben Mansour, A. (2015). Reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales, en Charles Leben (dir.), *L'avenir des traités de protection des investissements*, París: Pedone, págs. 1018-1023.



NOTICIAS EN BREVE

Comisión Europea lanza guía para control de IED en respuesta a pandemia mundial

El 25 de marzo del 2020, la Comisión Europea publicó una guía para los Estados Miembros sobre el control de la IED frente a la pandemia por el COVID-19, enfocándose pero no limitándose a las industrias relacionadas con la salud.

La nueva guía llega un año después del lanzamiento del nuevo marco de la Unión Europea para controlar la IED, el cual está programado a entrar en vigor en octubre del 2020. El marco de 2019 permite a los Estados miembros bloquear o colocar restricciones sobre las transacciones de inversión que, según consideren, sean una amenaza para “infraestructura fundamental, tecnologías esenciales, el abastecimiento de insumos fundamentales tales como energía o materias primas, acceso a información sensible o la capacidad de controlar información o la libertad o pluralismo de los medios de comunicación”, según una ficha temática lanzada el año pasado.

Según la Comisión, la pandemia ha “aumentado el riesgo potencial para industrias estratégicas, en particular pero bajo ningún concepto limitado a las industrias relacionadas con el cuidado de la salud” y urge a los Estados miembros que garanticen que la crisis “no provoque la liquidación de empresas y actores industriales europeos, incluyendo Pymes”, refiriéndose a las pequeñas y medianas empresas. La guía también identifica el peligro potencial de una “compra predatoria” de activos estratégicos “en miras a limitar el abastecimiento al mercado de la UE”.

La guía destaca que la responsabilidad recae sobre los Estados miembros para que hagan total uso de sus actuales mecanismos de control de la IED a fin de “tomar debida cuenta de los riesgos a la infraestructura sanitaria esencial, el abastecimiento de insumos fundamentales y a otros sectores esenciales, tal como lo prevé el marco jurídico de la UE”. Catorce Estados miembros actualmente han establecido mecanismos de control de la IED. La guía además urge a los 13 Estados miembros que todavía no han establecido mecanismos de control de IED a hacerlo, y mientras tanto a utilizar otras opciones de políticas disponibles en aquellos casos donde la adquisición extranjera de una empresa o activo crearía un riesgo para la infraestructura sanitaria esencial.

La guía establece que mientras que las inversiones de cartera tienen menos probabilidad de presentar un riesgo a la seguridad, también pueden estar sometidas al control si esto se realiza de conformidad con las disposiciones del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) sobre el libre movimiento de capital, las cuales permiten restricciones destinadas a abordar inquietudes de seguridad y políticas públicas, incluyendo la salud pública.

La guía concluye destacando que las restricciones sobre el movimiento de capital de terceros países pueden estar sujetas a mayores justificaciones.

Director General de la Organización Mundial del Comercio Renuncia Inesperadamente

El director general de la OMC, Roberto Azevêdo, anunció el 14 de mayo del 2020 que se retirará un año antes de terminar su mandato y dejará sus funciones a partir del 31 de agosto. Azevêdo ocupó el cargo desde el 1 de septiembre de 2013, y su segundo mandato comenzó en 2017.

Durante este tiempo, Azevêdo ha visto a la organización vivir momentos emblemáticos, incluyendo la adopción y entrada en vigor del Acuerdo sobre Facilitación del Comercio de la OMC, el cual constituye el primer acuerdo de comercio mundial desde la conclusión de la Ronda de Uruguay, así como la expansión del Acuerdo sobre Tecnología de la Información entre algunos de sus Miembros.

Más recientemente, la OMC también ha superado obstáculos importantes, incluyendo las muy reñidas conferencias ministeriales de Nairobi y Buenos Aires en 2015 y en 2017, respectivamente, y retos políticos para la incumbencia y el funcionamiento de la institución. Quizás una de las dificultades más notables sea la negación de los Estados Unidos a aprobar el comienzo del proceso de selección de nuevos miembros para el



Órgano de Apelación de la OMC o la renovación de los términos de miembros existentes.

El Órgano de Apelación, por consiguiente, no ha tenido quorum para atender las apelaciones de los Miembros de los informes de los grupos especiales, y efectivamente se ha visto paralizado, generando mayor preocupación por la salud del sistema de comercio multilateral sin un mecanismo de solución de diferencias plenamente operativo. Desde entonces, varios Miembros han lanzado un “acuerdo de arbitraje de apelación interina multipartita” que permitiría el arbitraje entre los mismos en casos que han llegado a la fase de apelación hasta que se solucione la crisis en torno al Órgano de Apelación.

En su [anuncio](#) de despedida, el cual fue un shock para los círculos comerciales, Azevêdo se enfocó en el futuro de la organización, incluyendo la importancia de los preparativos para la Doceava Conferencia Ministerial, a la cual se refirió como “un paso hacia el futuro de la OMC” que debería establecer las bases para su reforma. De hecho, Azevêdo describió su decisión de renunciar en parte debido a una preocupación de que las connotaciones políticas del proceso de reemplazo no interfieran con los preparativos de la próxima Conferencia, la cual anteriormente estaba programada para junio del 2020 y ahora se reprogramó provisionalmente para el 2021.

Además, destacó que, dado que la pandemia ha ralentizado considerablemente las actividades de la organización, esto ofrece la oportunidad de poner en marcha el proceso de selección de su sucesor.

Los Miembros ahora deberán nominar a los posibles sucesores, para que luego los candidatos expongan su visión al Consejo General y se desarrolle un intenso período de consultas para decantar la lista de candidatos hasta llegar a un consenso. Habitualmente, este proceso tiene lugar nueve meses antes del término del mandato actual, con la confirmación de la decisión por parte del Consejo General de la OMC. Los posibles sucesores para el cargo, [según se ha informado](#), incluyen a Amina Mohamed, ex ministro de comercio de Kenia, quien ya ha competido con Azevêdo y otros siete candidatos en 2013 y Peter Mandelson, quien ha presidido la Décima Conferencia Ministerial de la OMC en Nairobi, ciudadano del Reino Unido que anteriormente fue comisario de comercio de la UE.

Aranca González, Ministra de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación de España, también se considera como sucesora probable, dada su experiencia anterior como directora ejecutiva del Centro de Comercio Internacional (ITC, por sus siglas en inglés)

y antes como jefe del Gabinete de la OMC bajo el mandato de Pascal Lamy.

Al 10 de junio, las nominaciones registradas incluían Abdel-Hamid Mamdouh de Egipto, Jesús Seade Kuri de México y Ngozi Okonjo-Iweala de Nigeria. Varias otras nominaciones se esperan antes de que el período de nominación se cierre el 8 de julio.

El proceso para elegir a un sucesor puede resultar complicado, considerando las actuales restricciones debido al coronavirus en Suiza. Los Miembros de la OMC han mantenido reuniones virtuales durante la pandemia, dadas las actuales reglas que prohíben las reuniones de más de cinco personas, y varios Miembros han expresado su incomodidad para tomar decisiones vinculantes a través de plataformas virtuales. Estas restricciones se relajaron al comienzo de junio, aunque aún no está claro si los cambios serán suficientes para que la OMC retome sus todas operaciones con normalidad.

UE Lanza Propuesta de Modernización del TCE

La UE [lanz](#)ó una propuesta para la modernización del TCE el 27 de mayo del 2020. Este último borrador de la propuesta de la UE incluye cambios a la definición de inversión del tratado, una confirmación del derecho de las partes a regular, una definición más estrecha de TJE y una referencia a un tribunal multilateral de inversiones. La propuesta también sugiere varios otros artículos sobre desarrollo sostenible, demandas infundadas, garantía de cobro de las costas, intervención de terceras partes, financiación por terceros y valuación de daños.

La propuesta es el producto de varias rondas de conversaciones con los Estados miembros de la UE luego de que el Consejo Europeo [aprobara](#) las directrices de negociación para la participación de la UE en las negociaciones para modernizar el TCE en septiembre de 2019. En la Conferencia sobre la Carta de la Energía se acordó una [lista de temas](#) a ser incluidos en el proceso de modernización en noviembre de 2018.

Una copia del [borrador revisado de la propuesta](#), del 17 de abril del 2020, fue lanzada por Euractiv.com e incluye una nota explicativa, describiendo los avances desde la circulación del [borrador anterior](#) publicado en marzo.



Esta noticia hace referencia tanto a la última versión como a la nota explicativa del borrador.

Definiciones actualizadas de inversión e inversor

Los Artículos 1.6 y 1.7 del TCE brindan definiciones de inversor e inversión, respectivamente. A la lista de bienes del TCE “controlados directa o indirectamente” por un inversor, la propuesta de la UE agrega los siguientes criterios: una inversión debe tener una “determinada duración” y poseer “otras características, tales como el compromiso de capital o de otros recursos, la expectativa de ganancia o utilidad y la asunción de riesgo”. La nota explicativa aclara que “una determinada duración” es una característica obligatoria, una modificación al borrador de marzo. Asimismo, el borrador aclara que “un simple préstamo o contribución financiera” no califica como inversión.

El término “Inversión” en la propuesta se refiere a todas las inversiones realizadas de conformidad con “las leyes aplicables y la legislación de la Parte Contratante anfitriona”.

Los inversores deben “conducir actividades comerciales sustanciales en el territorio de la Parte Contratante”. Probablemente la definición está destinada a abordar el uso de empresas fantasma o “*letterbox*” para entablar demandas bajo el TCE, frecuentemente el caso de demandantes holandeses en las controversias del TCE.

Propuesta destaca inquietudes ambientales

La propuesta de la UE incluye un nuevo artículo confirmando explícitamente el derecho a regular de las Partes Contratantes a fin de alcanzar “objetivos legítimos de políticas, tales como la protección del medio ambiente, incluyendo la lucha contra el cambio climático”, entre otros.

Otros artículos actualmente propuestos recuerdan explícitamente los compromisos no vinculantes de los Estados internacionales a proteger el medio ambiente, tales como la Declaración de Río de 1992 y los ODSs de la ONU y reafirma el derecho de las partes “a adoptar o mantener medidas para alcanzar los objetivos” de los acuerdos en materia ambiental de los cuales son parte.

