



Responsabilidad Estatal por Cambios Regulatorios: Cómo las Reglas de Inversión Internacional Invalidan el Derecho Interno por Lise Johnson y Oleksandr Volkov



El Boom de las Reclamaciones Paralelas en el Arbitraje de Tratados de Inversión por Gus Van Harten

Propuesta de cambios al sistema de solución de disputas de inversión: Un aporte desde Sur América por Hildegard Rondón de Sansó

También en este número: Mohamed Abdulmohsen Al-Kharafi & Sons Co. v. Libya and others; ConocoPhillips Petrozuata B.V., ConocoPhillips Hamaca B.V. and ConocoPhillips Gulf of Paria B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela; Ömer Dede and Serdar Elhüseyni v. Romania; Ruby Roz Agricol LLP v. The Republic of Kazakstán

contenido

-
- 3 **Artículos**
Responsabilidad Estatal por Cambios Regulatorios: Cómo las Reglas de Inversión Internacional Invalidan el Derecho Interno
Lise Johnson y Oleksandr Volkov
-
- 7 El Boom de las Reclamaciones Paralelas en el Arbitraje de Tratados de Inversión
Gus Van Harten
-
- 10 Propuesta de cambios al sistema de solución de disputas de inversión: Un aporte desde Sur América
Hildegard Rondón de Sansó
-
- 12 **Noticias en Breve:**
Australia cambia su postura sobre arbitraje entre inversionista y Estado en tratado de libre comercio con Corea; La Comisión Europea emprende la ofensiva para promover los tratados de inversión; Ecuador establece comisión para auditar sus tratados bilaterales de inversión
-
- 13 **Laudos y Decisiones:**
Mohamed Abdulmohsen Al-Kharafi & Sons Co. v. Libya and others; ConocoPhillips Petrozuata B.V., ConocoPhillips Hamaca B.V. and ConocoPhillips Gulf of Paria B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela; Ömer Dede and Serdar Elhüseyni v. Romania; Ruby Roz Agricol LLP v. The Republic of Kazakstán
-
- 19 **Recursos y Eventos**

Investment Treaty News Quarterly es publicado por el Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible
International Environment House 29,
Chemin de Balxert, 5th Floor
1219, Chatelaine, Ginebra, Suiza

Tel +41 22 917-8748
Fax +41 22 917-8054
Email itn@iisd.org

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

Gerente del Programa de Inversiones para el Desarrollo Sostenible
Nathalie Bernasconi

Redactor
Damon Vis-Dunbar

Redactor edición francesa
Henrique Suzy Nikema

Traductora edición francesa
Isabelle Guinebault

Redactor edición en español
Fernando Cabrera

Traductora edición en español
Maria Candeli Conforti

Diseño
The House London Ltd.
Web: www.thehouselondon.com

artículo 1

Responsabilidad Estatal por Cambios Regulatorios: Cómo las Reglas de Inversión Internacional Invalidan el Derecho Interno por Lise Johnson y Oleksandr Volkov



Al haber tantos países alrededor del mundo esforzándose por negociar y aprobar mega-tratados de inversiones, es importante ser claros sobre lo que estos tratados significan. Un tema que se está haciendo cada vez más evidente es que los tratados de inversión no son meras herramientas para brindar protección contra regímenes abusivos y conductas atroces, sino que también son mecanismos a través de los cuales un pequeño grupo de actores privados, habitualmente muy poderosos, pueden cambiar el contenido sustancial de algunas leyes para operar por fuera del marco legislativo y judicial interno que normalmente rige en un país.

Algunos podrán objetar esta contienda. De hecho, recientemente la Comisión Europea emitió una declaración apoyando con gran entusiasmo los tratados de inversión y la solución de controversias entre inversionista y Estado, caracterizando como absolutamente “falsa!” la preocupación por que la solución de controversias entre inversionista y Estado “socave la democracia”, que “se lleva a cabo a puertas cerradas”, que “menoscabe las elecciones públicas” y que sea manejada por “una pequeña camarilla de abogados”¹. Pero, la evidencia de decisiones relativas a responsabilidad estatal por cambios regulatorios demuestra algo diferente.

Este artículo, basado en un estudio más detallado, compara el derecho interno de EUA con las reglas de tratados internacionales sobre responsabilidad estatal por cambios regulatorios. En el mismo se demuestra que los tribunales arbitrales han interpretado las reglas de tratados de inversión de manera mucho más favorable a los intereses de los inversores que los enfoques adoptados por los tribunales de los Estados Unidos.²

Arbitraje entre inversionista y Estado y responsabilidad estatal por cambios regulatorios

¿Cuándo son los Estados responsables por realizar cambios regulatorios que dañan la rentabilidad o el valor de una inversión? La respuesta a esta pregunta en el derecho interno refleja las decisiones de los legisladores sobre la manera de alcanzar el equilibrio apropiado entre los intereses públicos y privados, y posee implicancias muy reales sobre la voluntad y capacidad de los gobiernos para introducir, monitorear y hacer cumplir medidas que regulan la conducta privada a fin de alcanzar metas más amplias de orden público. Sin embargo, al interpretar y aplicar los tratados de inversión, los tribunales arbitrales emiten decisiones que pasan por alto estas elecciones internas.

La tensión entre el derecho interno y los tratados internacionales de inversión se torna particularmente evidente cuando se observa el tema de la responsabilidad estatal por cambios en el marco legal general que tienen un impacto en un contrato firmado por un inversor y un Estado o en una relación cuasi contractual entre los mismos, tales como un permiso, una licencia o una autorización otorgada por un gobierno a una parte privada. Sobre este tema, los tribunales arbitrales han señalado que una obligación esencial de los tratados de inversión— la de trato justo y equitativo (por sus siglas en inglés, FET)—protege las “expectativas legítimas” en razón de las cuales el inversor extranjero decidió realizar su inversión³; y, si el marco legal que regía la misma sufrió cambios de manera tal que el inversor no pudo anticipar o prever al momento de realizar la inversión, entonces este actor debería ser compensado por el costo de cumplir con dichos cambios⁴. Esto significa que si se promulga una nueva ley, o una ley existente es revocada, interpretada o aplicada de una manera diferente⁵, estos cambios pueden generar responsabilidad estatal. Varios tribunales han refinado y, discutiblemente, han suavizado esta regla sobre “expectativas legítimas”, señalando que los tratados de inversión generalmente no actúan en pos de paralizar las leyes *a menos que* los cambios sean contrarios a un compromiso específico asumido por el Estado⁶. Para dichos tribunales, la clave para determinar si exigirán a los gobiernos que compensen a los inversores por cambios regulatorios es su visión de lo que constituye un “compromiso específico” de no realizar dichos cambios.

En un número de casos decididos hasta la fecha, los tribunales han interpretado el concepto de “compromiso específico” muy ampliamente. En casos tales como *EDFI c. Argentina*⁷, *Enron c. Argentina*⁸, *LG&E c. Argentina*⁹ y *Occidental c. Ecuador* (2004)¹⁰, los tribunales concluyeron que algunas disposiciones encontradas en leyes y regulaciones internas generales constituyen compromisos no revocables. Según sus conclusiones, no es necesario que el compromiso sea tan “específico”¹¹. Los tribunales también han comprometido a los gobiernos en torno a “promesas” que han sido encontradas o inferidas de declaraciones emitidas por funcionarios públicos o representantes de empresas estatales, posturas asumidas por agencias e incluso de contratos ilegales o acuerdos que involucran irregularidades procesales o de diversa índole.¹²

Cómo esto difiere del derecho interno—ejemplo sobre el vacío existente entre las decisiones de los tribunales arbitrales y las de los tribunales de EUA

Notablemente, tanto la amplia regla que rige que los gobiernos deberían compensar a los inversores por cambios en el marco regulatorio general, que tienen un impacto sobre las expectativas y rentabilidad de la inversión, como la interpretación más reducida de que los gobiernos son sólo responsables de otorgar compensación por cambios regulatorios que sean incongruentes con un “compromiso específico” asumido por un Estado frente a un inversor; en ambos casos se privilegian los derechos privados por sobre la libertad regulatoria del gobierno de manera opuesta a las reglas internas, tales como aquellas de los Estados Unidos.

Una comparación entre las decisiones de los arbitrajes de inversión en torno a la responsabilidad por cambios regulatorios y la jurisprudencia de EUA sobre circunstancias fácticas similares, por ejemplo, ilustra

que el derecho de EUA adopta una visión mucho más limitada de los derechos privados. Los casos de EUA que abordan precisamente el tema de responsabilidad estatal por cambios regulatorios que afectan los contratos y cuasicontratos firmados entre inversores y Estados demuestran que:¹³

– Las regla general es que el Estado *no será* responsable ante partes privadas por daños económicos sufridos como resultado de un cambio regulatorio general; y

– El gobierno, en ciertos casos, tendrá que compensar al inversor por pérdidas sufridas como resultado de cambios regulatorios generales que tengan un impacto en la relación contractual o cuasicontractual con el gobierno, *pero, a través de una estricta aplicación de la doctrina de carácter “inequívoco”* (unmistakability) *y reglas relacionadas; el gobierno se encuentra altamente protegido contra responsabilidad en estos casos.*

Más específicamente, conforme al derecho de EUA y su doctrina de carácter “inequívoco”, solo se aplicará la responsabilidad cuando un funcionario o entidad que (1) tenga la autoridad *real* para hacer una promesa en cuanto al trato regulatorio a futuro, (2) haga dicha promesa de manera clara e *inequívoca* y (3) de manera que sea *plenamente coherente con los requisitos procesales pertinentes* para celebrar contratos entre inversor y Estado, y que (4) lo haga con la *intención* de asumir ese *compromiso particular con respecto al trato regulatorio a futuro.*

La jurisprudencia se ha explayado sobre cada uno de estos requisitos. En cuanto al requisito de autoridad real, por ejemplo, los tribunales han explicado que aun cuando la entidad gubernamental tenga la autoridad para establecer tarifas por el uso del agua, esto no significa que también tenga la autoridad para renunciar o restringir su poder soberano de fijar estas tarifas¹⁴. El poder para establecer tarifas no es el mismo poder para prometer paralizar o estabilizar las mismas, y para que una agencia pueda ejercer este último poder debe haber sido delegada claramente dicha capacidad. Notablemente, la doctrina de los actos propios no se encuentra disponible en el derecho de EUA para proteger a los inversores en casos de un fundamento erróneo basado en promesas realizadas por actores gubernamentales que exceden los límites de su autoridad.¹⁵

El requisito de intención también ha sido interpretado de manera tal que protege al gobierno del cargo de responsabilidad. Los tribunales han concluido que, por ejemplo, una clara intención de inducir la inversión prometiéndole un cierto tipo de trato regulatorio es diferente y no establece una intención de inducir la inversión prometiéndole el goce *continuo* de ese trato regulatorio.¹⁶

Similarmente, toda presunta promesa por parte del gobierno de compensar a un inversor por efecto de un acto soberano debe ser “inequívoca”. Este requisito actúa como una “regla de estructura estricta que presume que el gobierno, al hacer un trato en torno a la regulación de una parte privada, no ha prometido abstenerse de utilizar su poder soberano a futuro, a menos que la intención de hacerlo se encuentre presente en el trato de manera inequívoca”¹⁷. En un caso donde se ilustra la fuerza de esta regla, la Corte Suprema concluyó que una promesa

presente en un acto legislativo de “eximir para siempre” un sistema de servicios de provisión de agua del pago de tarifas no establecía una promesa inequívoca de nunca “ejercer el poder reservado de modificar o revocar [ese] acto”¹⁸. La Corte Suprema razonó que “a lo sumo”, lo que podría presumirse es que cuando la legislatura promulgó la ley eximiendo “para siempre” al sistema hídrico del pago de tarifas no tenía la intención de “retirar la excepción del pago de tarifas; ni que ese poder reservado nunca más sería ejercido... si en el fallo de la legislatura el interés público requería hacerlo”.¹⁹

Aparte de tener que cumplir con requisitos legales sustanciales, las promesas hechas por entidades gubernamentales para renunciar u otorgar compensación por un cambio regulatorio también deben cumplir estrictamente con las reglas procesales aplicables para evitar la falta de propiedad del proceso contractual. Los acuerdos celebrados con el gobierno de EUA que se encuentran en violación con estas reglas tradicionalmente han sido declarados inválidos *ab initio*. Sin tener que demostrar ninguna connivencia o fraude real.²⁰

Existe una notable divergencia entre la evaluación de los tribunales internacionales sobre temas de inversión y los de EUA en cuanto al alcance de los “compromisos” aplicables y la responsabilidad gubernamental por interferir con dichos compromisos. Tanto los tribunales arbitrales como los de EUA declaran tener deferencia hacia los actos soberanos de aplicabilidad general; ambos también reconocen que los gobiernos no poseen una autoridad ilimitada para ejercer su poder soberano en detrimento de los contratos entre inversores y Estados. No obstante, difieren en cuanto a las pruebas que aplican respectivamente para determinar si el gobierno prometió *no* ejercer su autoridad u otorgar compensación por cambios regulatorios futuros.²¹

Los puntos clave de la diferencia entre ambos sistemas incluyen la voluntad aparente de los tribunales de encontrar compromisos implícitos aplicables y no revocables contra el cambio regulatorio, y someter a los gobiernos a un compromiso determinado que, conforme al derecho interno, podría no ser legalmente vinculante ya sea para el gobierno como para el inversor debido a fallas sustantivas o procesales. Similarmente, en algunos casos los tribunales han interpretado una ambigüedad en un contrato en favor de afirmar, en lugar de rechazar, la existencia de un compromiso de renunciar al uso de un poder soberano a futuro. El tribunal del caso *Enron*, por ejemplo, señaló que si el marco legal existente en ese momento “pretendía ser transitorio[,] esto debería haber sido advertido claramente a los posibles inversores”²². Asimismo, el tribunal del caso *EDFI* afirmó que si Argentina no tenía la intención de asumir el riesgo de pérdidas por cambios regulatorios a futuro, “podría haberlo dicho” en su contrato²³. En ambos casos se requería que los Estados se reservasen explícitamente el ejercicio de sus poderes soberanos a futuro, y esto se encuentra en total oposición con los casos de carácter inequívoco de EUA, que solamente aplicarán promesas de no ejercer sus poderes soberanos a futuro si se expresa una intención detrás de las promesas y los compromisos asumidos son claramente expresados.