Definición más estrecha de TJE

El Artículo 10.1 del TCE –sobre la promoción, protección y trato de las inversiones– incluye una referencia al TJE, pero no contiene una definición. La propuesta de la UE detalla una serie de medidas que constituirían una violación de TJE, incluyendo:

- (a) denegación de justicia en procedimientos judiciales internos; o
- (b) violación fundamental del debido proceso; o
- (c) arbitrariedad manifiesta; o
- (d) discriminación por razones ilícitas, tales como género, raza o creencia religiosa; o
- e) trato abusivo a los inversores, tales como acoso, coerción y presión.

Esta sección de la propuesta además destaca que las “expectativas legítimas” de un inversor pueden ser consideradas por un tribunal cuando determine una posible violación de TJE.

Propuesta de disposiciones sobre solución de controversias incluye referencias a tribunal multilateral de inversiones y demandas infundadas

El Artículo 26 del TCE dispone la solución de controversias entre inversionistas y Estados bajo las reglas del CIADI, CIADI (Mecanismo Complementario), CNUDMI o de la Cámara de Comercio de Estocolmo. Pese a estar ausente en la versión de la propuesta circulada en marzo, la nueva versión incluye la posibilidad de someter las controversias al “reglamento de un tribunal multilateral de inversiones”. La nueva propuesta también destaca que las revisiones propuestas no tendrán ningún impacto en la meta de la UE de establecer un Sistema Judicial de Inversiones.

También sugiere incluir un nuevo artículo sobre procedimientos para facilitar la desestimación de demandas infundadas.

Otras novedades

La propuesta incluye referencias a varios otros temas que no aparecen en la actual versión del TCE.

El borrador incluye un artículo sobre terceras partes, que permitiría la intervención de “cualquier persona física o jurídica que pueda demostrar un interés directo y presente en el resultado de la controversia”.

Según la propuesta de la UE, las partes de una controversia deberán divulgar las relaciones en materia de **financiación por terceros**.

También incluye un nuevo artículo que permite al tribunal ordenar a un demandante que ofrezca garantías sobre el cobro del total o parte de las costas del procedimiento “si existen razones justificadas para



pensar que hay riesgo de que el inversor no sea capaz o no esté dispuesto honrar una posible decisión sobre costos emitida en su contra”.

Asimismo, la propuesta contiene un artículo que aborda la valuación de daños que establece que “los daños monetarios no deberán ser mayores a las pérdidas sufridas por el inversor” y que el tribunal “no deberá otorgar daños punitivos”.

Finalmente, la propuesta incluye un Anexo que contiene varias restricciones sobre la presentación de demandas de inversión relativas a la restructuración de la deuda pública. La nota explicativa adjunta al borrador de abril estipula que esto fue incluido a la raíz de la pandemia por el COVID-19.

Estados Miembros de la UE Firman Acuerdo para Terminar TBI Intra-EU Mientras que Inversores Alemanes Entablan Demanda contra los Países Bajos bajo TCE

El 5 de mayo del 2020, 23 Estados miembros de la Unión Europea* acordaron formalmente la terminación de los TBI intra-EU.

El Acuerdo para la terminación de tratados bilaterales de inversión entre miembros de la Unión Europea no es sorpresivo; la decisión de terminar los TBI intra-EU fue acordada en octubre de 2019, tras declaraciones emitidas en enero de ese año en torno a las implicancias jurídicas del fallo del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en el caso *Achmea vs. Eslovaquia*.

Tal como [recordarán los lectores](#), el TJUE dictaminó que el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) impide la capacidad de los inversores de un Estado miembro de la UE a iniciar un procedimiento de arbitraje relativo a una inversión internacional contra otro Estado miembro.

El Acuerdo recientemente firmado termina todos los TBI celebrados entre las partes (listados en el Anexo del Acuerdo), y extingue las cláusulas de caducidad de los tratados, que normalmente extienden la protección del tratado a inversiones ya establecidas por un período especificado después de la terminación del TBI en

cuestión. El Acuerdo entrará en vigor 30 días después de que la Secretaría General del Consejo de la UE reciba el “segundo instrumento de ratificación, aprobación o aceptación” de los Estados miembros (Artículo 16).

Si bien el Acuerdo no afecta los procedimientos de arbitraje concluidos que resultaron en una solución o laudo antes del 6 de marzo de 2018, sí posee un impacto en los procedimientos de arbitraje que define como “nuevos” (iniciados después del 6 de marzo de 2018) y “pendientes” (iniciados, pero no concluidos, antes esa fecha).

Sobre los primeros, el Artículo 5 del Acuerdo establece simplemente que las “Cláusulas de Arbitraje no servirán como base jurídica para las Nuevos Procedimientos de Arbitraje”.

Con respecto a los últimos, los Artículos 7-9 del Acuerdo establecen una serie de pasos a seguir por las Partes. Primero, el Artículo 7 requiere que todo tribunal arbitral que esté atendiendo un caso “pendiente” se informe sobre las implicancias de *Achmea*, mientras que se solicitará a todo tribunal competente de un Estado miembro que actualmente se encuentra atendiendo un procedimiento relacionado con una demanda “pendiente” que desestime, anule o se abstenga de reconocer o ejecutar el laudo pertinente.

Asimismo, el Acuerdo describe una vía hacia la solución de las demandas “pendientes” por medio de un “diálogo estructurado” (Artículo 9), conducido por un “facilitador imparcial” – un experto en derecho de la UE que será designado por autoridades de la UE si las partes no llegan a un acuerdo sobre dicho nombramiento. Este procedimiento de solución debe ser iniciado dentro de los seis meses de la terminación del TBI, y únicamente puede ser convenido si el TJUE o un tribunal nacional ha concluido que la medida estatal impugnada en el procedimiento original infringió el derecho de la UE.

Especialmente, el Acuerdo no aborda el Tratado sobre la Carta de la Energía (TCE), del cual 26 de los Estados miembros de la UE, así como la UE en sí misma, son signatarios. Mientras que [otras negociaciones](#) en torno a la modernización del TCE se encuentran actualmente en curso, nuevas demandas siguen siendo presentadas contra Estados miembros de la UE que han firmado el TCE. Más recientemente, entidades de propiedad de la empresa de energía alemana, Uniper, [han notificado](#) a los Países Bajos sobre la existencia de una controversia en virtud del TCE. Pese a que los detalles públicos del caso son escasos, esta demanda probablemente esté relacionada con el plan de los Países Bajos de eliminar



las centrales eléctricas a carbón para el 2030, tal como la UE ha comprometido hacer bajo la contribución determinada al nivel nacional (NDC, por sus siglas en inglés) sometida bajo el Acuerdo de París.

Observadores con frecuencia **han destacado** que el TCE tiene el potencial de obstaculizar los esfuerzos para combatir el cambio climático.

* Alemania, Bélgica, Bulgaria, Croacia, República de Chipre, República Checa, Dinamarca, Estonia, Francia, Grecia, Hungría, Italia, Latvia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Polonia, Portugal, Rumania, Eslovaquia, Eslovenia y España.

¹ Italia es el único miembro de la UE que no está suscrito al TCE, ha anunciado la decisión de retirarse del acuerdo en diciembre de 2014.

T-MEC Entrará en Vigencia el 1 de Julio Después de la Apresurada Ratificación de Canadá

El 24 de abril del 2020, el USTR Robert Lighthizer **anunció** que el T-MEC entrará en vigencia el 1 de julio de este año, **un mes después** de que lo previsto.

El acuerdo, el cual reemplaza al TLCAN, fue ratificado en México en junio de 2019. Después de los cambios introducidos al texto para atender las **inquietudes** planteadas por los Demócratas del congreso de EEUU en relación con la poca rigurosidad de las disposiciones laborales y ambientales, la Cámara de Representantes de los Estados Unidos aprobó el acuerdo el 19 de diciembre de 2019.

Luego del voto parlamentario demorado debido a las elecciones de 2019 en Canadá, el acuerdo fue sometido a debate en el Parlamento canadiense en enero del 2020. Si bien el acuerdo enfrentó la oposición del partido Conservador, con el apoyo del partido de izquierda NDP, los Liberales en oficio lograron **acelerar la votación** del acuerdo ante el Parlamento antes de que las sesiones fueran suspendidas por el COVID-19 el 13 de marzo del 2020.

Sin embargo, en función de la pandemia mundial, algunos **Senadores de EEUU**, asociaciones de fabricantes de automóviles y **funcionarios mexicanos** han solicitado

el aplazamiento de la implementación del acuerdo hasta enero del 2021, citando que se necesita tiempo para actualizar las cadenas de abastecimiento para cumplir con los nuevos requisitos sobre reglas de origen del nuevo acuerdo. Bajo el T-MEC, el **75 por ciento de contenido automotriz** debe ser producido en América del Norte. No obstante, la pandemia ha llevado al cierre de muchas fábricas automotrices en todo el continente, lo cual puede generar dificultades para que los fabricantes puedan cumplir con los requisitos iniciales del acuerdo.

Hasta la fecha, no se ha acordado dicho aplazamiento.

Pandemia por COVID-19 Retrasa Fecha de Entrada en Vigor del AfCFTA

La entrada en vigor del Área de Libre Comercio Continental de África (AfCFTA, por sus siglas en inglés) se ha visto retrasada por la pandemia a raíz del COVID-19, según Wamkele Mene, **Secretario General de la Secretaría del AfCFTA**. La primera “fase” del acuerdo ahora se hará efectiva en **enero de 2021**, como muy pronto.

La Fase I del AfCFTA, la cual cubre el comercio de bienes y servicios, estaba programada para comenzar el 1 de julio de 2020, luego de la **ratificación** del acuerdo en junio de 2019. Posteriormente, se dirigió la atención a la negociación de la Fase II del acuerdo que trata los protocolos de inversión, competencia y derechos de propiedad intelectual. Estas negociaciones deberían ser completadas para enero del 2021, y luego se pasará a la Fase III sobre comercio electrónico, según **anunció** la UA en febrero del 2020.

Además, los detalles de la Fase I en materia de comercio de bienes, servicios y reglas de origen deberían haber sido acordados en una cumbre extraordinaria de la UA, la cual iba a ser realizada en Sudáfrica el 30 de mayo de 2020. Entre los principales puntos pendientes de la Fase I se incluyen las listas finales relativas a los bienes y servicios. La cumbre fue cancelada, y pese a que se ha intentado mantener reuniones virtuales, **según lo informado**, las mismas se vieron frustradas por problemas de conectividad.

Más allá del retraso de la entrada en vigor del AfCFTA, **se predice** que la pandemia por el COVID-19 reducirá el



crecimiento previsto del PBI como resultado de la caída en la demanda de combustible, una baja en el precio de las materias primas, la caída abrupta del turismo y del flujo de remesas.

No obstante, según Stephen Karingi de la Comisión Económica para África de las Naciones Unidas, la pandemia representa una oportunidad para reflexionar sobre la manera en que el AfCFTA puede atender cuestiones clave que sin duda van a continuar siendo un reto para los países africanos en el próximo siglo, incluyendo las pandemias y el cambio climático. También se ha planteado inquietudes por el nivel de capacidad necesario para implementar la Fase I de manera efectiva, aunque aún está por verse si este retraso ayudará a brindar tiempo suficiente para abordar dichas cuestiones.

de las inversiones, los cuales fueron lanzados en diciembre de 2017, las conversaciones en sí mismas se han ralentizado como resultado de la pandemia por el COVID-19. Los Miembros de la OMC que participan en esta iniciativa procuraron lanzar las negociaciones anteriormente en marzo y anunciar un “resultado concreto” en la Doceava Conferencia Ministerial, la cual hasta hace poco estaba planeada a realizarse en junio del 2020 en Kazakstán.

El evento de junio ha sido pospuesto hasta, por lo menos, mediados de 2021. Mientras tanto, los Miembros de la OMC tanto de las vías multilaterales de negociación como de las “iniciativas conjuntas” sobre facilitación de las inversiones, comercio electrónico y micro, pequeñas y medianas empresas (MiPyMES), en diferentes grados, han seguido reuniéndose de manera virtual. Sin embargo, algunos Miembros de la OMC se han mostrado reticentes a acordar decisiones vinculantes o a negociar avances por medios virtuales.

Conversaciones sobre Facilitación de las Inversiones: Miembros de Grupo de la OMC Consideran Nuevo Texto Consolidado

Los 101 Miembros de la OMC que están debatiendo la propuesta de un marco multilateral para la facilitación de las inversiones están considerando un nuevo “texto consolidado”, el cual será el trampolín para las negociaciones formales una vez que sean iniciadas.

El texto consolidado informal, elaborado por el coordinador del grupo bajo su propia responsabilidad, fue circulado en abril del 2020. Basado en el texto simplificado circulado en enero pasado, el texto actualizado incorpora las propuestas textuales y sugerencias de algunos miembros de la OMC, incluyendo múltiples alternativas de lenguaje para varias disposiciones. Entre las muchas áreas sometidas a mayor debate se incluye la forma de abordar propuestas sobre la entrada temporaria de personas de inversión, o diferentes definiciones de inversión a ser consideradas y lo que esto implica para el ámbito de aplicación del marco. Tampoco están claras algunas cuestiones institucionales, tales como la manera en que estas propuestas podrían eventualmente incorporarse al marco de la OMC.

Si bien el texto consolidado refleja otro hito importante en los “debates estructurados” sobre la facilitación



LAUDOS Y DECISIONES

Tribunal del CIADI no admite jurisdicción *ratione voluntatis* sobre demandas presentadas contra Irak bajo Acuerdo de Inversiones de la OIC

Itisaluna Irak LLC y otros vs. República de Irak, Caso del CIADI No. ARB/17/10

Maria Bisila Torao

El 3 de abril del 2020, un tribunal del CIADI rechazó su jurisdicción sobre una demanda entablada en virtud del Acuerdo de Promoción, Protección y Garantía de las Inversiones entre los Estados Miembros de la Organización de la Conferencia Islámica (OIC, por sus siglas en inglés). La mayoría del tribunal concluyó que los inversores no cumplieron con el requisito de conciliación previa a la presentación de la demanda, y que el consentimiento de Irak al arbitraje en el CIADI bajo la cláusula de NMF del Acuerdo de la OIC no pudo establecerse.

Antecedentes y demandas

Munir Sukhtian Investment LLC (MSI), una empresa constituida en Jordania, celebró un Acuerdo de Licencia Nacional con la Comisión nacional de Comunicaciones y Medios de Comunicación de Irak en junio de 2016. MSI pagó USD 20 millones para adquirir la Licencia e invirtió cientos de millones para implementar los términos del Acuerdo de Licencia.

MSI fue otorgada derechos bajo dicho Acuerdo para instalar, construir, operar, manejar y proporcionar una red pública de telecomunicaciones en el país. MSI también estaba facultada para establecer y operar servicios de puertas de enlace internacionales necesarios para el tráfico de telecomunicaciones. Según MSI, la Secretaría General del Consejo de Ministros nunca permitió que MSI condujera su propia puerta de enlace internacional tal como lo dispone el Acuerdo de Licencia, pese a reiteradas peticiones a varios órganos del Estado iraquí.

En marzo de 2017, MSI, Itisaluna Irak LLC (constituida en Jordania) y VTEL Holdings Ltd. y VTEL Middle East and Africa Limited (ambas establecidas bajo las leyes de Dubai), (colectivamente, “los inversores”), presentaron un arbitraje ante el CIADI. Los inversores reclamaron violaciones del Acuerdo de Inversiones de la OIC y del

TBI entre Japón e Irak. Específicamente, los inversores alegaron la violación del Artículo 3 del TBI entre Japón e Irak (obligaciones de trato nacional) y los Artículos 2, 4, 10 y 14 del Acuerdo de Inversiones de la OIC (seguridad y promoción de las inversiones, expropiación y TJE).

En abril de 2017, el caso fue registrado en el CIADI. En octubre de ese año, Irak planteó una objeción *ratione voluntatis* y *ratione temporis* a la jurisdicción del tribunal, argumentando que no había fundamento para determinar que Irak, de hecho, brindó consentimiento al arbitraje en el CIADI.

El 27 de octubre de 2017, las partes acordaron que las objeciones de Irak a la jurisdicción *ratione voluntatis* y cualquier otra objeción preliminar debían ser consideradas en otra fase preliminar. El 29 de junio de 2018, el tribunal anunció que el procedimiento sería bifurcado.

Interpretación y aplicación del Acuerdo de la OIC

Uno de los primeros asuntos abordados por el tribunal fue la falta de precedentes presentados por las partes que brindaran alguna orientación con respecto a la interpretación y aplicación del Acuerdo de la OIC o su interacción con los tratados bilaterales de inversión a través de la invocación de la cláusula de NMF; según las palabras del tribunal, “el caso [no] cabía en el molde de la jurisprudencia general de los tratados de inversión” (párrafo 65).

Naturaleza y carácter multilateral del Acuerdo de la OIC deben ser respetados

El tribunal subrayó que contrariamente a lo argumentado por los inversores, los términos del Acuerdo de la OIC no podrían interpretarse de manera que se “amplíe la jurisdicción” bajo su disposición de solución de controversias, haciendo referencia a un TBI entre una parte contratante (Irak) y una parte no-contratante (Japón). Además explicó que interpretar la aplicación del Acuerdo de la OIC, el cual es un tratado multilateral, debe hacerse con suma cautela para respetar el significado simple y llano del tratado a la luz de la práctica de todas las partes contratantes y no solamente de la práctica de tratados bilaterales de una parte del Acuerdo.

Por lo tanto, el tribunal concluyó que en el presente caso, la interpretación del Acuerdo de la OIC debía revestir el mismo significado para todas las partes contratantes. Consecuentemente, “su significado no puede ser determinado por la práctica de tratados ajena al caso solamente de una Parte Contratante [es decir, Irak]” (párrafo 153).



El tribunal declaró que a los fines de interpretar la aplicación de un acuerdo multilateral, la práctica de tratados bilaterales de una parte, es decir, de Irak, no puede ser utilizada como fundamento. El tribunal explicó que “el Acuerdo de la OIC, interpretado en el presente caso, debe contener el mismo significado para todas sus Partes Contratantes, y por ende, su significado no puede determinarse por la práctica de tratados ajena al caso solamente de una Parte Contratante” (párrafo 153).

La relación entre el Artículo 16 y el Artículo 17 del Acuerdo de la OIC: la OIC contempla el arbitraje internacionalizado entre inversionistas y Estados

La postura de las partes sobre si Irak había consentido al arbitraje de inversión internacional dependía de las interpretaciones de los Artículos 16 y 17 del Acuerdo de la OIC, los cuales hacen referencia al arbitraje interno y a la solución diplomática de controversias, respectivamente. Las demandantes argumentaron que los artículos 16 y 17 del Acuerdo de la OIC deben ser interpretados juntos, porque al ser interpretado de esta manera, el Artículo 16 confirma que el Acuerdo de la OIC contempla la ISDS, la cual cubre el arbitraje internacional. Irak, por el contrario, argumentó que los Artículos 16 y 17 abordan dos asuntos diferentes. Sin embargo, el tribunal concluyó que a los fines de su aplicación y considerando las reglas generales de interpretación de tratados, el Artículo 16 no puede estar desconectado del Artículo 17 ni “ser interpretado aisladamente” (párrafo 160). El tribunal agregó que, el “Artículo 16 contempla la [ISDS]” en referencia al objeto y propósito del tratado y el intento de las partes de proporcionar y desarrollar un clima favorable para las inversiones”. Asimismo, explicó que el lenguaje utilizado en el Artículo 16 del Acuerdo respalda el argumento de que “el Acuerdo de la OIC contemplaba la posibilidad del arbitraje internacionalizado entre inversionistas y Estados”.