Otra área de divergencia se relaciona con la manera en que un compromiso inequívoco o específico puede verse impactado por el propósito o tipo de acción regulatoria que pretende paralizar. Con respecto al propósito de la acción regulatoria, los anteriores casos de EUA indican que los

tribunales aplicaron estrictamente la prueba de carácter “inequívoco” cuando implementar una regla más relajada podría haber amenazado el desarrollo de la nueva nación y sus esfuerzos para construir y operar infraestructura fundamental. Asimismo, los tribunales actualmente parecen rehusarse a encontrar promesas “inequívocas” de estabilidad legal cuando la existencia y cumplimiento de dichas promesas obstaculizaría la capacidad del gobierno para responder a las crisis, atender asuntos de interés público y abordar daños causados o externalidades negativas impuestas por actores privados una vez que se descubren los problemas.

Los tribunales de EUA también parecen justificar la rigurosidad con la cual aplican la prueba de carácter “inequívoco” mediante el tipo de acción en cuestión, evidenciando una mayor preocupación por que se interfiera con la capacidad del gobierno para ejercer su poder de imponer impuestos. Por contraste, en el arbitraje internacional entre inversionista y Estado, ni el propósito ni el tipo de acción regulatoria en cuestión parece tener un impacto sobre el nivel de escrutinio que los tribunales han aplicado para determinar si el gobierno de hecho había garantizado no ejercer sus poderes. En efecto, los tribunales han encontrado promesas implícitas de estabilidad que impedían la acción gubernamental a adoptarse en respuesta a crisis financieras y a través del ejercicio de una política fiscal.

Finalmente, la quinta área de divergencia se centra en la relevancia que los tribunales de EUA y los tribunales de inversión asignan, respectivamente, al alcance temporal del compromiso alegado. En las decisiones de EUA, los tribunales destacan que un compromiso de dispensar una forma específica de trato no implica un compromiso de dispensar dicho trato a lo largo de todo el período de duración del contrato. El *grado* de la exención parece afectar la evaluación de la naturaleza “inequívoca” de las garantías gubernamentales que pretenden restringir la autoridad de administraciones futuras para responder a electores, políticas y circunstancias cambiantes. De hecho, un número de casos donde no se encontró una promesa de carácter “inequívoco” en torno a la estabilidad regulatoria, involucraban presuntas promesas que pretendían perdurar por décadas, si no indefinidamente.²⁴

Las decisiones de los tribunales de inversión hasta la fecha reflejan una menor preocupación por el hecho de aplicar promesas a largo plazo de manera estricta. En un número de casos, un marco establecido en una ley ha sido interpretado como que persistirá a lo largo del tiempo. Los tribunales también han elevado en mayor medida el nivel de importancia de la estabilidad y de mantener las promesas de acuerdo con sus términos originales, concediendo ganancias perdidas a lo largo del tiempo de duración previsto originalmente en los acuerdos y en concordancia con los regímenes legales que regían aquellos acuerdos al momento de su celebración.²⁵

Cómo esto afecta e invalida el derecho interno

En breve, las reglas internas de EUA en torno a la flexibilidad gubernamental para cambiar el marco regulatorio aplicable difieren de las reglas que están siendo desarrolladas y aplicadas por los tribunales de inversión²⁶. La cuestión que esto plantea es si los tribunales aplicarán estas reglas sobre “compromisos específicos” a jurisdicciones internas que tienen una visión diferente de los límites impuestos a los poderes soberanos.

La respuesta parece ser “sí”. Mediante este enfoque, los tribunales han mostrado su visión de los tratados de inversión, y más específicamente, de la obligación de trato justo y equitativo (FET), de manera tal que se crea implícitamente una nueva categoría de derechos para los inversores que los mismos no recibirían conforme a los contratos/cuasicontratos pertinentes o en virtud de los marcos legales que rigen estos instrumentos.

Por lo tanto, los tribunales han asignado “nuevas consecuencias legales” a relaciones contractuales o cuasicontractuales pre-existentes entre inversores y Estados, cambiando retroactivamente los derechos y obligaciones de dichos actores²⁷. Las caracterizaciones internas de los derechos a la propiedad privada son, por lo tanto, vulnerables de ser invalidados por los tribunales arbitrales debido a su propia interpretación sobre qué derechos han sido otorgados los actores económicos en virtud de los tratados de inversión.

“ Las reglas internas de EUA en torno a la flexibilidad gubernamental para cambiar el marco regulatorio aplicable difieren de las reglas que están siendo desarrolladas y aplicadas por los tribunales de inversión. ”

¿Freno a reclamaciones solicitando compensación por daños debido a cambios regulatorios?

Debido a que, en el derecho internacional de las inversiones, no existe un sistema de precedentes vinculantes, el hecho de que los tribunales en el pasado hayan aplicado ciertos enfoques a los “compromisos específicos” no significa que seguirán haciéndolo en el futuro. De esta manera, los tribunales futuros podrían suavizar la regla que ha sido aplicada en el pasado, y observar el derecho interno cuando definen el alcance de los derechos de propiedad que, según reclaman los inversores, han sido dañados a raíz de una conducta que infringe el tratado de inversión. Pero no existe una garantía de que los tribunales actuarán de esta manera. Los tratados de inversión otorgan a los árbitros privados significativos poderes de interpretación, y otros tratados internacionales (por ej., el Convenio de Nueva York y el Convenio del CIADI) protegen extensamente a los tribunales del control formal o informal de sus poderes. Aun cuando los Estados Parte de un tratado asumen una postura común y congruente sobre su visión del significado de una determinada disposición de tratado, no hay una garantía de que los tribunales respetarán dichas posturas acordadas mutuamente por los Estados²⁸; y cuando los tribunales emiten una interpretación con la cual los Estados

no están de acuerdo, hay pocos mecanismos, si es que hay alguno, a través de los cuales los Estados pueden hacer volver a los tribunales al camino correcto.²⁹

Además, mediante la jurisprudencia, los tribunales envían señales a los inversores sobre cómo los tratados de inversión pueden ser empleados para recusar el cambio regulatorio. Uno de muchos ejemplos sobre la manera en que los inversores están utilizando estas señales es el caso *Eli Lilly v. Canada*, una diferencia donde la empresa inversora está recusando los fallos de los tribunales canadienses donde se interpreta la legislación sobre propiedad intelectual de Canadá, argumentando que dichas decisiones judiciales cambiaron incorrectamente el régimen legal del país receptor en violación con las “expectativas legítimas”³⁰ del inversor. Similarmente, en el caso *Guaracachi v. Bolivia*, el inversor alega que el país receptor violó la obligación FET cuando “hizo efectivo un cambio fundamental al régimen regulatorio que atrajo” la inversión del inversor³¹. Por supuesto, no todas las reclamaciones tuvieron éxito. Pero si los principales estudios jurídicos están avalando estas presentaciones, esto significa que al menos algunos expertos creen que dichas reclamaciones tienen suficiente mérito legal para lanzar una causa muy costosa.

La conclusión que esto arroja es que los tratados de inversión—tal y como están siendo utilizados por los inversores y aplicados por los tribunales—no son meramente instrumentos para proteger a los inversores extranjeros frente a una conducta ofensiva y discriminatoria por parte de los Estados receptores, sino para expandir los derechos que los inversores poseen y hacerlo de manera tal que se traslade el riesgo del cambio regulatorio del inversor al gobierno.

Autor

Lise Johnson es investigadora jurídica senior de *Vale Columbia Center on Sustainable International Investment*. Oleksandr Volkov es Socio de *Egorov Puginsky Afanasiev & Partners Kiev*.

Notas

1 Véase Comisión Europea, *Incorrect Claims about Investor-State Dispute Settlement*, 3 de octubre, 2013, disponible en http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/october/tradoc_151790.pdf [La traducción de las citas nos pertenece]

2 Este ensayo está basado en un escrito más extenso titulado: Lise Johnson y Oleksandr Volkov, *Investor-State Contracts, Host-State "Commitments" and the Myth of Stability in International Law*, 24 Am. Rev. of Int'l Arb. 361 (2013)

3 *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso del CIADI No. ARB(AF)/00/2, Laudo, 29 de mayo, 2003, párrafo 154.

4 Por ejemplo, esta interpretación del significado de la obligación de trato justo y equitativo como una protección contra cambios impredecibles en la ley fue utilizada por el Profesor Rudolf Dolzer en su presentación en el *VCC's Spring Speaker Series* el 14 de marzo de 2013, en Columbia University. Véase también, por ejemplo, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y InterAgua Servicios Integrales del Agua S.A. c. República Argentina*, Caso del CIADI No. ARB/03/17, Decisión sobre Responsabilidad, 30 de julio, 2010, párrafo 207; *Total v. Argentina*, Caso del CIADI No. ARB/04/1, Decisión sobre Responsabilidad, 27 de diciembre, 2010, párrafo 122.

5 *Occidental Exploration and Production Company v. Ecuador*, Caso de LCIA No. UN 3467, Laudo Final, 1 de julio, 2004.

6 Véase, por ej., *AES v. Hungary*, Caso del CIADI No. ARB/07/22, Laudo, 23 de septiembre, 2010, párrafo 9.3.34.

7 *EDFI c. Argentina*, Caso del CIADI No. ARB/03/23 Laudo, 11 de junio, 2012.

8 *Enron c. Argentina*, Caso del CIADI No. ARB/01/3, Laudo, 22 de mayo, 2007.

9 *LG&E c. Argentina*, Caso del CIADI No. ARB/02/1, Decisión sobre Responsabilidad, 3 de octubre, 2006.

10 *Occidental Exploration and Production Company v. Ecuador*, Caso de LCIA No. UN 3467, Laudo Final, 1 de julio, 2004.

11 Véase también, por ej., M. Kinnear, “*The Continuous Development of the Fair and Equitable Treatment Standard*”, en A. Bjorklund, I. Laird, S. Ripinsky (eds.), *INVESTMENT TREATY LAW, CURRENT ISSUES III* (2009), en 228 (“El peso de la autoridad sugiere que una iniciativa o promesa no necesita estar dirigida específicamente al inversor y que basarse en representaciones anunciadas públicamente o en condiciones de mercado bien conocidas es un fundamento suficiente para justificar las expectativas del inversor”). [La traducción de esta cita nos pertenece]

12 Véase, por ej., *Kardassopoulos v. Georgia*, Caso del CIADI No. ARB/05/18, Laudo, 3 de marzo, 2010.

13 Una revisión detallada de estos casos puede consultarse en Lise Johnson & Oleksandr Volkov, *Investor-State Contracts, Host-State "Commitments" and the Myth of Stability in International Law*, 24 Am. Rev. of Int'l Arb. 361 (2013).

14 Véase, por ej., *Home Telephone & Telegraph v. Los Angeles*, 211 U.S. 265 (1908).

15 Véase Johnson & Volkov en párrafos 400-401; *Fed. Crop Ins. Corp. v. Merrill*, 332 U.S. 380, 384 (1947). Aun cuando se establece la autoridad real, los reclamos basados en la doctrina de los actos propios contra el gobierno colocan un gran peso sobre el demandante para tener éxito. La regla general bajo el derecho federal de EUA es que para que se aplique la doctrina de manera equitativa contra el gobierno, un demandante debe establecer los elementos básicos para entablar un reclamo de actos propios, y demostrar que el gobierno intervino en una conducta errónea afirmativa y ofensiva. Véase, por ej., *Sanz v. U.S. Sec. Ins. Co.*, 328 F.3d 1314 (11th Cir. 2003). Los tribunales también han afirmado que la doctrina equitativa de los actos propios sólo será aplicada contra el gobierno si es necesario para evitar una injusticia grave que soportaría los daños infligidos al interés público. Véase, por ej., *Bolt v. United States*, 944 F.2d 603, 609 (9th Cir. 1991). *U.S. states similarly restrict estoppel claims against the government*. Véase, por ej., *Greece Town Mall, L.P. v. New York*, 964 N.Y.S.2d 277 (25 de abril, 2013) (que aborda el tema bajo la legislación estatal de New York); *DRFP, LLC c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso No. 2:04-CV-00793 (S.D. Ohio, 14 de mayo, 2013) (que aborda el tema en un caso contra Venezuela sobre un contrato regido por la ley de Ohio).

16 Véase, por ej., *Suess v. United States*, 535 F.3d 1348, 1362 (Fed. Cir. 2008).

17 Alan R. Burch, *Purchasing the Right to Govern: Winstar and the Need to Reconceptualize the Law of Regulatory Agreements*, 88 Ky. L.J. 245, 248 (2000).

18 *Covington v. Kentucky*, 173 U.S. 231, 238-239 (1899).

19 *Id.* en 238-39.

20 Alan I. Saltman, *The Government's Liability for Actions of its Agents that Are Not Specifically Authorized: The Continuing Influence of Merrill and Richmond*, 32 Public Contract L.J. 775, 796 (2003).

21 *Cf. Glamis Gold Ltd. v. United States, TLCAN/CNUDMI Ad hoc*, Laudo, ¶¶ 800-02 (8 de junio, 2009) (no se encontraron “alicientes específicos”, el repudio de los cuales posiblemente podría dar lugar a una violación del Artículo 1105 del TLCAN); ¶ 22 & n.24 (remarcando que pese a que se consideró que un repudio de seguridad específica posiblemente podría dar lugar a determinar responsabilidad bajo el TLCAN, no asumirá una postura sobre el “tipo o la naturaleza de las medidas de repudio que necesariamente violarían obligaciones internacionales”).

22 *Enron c. Argentina*, nota 7 *ut supra*, ¶ 137.

23 Véase *EDFI c. Argentina*, nota 6 *ut supra*, ¶ 960.

24 Véase, por ej., *Bridge Proprietors v. Hoboken Co.*, 68 U.S. (1 Wall.) 116 (1883); *Rogers Park Water v. Fergus*, 180 U.S. 624 (1901); *Century Exploration New Orleans, LLC v. United States*, 110 Fed. Cl. 148, 172 (Fed. Cl. 2013) (“[N]ingún elemento del contrato de arrendamiento de los demandantes puede ser considerado como que proporcione un tratamiento estático a sus actividades en perpetuidad”).

25 Véase, por ej., *Occidental Petroleum Corp. v. Ecuador*, Caso del CIADI No. ARB/06/11, Laudo, 5 de octubre, 2012, párrafos 185-221, 308.