La interpretación del Artículo 17 del Acuerdo de la OIC: Un mecanismo personalizado de solución de controversias fue previsto por las partes contratantes del Acuerdo de la OIC pero no fue establecido

El tribunal observó que el Artículo 17 claramente intenta incluir un mecanismo personalizado de solución de controversias surgidas bajo el Acuerdo, pero concluyó, coincidiendo con el tribunal *Al-Warraq*, que no hay fundamento para resolver que la Corte Islámica de Justicia Internacional, establecida por la Carta de la OIC, es el órgano adecuado conforme al Artículo 17. Agregó que “ningún órgano de solución de controversias del Acuerdo de la OIC actualmente

es operativo y está disponible para resolver demandas entre inversionistas y Estados” (párrafo 171). Partiendo de esta conclusión, el tribunal se refirió al tema de si el intento de conciliación era una precondition para el acceso a arbitraje y si los inversores, de hecho, habían cumplido con este requisito.

Acuerdo de la OIC contiene consentimiento del inversor a la ISDS pero sujeto a una conciliación previa a la presentación de la demanda

Los inversores alegaron que la conciliación era opcional y no obligatoria. Al contrario, Irak argumentó que, conforme al Artículo 17(2), la conciliación previa a la presentación de la demanda era una precondition obligatoria. Después de revisar las traducciones certificadas del Artículo 17(2) de ambas partes, la mayoría del tribunal concluyó que en ambas interpretaciones “el uso del condicional “si... entonces” parecía apoyar la conclusión de que recurrir a la conciliación es una condición que precede al arbitraje” y no una opción (párrafo 177).

El tribunal entonces procedió a determinar si el Artículo 17 del Acuerdo de la OIC constituía un consentimiento a arbitraje en términos generales. A este respecto, concluyó que el hecho de que el Artículo 17 establezca el consentimiento a arbitraje en términos generales precisamente se debe a que este consentimiento no contiene el consentimiento al arbitraje en el CIADI.

La interpretación y aplicación del Artículo 8 del Acuerdo de la OIC: la cláusula de NMF puede operar, pero no en este caso en particular, debido a políticas públicas

Los inversores argumentaron que el consentimiento de Irak al arbitraje en el CIADI contenido en el Artículo 17(4)(a) del TBI entre Irak y Japón podría ser importado en virtud del Artículo 8 del Acuerdo de la OIC. La mayoría del tribunal rechazó este argumento, destacando que el Artículo 8(2) del Acuerdo de la OIC estipula limitaciones expresas sobre la aplicación de la cláusula de NMF. Por ejemplo, esta cláusula no se aplica al trato diferencial conferido a los inversores de una parte contratante del Acuerdo de la OIC por otra parte contratante. El tribunal además aclaró que los inversores podrían invocar el TBI entre Irak y Jordania. Aun así, los inversores en cambio eligieron colectivamente basarse en el TBI entre Irak y Japón, quedando afuera del marco del Artículo 8 y de la excepción contemplada en dicho Artículo del Acuerdo de la OIC. El tribunal, por ende, declaró que los inversores “estaban escogiendo elementos del TBI entre Irak y Japón” mientras pretendían basarse en la



disposición de consentimiento a arbitraje en el CIADI, pero intentando evadir el límite de tiempo dispuesto en el Artículo 17(6) del TBI (párrafo 193).

El tribunal aclaró que estos argumentos, pese a no ser presentados por las partes, eran relevantes ya que “arrojaban luz sobre la intención, efecto y limitaciones de la cláusula de NMF, y su marco de políticas públicas, sobre la cual pretendían basarse los inversores” (párrafo 207). Asimismo, agregó que aceptar la invocación del TBI entre Irak y Japón por los inversores colocaría a las demandantes en una mejor posición que la de los inversores japoneses que invierten en Irak bajo este TBI.

Consecuentemente, el tribunal consideró que, dado este caso, debe encontrarse un equilibrio entre preservar los principios del derecho de tratados de inversión e impedir extralimitaciones y *treaty shopping*. Haciendo referencia al caso *Maffezini vs España*, remarcó que la aplicación de las cláusulas de NMF no debería ignorar consideraciones de políticas públicas, ya que las partes contratantes podrían haber previsto requisitos específicos como condiciones esenciales para aceptar el Acuerdo. Ejemplos de consideraciones particulares son: el agotamiento de recursos locales, bifurcación, un foro de arbitraje en particular o un sistema altamente institucionalizado. Este tipo de condiciones específicas parecen reflejar la voluntad de partes soberanas y, por lo tanto, deben ser respetadas. De esta manera, el tribunal agregó que el Acuerdo de la OIC, por ende, establece un marco claramente definido, incluyendo un foro de arbitraje con características personalizadas que intencionalmente omite el arbitraje en el CIADI. Haciéndose eco del caso *Maffezini*, el tribunal, concluyó que esta elección fue realizada, “en base a consideraciones de políticas públicas” (párrafo 218).

Costos

El tribunal ordenó a los inversores que reembolsaran a Irak las costas legales y gastos incurridos por la suma de USD 724.662,94, y las costas legales del arbitraje por la suma de USD 172.720,47.

El tribunal además dictaminó que no debe gravarse ningún interés sobre el pago de la suma total de USD 897.383,41. Esto aplicará por un plazo de tres meses desde la fecha del laudo. No obstante, el tribunal impuso una tasa de interés prorrateado del 1,00 por ciento anual sobre toda suma impaga después de los tres meses desde la fecha del laudo hasta la fecha de pago.

Opinión disidente de Wolfgang Peter:

En una disidencia parcial, incluida como una sección del laudo final, Peter explicó que el tribunal poseía jurisdicción sobre este caso porque el Artículo 17 dispone la conciliación y el arbitraje como formas diferentes de solución de controversias, que pueden ser utilizados ya sea secuencialmente o alternativamente, y por lo tanto, la falta de conciliación antes de la demanda no impide el acceso a arbitraje. Citando al tribunal de *Al-Warraq* agregó que “que no exista un acuerdo de conciliación no obstaculiza el arbitraje entre inversionista y Estado” (párrafo 234).

También destacó que la limitación del Artículo 8 del Acuerdo de la OIC no aplica a los inversores porque se basaron en el TBI entre Irak y Japón, y Japón no es una parte contratante dicho Acuerdo. Asimismo observó que dar curso a la cláusula de NMF contenida en el Artículo 8 del Acuerdo de la OIC concuerda con una interpretación y aplicación activa y directa de esta cláusula. Peter concluyó que debe aceptarse el argumento de los inversores de que el consentimiento de Irak al CIADI está presente en el Artículo 17(4) del TBI y que puede ser importado al Acuerdo de la OIC en virtud de la cláusula de NMF porque, en última instancia, “la cláusula de NMF es invocada para sustituir un procedimiento defectuoso por uno eficaz y una autoridad nominadora disfuncional por una efectiva” (párrafo 242).

Notas: El tribunal estuvo compuesto por Daniel Bethlehem (presidente designado por acuerdo de las partes, nacional británico), Wolfgang Peter (designado por las demandantes, nacional suizo), Brigitte Stern (designada por la demandada, nacional francesa). El laudo del 3 de abril del 2020 está disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw11410.pdf>

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



Tribunal del CIADI rechaza objeción jurisdiccional intra-UE y admite jurisdicción sobre demanda colectiva

Theodoros Adamakopoulos y otros vs. República de Chipre, Caso del CIADI No. ARB/15/49

Marios Tokas

El 7 de febrero del 2020, la mayoría de un tribunal del CIADI admitió su jurisdicción para atender una serie de demandas colectivas entabladas contra Chipre por 951 personas físicas y siete empresas (las demandantes) en virtud del TBI entre Chipre y Grecia (1992) y del TBI entre Chipre y el Unión Económica Belgo-Luxemburguesa (UEBL) (1991). El árbitro designado por Chipre para el tribunal emitió una opinión disidente, admitiendo una objeción jurisdiccional relacionada con el carácter intra-UE del caso.

Antecedentes y demandas

Las demandantes, nacionales griegos y una empresa luxemburguesa, tenían bonos y depósitos en el Banco de Chipre y el Banco Laiki. Como consecuencia de la crisis financiera chipriota en 2012-2013, ambos bancos fueron “rescatados” después de que Chipre llegara a un acuerdo con la Comisión Europea, el Banco Central Europeo y el Fondo Monetario Internacional (“TROIKA”) sobre un memorando de entendimiento (“MoU”) para la adopción de un plan de ajuste. El MoU llevó a la fusión del Banco Laiki y el Banco de Chipre y a la conversión de los bonos del Banco de Chipre en acciones bancarias y un recorte en los depósitos de más de 100.000 USD en ambos bancos.

Las demandantes iniciaron el arbitraje en 2015 en virtud de los TBI antes mencionados, argumentando que la conversión de los bonos en acciones bancarias dejó sin valor sus inversiones y redujo el valor de sus depósitos, incurriendo en daños por 300 USD millones. Chipre impugnó la jurisdicción del tribunal para decidir las demandas principalmente debido a su carácter intra-UE y al hecho de que se trataba de una demanda colectiva.

Tribunal rechaza objeción Intra-UE presentada por la Demandada

Chipre argumentó que en miras del *Fallo Achmea* del TJUE, el tribunal no poseía jurisdicción para atender la demanda, ya que los TBI intra-UE habían sido sustituidos por Tratados de la UE de conformidad con el Artículo 30 y 59 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (VCLT, por sus siglas en inglés).

El tribunal rechazó estos alegatos aclarando que la jurisdicción del tribunal deberá basarse en el TBI

pertinente y el Artículo 25 del Convenio del CIADI. Al contrario, el derecho de la UE solamente será pertinente cuando se trate de temas que requieran un análisis ya sea del derecho interno de la demandante o de otras normas del derecho internacional (párrafos 157-161). En cuanto a las últimas, el Tribunal no consideró vinculante la decisión *Achmea* ya que trataba el tema de la compatibilidad de los TBI intra-UE únicamente en base al derecho de la UE, mientras que el alcance del tribunal es diferente.