26 Si bien nuestra investigación se ha enfocado en el derecho de EUA, un análisis preliminar de las leyes de otros países (por ej., India, Japón y Canadá) expone que otras jurisdicciones también adoptan una visión más reducida que la de los tribunales de inversión en torno a la existencia de promesas de los gobiernos de restringir su capacidad para aplicar una acción regulatoria a futuro.

27 Véase, por ej., *Quantum Entertainment Ltd. v. US Dept. of Interior*, 714 F.3d 1338 (Ct. App. DC. 2013) (confirmando la conclusión de que un contrato era “nulo y sin valor” al momento en que fue celebrado y que la aplicación subsecuente de dicho contrato no permitía el cambio retroactivo de las consecuencias legales del acuerdo).

28 Esto puede observarse fácilmente comparando las posturas de los Estados en escritos y presentaciones de partes no contendientes con las decisiones de los tribunales. Los escritos son publicados regularmente por las Partes del TLCAN y el CAFTA.

29 Algunos tratados contienen un mecanismo donde se aclara que si los Estados aceptan y emiten interpretaciones que reflejan su entendimiento del acuerdo, aquellas interpretaciones serán vinculantes para los tribunales. Un ejemplo conocido de esto es el *Artículo 1131 del TLCAN*.

30 *Eli Lilly and Co. v. Canada*, Notificación de Arbitraje, 12 de septiembre, 2013, ¶¶ 82-84 (presentada por Covington & Burling LLP and Gowling Lafleur Henderson LLP).

31 *Guaracachi v. Bolivia*, Escrito Post-Audiencia de los Demandantes, 31 de mayo, 2013, ¶ 116 (presentado por Freshfields Bruckhaus Deringer).

El Boom de las Reclamaciones Paralelas en el Arbitraje de Tratados de Inversión

por Gus Van Harten

artículo 2



Los árbitros que trabajan en el campo de los tratados de inversión han adoptado una política *de facto* según la cual favorecen las reclamaciones paralelas al rehusarse a ceder a disposiciones, contractualmente acordadas, de solución de controversias. En 12 casos resueltos antes de junio de 2010, los tribunales dictaron laudos al menos US\$1,2 mil millones contra los Estados después de aceptar su jurisdicción en reclamaciones presentadas por inversionistas a pesar de la presencia de una cláusula estableciendo la jurisdicción exclusiva en un contrato determinado¹. Esta política ya predomina entre los tribunales pero parece estar en desacuerdo con la restricción judicial basada en principios de autonomía de las partes, santidad de los contratos o la evitación de procedimientos paralelos.

Estas observaciones surgieron de un estudio sobre la toma de decisiones de los árbitros en virtud de los tratados de inversión, las cuales se encuentran descritas más detalladamente en un libro elaborado por el autor². El estudio reveló una tendencia según la cual los árbitros favorecen la presentación de reclamaciones paralelas a pesar de lenguaje en los tratados apoyando la restricción del papel que juegan otros foros. La política *de facto* tiene importantes implicancias, aparte del beneficio obvio para la industria del arbitraje entre inversionista y Estado, que, desde finales de la década de 1990, ha crecido significativamente junto con el boom de las reclamaciones de arbitraje. Fundamentalmente, se extendió el poder de los árbitros y aumentaron las probabilidades de obtención de compensación para el inversor y la responsabilidad estatal, mientras que también se ha revelado la manera en que el aumento de los arbitrajes entre inversionista y estado ha dependido de expansivas interpretaciones legales por parte de los árbitros.

Superposición entre controversias contractuales y aquellas basadas en tratados

El arbitraje relativo a los tratados de inversión se encuentra profundamente ligado a la adjudicación basada en contratos. A partir del estudio antes mencionado, se concluyó que aproximadamente dos tercios de los casos relativos a tratados de inversión parecen involucrar un contrato—presumiblemente con una la cláusula de solución de controversias—en relación con la diferencia presentada ante los árbitros de tratados³. Considerando esta superposición, se cuestionó si los árbitros de tratado suspendían o retrasaban sus propios procedimientos por deferencia a un foro acordado contractualmente. La

restricción podría no resultar apropiada para todos los casos como tales. Sin embargo, bajo estas circunstancias, los principios de autonomía de las partes y santidad del contrato brindan una base para que los árbitros: (a) permitan que otros foros jueguen un papel primario para resolver la controversia; y (b) limiten su propio papel a solo refrenar la interferencia soberana en el foro establecido en el contrato. A pesar de esto, los tribunales de tratados de inversión, en su inmensa mayoría, se rehusaron a mostrar moderación frente al foro establecido en el contrato.

Rechazo a la restricción

En cuanto al tema específico de las cláusulas de jurisdicción exclusiva, el ejemplo más reciente de restricción, del 2000, fue el caso *Vivendi (No 1)* donde el tribunal se rehusó a atender una reclamación presentada por un inversor porque la misma estaba estrechamente relacionada con un contrato de concesión que contenía su propia cláusula de jurisdicción exclusiva⁴. El tribunal decidió que la demandante tenía que presentar la diferencia en el foro acordado en el contrato y que, si la demandante no estaba satisfecha con el resultado, la misma estaría limitada a entablar una reclamación por denegación de justicia conforme al tratado⁵. Por lo tanto, el tribunal decidió implícitamente que los tratados de inversión no ofrecen un foro alternativo general a los inversores involucrados en controversias contractuales, cuando los inversores han acordado previamente resolver tales controversias en otro foro.

Si la decisión del caso *Vivendi (No 1)* hubiera sido aceptada ampliamente por tribunales posteriores, habría constituido un arbitraje de tratado de inversión como complemento de una adjudicación basada en el contrato. En cambio, la decisión fue pasada por alto por el comité de anulación del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) compuesto por tres árbitros designados por el Banco Mundial, dos de los cuales—Yves Fortier y James Crawford—se convirtieron a dos de los principales sostenes del arbitraje de tratados de inversión⁶. Según el comité de anulación, la decisión original del tribunal constituyó un exceso manifiesto de poderes bajo el Convenio del CIADI porque el tribunal original⁷:

- Fue más allá del marco en que la demandante colocó la reclamación de tratado a fin de evaluar para sí mismo si la misma involucraba asuntos relativos al desempeño o no desempeño contractual,
- Suspendió su procedimiento después de concluir que la controversia subyacente era un asunto contractual y que el foro establecido en el contrato era el más apropiado,
- Se rehusó a analizar en detalle normas más específicas de tratado hasta después de que la demandante recurriera al foro contractual, y
- Señaló que el tratado no ofrecería remedio legal a la demandante a menos que el Estado demandado denegara justicia a la demandante en el foro establecido en el contrato.

Esta anulación presagió la actual política *de facto* que favorece la presentación de reclamaciones paralelas en virtud de los tratados de inversión pese al papel que juegan los foros establecidos en un contrato⁸. Notablemente, el

comité de anulación del caso *Vivendi (No 1)* pasó por alto al tribunal original en una situación donde se suponía que dicho comité haría una deferencia al tribunal original⁹. Esencialmente, se afirmó que este tribunal había excedido manifiestamente su poder al mostrar restricción.

Después de la anulación de 2002 en el caso *Vivendi (No 1)*, hubo pocos ejemplos de restricción vinculados con el papel que juega el foro establecido en un contrato¹⁰. En cambio, en 30 de 36 casos donde se concluyó que el asunto legal específico surgió de un contrato, el tribunal permitió que procediera la reclamación de tratado a pesar de haber un foro contractualmente acordado.¹¹

Los árbitros justificaron este favorecimiento de la presentación de reclamaciones paralelas de diferentes maneras. Por ejemplo, en el caso *Vivendi (No 1)*, el comité de anulación resaltó la distinción entre las causas formales de acción y las similitudes fácticas de las diferencias a fin de poder distinguir las reclamaciones contractuales de las basadas en tratados¹². Otros tribunales adoptaron un enfoque similar que dejaba fuera las cláusulas de jurisdicción exclusiva¹³. Por ejemplo, el tribunal del caso *Siemens* señaló que “[l]a diferencia, *tal y como fue formulada por la Demandante* es una diferencia en virtud del Tratado.... El Tribunal sólo necesita estar convencido de que, si se prueba que las alegaciones de la Demandante son correctas, tiene jurisdicción para considerarlas”¹⁴. En el caso *Eureka v Poland*, el tribunal permitió que una reclamación entablada por un inversor procediese bajo los términos del tratado a pesar de la presencia de una cláusula de jurisdicción exclusiva, señalando que el inversor “presentó reclamaciones por violación del tratado... [y] cada una de estas reclamaciones debe ser atendida y juzgada por este Tribunal”.¹⁵

Este enfoque no intervencionista solidificó un cambio de poder para los demandantes porque, en efecto, los árbitros preferían no evaluar para sí mismos si los reclamos del inversor contra el Estado, pese a ser presentados como reclamaciones de tratado, de hecho recaían dentro del alcance de una cláusula de solución de diferencias contractuales. Asimismo, los árbitros adoptaron una presunción interpretativa—también planteada por el comité de anulación del caso *Vivendi (No 1)*—tendiente a que una cláusula de jurisdicción exclusiva debe excluir el arbitraje de tratado de inversión específicamente si ha de excluir una reclamación de tratado¹⁶. En otras palabras, no resultó suficiente que tales cláusulas designasen el foro establecido en el contrato excluyendo otros foros de manera general. Al adoptar esta presunción, los árbitros que se encuentran frente a una cláusula general de exención habitualmente no muestran una restricción basada en la autonomía de las partes, la santidad del contrato o en otras consideraciones.¹⁷

Los árbitros también han facilitado la presentación de reclamaciones paralelas de tratado al establecer diferentes umbrales para decidir si una reclamación se relaciona con un tratado o con un contrato. En el caso *Sempra*, el tribunal decidió que el foro establecido en el contrato acarrea exclusivamente aquellas diferencias que estaban “puramente” relacionadas con el contrato, mientras que el tribunal de tratado de inversión podría atender cualquier diferencia “relacionada con” la interpretación del tratado¹⁸. De acuerdo con el tribunal, si no caracteriza diferencias basadas en esta prueba de pureza contractual, entonces “el contrato anularía las disposiciones del tratado”¹⁹. De esta manera, el tribunal restó importancia a la autonomía de

las partes y la santidad del contrato en una situación donde estos principios parecían apoyar claramente la restricción.

En otros casos, los árbitros permitieron que procediera la reclamación presentada por el inversor al hacer una distinción entre una o más partes del arbitraje de tratado y las partes de la relación o el procedimiento contractual²⁰. Por ejemplo, en el caso *National Grid*, el tribunal subrayó que la empresa que entabló la reclamación de tratado era diferente a la compañía que firmó el contrato de concesión, pese a que la primera era propietaria de la segunda²¹. En virtud de este enfoque, una empresa podría evitar la cláusula de jurisdicción exclusiva y entablar una reclamación de tratado teniendo una subsidiaria que negocie el contrato y litigue la diferencia contractual.

De esta manera, los árbitros de tratado de inversión interpusieron una serie de obstáculos legales para los Estados que pretendan defender su posición bajo una cláusula de jurisdicción exclusiva. Al hacer esto, se apartaron de las opciones alternativas por medio de las cuales se podrían invocar conceptos de cortesía, *forum non conveniens*, o versiones flexibles de *lis pendens*. Esto creó un gran impedimento para la eficacia de las cláusulas relativas a la solución de diferencias contractuales y posibilitó que los demandantes y los tribunales distinguieran casi cualquier reclamación de tratado de inversión de una relación contractual subyacente. A su vez, ayudó a impulsar el boom de los arbitrajes relacionados con los tratados.

“

Los tribunales de tratados de inversión, en su inmensa mayoría, se rehusaron a mostrar moderación frente al foro establecido en el contrato.

”

Requisitos basados en tratados también fueron eludidos

Por otro lado, los tribunales de muchos casos se rehusaron a dar efecto a las disposiciones de tratado que apoyaban la restricción para evitar procedimientos paralelos. Primero, la mayoría de los árbitros adoptaron un enfoque laxo en cuanto a los períodos de espera conforme a un tratado de inversión, permitiendo que la reclamación de un inversor procediera, aun cuando el demandante no haya esperado el período de tiempo requerido antes de presentar la reclamación en virtud de un tratado. En 14 de 19 casos donde se planteó este tema, los tribunales permitieron que la reclamación de tratado procediera.²²

Los tribunales justificaron esta postura basándose en varios fundamentos, incluyendo el hecho de que el tratado no era lo suficientemente claro y preciso²³, que el tema planteado por el período de espera era insignificante porque el tribunal hubiera permitido que la reclamación fuera presentada nuevamente en su curso debido²⁴, que

imponer el período de espera habría tenido poco efecto más que aumentar los daños que deberían ser pagados por el Estado²⁵, que la obligación del Estado demandado de dispensar un trato de nación más favorecida se extendía a los procesos de solución de diferencias hasta tal punto que los períodos de espera fueran removidos o reducidos por todos los demandantes²⁶, o que dar efecto a un período de espera anularía el papel del tratado de proporcionar acceso a arbitraje internacional independientemente de si el inversor recurrió a otros remedios²⁷. Muchos de estos fundamentos son, por lo menos, altamente discutibles, e indican cómo los árbitros generalmente eligen expandir su papel frente a disposiciones que precisamente parecerían limitarlo.