De esta manera, el tribunal rechazó la demanda de que el derecho de la UE y los TBI tratan el mismo objeto, ya que el derecho de la UE no establece un mecanismo de solución de controversias alternativo al de los tribunales nacionales, mientras que los TBI sí lo hacen. Además, el funcionamiento de los Tratados de la UE no se ve impedido por el funcionamiento de los TBI. En cambio, ambos pueden operar lado a lado ya que ni el funcionamiento de la ISDS por fuera del sistema judicial interno de la UE, ni posibles incongruencias menores en el análisis de las medidas de caución (*bail-in measures*) de la UE entre el TJUE y un tribunal arbitral, podrían ser consideradas una incompatibilidad en virtud de los Artículos 30 y 59 de la VCLT. La práctica de los Estados Miembros de la UE durante la entrada en vigor del TFUE y después del *Fallo Achmea* remarca una vez más que los requisitos del Artículo 59 de la VCLT no han sido cumplidos (párrafos 163-180).

Por último, el tribunal aclaró que no debe decidir sobre asuntos de derechos y obligaciones conforme al derecho de la UE dado que considerará las medidas relacionadas con la UE como una cuestión de hecho, mientras que no considera fundamental el hecho de que los laudos intra-UE no serían fácilmente ejecutables dentro de la UE (párrafos 181-186).

Tribunal admite jurisdicción sobre demandas colectivas

El tribunal consideró que el uso de algunos términos en singular en los TBI pertinentes y el convenio del CIADI, tales como ‘controversia’ e ‘inversor’, no apoyaba de manera concluyente la impugnación jurisdiccional de la demandada. Además, el tribunal rechazó el argumento de Chipre de que las demandas colectivas requieren un consentimiento especial además del consentimiento estipulado en los TBI. En cambio, el tribunal dictaminó que la cuestión fundamental que debía determinar era si las demandas en cuestión eran lo suficientemente homogéneas para constituir una controversia única (párrafos 197-201, párrafos 205, 209). A este respecto, el tribunal consideró que las demandas alegan la misma



violación de tratado, aunque bajo dos TBI separados, reclaman la misma ilegalidad, y se relacionan con las mismas medidas que involucran a los dos mismos bancos, en el mismo contexto. De esta manera, deberían ser consideradas como parte de una única controversia.

Alegatos de admisibilidad de la demandada son rechazados

El tribunal se enfocó en responder al alegato de la demandada de que la admisión de tales demandas colectivas tornaría el proceso inmanejable. Al comienzo, el tribunal no estuvo de acuerdo con el tribunal del caso *Abaclat*, el cual decidió que un tribunal posee el poder de adaptar el proceso arbitral y adoptar nuevos procedimientos especiales para evitar una denegación de justicia a las demandantes, ya que el TBI en cuestión no estipulaba un derecho específico a presentar una demanda colectiva. Por lo tanto, el tribunal tuvo que examinar si las actuales reglas y procedimientos bajo el Convenio del CIADI podrían procesar las demandas colectivas. (párrafos 242-246).

Después de analizar una serie de cuestiones procesales tales como la detección de documentos, longitud del procedimiento y verificación de las demandas, el tribunal decidió que la demanda colectiva era manejable bajo el actual marco sin poner en peligro los derechos procesales de las partes (párrafos 247-259). Finalmente, el tribunal consideró necesario fijar la cantidad de demandantes a 956, lo cual implica que nadie podría retirarse sin el consentimiento de la demandada, ni proponer otra bifurcación del procedimiento (responsabilidad y daños) así como solicitar garantías de cobro de las costas en nombre de la demandada.

Otras objeciones jurisdiccionales desestimadas

El tribunal consideró y rechazó las otras impugnaciones a su jurisdicción sobre los alegatos de algunos de los demandantes de que los instrumentos (contratos de seguros de vida, bonos) en cuestión no constituyen una inversión calificada o de que el TBI entre Grecia y Chipre no cubre la propiedad efectiva de las inversiones.

Finalmente, el tribunal rechazó los alegatos de Chipre de que algunos de los demandantes no cumplieron los requisitos pre-arbitrales, es decir, la notificación obligatoria y el período de enfriamiento establecido en los TBI pertinentes. El tribunal determinó que el requisito de notificación previa y el período de espera de seis meses fue iniciado y cumplido desde el momento en que un grupo inicial de 21 demandantes procuró una solución de la controversia con la demandada. Chipre no buscó una solución amistosa dentro del plazo de seis

meses de la notificación, y por ende, podría considerarse que cualquier otro inversor ‘involucrado’ haya cumplido con dicho requisito (párrafos 305-319).

Conclusión

El tribunal admitió su jurisdicción sobre las demandas colectivas y las consideró admisibles. Invitó a las partes que presentaran su opinión sobre la otra bifurcación de la controversia y difirió la decisión sobre los costos a una etapa posterior.

Opinión disidente de Marcelo Kohén

En su opinión disidente, Marcelo Kohén, designado por Chipre, no coincidió con las conclusiones de la mayoría. Su disidencia se enfocó principalmente en la aplicación del Artículo 30 de la VCLT en el presente caso. Kohén consideró que los tratados de la UE y los TBI intra-EU cubren el mismo objeto, ya que ambos regulan la protección sustantiva y el trato a ser otorgado a los inversores y las inversiones, y una mayor cooperación entre las partes contratantes. De esta manera, el acceso de Chipre a los Tratados de la UE tornan obsoletos los TBI intra-UE de Chipre, ya que son incompatibles con el mercado común y las reglas relacionadas. Así, el árbitro declaró que el tribunal debería haber respetado la interpretación auténtica de las partes y dar prioridad a los Tratados de la UE sobre los TBI intra-EU.

Notas: El tribunal estuvo compuesto por Donald M. McRae (presidente designado por la Secretaría General del CIADI, nacional de Canadá/Nueva Zelanda), Alejandro Escobar (designado por las demandantes, nacional de Chile) y Marcelo G. Kohén (designado por la demandada, nacional de Argentina). La decisión del 7 de febrero de 2020, incluyendo la disidencia, está disponible en <https://www.italaw.com/cases/7939>

Marios Tokas es abogado internacional en Ginebra. Está cursando su Master en derecho internacional en el Graduate Institute of International and Development Studies. Posee un LL.M. en derecho internacional público y un LL.B. de la Universidad de Atenas. Actualmente está realizando una pasantía en la Oficina de Ginebra del IISD.



Tribunal del HKIAC desestima demandas de Jin Hae Seo, ciudadana americana, contra Corea del Sur por falta de jurisdicción

Jin Hae Seo vs. la República de Corea, Caso del HKIAC No. HKIAC /18117

Yashasvi Tripathi

El 27 de septiembre de 2019, un tribunal del Centro de Arbitraje Internacional de Hong Kong (HKIAC, por sus siglas en inglés) desestimó, por razones jurisdiccionales, las demandas de expropiación entabladas por Jin Hae Seo, ciudadana americana, contra la República de Corea (Corea) en virtud del TLC entre los Estados Unidos y Corea (TLC KORUS) y del reglamento de la CNUDMI.

Antecedentes y demandas

La demandante adquirió una casa de dos pisos en Seúl en 2001. En 2007, el Gobierno de Corea designó el área donde se localizaba dicha casa como una zona de reurbanización para mejorar las condiciones de vida. Los propietarios de la zona podrían elegir si comprar su propiedad remodelada u optar por un arreglo de dinero en efectivo.

La demandante inicialmente solicitó comprar la propiedad pero posteriormente retiró su solicitud. Las autoridades coreanas promulgaron una orden de desalojo contra Jin Hae Seo en 2016, quien después rechazó la compensación ofrecida por la autoridad local.

En 2016, la demandante hizo modificar su registro catastral para que constara su nacionalidad americana. Luego de desocupar la propiedad, presentó demandas de expropiación contra Corea bajo el TLC KORUS.

Objeción jurisdiccional de Corea

Corea argumentó que la demandante no realizó una inversión bajo el TLC KORUS porque no se cumplía ninguna de las tres características de una inversión conforme a dicho tratado y porque no se satisfacían los criterios *Salini*. A su vez, la demandante afirmó que su propiedad calificaba como una inversión, ya que cumplía con las tres características de la lista exhaustiva contenida en el TLC KORUS y que los criterios *Salini* no eran aplicables. Las partes contendientes no llegaron a un acuerdo sobre si la propiedad calificaba como una “inversión cubierta” bajo el TLC.

Según el tribunal, un bien califica como inversión bajo el TLC KORUS solamente cuando posee las

“características de una inversión”. El tribunal observó las características expresamente mencionadas en el Artículo 11.28 del TLC KORUS: “un compromiso de capital u otros recursos, una expectativa de ganancia o beneficio o la asunción de riesgos”. Destacó que la frase “incluyendo tales características como” denota que la lista no es exhaustiva, y que la preposición “o” entre las mismas denota que no necesariamente todas deben estar presentes de manera acumulativa y que ninguna es indispensable (párrafos 93–94). Además, agregó que la preposición “o” también refuta la afirmación de Corea de que debían satisfacerse los cuatro criterios *Salini*.

El tribunal rechazó el argumento de Corea de que el plural de “características” implicaba que al menos dos deberían estar presentes, explicando que los redactores no incluyeron este requisito en el TLC (párrafo 95). Por lo tanto, el tribunal afirmó que debería conducirse una evaluación general de las características, tomando las mencionadas como punto de partida, dado que los redactores las consideraron particularmente importantes.

Asimismo, decidió no aplicar el test *Salini*, subrayando que el mismo fue desarrollado en el contexto del Convenio del CIADI, el cual no contiene una definición de inversión, mientras que el TLC KORUS la define expresamente (párrafo 98). Sin embargo, destacó que la definición no exclusiva del TLC permite la consideración de los criterios *Salini*.

“Compromiso de capital” no necesariamente debe ser extranjero pero debe ser significativo

Rechazando la afirmación de Corea, el tribunal sostuvo que el Artículo 11.28 no necesariamente requiere el compromiso de recursos extranjeros en la definición. También determinó que el requisito de un elemento extranjero, el cual según menciona el preámbulo del TLC KORUS, se encuentra satisfecho por otros requisitos sustantivos: “inversor de la Otra Parte” o “un inversor de un actor que no es parte” (párrafo 103).