Incidentalmente, tales interpretaciones legales crípticas por parte de los árbitros podrían plantar la semilla para una cosecha monumental, tal como sucedió en el caso *Occidental (No 2)*, donde el tribunal dictó más de US\$2,3 mil millones (incluyendo intereses pre-laudo) contra Ecuador, permitiendo que la reclamación procediera a pesar de un período de espera establecido en el tratado. El tribunal razonó que hubiera sido inútil para el inversor, durante el período de espera, continuar buscando una solución negociada; paradójicamente, en base a los mismos hechos, el tribunal también concluyó que Ecuador había actuado de manera desproporcionada al cancelar el contrato con la demandante en lugar de seguir negociando²⁸. En este y otros casos, los árbitros enmarcaron los períodos de espera como una opción en lugar de considerarlo como un prerrequisito para la presentación de reclamaciones de tratado. Al hacerlo, dejan de lado una precondition aparente para el consentimiento del Estado a arbitraje conforme a los términos del tratado.²⁹

Los árbitros tomaron una postura similarmente expansiva cuando se enfrentaron a una cláusula de bifurcación en un tratado. Tales cláusulas requieren que los demandantes elijan entre presentar una reclamación en virtud de un tratado o recurrir a otro foro tal como los tribunales nacionales o un foro establecido en el contrato. En todos los casos, menos en dos de 17 casos, el tribunal no prohibió ninguna reclamación presentada por un inversor pese a que estaba sujeta a una cláusula de bifurcación que parecía no haber sido cumplida por el demandante.³⁰

Conclusión

Notablemente, si los tribunales hubieran asumido una postura general de restricción en estos contextos—especialmente por respeto a los foros establecidos en los contratos—las reclamaciones presentadas por un inversor en virtud de un tratado, en muchos casos, y quizás en su mayoría, tendrían que haber esperado una resolución en otro foro. Tal como se mencionó desde un principio, en los casos donde el tribunal no mostró restricción—pese a que la reclamación parecía relacionarse con un contrato que contenía una cláusula de solución de diferencias que había sido acordada previamente por el demandante o por una entidad relacionada—se ordenó a los estados que pagaran al menos US\$1,2 mil millones en total³¹. Esta suma aumentaría a US\$3,5 mil millones si se incluyera el laudo del caso *Occidental v Ecuador (No 2)*³². No es por nada que el arbitraje de los tratados de inversión ha hecho un boom, basado en parte a las elecciones de políticas *de facto* por parte de árbitros con ánimo de lucro.

Autor

Gus Van Harten es profesor adjunto de Osgoode Hall Law School, York University.

Notas

1 *Infra* n 34.

2 El estudio y metodología se encuentran publicados en *Sovereign Choices and Sovereign Constraints: Judicial Restraint in Investment Treaty Arbitration* (Oxford University Press, 2013). Las conclusiones mencionadas en el presente artículo se basan en diferentes análisis de laudos de tratados de inversión dictados y publicados en recortes que van desde mayo de 2010 a octubre de 2012.

3 *Ibid.*, 122-4.

4 *Vivendi v Argentina (No 1)* (Laudo, 21 de noviembre de 2000), págs. 2-3 y 28.

5 *Ibid.*, págs. 28-9.

6 *Vivendi v Argentina (No 1)* (Decisión sobre Anulación, 3 de julio de 2002). Véase n 2 anterior, 135-47, para consultar un análisis más detallado de la decisión.

7 *Ibid.*, párrafo 86-7 y 115.

8 Véase también *Wena Hotels v Egypt* (Laudo, 8 de diciembre de 2000) párrafos 331-2.

9 Esto se basa en fundamentos limitados para establecer la anulación según el Convenio del CIADI, artículo 52(1); por ej., *MCI Power v Ecuador* (Decisión sobre Anulación, 19 de octubre de 2009) párrafo 49.

10 Del estudio surgieron cinco ejemplos de restricción, comparables con la decisión original del caso *Vivendi (No 1)*: *SGS v Philippines* (Laudo, 29 de enero de 2004) párrafos 155 y 170 (nota 95); *Joy Mining v Egypt* (Laudo, 6 de agosto de 2004) párrafos 81 y 89-94; *Salini v Jordan* (Laudo, 9 de noviembre de 2004) párrafos 70, 76 y 100-1; *SGS v Pakistan* (Laudo, 6 de agosto de 2003) párrafo 177; and *Bureau Veritas v Paraguay* (Laudo, 29 de mayo de 2009) párrafos 159 y 161. Otro ejemplo surgió a partir de búsquedas incidentales de recortes consultados para el análisis de contenidos sobre este tema: *Paushok v Mongolia* (Laudo, 28 de abril de 2011) párrafo 557. Esto incluye ejemplos de abstención (rechazando o suspendiendo la jurisdicción) y restricción incorporada (interpretando una norma determinada de manera restrictiva) debido al papel que juega el foro establecido en el contrato.

11 N 2 más arriba, 135-6.

12 N 7 más arriba, párrafo 101.

13 Por ej., *IBM c Ecuador* (Laudo, 22 de diciembre de 2003) párrafo 69; *Sempra c Argentina* (Laudo, 11 de mayo de 2005) párrafo 121; *Desert Line Products v Yemen* (Laudo, 6 de febrero de 2008) párrafo 134-6.

14 *Siemens v Argentina* (Laudo, 3 de agosto de 2004) párrafo 180 [la cursiva nos pertenece].

15 *Eureko v Poland* (Laudo, 19 de agosto de 2005) párrafo 113 [la traducción nos pertenece].

16 N 7 más arriba, párrafos 76-9.

17 Por ej., *TSA Spectrum v Argentina* (Laudo, 19 de diciembre de 2008) párrafo 58; *SGS v Paraguay* (Laudo, 10 de febrero de 2012) párrafo 180.

18 *Sempra v Argentina* (Laudo, 11 de mayo de 2005) párrafo 123.

19 *Ibid.*

20 Por ej., *Nykomb v Latvia* (Laudo, 16 de diciembre de 2003) pág. 9; *RDC v Guatemala* (Laudo, 18 de mayo de 2010) párrafos 130-1.

21 *National Grid v Argentina* (Laudo, 20 de junio de 2006) párrafo 169.

22 Para consultar una lista de casos, véase la n 2 más arriba, 148 (nota 171).

23 *Gas Natural v Argentina* (Laudo, 17 de junio de 2005) párrafo 30.

24 *Ethyl v Canada* (Laudo, 24 de junio de 1998) párrafos 84-5.

25 *Link Trading v Moldova* (Laudo, 16 de febrero de 2001) párrafo 8.6.4.

26 *Maffezini v Spain* (Laudo, 25 de enero de 2000) párrafos 21-3.

27 *PSEG v Turkey* (Laudo, 4 de junio de 2004) párrafos 161-2.

28 El tribunal también pareció concluir que la demandante había esperado el período requerido. *Occidental v Ecuador (No 2)* (Laudo, 9 de septiembre de 2008) párrafos 92-4; *Occidental v Ecuador (No 2)* (Laudo, 5 de octubre de 2012) párrafos 432-6.

29 *Republic of Argentina v. BG Group PLC* (DC Cir, 17 de enero, 2012) pág. 17 (donde la corte dejó de lado el laudo debido a que la demandante no cumplió con el período de espera).

30 Para consultar una lista de casos, véase la n 2 más arriba, 149 (nota 181).

31 Esto refleja las sumas otorgadas en laudos conocidos en materiales publicados hasta junio de 2010 y en la mayoría de los casos, no incluye laudos con intereses pre-laudo, sumas pagadas por los Estados para resolver reclamaciones o resultados de anulación: *Siemens v Argentina*; *National Grid v Argentina*; *Azurix v Argentina*; *Sempra v Argentina*; *CMS v Argentina*; *Vivendi v Argentina (No 2)*; *Enron v Argentina*; *LG&E v Argentina*; *Rumeli Telekom v Kazakhstan*; *Nykomb v Latvia*; *PSEG v Turkey*; *Desert Line Projects v Yemen*. En otros casos pertinentes, aparentemente todavía se encuentra pendiente una orden de compensación o no se encuentra publicada, o el caso aparentemente fue resuelto después de una decisión sobre jurisdicción. N 2 más arriba, 156 (nota 219).

32 N 29 más arriba.

Propuesta de cambios al sistema de solución de disputas de inversión: Un aporte desde Sur América por Hildegard Rondón de Sansó

artículo 3



El sistema de arbitraje internacional de inversión adolece de serias fallas. En América Latina, más que otras regiones, se conoce de esas fallas por experiencia directa. Si bien no se trata de la región del mundo que atraiga la mayor cantidad de inversión extranjera directa, es la zona que históricamente ha enfrentado la mayor cantidad de arbitrajes de inversión, a pesar de que poseemos regímenes democráticamente electos, con instituciones establecidas y con reglas desarrolladas.

Posiblemente porque muchos de los países de la región han sido víctimas de múltiples arbitrajes internacionales de inversión fundados en indemnizaciones multimillonarias, los gobiernos, instituciones multilaterales y académicos han propuesto vías alternativas al sistema actual de solución de disputas de inversiones. Si bien estas propuestas no son solo aplicables a América del Sur, esta región ha sido particularmente activa en identificar soluciones o alternativas. En el presente artículo se resumen algunas de estas alternativas.

Inclusión de fases preclusivas de arreglos amigables y de mediación antes del arbitraje

Esta propuesta, discutida en foros académicos y gubernamentales, consistiría en el desarrollo de disposiciones contractuales, de tratados o legales, según las cuales una vez que haya surgido la disputa, el inversionista y el Estado deberán iniciar un período previo de arreglo amigable y mediación, sin cuyo agotamiento no podrán pasar a la fase siguiente¹. A tales efectos deberán demostrar que intercambiaron comunicaciones que denoten la existencia de una disputa, a partir de cuyas fechas se inicia esa fase. Concluida esa fase, sin éxito, las partes podrán iniciar un proceso formal de mediación por determinado período de tiempo. Y solo después de concluida la segunda fase, las partes podrán someter la disputa a arbitraje.

A diferencia de lo que ocurre actualmente donde muchos tribunales arbitrales obvian los requisitos previos al arbitraje que existen en muchos tratados de protección de inversión tales, como períodos de arreglos amigables y períodos en tribunales locales, bajo la excusa que ello sería "fútil" o que es un asunto de admisibilidad y no de jurisdicción; en la implementación de esta propuesta se indicaría expresamente --en los instrumentos donde se consagre-- que las fases anteriores al arbitraje *han de ser* agotadas de forma obligatoria.

La ventaja de esta propuesta es que crea condiciones para que las partes se comuniquen, negocien y encuentren soluciones mediadas, a la par que la disputa pueda ser solucionada a bajo costo. Sin embargo, por otro lado, esta propuesta tiene la desventaja que, de no resultar exitosa la negociación y la mediación, tiempo y costos adicionales habrán de ser sumados a las partes contendientes.

Solución de disputas por los tribunales locales

Esta propuesta, considerada por algunos gobiernos como viable, tiene dos variantes:

- Creación de una jurisdicción especial de inversiones extranjeras. A tales efectos se crearían tribunales especializados compuestos por jueces expertos en Derecho de Inversiones; Derecho Mercantil; Derecho Administrativo y Contencioso Administrativo; Contabilidad de Empresas; Sociología Política.
- Establecer el sistema de asociados, que permitiría en cada caso, a las empresas demandantes postular, para integrar los tribunales que conozcan sobre los juicios de inversión, juristas de alto prestigio quienes fungirían, conjuntamente con el juez titular de jueces asociados, para integrar el tribunal nacional competente². Esta propuesta supone reformas legales en algunos países. Por la naturaleza local de los tribunales, la condición de abogado del país anfitrión de la inversión, habría de ser uno de los requisitos a exigir. Sin embargo, dado que las disputas de inversión posiblemente sean resueltas en base a acuerdos internacionales de inversión, los cuales poseen una naturaleza doble perteneciente tanto al derecho nacional como al internacional (es decir, que han sido ratificados por los poderes legislativos de los Estados), se podrían introducir reformas legales para permitir la postulación de jueces extranjeros que reúnan las otras condiciones necesarias para instituirse como jueces asociados.³

Las ventajas de la aplicación de este sistema es hacerle perder al inversionista el temor por la falta de imparcialidad de los jueces nacionales, ya que los tribunales se constituirían con juristas independientes. Paralelamente, una decisión de un tribunal nacional, será más fácil de aceptar por parte del Estado a los efectos de una ejecución voluntaria. Para los Estados la ventaja está en que los conflictos se dilucidarán en sus territorios, en su jurisdicción y con sus procedimientos. Sin embargo, la desventaja de esta opción es que puede ser percibida por los inversionistas extranjeros como una carente del cariz neutral e internacional que aparentemente se buscaba con el sistema actual.

La creación de un tribunal de inversiones regional

Un tribunal de inversiones regional podría estar formado, por ejemplo, por la Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Guyana, Paraguay, Perú, Surinam, Uruguay, Venezuela), por la Alianza Bolivariana para los Pueblos de Nuestra América (ALBA: Antigua y Barbudas, Bolivia, Cuba, Dominica, Ecuador, Honduras, Nicaragua, San Vicente y las Granadinas y Venezuela) o por el Mercado Común del Sur (MERCOSUR: Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay y Venezuela).

Esta sería una buena figura institucional pública que serviría a los intereses de los Estados y de los inversionistas. Asimismo, al establecer un nuevo reglamento de arbitraje, se garantizaría mayor legitimidad, previsibilidad y transparencia; en comparación con los reglamentos de arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones del Banco Mundial (CIADI) y de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).

Una modalidad sugerida para estos tribunales permanentes es que los jueces formen diferentes tribunales en un centro a los cuales las demandas podrían ser asignadas al azar, apartándose de esta manera, del sistema de árbitros postulados por las partes⁴. Los miembros serían nombrados por un cierto período y los casos se asignarían de acuerdo con las normas internas. Por supuesto, las personas designadas a un tribunal inversión tendrían que cumplir con ciertos requisitos éticos y profesionales, tales como tener un conocimiento suficiente del Derecho de Internacional de Inversión. Esta estructura garantiza tanto que los inversionistas estén satisfechos con el nivel de competencia de los jueces y que los Estados estén satisfechos con la permanencia, la transparencia y la previsibilidad del marco de resolución de disputas.

Las partes en una disputa tendrán la opción de aceptar o no resolver los conflictos ante estos tribunales de inversiones permanentes. La autorización se concederá a través de tratados, leyes, notificaciones o la presentación de la controversia, como se produce actualmente.

Los Estados que acepten crear los tribunales de inversiones permanentes podrían financiarlos, como lo hacen en la Organización Mundial de Comercio o en otros tribunales permanentes regionales. Parte de los fondos se utilizará para pagar a los jueces que recibirían un salario por su trabajo. En perspectiva, muchos Estados podrán comparar favorablemente los costes de financiación de los tribunales permanentes con la cantidad pagada en los costos y honorarios en el arbitraje sobre inversiones .

Estos tribunales probablemente competirán con los tribunales arbitrales a los que el consentimiento ya ha sido concedido, tales como el CIADI y la CNUDMI. Pero con el tiempo y en la medida que la reputación de estos nuevos tribunales se desarrolle serán capaces de atraer más casos. Además, en virtud de futuros tratados, los Estados podrían formalmente otorgar su consentimiento para someter las controversias a los tribunales en forma exclusiva o alternativa.⁵

Actualmente, existen 21 acuerdos internacionales de inversión entre los países de UNASUR. Por lo tanto, una Corte Sud Americana de Inversiones Extranjeras podría inmediatamente tener jurisdicción para disputas de inversiones pertinentes a más de 20 tratados internacionales de inversiones, incluyendo bilaterales y multilaterales, siempre y cuando los países pertinentes otorguen mutuo consentimiento.

Esta opción tiene la ventaja que crea un centro internacional neutral y permanente para la solución de las disputas de inversiones. La desventaja es que el centro habría de ser creado, estructurado, dotado y capacitado y aun así podría no tener casos que conocer. Sin embargo, la experiencia de los primeros años de CIADI es emblemática. Con poco personal, sus primeros años fueron didácticos, dedicados a la capacitación técnica y publicaciones,

entre otras cosas. Una Corte permanente de inversiones extranjeras podría asumir el doble rol de ente capacitador, divulgador, informador y el de ente decisor.

Actualmente esta es la propuesta que pareciera estar recibiendo más apoyo en el ámbito diplomático de algunos países de América del Sur y la que posiblemente tenga más fortalezas de encarar el asunto clave: un foro neutral, profesional y estable para resolución de las disputas de inversiones.⁶

La asignación de la primera instancia a los tribunales nacionales y la segunda a dos o tres cortes de apelación en diferentes países suramericanos

Concebida por la autora⁷, esta opción supone una combinación de algunas de las propuestas anteriores, habiendo de implementarse de forma similar y por ello comparte sus mismas ventajas y desventajas. Por ejemplo, las disputas podrían ser resueltas por un tribunal local compuesto por jueces asociados y mediante tratado se podría establecer que la apelación se podría presentar ante un tribunal internacional especialmente creado o ante las máximas instancias judiciales de países debidamente definidos en el tratado, que sean diferentes a las partes en disputa y ajenas a la controversia, a elección de las partes.

Esta opción tiene la ventaja que provee legitimidad a quienes deciden la disputa; estabilidad al tribunal; consistencia a sus decisiones; neutralidad en la decisión, e incluso, podría rebajar los costos. Una modalidad intermedia es la de consagrar la posibilidad --a través de los mismos tratados en los que se establezca esta modalidad de apelación—de que las cortes que conozcan de estos recursos, puedan estar constituidas con jueces asociados conjuntamente con los jueces titulares.

Lo significativo es que ante la crisis del sistema internacional de solución de disputas de inversiones, la creatividad se impone en aras de la equidad y del desarrollo sostenible social y económico de los pueblos del mundo.

Autor

Hildegard Rondón de Sansó es Profesora Emérita en Derecho Administrativo en la Universidad Central de Venezuela. Anteriormente, fue magistrada de la corte de política administrativa de la Corte Suprema de Justicia de Venezuela. Contacto: sansohilde@outlook.com

Notas

1 *How to Prevent and Manage Investor-State Disputes: Lessons from Peru*, Best Practices in Investment for Development Series (United Nations, New York and Geneva, 2011) on page 32.

2 Supreme Court of Venezuela, case "Apertura Petrolera" (Oil Opening), August 17, 1999, dissenting vote.

3 Hildegard Rondón de Sansó, Aspectos Jurídicos Fundamentales del Arbitraje Internacional de Inversión (Basic Legal Aspects of International Investment Arbitration), page 102 (2011).

4 Karsten Nowrot, *International Investment Law and the Republic of Ecuador: from arbitral bilateralism to judicial regionalism*, Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, May 2010, page 46.

5 Omar E. Garcia-Bolivar. 2012. "Has the time arrived for permanent investment tribunals?" International Investment Law http://works.bepress.com/omar_garcia_bolivar/15

6 Vid, Protocolo Constitutivo del Centro de Mediación y Arbitraje de la Unión de Naciones Suramericanas "UNASUR" en materia de inversiones, <http://www.unasursg.org/uploads/4f/d0/4fd027384196e5e0073e36cf76cfc6d/Protocolo-constitutivo-Centro-de-Mediacion-y-Arbitraje-en-materia-de-inversion.pdf>

7 Vid Hildegard Rondón de Sansó, *Vías sustitutivas del arbitraje internacional de inversión (Alternative ways to international investment arbitration) Quinto Día*, 8 de junio de 2012 <http://www.quintodia.net/pais/2473/vias-sustitutivas-del-arbitraje-internacional-de-inversion>

Noticias en Breve

Australia cambia su postura sobre arbitraje entre inversionista y Estado en tratado de libre comercio con Corea

El gobierno australiano ha aceptado el arbitraje entre inversionista y Estado en el capítulo de inversión del tratado de libre comercio firmado con Corea, abandonando la postura adoptada por el anterior gobierno, quien había decidido no asumir dicho compromiso.

El trato, firmado en diciembre, pero que aun no fue publicado, concluyó las negociaciones iniciadas en 2009.

En 2011, la anterior coalición dirigida por el partido Laboral se comprometió a rechazar la solución de controversias entre inversionista y Estado. El gobierno justificó esta política en base a no permitir el otorgamiento de “más derechos” a los inversores extranjeros y de conservar su “capacidad para imponer leyes que no discriminen entre empresas nacionales y extranjeras” para proteger el interés público.

Esta postura se reafirmó cuando Philip Morris, la empresa tabacalera, demandó a Australia en virtud del tratado bilateral de inversión entre Hong Kong y Australia, por la legislación que limita la identificación de su marca registrada en productos de tabaco.

Sin embargo, la nueva coalición Liberal-Nacional expresó que adoptaría un enfoque más flexible con respecto al arbitraje entre inversionista y Estado, pasando a considerar este tema caso por caso.

En el nuevo acuerdo con Corea, el gobierno australiano señaló que “ha garantizado la inclusión de excepciones y salvaguardias apropiadas en áreas importantes tales como las relativas al bienestar público, la salud y el medio ambiente”. El texto del acuerdo no fue hecho público mientras ITN estaba siendo publicada, así que no fue posible verificar la naturaleza de dichas excepciones y salvaguardias.

Las posturas sobre el arbitraje entre inversionista y Estado han demostrado estar muy divididas en el Acuerdo de Asociación Trans Pacífico (por sus siglas en inglés, TPP)— el mega acuerdo regional de comercio e inversión que actualmente se encuentra bajo negociación. Australia no ha confirmado si aceptará el arbitraje entre inversionista y Estado en el TPP, prefiriendo, en cambio, dejar abierta su decisión.

La Comisión Europea emprende la ofensiva para promover los tratados de inversión

En los últimos meses, la Comisión Europea—el órgano ejecutivo de la Unión Europea—ha lanzado un número de documentos que pretenden alentar el apoyo a los tratados de inversión.

En octubre publicó un boletín informativo titulado *Incorrect claims about investor-state dispute settlement*, el cual está destinado a refutar las inquietudes más comunes sobre el arbitraje de inversión.¹

Por ejemplo, en respuesta al alegato de que la solución de controversias entre inversionista y Estado “menoscaba la democracia permitiendo que las empresas puedan manejarse por fuera de los sistemas jurídicos nacionales”, la comisión contestó: “No es cierto!”. Si bien no contestó directamente este alegato, la Comisión señaló que un “inversor puede no querer iniciar una causa contra el país receptor ante el tribunal de ese país porque el mismo podría ser parcial o carecer de independencia”, o “podría no tener acceso a los tribunales locales del país receptor”.

Sin embargo, en un boletín informativo publicado en noviembre, se reconoce que las disposiciones sobre la protección de las inversiones presentes en los tratados internacionales contienen “imperfecciones”. En *Investment protection and investor-state dispute settlement in EU agreements* se identifican dos áreas que precisan mejoras: las reglas de protección de las inversiones y cómo funciona el sistema de solución de controversias entre inversionista y Estado.²

La Comisión identifica que “la principal preocupación es que las actuales reglas de protección de las inversiones podrían

ser abusadas para impedir que los países hagan elecciones legítimas de políticas”. En la publicación se apunta al caso presentado por Philip Morris contra Australia, y al caso de Vattenfall contra Alemania, como ejemplos que plantean esta preocupación.

El boletín prosigue describiendo cómo la Comisión está respondiendo a estas inquietudes definiendo mejor las reglas de protección de las inversiones y los procedimientos que sirven de guía para los árbitros.

Con respecto a estas reglas, la Comisión señala que los acuerdos de la UE preservan el derecho de los Estados a regular. Por ejemplo, en cuanto a la expropiación indirecta, “el derecho del Estado a regular debería prevalecer sobre el impacto económico que tienen aquellas medidas en el inversor”. En torno al trato justo y equitativo—que a menudo es invocado por los demandantes—los acuerdos de la UE “establecerán precisamente cuáles acciones no están permitidas”.

Refiriéndose a la solución de controversias, la Comisión pretende desalentar la presentación de reclamaciones frías, estableciendo reglas que alienten a los tribunales a resolver dichos casos rápidamente, y ordenar al demandante el pago de las costas legales. En respuesta a la preocupación que existe en torno a la independencia de los árbitros, la UE ha establecido un nuevo código de conducta. También tiene la intención de crear un mecanismo de apelación “para garantizar la coherencia y aumentar la legitimidad del sistema sometiendo los laudos a revisión”.

En un tercer documento sobre el tratado de libre comercio entre la UE y Canadá, el cual fue finalizado en octubre pasado³, la Comisión desea demostrar cómo se han puesto en práctica estos enfoques. Bajo los títulos “*How is the right to regulate protected in the investment chapter?*” y “*Investor state dispute settlement in CETA: main achievements*”, la Comisión describe dónde cree que se han realizado cambios progresivos para mejorar los reglamentos internacionales de inversión dentro de dicho acuerdo.

Ecuador establece comisión para auditar sus tratados bilaterales de inversión

En octubre de 2012, Ecuador anunció que ha establecido una comisión para auditar 26 de sus tratados bilaterales de inversión. En 2008, un tipo de comisión similar analizó la deuda externa de este país, y sus conclusiones finalmente llevaron al país al *default* por \$3,2 mil millones en bonos mundiales.

Se ha encargado a la comisión que determine si los TBIs de Ecuador comprometen su soberanía y si son beneficiosos para el país. El ministro de asuntos exteriores ecuatoriano, Ricardo Patino, afirmó que el propósito de la comisión es “descubrir cosas que en el pasado hicieron demasiado daño a Ecuador”.

Este país ha sido demandado en al menos 26 arbitrajes de tratado de inversión—quedando tercero en la lista después de Argentina y Venezuela. También se ha dictado en su contra, el mayor laudo por daños de la historia de los arbitrajes de inversión, recibiendo en septiembre de 2012, una orden a pagar US\$1,77 mil millones por los daños ocasionados a Occidental Petroleum Corporation. Ecuador inició un procedimiento de anulación de dicho laudo a principios de este año.

Al igual que Bolivia y Venezuela, Ecuador también ha emitido una notificación para retirarse del Convenio del CIADI. La comisión está compuesta por abogados, académicos y lobistas provenientes de una variedad de países latinoamericanos. La misma tiene 8 meses para elaborar su informe.

Notas

1 http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/october/tradoc_151790.pdf

2 http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/november/tradoc_151916.pdf

3 http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/november/tradoc_151918.pdf

Laudos y Decisiones

Se ordena a Libia a pagar US\$935 millones a empresa de Kuwait por cancelación de proyecto de inversión; jurisdicción establecida bajo Acuerdo Unificado para la Inversión de Capital Árabe *Mohamed Abdulmohsen Al-Kharafi & Sons Co. v. Libya and others, Laudo Arbitral Final Diana Rosert*

Un tribunal ha ordenado a Libia a pagar US\$935 millones a raíz de una diferencia sobre un contrato de arrendamiento de tierras para un proyecto turístico—siendo el segundo laudo más cuantioso conocido hasta la fecha.

El laudo del 22 de marzo de 2013 sostuvo la jurisdicción del tribunal y declaró a Libia culpable por la violación del contrato, la legislación nacional y el Acuerdo Unificado para la Inversión de Capital Árabe en los Estados Árabes (Acuerdo Unificado). El árbitro nominado por Libia, el Juez Mohamed El-Kamoudi El-Hafi, se rehusó a firmar el laudo.

Antecedentes

En 2006, el Ministerio de Turismo libio aprobó un proyecto de inversión propuesto por Al-Kharafi & Sons Co. para la construcción y operación de un complejo turístico. Poco después, la empresa de Kuwait firmó un contrato de arrendamiento de tierras por un período de 90 años con la Autoridad de Desarrollo Turístico (*Tourism Development Authority*), que comprende 24 hectáreas de tierras estatales en Tajura, una ciudad del distrito de Tripoli. El proyecto debía iniciar en 2007, pero las obras de construcción nunca comenzaron. El Ministerio de Economía anuló la aprobación del proyecto en 2010; y como resultado, el contrato de arrendamiento de tierras también fue invalidado.

En 2011, Al-Kharafi & Sons Co. lanzó su reclamación contra Libia y varias autoridades, presentando dos principales reclamos. Primero, la demandante afirmó que la Autoridad de Desarrollo Turístico no entregó la propiedad “libre de tenencias y personas” tal como lo exigía el contrato, y que el Estado libio, a través de varias autoridades, era responsable por demorar la construcción. Segundo, la demandante alegó que la anulación de la aprobación y la cancelación del contrato de arrendamiento ambos eran ilegales. Considerando que estos actos y omisiones constituían violaciones que le causaron daños, la demandante solicitó compensación al Estado libio.

El tribunal fue instituido conforme al Acuerdo Unificado bajo consideración de la cláusula de arbitraje del contrato de arrendamiento de tierras.

Antecedentes del Acuerdo Unificado

En 1982, Libia y Kuwait ratificaron el Acuerdo Unificado, al cual han accedido muchos miembros de la Liga árabe. Aparte de las disposiciones sobre protección y liberalización de capital, el Acuerdo establece que las diferencias, incluyendo aquellas surgidas entre Estados parte e inversores árabes, deben ser resueltas a través de conciliación, arbitraje o por el Tribunal de Inversiones Árabes establecido a tal fin. El Acuerdo también establece que las dos partes contendientes “podrían acordar recurrir a arbitraje” si no llegaran a una conciliación de la diferencia; si la decisión de conciliación no fuera emitida dentro del período de tiempo requerido o si la misma no fuese aceptada por las partes de manera unánime. Notablemente, en general se considera que esto no establece el consentimiento por adelantado a arbitraje de los Estados signatarios.¹

Tribunal asume jurisdicción en base a contrato de arrendamiento y Acuerdo Unificado

La demandante alegó que tenía acceso a arbitraje bajo el Acuerdo Unificado en virtud de la cláusula de arbitraje contenida en el contrato de arrendamiento que hacía referencia al Acuerdo Unificado. El contrato determina que las diferencias entre las partes “surgidas de la interpretación

o desempeño del presente contrato durante su período de validez ... deben ser resueltas de forma amistosa” y, si esto no ocurre, “la diferencia debe ser sometida a arbitraje de acuerdo con las disposiciones del Acuerdo Unificado”.