Coincidiendo con Corea, el tribunal afirmó que el compromiso de capital es relevante, ya que el preámbulo menciona, “para elevar el nivel de vida, promover el crecimiento y la estabilidad económicos, crear nuevas oportunidades de trabajo y mejorar el bienestar general en sus territorios al liberalizar y expandir el comercio” (párrafo 104). No obstante, aunque sostuvo que no puede esperarse que las inversiones individuales alcancen objetivos del tratado por sí solas, una inversión que sea tan pequeña como para no poder realizar una contribución significativa a la economía del Estado anfitrión no gozaría de la protección del tratado. En



este caso, el tribunal afirmó que el compromiso de la demandante de USD 300.000 no era “insignificante”, y definitivamente sobrepasaría el umbral de “importancia” si el propósito de la inversión fuera “claramente comercial por naturaleza”, tal como la compra de una oficina o de una fábrica (párrafo 106).

El propósito principal al momento de la adquisición de la propiedad —y no el propósito para el cual se utilizaron los beneficios— determina si existe una “expectativa de ganancia o beneficio”.

El tribunal afirmó que la presencia de una expectativa de ganancia o beneficio depende del propósito principal de la inversión al momento de la adquisición de la propiedad (párrafo 125), el cual debería ser la obtención de beneficios en vez de, como en este caso, vivienda particular, y no debería ser para un propósito diferente posteriormente modificado para la obtención de beneficios (párrafo 127).

El tribunal coincidió con la demandante en que el propósito para el cual se utiliza el beneficio es irrelevante para determinar si existe la característica (párrafo 109); por ende, que la demandante haya transferido el dinero obtenido de la renta de la propiedad a sus padres resulta irrelevante. Afirmó que no hay un requisito de participar en una actividad comercial para que exista una “expectativa de ganancia o beneficio”, dado que dicho requisito es inherente a la “asunción de riesgos” (párrafo 110).

El tribunal destacó que, tal como argumentó Corea, la demandante compró la propiedad como vivienda particular, y no la rentó durante los dos primeros años. Únicamente la unidad que no estaba ocupada por sus padres fue rentada. También destacó que la demandante alegó que intentó encontrar inquilinos, y que comenzó a rentar la propiedad poco después de mudarse a los Estados Unidos. Por consiguiente, el tribunal concluyó que dado que el propósito principal de la propiedad al momento de la adquisición fue de vivienda particular y no una inversión generadora de ingresos (párrafo 126), se mostró reticente a aceptar la presencia de dicha característica.

Las características de una inversión, incluyendo la “asunción de riesgos”, debe ir más allá de los aspectos inherentes al bien para calificar como una inversión bajo el Artículo 11.28 del TLC KORUS.

La demandante argumentó que tomó cuatro riesgos: (1) la reducción del valor de la propiedad después de la compra, (2) el riesgo de expropiación de la propiedad, (3) el hecho de que la propiedad esté sujeta a las leyes

del Estado anfitrión, y (4) la no materialización de los ingresos previstos de un alquiler.

Coincidiendo con Corea, el tribunal afirmó que los riesgos (1), (2) y (3) solos no son suficientes para constituir una “asunción de riesgos”, destacando que son riesgos que existen para cualquier propietario. Para el tribunal, las características requeridas de una inversión, incluyendo la asunción de riesgos, debe ir más allá de las características que todo bien posee automáticamente; de otra manera, el requisito de “características de una inversión” no tendría sentido (párrafo 130). Además, el tribunal subrayó que si uno adquiere un bien en otro Estado entonces los riesgos (2) y (3) son inevitables (párrafo 132).

El tribunal estuvo en condiciones de aceptar el riesgo (4) como un criterio de asunción de riesgos ya que siempre que haya una expectativa de ganancia, existe el riesgo de que la misma se vea frustrada. Sin embargo, destacó que, dado que la expectativa de ganancias o beneficios era dudosa, el riesgo de que no se materializaran era igualmente escaso.

“Inversión cubierta” bajo el TLC KORUS

Pese a concluir que la propiedad de la demandante no calificaba como una “inversión”, el tribunal no obstante analizó si podría calificar como una “inversión cubierta”, por su “establecimiento” o “expansión” después de que el KORUS entrara en vigencia.

En el contexto de su análisis, el tribunal rechazó la afirmación de la demandante de que estableció la presunta inversión cuando su nacionalidad estadounidense fue registrada en el registro catastral, por tres razones. Primero, su nacionalidad solo se vio reflejada en el registro catastral después de la expropiación alegada (párrafo 148). Segundo, su nacionalidad únicamente es relevante para su estatus personal como un “inversor de la otra parte” y es irrelevante para la inversión (párrafo 149). Tercero, sólo las acciones que dan existencia a un bien habrían “establecido” una inversión, por ejemplo, construir una fábrica o registrar un DPI. Considerando que únicamente realizó un pequeño compromiso adicional y cambios insignificantes a la propiedad —incluyendo su cercado perimetral, pavimentado del estacionamiento y un nuevo empapelado— el tribunal dictaminó que la demandante no “expandió” la inversión.

Además, el tribunal determinó que la “inversión cubierta” bajo el TLC KORUS pretende excluir los casos donde el inversor no tuvo una participación equivalente a poseer, adquirir o establecer una



inversión (párrafo 163). Según el tribunal, el cambio de nacionalidad de la demandante o los pequeños cambios realizados a su propiedad no satisfacía el nivel requerido de participación.

Decisión y costos

Desestimando todas las demandas contra Corea por falta de jurisdicción, el tribunal ordenó a cada parte que pague sus propias costas y gastos legales, y la mitad de los honorarios del tribunal y gastos del HKIAC.

Notas: El tribunal estuvo compuesto por Bruno Simma (árbitro presidente, designado por los co-árbitros conforme al reglamento del HKIAC), Benny Lo (designado por la demandante) y Donald McRae (designado por la demandada). El laudo del 27 de septiembre de 2019 está disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10880.pdf>

Yashasvi Tripathi es Socia de Nishith Desai Asociados, Nueva York. Posee un LL.M. en arbitraje y litigio internacional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Nueva York y un B.A.LL.B (Hons.) de la Universidad Nacional de Derecho, Delhi.

Demandas rechazadas en su totalidad sobre cuestiones de fondo en caso Lidercón contra Perú: cambios en marco regulatorio y decisiones judiciales no infringen estándar TJE

Lidercón, S. L. vs. La República de Perú, Caso del CIADI No. ARB/17/9

Anna Sands

Lidercón, una empresa española que opera centros de inspección vehicular en la Municipalidad Metropolitana de Lima, perdió todas sus demandas contra Perú en un arbitraje del CIADI. Si bien con frecuencia los inversores extranjeros han reclamado discriminación, se trata de un caso inusual donde una empresa alega que se encuentra facultada para excluir a competidores, tanto extranjeros como nacionales, en base a una cláusula contenida en un Contrato de Concesión. La empresa reclamó que los cambios en el marco regulatorio, decisiones de autoridades y tribunales estatales en torno a la cláusula de exclusividad y la competencia de las autoridades para supervisar a Lidercón, dieron como resultado la violación del estándar de trato justo y equitativo.

Lidercón fue ordenada a reembolsar a Perú el 60 por ciento de su contribución a los costos del arbitraje, así como el 60 por ciento de sus costas legales, alcanzando un total de más de USD 4 millones.

Antecedentes y demandas

Lidercón celebró un contrato de concesión con la Municipalidad Metropolitana de Lima (MML) en 2004 para construir y operar centros de inspección vehicular dentro del territorio de MML. La supervisión del área por la autoridad local fue anómala, ya que en el resto del país la inspección se encontraba bajo el control del Ministerio de Transporte y Comunicaciones ('el Ministerio'). Sin embargo, el marco legislativo estaba siendo sometido a varios cambios durante el período posterior al gobierno de Presidente Alberto Fujimori cuando Lidercón y MML firmaron el Contrato de Concesión. Las cambiantes regulaciones culminaron en la Ley Nacional de Inspección Técnica Vehicular ('Ley ITV') de 2008, la cual otorgaba al Ministerio competencia exclusiva para la aprobación y supervisión de inspecciones vehiculares, sustituyendo todas las normas contrarias.

El Contrato de Concesión contenía una cláusula que otorgaba exclusividad a Lidercón en la prestación de



servicios de inspección. Si bien reportes iniciales del Ministerio y de INDECOPI, la autoridad peruana que rige la competencia, señalaron que la exclusividad sería mantenida, posteriormente INDECOPI halló que se trataba de una barrera burocrática ilegal. En 2017, Lidercón impugnó la decisión ante la Corte Superior de Justicia de Lima, pero la resolución de INDECOPI fue ratificada.

Lidercón y MML estuvieron involucradas en varios procedimientos de arbitraje nacionales antes del caso de 2017. Esto culminó con un laudo de 2011 manteniendo el Contrato de Concesión de las partes. La Corte Superior declaró que el Laudo de 2011 no era ejecutable en tanto que instó a MML que actuase más allá de su competencia para supervisar el trabajo de Lidercón.

Lidercón sostiene que Perú violó el TBI entre España y Perú (el ‘Tratado’) al no conferirle trato justo y equitativo (TJE) bajo la forma de denegación de justicia, actos no transparentes de mala fe que frustraron sus expectativas legítimas. También reclamó que Perú impuso medidas injustificadas y discriminatorias y violó el Contrato de Concesión. El incumplimiento contractual fue rechazado por el Tribunal en base a la ausencia de una cláusula paraguas en el Tratado. El razonamiento sobre las otras demandas se discute a continuación.