El tribunal consideró que la redacción de la cláusula contenida en el contrato disponía el consentimiento a arbitraje conforme al Acuerdo Unificado. “A *fortiori*, ambas partes eligieron explícitamente recurrir a arbitraje tal como lo dispone el Artículo (29) del contrato”, razonó el tribunal.

Recusando la jurisdicción establecida bajo el Acuerdo Unificado, Libia sostuvo que el proyecto no involucraba la transferencia de capital árabe de Kuwait a Libia y, por lo tanto, el “alcance sustantivo de la aplicación de este Acuerdo no se encuentra cumplido *ipso facto*”. Aparte del hecho indiscutido de que los trabajos de construcción del complejo turístico nunca comenzaron, Libia señaló que la demandante no depositó el 10% del valor establecido del proyecto de inversión en una cuenta de un banco libio, tal como lo requirió la Autoridad General. Si bien la demandante pudo demostrar que había pagado el 0,1% del valor de la inversión a la Autoridad, Libia rebatió que esto no probaba la existencia de una inversión árabe.

No obstante, el tribunal determinó que el pago del 0,1% del valor de la inversión por parte de la empresa de Kuwait constituía una transferencia de capital árabe, y el tribunal no consideró como una obligación legal el pago del 10% como mínimo por parte de la demandante.

Libia también objetó la jurisdicción del tribunal argumentando que el caso recaía fuera del alcance limitado de la cláusula de arbitraje contenida en el contrato. Según su opinión, la cláusula excluía las diferencias relacionadas con la falta de desempeño, cancelación del contrato y “cualquier diferencia surgida después de su expiración y relacionada con reclamos de compensación por daños”. Asimismo, Libia afirmó que “el arbitraje es un sistema judicial especial surgido de la voluntad de las partes a recurrir al mismo... esto arroja la conclusión de que la presente reclamación no recae dentro de la jurisdicción del Tribunal arbitral”.

Al abordar esta objeción, el tribunal consideró que tenía competencia para decidir sobre el “alcance de la extensión de la cláusula de arbitraje” de manera que cubra la anulación del contrato y la compensación por daños. Dado que ya había determinado que el Acuerdo Unificado regía la diferencia, el tribunal consideró que el reglamento de arbitraje establecido en el mismo debía aplicarse a este caso, incluyendo el Artículo 2.6 del Anexo del Acuerdo Unificado, el cual establece que el “panel arbitral debe decidir sobre todos los asuntos relacionados con su jurisdicción y debe determinar su propio procedimiento”. El tribunal interpretó esto como un otorgamiento de competencia para actuar en capacidad propia así como la extensión del alcance de la cláusula contractual.

Otra objeción a la jurisdicción del tribunal se encuentra relacionada con el requisito del contrato sobre arreglo amistoso antes de recurrir a arbitraje. Libia objetó que la demandante no se había esforzado seriamente para cumplir con este arreglo y afirmó que el arbitraje había sido presentado prematuramente, mientras que, por su lado, la demandante alegó que había intentado llegar a un arreglo amistoso de la diferencia. El tribunal concluyó que ambas partes “emprendieron iniciativas de arreglo amistoso”, y dado que todas estas iniciativas fallaron, se permitió a la demandante recurrir a arbitraje.

Dado que la Autoridad de Desarrollo Turístico era la única signataria del contrato, Libia alegó que las disposiciones contractuales no podrían ser invocadas contra el gobierno libio y las otras autoridades. Aceptando la solicitud de la demandante de extender la cláusula de arbitraje a partes

no signatarias del contrato, el tribunal determinó que “la intervención de múltiples organismos gubernamentales e instituciones públicas así como también de ministerios en el desempeño o la terminación del contrato” otorgaban al mismo “carácter gubernamental”. Sin embargo, se rehusó a aceptar la Autoridad de Inversión libia como una parte contendiente, considerando que, a diferencia de los otros actores, esta institución no se encontraba involucrada en la diferencia.

Además, el tribunal estableció que el contrato de arrendamiento pertenecía al ámbito del derecho privado regido por el Código Civil libio, de la legislación nacional sobre la Promoción de la Inversión de Capital Extranjero (Ley de Inversiones de Libia) y del Acuerdo Unificado.

Se declara que demandados de Libia frustraron la ejecución del proyecto de la demandante

Con respecto a los méritos, el primer asunto contencioso era si la Autoridad de Desarrollo Turístico había entregado las tierras a la demandante de conformidad con los términos del contrato. El mismo, estipulaba que la autoridad de turismo “se compromete a entregar... la parcela de tierra libre de tenencias y ocupantes, garantiza que no hay impedimentos físicos o legales para la iniciación de la ejecución u operación del proyecto durante el período de usufructo inmediatamente después de la firma del presente contrato, y le permite tomar posesión física de la misma a los fines de establecer el proyecto”.

Según la demandante, la autoridad de turismo no cumplió con esta obligación contractual porque otras personas y empresas ocuparon las tierras e impidieron la ejecución del proyecto desde un principio. La demandante afirmó que en varios intentos para tomar la tierra y construir una cerca, fue asaltada por guardias municipales y otros ocupantes. Alegó que la autoridad de turismo tenía conocimiento de estos obstáculos, pero se resistió a evacuar la tierra. En cambio la misma exigió que la demandante detuviera el proyecto hasta que estos asuntos fueran resueltos y le ofreció otra parcela de tierra.

Sin embargo, de acuerdo con Libia, la demandante recibió el sitio en 2007 “libre de ocupantes o impedimentos”. Sostuvo que Al-Kharafi & Sons Co. era responsable por las demoras debido a que, entre otras cosas, no presentó el diseño final del proyecto a las autoridades, que no depositó 10% del valor del mismo a una cuenta bancaria de Libia y que no solicitó los permisos correspondientes.

El tribunal concluyó que “todos los datos y hechos establecidos” confirmaban los alegatos de la demandante de que la tierra no estaba “libre de tenencias”, y que las autoridades libias le impidieron comenzar el proyecto. El tribunal también concluyó que la demandante no provocó ningún “impedimento auto-infligido”. De hecho, sostuvo que el ofrecimiento de Libia de proporcionar a la empresa de Kuwait una parcela de tierra alternativa era una “prueba adicional de la falla de la Demandada”. Por lo tanto, el tribunal sentenció que Libia había violado una obligación esencial del contrato de arrendamiento, así como el Código Civil de Libia que requiere que cumpla con dichas obligaciones. Además, el tribunal remarcó que el caso involucraba “corrupción administrativa”. Aunque no se trató de un acto “organizado o deliberado” del Estado libio, este país incurrió en una “negligencia grave e incumplimiento con las reglas de inversión”.

Se considera que la decisión de anular el proyecto llevó a la “confiscación, liquidación, paralización y control de la inversión”

El tribunal prosiguió a considerar la acusación de la demandante de que la anulación de la aprobación del proyecto por parte del Ministerio de Economía era un “acto ilícito” en violación de varias leyes libias y las disposiciones del Acuerdo Unificado.

Libia alegó que el Ministerio canceló la aprobación debido a una demora de cuatro años en la construcción del proyecto. Sostuvo que la medida fue tomada de conformidad con las leyes nacionales así como también con las disposiciones del contrato, el cual en el Artículo 24, establece expresamente el derecho de la autoridad a cancelar el contrato si el proyecto no fuera ejecutado a tiempo.

Mientras tanto, la demandante alegó que la “verdadera razón” que subyace a la anulación era que Libia no cumplió con su obligación de entregar la tierra libre de ocupantes.

El tribunal, dictaminó que la anulación constituía una segunda violación grave de las obligaciones de Libia. Si bien recordó que toda la evidencia confirmaba que Libia era responsable por las demoras, desaprobó uno por uno los alegatos facticos presentados por este país en torno a las fallas de la demandante. Evaluando la responsabilidad en virtud de diferentes leyes, concluyó que la anulación era “una decisión arbitraria” que llevó a la confiscación, liquidación y paralización del proyecto, lo cual estaba prohibido por la Ley de Inversiones de Libia y por el Artículo 9(1) del Acuerdo Unificado. El tribunal decidió que las autoridades libias eran responsables por dichas violaciones y le ordenó el pago de compensación en virtud del Código Civil de Libia.

Se otorgan US\$935 por ganancias perdidas, daño moral, pérdidas materiales y gastos

El tribunal ordenó a Libia el pago de US\$5 millones por el valor de las pérdidas y gastos incurridos por la empresa de Kuwait, US\$30 millones por daño moral y US\$900 millones por “las ganancias perdidas como resultado de la pérdida de oportunidades reales y ciertas”.

Vale remarcar que, en el transcurso del procedimiento, la demandante aumentó el reclamo de compensación a más de US\$2 mil millones cubriendo la pérdida de ganancias a futuro por 83 años, correspondiente a la duración del contrato de arrendamiento revocado. Originalmente, Al-Kharafi & Sons Co. había reclamado US\$55 millones, que modificó en septiembre de 2012, para pedir US\$1.144.930 mil millones. Libia sostuvo que la empresa “incurrió en daños, si es que hubo alguno, debido a sus propias fallas” y consideró que la reclamación de compensación estaba “caracterizada por corrupción”.

Se otorga compensación por daño moral a la reputación de la demandante

La demandante reclamó US\$50 millones en daño moral, aparte de los US\$5 millones por pérdidas materiales y gastos relacionados con la apertura de una oficina en Trípoli. Alegó que debería recibir esta suma “meramente simbólica” porque la cancelación del proyecto dañó su alta reputación nacional e internacional.

Los demandados libios respondieron que el daño moral no había ocurrido y señalaron que la demandante no había presentado pruebas a este respecto.

Finalmente, el tribunal decidió que la compensación por daño moral estaba permitida bajo el derecho libio, y que la demandante estaba facultada para solicitarla. Asimismo, consideró que la demandante sufrió daño moral “a su reputación en el mercado de valores, así como en el mercado empresarial y de la construcción tanto en Kuwait como en el mundo”.

La decisión del tribunal sobre daño moral es atípica en el campo del arbitraje de inversión. Se han entablado reclamaciones por daño moral en otros arbitrajes de tratado de inversión, pero los tribunales habitualmente han puesto condiciones muy estrictas sobre la validez de dichas reclamaciones. Por ejemplo, en el caso *Rompertrol v. Romania*, el tribunal consideró que el daño moral estaba “sujeto a las reglas usuales de prueba”². Eventualmente rechazó la reclamación de US\$46 millones presentada por la demandante

por daño moral “a raíz de la pérdida de reputación y credibilidad”. El tribunal del caso *Arif v. Moldova*³ desestimó una demanda de €5 millones por daño moral, sosteniendo que “las diferentes acciones no llegaban al nivel de gravedad e intensidad” suficiente para justificarlas.

Cálculo de US\$2 mil millones por futuras ganancias perdidas considerado “justo y convincente”

La reclamación de US\$2 mil millones por ganancias perdidas fue basada en cuatro informes que Ernst & Young, Prime Global (Khaled El-Ghannam), Habib Khalil El-Masri y Ahmad Ghatour & Partners elaboraron sobre la solicitud de la demandante y en base a los documentos presentados por la misma.

Libia afirmó que los informes carecían de credibilidad porque solo se basaron en datos e información proporcionada por la demandante, los cuales no fueron verificados independientemente. Sin embargo, Libia no presentó su propio cálculo de expertos.

Primero, el tribunal determinó que el Código Civil libio (Artículo 224), apoyado por los fallos de la Corte Suprema de Libia, cubría la compensación por ganancias perdidas. Consideró que los Principios Internacionales UNIDROIT de Contratos Comerciales (*UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*) confirmaban que tenía discreción para decidir sobre este tema. Luego interpretó el derecho libio sobre compensación por daños, concluyendo que la demanda por ganancias perdidas solo tenía validez si los daños eran resultado de oportunidades que eran “reales y ciertas”.

En segundo lugar, el tribunal concluyó que los informes presentados sobre ganancias perdidas eran “informes científicos e imparciales” elaborados por firmas con buena reputación. El tribunal remarcó que la crítica de los informes por parte de Libia no estaba en “el mismo nivel de conocimientos”, ya que no había presentado sus propios informes de expertos desaprobando ninguna de las conclusiones.

Basándose en esas conclusiones, el tribunal decidió que los informes que contenían cálculos que iban de US\$1,7 a 2,6 mil millones eran “justos y convincentes”. Dos de los expertos que elaboraron los informes, Khaled El-Ghannam y Habib Khalil El-Masri, confirmaron durante una audiencia que las sumas eran “ganancias perdidas ciertas” y constituían un “mínimo” de lo que la demandante “de otra manera seguramente hubiera percibido en las condiciones normales que actualmente prevalecen en Libia”.

Sin embargo, en lugar de otorgar el promedio aritmético de US\$2,1 mil millones, el tribunal decidió reducir la suma de la compensación por ganancias perdidas, “en virtud de su poder de discreción”, a US\$900 millones. En miras de la revolución libia, el tribunal remarcó que “este arbitraje servirá como un incentivo para las agencias del gobierno” y “reafirmará a los inversores árabes”.

Las reclamaciones por ganancias perdidas no son inusuales en el arbitraje de tratados o comerciales, sin embargo, la suma otorgada bajo las circunstancias del presente caso parece ser distinta. Por ejemplo, en un caso seminal, *PSEG v. Turkey*, el tribunal se rehusó a otorgar compensación a los demandantes por ganancias perdidas a futuro de US\$223,742 millones en un proyecto de una planta de energía que no fue construida⁴. El laudo del caso PSEG recordó que otros tribunales de inversión también dudaban en otorgar ganancias perdidas por empresas no establecidas que, consecuentemente, carecían de evidencia histórica de ganancias.

El tribunal está compuesto por el Dr. Abdel Hamid El-Ahdab (árbitro presidente), el Dr. Ibrahim Fawzi (nominado la demandante) y el Juez Mohamed El-Kamoudi El-Hafi (nominado por la demandada).

El laudo se encuentra disponible en <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1554.pdf>

Tribunal del CIADI declara a Venezuela responsable por no negociar en buena fe la compensación al valor de mercado por confiscaciones; se rechazan otras reclamaciones

ConocoPhillips Petrozuata B.V., ConocoPhillips Hamaca B.V. and ConocoPhillips Gulf of Paria B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela, Caso del CIADI No. ARB/07/30, Decisión sobre Jurisdicción y Méritos
Diana Rosert

Un tribunal ha emitido una decisión sobre jurisdicción y méritos en una reclamación presentada por la subsidiaria de la compañía eléctrica de EUA, ConocoPhillips, contra Venezuela aproximadamente 5 años después de que el caso fuera registrado en el CIADI.

El fallo del tribunal del 3 de septiembre desestimó de manera unánime algunas partes de las reclamaciones de ConocoPhillips, tanto sobre jurisdicción como sobre los méritos. Sin embargo, el Juez Kenneth Keith y L. Yves Fortier encontraron una violación de la disposición sobre expropiación contenida en el TBI entre Holanda y Venezuela, mientras que el tercer árbitro, el Profesor Georges Abi-Saab, disintió con la mayoría. La decisión mayoritaria sobre daños está en curso.

Antecedentes

La reclamación de ConocoPhillips se relaciona con sus intereses en tres proyectos petroleros *on-shore* y *off-shore* en Venezuela: el Proyecto Petrozuata, el Proyecto Hamaca y el Proyecto Corocoro. Las subsidiarias holandesas de ConocoPhillips, que son las demandantes en este caso, invocaron disposiciones del TBI entre Holanda y Venezuela, mientras que las reclamaciones de la empresa matriz de EUA se encuentran basadas en la Ley venezolana sobre la Promoción y Protección de las Inversiones (Ley de Inversiones).

ConocoPhillips alegó que Venezuela violó las obligaciones de trato justo y equitativo (por sus siglas en inglés, FET) y cometió una expropiación ilegal. Estos reclamos están ligados a cambios del régimen fiscal que regía los proyectos petrolíferos, así como las leyes de migración y nacionalización que involucraban la transferencia parcial de los derechos de las demandantes a la compañía petrolera nacional, PdVSA, a fin de establecer empresas mixtas en el sector petrolero.

Las negociaciones entre Venezuela y ConocoPhillips tuvieron lugar en torno a los términos de la transferencia, compensación y la participación de las demandantes en las nuevas empresas mixtas. Sin embargo, después de no llegar a un acuerdo al cabo de cuatro meses, el periodo previsto en el decreto de nacionalización a tal fin, Venezuela nacionalizó los intereses de ConocoPhillips en los tres proyectos. La suma que se adeuda en compensación, y otros temas relacionados, aun no fueron resueltos.

Frente a estos antecedentes, ConocoPhillips originalmente reclamó daños que llegaban a alrededor de US\$30 mil millones, mientras que Venezuela insistió que “las reclamaciones [...] deberían ser desestimadas por completo”.

Pese a no ser abordado en la decisión del tribunal, vale remarcar que Venezuela canceló su TBI con Holanda en 2008 y se retiró del Convenio del CIADI en 2012.

No hay jurisdicción sobre reclamación de ConocoPhillips bajo la Ley de Inversiones de Venezuela

El tribunal desestimó las reclamaciones de la empresa matriz de EUA con respecto a su “pérdida de créditos fiscales futuros” por falta de jurisdicción bajo la Ley de Inversiones de Venezuela. La controversia ronda en torno a la cuestión de si el Artículo 22 de la Ley de Inversiones confería jurisdicción al tribunal del CIADI.

El artículo en cuestión hace referencia a diferencias surgidas entre un inversor internacional de una parte contratante de un TBI con Venezuela, así como a diferencias entabladas en el CIADI, que según entendían las demandantes, contenían el consentimiento unilateral de Venezuela a arbitraje ante el CIADI, afirmación que fue objetada por dicho país.

El tribunal concluyó que “Venezuela no consintió la jurisdicción del CIADI al promulgar esa disposición”. Dada esta decisión, el tribunal no evaluó en mayor medida la objeción de Venezuela de que ConocoPhillips no era un “inversor internacional” en el sentido del Artículo 22. El tribunal prosiguió abordando solamente las reclamaciones de las demandantes holandesas en base al TBI.

Notablemente, las demandantes en tres otros arbitrajes contra Venezuela—*Mobil, Cemex y Tidewater*—también habían intentado establecer la jurisdicción sobre la redacción ambigua del Artículo 22, pero los respectivos tribunales fallaron en su contra.⁵

Se acepta jurisdicción sobre reclamaciones de TBI pese a alegatos de abuso de tratado

Venezuela también presentó objeciones en torno a la jurisdicción del tribunal bajo el TBI, afirmando que la empresa estadounidense estableció sus tres filiales holandesas y transfirió su propiedad a las mismas solamente para obtener acceso al CIADI. En apoyo a este argumento, Venezuela alegó que la restructuración tuvo lugar después de ocurridas algunas de las medidas disputadas, lo cual implicaba que “las demandantes holandesas no existían o no fueron incorporadas a la cadena corporativa de propiedad” en ese momento. Venezuela también citó otros casos del CIADI que abordaban el “abuso de la forma corporativa y una flagrante elección del tratado o el foro más favorable”.

En respuesta, las demandantes afirmaron que “ningún principio de la ley” prohibía la restructuración “para beneficiarse de la protección de las leyes de otro país” y objetó que esto se realizó “antes de los cambios a la ley impositiva y antes de que las inversiones fueran confiscadas”.

El tribunal confirmó que el acceso al CIADI era “el único propósito empresarial” de la restructuración, pero rechazó las objeciones de Venezuela. Según su opinión, fue determinante el hecho de que “las transferencias de propiedad en 2005 y 2006 no intentaron transferir ningún derecho o reclamación surgida en virtud del CIADI o un TBI de un propietario a otro”. De acuerdo con el tribunal, no existía ninguna reclamación del CIADI o de TBI ni estaba “en prospecto” en ese momento. Además, el tribunal señaló que los gastos continuos de ConocoPhillips en los proyectos después de la restructuración era un factor “de mucho peso” en contra del abuso del tratado.

Posteriormente el tribunal dictaminó que la jurisdicción solo existía en torno a reclamaciones relacionadas con las medidas que entraron en vigor después de la restructuración de los respectivos proyectos. Similarmente, se permitió a las tres subsidiarias entablar reclamos por violaciones con respecto a un aumento del impuesto a las ganancias en 2007, la expropiación y la migración de intereses. Sin embargo, el tribunal determinó que ConocoPhillips Hamaca no podía presentar reclamos sobre el aumento del impuesto a la extracción de 2006 que entró en vigencia antes de la restructuración del proyecto Hamaca.

Concluyendo que la definición del TBI de inversión estaba “expresada en términos amplios”, el tribunal rechazó sucintamente la argumentación de Venezuela de que las inversiones de dos empresas, ConocoPhillips Hamaca y Gulf of Paria, no se encontraban cubiertas por la definición de inversión del TBI, porque presuntamente constituían inversiones indirectas poseídas a través de intermediarias.

Obligación FET en TBI considerada no aplicable a reclamaciones relacionadas con medidas impositivas

Si bien ConocoPhillips reclamó que varias medidas impositivas adoptadas por Venezuela violaron las obligaciones FET, algunas objeciones rondaban la cuestión de si, en primer lugar, tales asuntos recaían dentro del alcance de la disposición FET expresada en el Artículo 3 del TBI. El Artículo 4 del TBI aborda específicamente los “impuestos, tarifas, cargos y... deducciones y exenciones fiscales” pero dispone el trato no discriminatorio, en ausencia de FET. Al evaluar en detalle la interacción entre los dos artículos, el tribunal concluyó que las reclamaciones de ConocoPhillips sobre los impuestos no estaban cubiertas por la disposición FET. Asimismo, concluyó que las medidas fiscales disputadas, que se determinó que abarcaban regalías, estaban sujetas al Artículo 4 exclusivamente. Dado que ConocoPhillips no reclamó la violación de esto último, el tribunal no consideró el tema en mayor medida.

La mayoría encuentra violación de disposición sobre expropiación con respecto a negociaciones de “buena fe” y de “compensación al valor del mercado”

Desde el principio, el tribunal remarcó que ConocoPhillips no cuestionó “la prerrogativa soberana de nacionalizar correspondiente a la Demandada”, sin embargo alegó que la expropiación fue ilícita porque infringió las condiciones utilizadas para determinar la expropiación, establecidas en el Artículo 6 del TBI. Venezuela, en respuesta, mantuvo la legalidad de la nacionalización y denegó la responsabilidad.

Considerando la condición establecida en el Artículo 6(b) del TBI, el tribunal evaluó si la toma de los bienes por parte de Venezuela infringió un “compromiso” o “promesa” que presuntamente realizó a las demandantes con respecto al cobro de impuestos. Consideró que las demandantes no proporcionaron evidencia de la existencia de una promesa como tal. En lugar de sustanciar “los compromisos expresos de estabilización” o “garantías fiscales”, ConocoPhillips invocó “expectativas legítimas”. Sin embargo, dado que el tribunal había descartado la disponibilidad de las disposiciones FET con respecto a reclamos fiscales, razonó que la toma no era ilícita en el sentido del Artículo 6(b).

El tribunal también desestimó los reclamos de ConocoPhillips de que las medidas tomadas por Venezuela entre 2004 y 2007, incluyendo cambios al régimen fiscal, constituían una única confiscación ilícita por la cual sería necesario que el tribunal calculase compensación en base al valor de los bienes según al régimen original de regalías y tarifa del impuesto a las ganancias. Recordando que tales medidas estaban fuera del alcance de la norma FET y que no infringían el Artículo aplicable al cobro de impuestos, el tribunal decidió que esto no era relevante para la determinación de la suma a pagar.

Sin embargo, el tribunal concluyó que Venezuela violó la condición 6(c) de la disposición sobre expropiación en tanto que no negoció de buena fe con las demandantes sobre la compensación al valor del mercado. Venezuela exigió a las empresas petroleras, incluyendo a las demandantes, que migrasen los contratos mixtos o que renunciaran a sus derechos en los proyectos. Los términos de la transferencia y la suma de la compensación habrían de ser negociados entre Venezuela y las demandantes dentro de un período de cuatro meses. Sin embargo, no se llegó a un acuerdo dentro o después de dicho período, y el tema de la compensación quedó sin resolver, mientras que los bienes de las demandantes fueron nacionalizados por completo en 2007.

Venezuela sostuvo que “ConocoPhillips se rehusó a participar en el proceso de negociación de manera significativa”, mientras que intentaba negociar una “compensación razonable”. En oposición a esto, las demandantes alegaron que las sumas de la compensación ofrecidas por Venezuela

durante las negociaciones se encontraban “muy por debajo” del valor justo de mercado establecido en el TBI y, en cambio, correspondía al valor nominal de los bienes que no era considerado como un parámetro “adecuado” para determinar la compensación.

Considerando el relato de los hechos por dos testigos clave de ambos lados, el ex Presidente de ConocoPhillips Latin America, el Sr. Lyons, y el ex Vice-Ministro de Hidrocarburos, el Dr. Mommer, el tribunal infirió que durante las reuniones y mediante cartas dirigidas a ministros y funcionarios venezolanos, ConocoPhillips planteó temas cruciales con respecto a la valuación justa y contable de los bienes a los que Venezuela de hecho no respondió. Por esta razón, determinó que “Venezuela en ese momento no estaba negociando de buena fe en referencia al estándar del “valor de mercado” establecido en el TBI”. El tribunal también consideró el hecho de que Venezuela no realizó ninguna oferta de compensación con respecto a Corocoro, el tercer proyecto.

Al abordar el tema crucial sobre la suma de la compensación, el tribunal determinó que la fecha de valuación de los bienes debía ser la fecha del laudo y no, tal como demandó Venezuela, la fecha de la confiscación. Presuntamente, esta última habría arrojado una suma menor. La determinación de la suma así como la asignación de los costos y gastos fue pospuesta a una etapa posterior.

El tribunal está compuesto por el Juez Kenneth Keith (árbitro presidente), L. Yves Fortier (designado por las demandantes) y el Profesor Georges Abi-Saab (nominado por la demandada).

El laudo se encuentra disponible en <http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1569.pdf>

Se desestima reclamación contra Rumania por falta de jurisdicción; demandantes no cumplen con requisito de litigio ante tribunales nacionales

Ömer Dede and Serdar Elhüseyni v. Romania, Caso del CIADI No. ARB/10/22

Maria Antonieta Merino

En una decisión del 5 de septiembre de 2013, un caso presentado por demandantes turcos ante un tribunal del CIADI fue desestimado por no haber entablado la diferencia ante los tribunales nacionales de Rumania.

Antecedentes

Los demandantes, Ömer Dede y Serdar Elhüseyni, adquirieron el 55% de las acciones de SC IMUM SA, un productor de equipamiento agrícola. Como condición del acuerdo de compra de acciones, se requería a los demandantes que brindaran garantías sobre el desempeño de determinadas obligaciones relativas a la inversión.

Después del acuerdo de compra de acciones (*Share Purchase Agreement*, SPA), la Autoridad rumana para la Privatización y Administración de la Propiedad Estatal (*Romanian Authority for Privatization and Management of State Ownership*) ordenó la inspección de la empresa. Alegando el incumplimiento de varias obligaciones relacionadas con el acuerdo de compra de acciones, la autoridad solicitó que las acciones de los demandantes fueran transferidas a su nombre. Poco después, la empresa se declaró en bancarota.

Los demandantes rebatieron que la confiscación de sus acciones constituían una expropiación ilegal, en violación con la versión de 1996 del TBI entre Rumania y Turquía (existen dos versiones de este TBI, y los demandantes se basaron en la primera).

Se considera que recurrir a tribunales nacionales es una precondición para acceder a arbitraje

Rumania alegó que el tribunal carecía de jurisdicción sobre la diferencia en base a los Artículos 6(2) y 6(4) del TBI, que

exigían un intento de solución amistosa de buena fe y recurso a tribunales locales, respectivamente.