Otorgamiento de recursos para cambio regulatorio en el contrato es relevante para expectativas legítimas y trato discriminatorio

El tribunal rechazó la demanda de que Perú violó el estándar TJE al denegar a Lidercón el derecho a la exclusividad en la prestación de servicios, frustrando sus expectativas legítimas. Definió la expectativa legítima como una expectativa cuya naturaleza induce a una confianza razonable, y concluyó que Lidercón no podría tener la expectativa de que el Contrato de Concesión no se vería alcanzado por cambios regulatorios. La razón principal fue que el Contrato de Concesión contenía cláusulas que se referían a la posibilidad de un cambio regulatorio que alteraría las condiciones de la Concesión y establecía vías de recurso (párrafos 197-206). La inclusión de estas cláusulas en la Concesión implicaba que las partes contemplaban explícitamente la posibilidad de un cambio regulatorio y aceptaban las vías de recurso. Similarmente, la inclusión de estas cláusulas también contradice al reclamo de Lidercón de que había sido tratado de manera discriminatoria.

‘Funcionamiento normal’ de sistema de toma de decisiones no viola estándar TJE

La demandante alegó que la postura contradictoria adoptada por INDECOPI, que inicialmente aceptó la cláusula de exclusividad pero luego la rechazó, violó el estándar TJE. El tribunal no estuvo de acuerdo, concluyendo que este cambio no demostraba una incoherencia, sino que constituía el ‘funcionamiento normal de toma de decisiones relativas a diferentes circunstancias en diferentes momentos’ (párrafo 248). INDECOPI se encontraba tomando decisiones en el contexto de cambios en el marco regulatorio, y sus resoluciones posteriores a la Ley ITV (que otorgaba al Ministerio competencia exclusiva sobre la inspección vehicular), necesariamente iban a ser diferentes que las adoptadas anteriormente.

Violación de tratado por conducta judicial: Tribunal rechaza interpretación expansiva de la Demandante y confirma visión estrecha en base a *Alghanim vs. Jordania*

La demandante argumentó que la decisión judicial que confirmaba la conclusión de INDECOPI y rechazaba la disposición de exclusividad constituía una violación de TBI. Alegó que ‘si la medida original llegó tan cerca como para constituir una violación de tratado, que solamente la disponibilidad de recursos locales descalificaría como tal, *el Estado receptor efectivamente tendría la obligación de otorgar reparación a través de sus tribunales nacionales para evitar dicha consecuencia*. Al no hacer esto la consecuencia podría ser que la medida original finalmente se cristalizara en una violación, incluso en circunstancias donde los procedimientos judiciales no den lugar a una denegación de justicia’ (párrafo 271, citando el artículo de Hanno Wehland, cursiva en el original).

El tribunal concluyó que este enfoque no fue aceptado en decisiones anteriores y coincidió con el argumento de Perú de que el tribunal de *Alghanim vs. Jordania* lo rechazó de manera explícita. Tal como se señaló en ese caso, el papel del tribunal no es determinar la rectitud de los tribunales nacionales, sino solamente determinar si su fallo es inexcusable (es decir, una decisión que ningún tribunal razonablemente competente podría tomar), y por lo tanto, que constituya una denegación de justicia. De esa manera, el tribunal de *Lidercón vs. Perú* adoptó una visión estrecha sobre cuándo la conducta judicial constituye una violación de tratado. Confirmó que la denegación de justicia puede tomar la forma de (a) una falla en el proceso debido (que no fue alegada en el caso) y (b) decisiones que carezcan de tal seriedad como



para indicar una actitud tendenciosa (lo cual no fue demostrado con hechos) (párrafo 270). Además, el tribunal afirmó que no existe un estándar autónomo en el derecho internacional, que esté por encima y más allá del derecho interno, que los tribunales peruanos podrían haber violado, y por lo tanto, no hay forma de que la evaluación del tribunal pueda sobrepasar el derecho peruano (párrafo 273).

Ausencia de discriminación no implica que Gobiernos estén obligados a proteger a inversores extranjeros de la oposición de competidores comerciales o legisladores

Por último, en respuesta al argumento de Lidercón de que recibió una actitud hostil de los legisladores, y que las resoluciones de INDECOPI habían sido fomentadas por sus competidores, el Tribunal concluyó que la mera oposición de competidores comerciales o de legisladores contra la empresa no puede en sí misma constituir una discriminación bajo el Tratado (párrafo 244).

Notas: El tribunal estuvo compuesto por el Profesor Jan Paulsson (presidente designado por ambas partes, nacional francés y suizo), el Dr. Francisco González de Cossío (designado por la demandante, nacional mexicano) y el Profesor Hugo Perezcano (designado por la demandada, nacional mexicano). El laudo del 6 de marzo del 2020 está disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw11419.pdf>.

Anna Sands actualmente está terminando su MPhil en Estudios del Desarrollo de la Universidad de Oxford. Su investigación de MPhil se enfoca en los efectos empíricos del arbitraje de inversión sobre decisiones de políticas gubernamentales. Posee un título de grado en Derecho con Derecho Francés de la Universidad de Oxford.

Ucrania no violó el proceso debido al recuperar tres lotes de tierra de inversores británicos, decide tribunal del CIADI

Krederi Ltd. vs. Ucrania, caso del CIADI No. ARB/14/17

Marios Tokas

El 2 de julio de 2018, un tribunal del CIADI negó que Ucrania haya incumplido sus obligaciones bajo el TBI entre Ucrania y el Reino Unido de 1993 y rechazó las demandas relativas al proceso debido entabladas por la demandante, de origen británico, Krederi Ltd. (Krederi). El tribunal ordenó a cada parte el pago de sus propias costas legales y la mitad de los costos del arbitraje, mientras ordenó a Ucrania que reembolse a Krederi la suma de USD 313.711,67, correspondiente a la mitad de los costos del procedimiento que el inversor había adelantado.

Antecedentes y demandas

Las filiales de Krederi adquirieron dos empresas ucranianas que recientemente habían comprado tres lotes de tierra (Lotes 1, 2 y 3), anteriormente de propiedad de la Ciudad de Kiev. El consejo municipal de la Ciudad de Kiev (KCC, por sus siglas en inglés) aprobó la adquisición de las tierras, pero durante los años que generaron la controversia, esta operación fue invalidada a través de una serie de actuaciones judiciales.

Primero, el Tribunal Administrativo de Distrito de la Ciudad de Kiev City, luego de una demanda presentada por el Fiscal Adjunto de Kiev (DPK, por sus siglas en inglés), declaró inválida la aprobación de las adquisiciones por irregularidades procesales en la toma de decisiones del KCC (Caso 1). Segundo, el Tribunal Económico de Kiev, en procedimientos también iniciados por el Fiscal Adjunto (DPK), declaró inválidos los contratos entre KCC y la subsidiaria de Krederi para la adquisición del Lote 1 (Caso 2). Tercero, la decisión del Tribunal Económico de Kiev ordenó la restitución del Lote 1 a la Ciudad de Kiev, a pedido del DPK (Caso 3). Por último, el Fiscal Adjunto inició un caso para invalidar la aprobación de KCC sobre la adquisición de los Lotes 2 y 3 por parte de las subsidiarias de Krederi (Caso 4).

Krederi inició un arbitraje contra Ucrania en el CIADI en 2014. Argumentó que los cuatro casos iniciados por DPK fueron conducidos con irregularidades y, por ende, no cumplían con el proceso debido, constituyendo una denegación de justicia en violación del Artículo 2 del TBI.



Objeciones jurisdiccionales de Ucrania rechazadas

Al comenzar su análisis sobre las objeciones jurisdiccionales presentadas por Ucrania, el tribunal sostuvo que la plena propiedad indirecta de Krederi por parte de las filiales ucranianas constituye una inversión cubierta por el TBI. A este respecto, el tribunal aclaró que no se requiere que el Estado receptor tenga el conocimiento específico de que el inversor y su inversión se encuentren cubiertos por el TBI.

La primera impugnación jurisdiccional de Ucrania se relaciona con su consentimiento a arbitraje en el CIADI. El Artículo 8.2 del TBI ofrece tres opciones para la ISDS, a las cuales las partes contendientes pueden acordar referir la controversia —entre las que se encuentra el CIADI— mientras estipula que la CNUDMI es un “foro” de último recurso en caso de desacuerdo. Basándose en su lectura de la versión ucraniana del TBI, Krederi indica que solamente el inversor podría elegir un “foro”.

El tribunal intentó conciliar las diferencias de significado alegadas, remitiéndose al Artículo 33.4 de la VCLT (párrafo 271). Al evaluar las dos versiones considerando el principio interpretativo de *effet utile*, decidió respetar la versión en inglés y concluyó que Ucrania no dio su consentimiento a arbitrar en el CIADI bajo la disposición de solución de controversias (Artículo 8.2) del TBI (párrafos 280–281).

No obstante, al aceptar el argumento alternativo de Krederi, el tribunal admitió su jurisdicción en virtud de la cláusula de NMF contenida en el Artículo 3 del TBI. Según el tribunal, la redacción precisa de la cláusula de NMF claramente cubre la cláusula de ISDS (Artículo 8). El tribunal sostuvo que las partes estatales de un TBI pueden acordar extender el alcance de la cláusula de NMF para importar el consentimiento de un Estado receptor a la jurisdicción más favorable de un TBI que involucre a una tercera parte (párrafos 283–325).

En el presente caso, el tribunal concluyó que Ucrania efectivamente consintió al arbitraje en el CIADI en virtud del Artículo 8.1 y que la NMF meramente extiende la disponibilidad del CIADI al inversor (párrafos 327–340). Según la opinión del tribunal, el acceso al CIADI constituye un trato más favorable a los inversores contemplado en otros TBI ucranianos, tales como el TBI entre Canadá y Ucrania de 1994 (párrafo 341).

Asimismo, como una objeción jurisdiccional, Ucrania argumentó que la inversión no cumplía con el

requisito de legalidad bajo el TBI. El tribunal aclaró que únicamente una violación lo suficientemente grave del derecho interno privaría al inversor de sus derechos bajo el TBI (párrafo 348) y concluyó que la posible violación del requisito de registro no cumplía con ese umbral. Similarmente, determinó que una falta de claridad en el derecho interno sobre la prohibición de financiar el establecimiento de una empresa via préstamos intra-empresariales no podría privar a Krederi de sus derechos en virtud del TBI (párrafo 370).

Por último, el tribunal rechazó la objeción de admisibilidad de Ucrania sobre mala fe, corrupción y “manos sucias”, al no encontrar evidencia fáctica adecuada o suficiente para apoyar los alegatos (párrafos 385–394).

Las probables deficiencias judiciales y administrativas de Ucrania no constituyen denegación de justicia

El tribunal consideró que el proceso debido y la prohibición de denegar justicia son obligaciones fundamentales de TJE y su incumplimiento es determinado cuando se identifican deficiencias graves y falta de proceso debido (párrafos 436–437). Los elementos a considerar son: una demora indebida, agotamiento de recursos locales, faltas graves del proceso resolutorio, denegación de acceso a tribunales y errónea aplicación del derecho de manera flagrante (párrafo 449).

En este punto, el tribunal desestimó la demanda de denegación de justicia dado que las irregularidades procesales que caracterizarían a los cuatro casos no podrían equipararse con una “falta flagrante del sistema judicial” (párrafos 447, 469 y 631).

En el Caso 1, el tribunal reconoció el fundamento de algunos alegatos de que el caso fue litigado de manera errónea ante los tribunales administrativos y que el plazo de prescripción había expirado. Sin embargo, no consideró que estas irregularidades fueran lo suficientemente graves como para satisfacer un alegato de denegación de justicia (párrafo 528).

En el Caso 2, Krederi presentó nuevamente su argumento sobre el incumplimiento del plazo de prescripción y, además, alegó que el tribunal nacional no confirió los mismos derechos a una de las filiales de Krederi dado que el tribunal no notificó adecuadamente a la filial. Sin embargo, el tribunal reiteró su análisis sobre el plazo de prescripción y además rechazó el segundo argumento ya que la filial



de Krederi no procuró convertirse en miembro de la controversia en primer lugar (párrafos 566–568).

En el Caso 3, el tribunal consideró que las posibles irregularidades no podrían constituir violaciones graves del proceso debido, ya que no hubo indicios de que el resultado fuera alcanzado sin ninguna razón fundamental válida y remarcando que Krederi no presentó un alegato de proceso debido durante los procedimientos internos (párrafos 591–600).

Por último, en el Caso 4, los argumentos de Krederi incluían un resultado esencialmente errado y la aplicación errónea del derecho interno. El tribunal reiteró que ninguna posible aplicación errónea del derecho interno podría ser considerada una violación flagrante del proceso debido como para constituir una denegación de justicia (párrafos 622–624).

Tribunal desestima todas las otras demandas de TJE, protección y seguridad plenas (PSP), perjuicio y expropiación

Krederi planteó varias otras violaciones de TJE, tales como la no conservación de un ambiente jurídico estable y la falta de transparencia, sin un análisis sustancial, que fueron desestimadas por el tribunal (párrafos 634–635).

El tribunal rechazó como infundado el alegato de que Ucrania hostigó abusivamente a sus filiales mediante investigaciones penales ya que Krederi no indicó en qué forma las autoridades ucranianas llevaron a cabo dichas investigaciones (párrafos 639–640). Asimismo, el tribunal consideró que la demanda de PSP de Krederi no tiene fundamento ya que la demandante no pudo demostrar de qué manera Ucrania incumplió su obligación de debida diligencia para evitar interferencias o ataques de terceras partes o de organismo estatales (párrafos 651–656).

En torno al alegato de perjuicio injustificado a las inversiones de Krederi, el tribunal reiteró sus conclusiones bajo la demanda de denegación de justicia y agregó que las acciones de DPK para la restitución de las tierras no podrían ser consideradas totalmente discrecionales (párrafos 672–673).

Finalmente, el tribunal consideró que la obligación de proceso debido es inherente a las cláusulas de expropiación y que las acciones judiciales sólo podrían constituir una expropiación si hubiera ocurrido una ilegalidad procesal o denegación de justicia (párrafos 706, 713–715) —el cual, tal como reiteró el tribunal, no era el caso.

Conclusiones y asignación de costos y honorarios

El tribunal aclaró que todas las demandas fueron desestimadas, pero planteó su preocupación por que el resultado fuera insatisfactorio o incómodo ya que la inversión fue retenida por Ucrania, mientras que el inversor no recuperó su precio de venta original (párrafo 718).

Evaluando el resultado de los argumentos planteados y la conducta de buena fe de las partes antes y durante el procedimiento, el tribunal ordenó a cada parte que asumiera sus propias costas legales y la mitad de los costos del arbitraje (párrafos 739–741).

Notas: El tribunal estuvo compuesto por August Reinisch (presidente designado por las partes, nacional austríaco), Markus Wirth (nominado por la demandante, nacional suizo) y Gavan Griffith (designado por el demandado, nacional australiano). Los extractos del laudo del 2 de julio de 2018 están disponibles en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw11040.pdf>

Marios Tokas es abogado internacional basado en Ginebra. Está cursando su Master en derecho internacional en el Graduate Institute of International and Development Studies. Posee un LL.M. en derecho internacional público y un LL.B. en la Universidad de Atenas. Actualmente está desempeñándose como pasante en el IISD, Oficina de Ginebra.



RECURSOS Y EVENTOS

RECURSOS

Derecho Internacional de las Inversiones y Competencia

Por Katia Fach Gómez, Anastasios Gourgourinis y Catharine Titi (Eds), publicado por Springer (2020)

Se trata de una edición especial del *Anuario Europeo de Derecho Económico Internacional*. Examina la interacción entre el derecho internacional de las inversiones y el derecho de la competencia. Este libro discute los tratados de libre comercio; la conducta anticompetitiva de los inversores e inversiones ilegales; programas de asistencia estatal y expectativas legítimas de inversores extranjeros; cumplimiento de los Estados miembros de la UE con los laudos de inversión como ayuda estatal (ilegal) bajo el derecho de la UE; empresas estatales y neutralidad competitiva e interacción entre la contratación pública, el derecho de las inversiones y competencia. Disponible en: <https://link.springer.com/book/10.1007/978-3-030-33916-6#about>

Pueblos Indígenas y Comercio Internacional: Construyendo Acuerdos de Comercio e Inversión Internacional Equitativos e Inclusivos

Por Jon Burrows y Risa Schwartz, publicado por Cambridge University Press (junio del 2020)

Este libro examina la participación de pueblos indígenas en el comercio y la inversión internacional y el desarrollo del derecho en estas áreas. Incluye capítulos sobre los derechos de los pueblos indígenas y el derecho de las inversiones, comercio, protección de derechos de propiedad intelectual y medio ambiente. Disponible en: <https://www.cambridge.org/core/books/indigenous-peoples-and-international-trade/C5BC73A244A6460E985F300DEF434B3A>

Edición Especial sobre Monitoreo de Tendencias de Inversión (marzo del 2020)

Edición especial de la UNCTAD sobre Monitoreo de Tendencias de Inversión sobre el impacto de la pandemia por el COVID-19 en las cadenas de valor mundiales y la IED. Disponible en: https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaeciainf2020d3_en.pdf

Edición Especial sobre Monitoreo de Políticas de Inversión (mayo del 2020)

Edición especial de la UNCTAD sobre *Monitoreo de Políticas de Inversión* sobre la respuesta de políticas de inversión a la pandemia por el COVID-19. Disponible en: https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcbinf2020d3_en.pdf

Protección Internacional de las Inversiones: Los Estándares Sustantivos

Por August Reinisch y Christoph Schreuer, publicado por Cambridge University Press (julio del 2020)

Este libro describe los estándares comunes de protección contenidos en acuerdos de inversión internacional y su aplicación e interpretación por tribunales de inversión. Incluye un debate sobre los estándares de expropiación, trato justo y equitativo, protección y seguridad plenas, los estándares de no discriminación del trato nacional y NMF, la prohibición de medidas discriminatorias e injustificadas, cláusulas paraguas y garantías de transferencia. Disponible en: <https://www.cambridge.org/core/books/international-protection-of-investments/E05A3AA19C18103AA3C74EF5437086A9>



Adjudicación de Controversias de Comercio e Inversión: ¿Convergencia o Divergencia?

Szilárd Gáspár-Szilágyi, Daniel Behn y Malcolm Langford, publicado por Cambridge University Press (junio del 2020)

Este libro contribuye al debate sobre la fragmentación del derecho internacional y examina la posible convergencia del comercio internacional y el derecho de las inversiones, con un foco en la solución de controversias. Incluye capítulos sobre inversión en Acuerdos Preferenciales de Comercio (APC); el sistema judicial de inversiones de la UE y similitudes con la OMC y decisores de controversias, entre otros temas. Disponible en: <https://www.cambridge.org/core/books/adjudicating-trade-and-investment-disputes/174DB8CDF54038C161AD7527F816CA14>

Código de Conducta de la CNUDMI para Decisores en la Solución de Controversias entre Inversionistas y Estados

Borrador con notas. Disponible en: <https://uncitral.un.org/es/codeofconduct>

Webinars del Grupo de Trabajo III de la CNUDMI

Los temas del Webinar incluyen el establecimiento de un centro de asesoramiento; instrumento multilateral sobre la reforma de la ISDS; participación de las partes del tratado y mecanismo de control sobre interpretación de tratados y mediación. Videos disponibles en: <https://uncitral.un.org/es/advisorycentrewebinar>

EVENTOS 2020

24 de junio

Entrevista con la Secretaria de la CNUDMI Anna Joubin-Bret – 17º Conferencia de ITA-ASIL. Evento Virtual, 1-3pm EST. <https://www.cailaw.org/Institute-for-Transnational-Arbitration/Events/2020/ita-asil-c.html>

23 y 24 de julio

Concurso de Arbitraje Internacional. Tribunal de Arbitraje de Lagos – Asociación de Árbitros Jóvenes <https://afaa.ngo/event-3777526>



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

Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible (IISD)

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

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

Investment Treaty News (ITN)

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

ITN recibe trabajos sin publicar y originales.

Los editores desean agradecer a Martin Dietrich Brauch por su trabajo en las primeras etapas de esta edición de Investment Treaty News.

Cualquier pregunta debe ser enviada a Zoe Phillips Williams a itn@iisd.org

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



Investment Treaty News



IISD

International Institute for
Sustainable Development