Sin embargo, los demandantes intentaron hacer una distinción entre los tipos de diferencias arbitrables basadas en el uso de diferentes términos del TBI. Mientras que el Artículo 6(1) se refiere a “diferencias de inversión”, el Artículo 6(2) hace referencia a “cualquier diferencia” surgida de una inversión. Considerando esta distinción, los demandantes afirmaron que el inversor podría entablar directamente una “diferencia de inversión” y presentarla ante el CIADI, mientras que la precondición para el arbitraje se aplica a “cualquier diferencia”, lo que abarca una categoría más amplia de controversias que el término definido como “diferencias de inversión”.

El tribunal rechazó esta línea de razonamiento. Determinó que el TBI no comprende ninguna otra categoría de diferencia que la “diferencia de inversión” definida como la controversia que “involucra ya sea (i) la interpretación o aplicación de cualquier autorización de inversión o (ii) la violación de todo derecho conferido por el TBI”. En ambos casos, la definición de una “diferencia de inversión” no otorga al inversor el derecho de presentar una diferencia directamente ante el CIADI.

Además, el tribunal confirmó que la facultad de arbitrar está sujeta a las condiciones expresas ya sea al agotamiento de los remedios locales o a su presentación ante tribunales locales durante un año como mínimo.

Tribunal rechaza incumplimiento de precondiciones jurisdiccionales

Alternativamente, los demandantes afirmaron que incluso si el TBI contuviera precondiciones jurisdiccionales, las mismas se encontraban cumplidas. Sin embargo, en este caso el tribunal determinó que los demandantes no agotaron los remedios locales, ni litigaron la diferencia en los tribunales locales durante un año.

En cuanto al agotamiento de los remedios locales, el tribunal remarcó que los demandantes podrían haber solicitado mitigación a través de uno de los dos cursos de acción generales en virtud del Derecho Romano: (1) acciones para conseguir el desempeño y (2) acción mediante la cual los demandantes podrían haber solicitado la cancelación del SPA y compensación por daños. Sin embargo, los demandantes no siguieron ninguno de estos cursos.

Fallas sobre inutilidad y argumentos de NMF

En los casos donde los demandantes no han cumplido con los requisitos pre-arbitraje, es común que argumenten que: a) la disposición de nación más favorecida les permite ‘tomar prestado’ tratados de terceras partes que no contienen tales requisitos; o que litigar en tribunales locales sería fútil. Sin embargo, ninguno de aquellos argumentos fueron planteados por los demandantes; un hecho que remarcó el tribunal.

El alcance de la decisión del tribunal

Pese a que las partes plantearon otros argumentos, el tribunal determinó que, dado que carecía de competencia sobre la diferencia, resultaba innecesario e imprudente dar su opinión sobre temas no pertinentes a su conclusión.

En referencia al Artículo 48(3) del Convenio del CIADI, el cual dispone que el laudo debe tratar “toda cuestión presentada”, el tribunal razonó que esto no significa que debería hacer comentarios sobre argumentos que no tendrán efecto sobre el laudo. Opuestamente, el tribunal expresó su desacuerdo con los laudos que abordaban temas inútilmente, considerando tales decisiones como inapropiadas e innecesarias.

Costos

Ninguno de los factores que justifican la asignación de costos (tales como un argumento no razonable, una reclamación exagerada o tácticas obstruccionistas) están presentes en el arbitraje, y el tribunal consideró que ambas partes se comportaron de una forma que promovía la eficacia procesal.

Consecuentemente, el tribunal concluyó que cada lado debería asumir sus propias costas legales, y los costos del arbitraje deberían ser divididos en partes iguales.

El tribunal está compuesto por el Profesor William W. Park (Presidente), la Profesora Brigitte Stern (designada por la demandada) y el Dr. Nicolas Herzog (nominado por los demandantes).

El laudo se encuentra disponible en: <http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw5010.pdf>

Tribunal de la CNUDMI rechaza jurisdicción en reclamación contra Kazakstán debido a la ausencia de un acuerdo válido de arbitraje

Ruby Roz Agricol LLP v. The Republic of Kazakstán, Tribunal Ad hoc (UNCITRAL)
Marina Ruete

El 1 de agosto de 2013, un tribunal de la CNUDMI rechazó su jurisdicción sobre una diferencia entre una empresa avícola y la República de Kazakstán, luego de determinar que no había un acuerdo válido de arbitraje.

La demandante, Ruby Roz Agricol LLP, solicitó US\$214.705.778 por daños.

Antecedentes

La Agencia de Inversiones del Estado de Kazakstán firmó un acuerdo de inversión con la demandante en 1999. La inversión, que en ese entonces era de propiedad del Sr. Badaoui y su esposa, fue alentada por concesiones fiscales y otras condiciones preferenciales.

Posteriormente, la empresa se vio enredada en una controversia política entre el Presidente Nursultan Nazarbayev y su ex yerno, Rakhat Aliyev. Kazakstán afirmó que la empresa fue vendida forzosamente a Kassem Omar, un empresario con conexiones con el Sr. Aliyev, mientras que Ruby Roz alegó la interferencia ilícita del gobierno en represalia contra el Sr. Aliyev. Intimidaciones continuaron durante el procedimiento, frustrando la presencia de los testigos durante las audiencias.

Consentimiento a arbitraje caduca después de que la ley de inversión extranjera fuera revocada

La decisión sobre jurisdicción del tribunal se enfocó en determinar si había un acuerdo válido para arbitrar en virtud de la legislación interna de Kazakstán y un contrato de inversión.

La demandante alegó que la anterior ley de inversión extranjera de Kazakstán – revocada en 2003 y reemplazada por una nueva ley – contenía la oferta permanente de consentimiento a arbitraje internacional por parte de Kazakstán.

Si bien la nueva ley de inversión de Kazakstán no incluye una oferta permanente para arbitrar diferencias de inversión, la demandante alegó que podría basarse en la ley revocada en virtud de su cláusula de estabilización.

Específicamente, el Artículo 6 de la anterior ley de inversión disponía que, en el caso de ocurrir cambios en la legislación o en los tratados internacionales, las inversiones extranjeras serán tratadas de conformidad con la legislación vigente al momento de la inversión durante un período de diez años.

Según la opinión de Kazakstán, la anterior ley de inversión, como parte de la legislación interna, podría ser modificada o

revocada a voluntad del gobierno. En caso de que el tribunal considerara que la cláusula de estabilización superó la revocación de 2003, Kazakstán presentó el argumento de que, en todo caso, el periodo de diez años ya había expirado.

El tribunal estuvo de acuerdo con la postura de Kazakstán, concluyendo que el ofrecimiento de consentimiento caducó junto con la revocación de la ley de inversión extranjera. También subrayó que el derecho a arbitraje requería el consentimiento por escrito de la demandante y esto ocurrió recién en junio de 2010.

Notablemente, el tribunal no coincidió con el tribunal del CIADI en el caso *Rumeli Teleko & Telsim Mobil v. Kazakstán*, el cual decidió que la demandante poseía un “derecho adquirido” a arbitrar bajo la misma ley de inversión extranjera, y tomó la ley abolida para fundamentar su jurisdicción.

Ruby Roz no es un “inversor extranjero”

Kazakstán también argumentó que la ley revocada y el acuerdo de inversión establecían el consentimiento a arbitraje solo en el caso de diferencias con un inversor extranjero, que Ruby Roz no era. El tribunal también estuvo de acuerdo con este punto, concluyendo que Ruby Roz no había sido incorporado conforme a las leyes de una jurisdicción extranjera.

Fundamentando que el período de estabilización había expirado y que la demandante no era una inversora extranjera, el tribunal decidió que no había un acuerdo válido de arbitraje, y que, consecuentemente, carecía de jurisdicción.

En cuanto al tema de los costos, el tribunal emitió una orden procesal separada con su decisión sobre los costos del arbitraje e invitó a las partes a presentar sus comentarios.

El tribunal está compuesto por el Sr. Alan Redfern (presidente), el Sr. Bruno Boesch (nominado por la demandada) y el Sr. Joseph Neuhaus (designado por los demandantes).

La decisión se encuentra disponible en: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1558.pdf>

Notas

¹ Tal como dice Walid Ben Hamida, el arbitraje bajo el Acuerdo Unificado se encuentra “subordinado a un acuerdo entre las partes”. Véase Walid Ben Hamida (2006), *The First Arab Investment Court Decision*, Journal of World Investment & Trade, Vol. 6, Issue 5, párrafos 699-721 (p. 709).

² *The Rompetrol Group N.V. v. Romania*, Caso del CIADI No. ARB/06/3, Laudo.

³ *Mr. Franck Charles Arif v. Republic of Moldova*, Caso del CIADI No. ARB/11/23, Laudo.

⁴ *PSEG Global Inc. and Konya Ilgin Elektrik Uretim ve Ticaret Limited Sirketi v. Turkey*, Caso del CIADI No. ARB/02/5, Laudo.

⁵ *Mobil Corporation et al. v. Venezuela*, Caso del CIADI No. ARB/07/27, Decisión sobre Jurisdicción; *CEMEX Caracas Investments B.V. et al. v. Venezuela*, Caso del CIADI No. ARB/08/15, Decisión sobre Jurisdicción; *Tidewater Inc. et al. v. Venezuela*, Caso del CIADI No. ARB/10/5, Decisión sobre Jurisdicción.

Recursos y Eventos

Recursos

United Kingdom Assessment of the Costs and Benefits of Investment Protection Treaties

United Kingdom Department for Business, Innovation and Skills, Noviembre de 2013

En tres nuevos informes encomendados por el Gobierno del Reino Unido se analizan los costos y beneficios de los tratados de inversión del RU. En el primer informe se desarrolla un marco analítico para evaluar los costos y beneficios de los tratados de inversión. En el segundo y tercer informe se analizan los acuerdos entre la UE y China y entre la UE y EUA. Los autores recomiendan que los gobiernos del RU consideren ya sea, excluir por completo el capítulo de protección de las inversiones del tratado de libre comercio entre el RU y EUA; o conservar las disposiciones sobre protección de las inversiones pero excluyendo el mecanismo para la solución de controversias entre inversionista y Estado. La segunda opción no afectaría los beneficios “ya insignificantes” de los tratados de protección de las inversiones mientras que reduciría en gran medida los costos del tratado para el RU. Según los autores, estos costos incluyen la posibilidad de que las reclamaciones relativas a los tratados de inversión tengan éxito, que los inversores internacionales obtengan más derechos en virtud de los tratados de inversión que bajo las leyes internas, el costo político asociado con reclamaciones de alto perfil de inversores estadounidenses y, en menor grado, una disminución del alcance para tomar decisiones sobre políticas nacionales.

Analytical framework for assessing costs and benefits of investment protection treaties se encuentra disponible en: <https://www.gov.uk/government/publications/analytical-framework-for-assessment-costs-and-benefits-of-investment-protection-treaties>

Costs and benefits of an EU-China Investment Protection Treaty está disponible en: <https://www.gov.uk/government/publications/costs-and-benefits-to-the-uk-of-an-eu-us-investment-protection-treaty>

Costs and benefits of an EU-US Investment Protection Treaty se encuentra disponible en: <https://www.gov.uk/government/publications/costs-and-benefits-to-the-uk-of-an-eu-us-investment-protection-treaty>

How to Use Law to Make Foreign Investment Work for Sustainable Development

International Institute for Environment and Development, Noviembre de 2013

En este manual se demuestra cómo los funcionarios públicos y las organizaciones de la sociedad civil de los países de ingresos bajos y medios pueden utilizar herramientas jurídicas para garantizar que la inversión extranjera contribuya al desarrollo sostenible. Este libro está enfocado en las inversiones en agricultura y las industrias extractivas—minería, petróleo y gas. Cubre una variedad de áreas jurídicas que pueden influir en los resultados de las inversiones—desde los tratados de inversión, legislación sobre industrias extractivas, tenencia de tierras, normas de derechos humanos, legislación ambiental y leyes fiscales—incluyendo acuerdos para evitar la evasión impositiva. Esta publicación cubre cuatro formas principales en que el gobierno y la sociedad civil pueden utilizar herramientas jurídicas para promover el desarrollo sostenible: alineando las políticas públicas y las decisiones de inversión con una visión estratégica de desarrollo sostenible en base a las aspiraciones locales y nacionales; garantizando un trato económico justo; considerando seriamente los factores sociales y ambientales y equilibrando la protección de las inversiones con los objetivos de políticas que con cuales compiten. Disponible en: <http://www.ied.org/how-use-law-make-foreign-investment-work-for-sustainable-development>

Investment Law within International Law: Integrationist Perspectives

Cambridge University Press, Diciembre de 2013

Los avances dentro de varios sub-campos del derecho internacional tienen influencia en el derecho internacional de las inversiones, pero los cambios en el derecho de las inversiones también ha tenido un impacto en la evolución de otros campos del derecho internacional. A través de contribuciones de destacados becarios y profesionales, en este libro se analizan los vínculos específicos entre el derecho de las inversiones y otros sub-campos del derecho internacional, tales como la legislación sobre conflictos armados, derechos humanos, desarrollo sostenible, comercio, desarrollo y el derecho de la UE. En particular, en este libro se examina cómo los conceptos, principios y reglas desarrollados en el contexto de estos sub-campos podrían instruir el contenido del derecho de las inversiones. Las soluciones destinadas a resolver los problemas en otros escenarios podrían dar ejemplos instructivos para abordar problemas actuales en el campo del derecho de las inversiones y vice versa. La cuestión subyacente es si los principales sub-campos del derecho internacional público, principalmente el derecho internacional de las inversiones, están abiertos para esta fertilización cruzada, o, si están avanzando para ser regímenes autosuficientes. Disponible en: <http://www.cambridge.org/gb/academic/subjects/law/arbitration-dispute-resolution-and-mediation/investment-law-within-international-law-integrationist-perspectives>

Eventos 2014

Enero 31

ASA ANNUAL CONFERENCE - 10 YEARS OF SWISS

RULES OF INTERNATIONAL ARBITRATION, Swiss Arbitration Association, Basel, Suiza, <http://www.arbitration-ch.org/pages/en/asa-events/details/37.asa-annual-conference.html#.UothWmSxOFc>

Marzo 17 - 21

MULTI-YEAR EXPERT MEETING ON INVESTMENT, INNOVATION AND ENTREPRENEURSHIP FOR PRODUCTIVE CAPACITY-BUILDING AND SUSTAINABLE DEVELOPMENT

UNCTAD, Ginebra, Suiza, <http://unctad.org/en/Pages/MeetingDetails.aspx?meetingid=427>

Marzo 21 - 23

ASA ARBITRATION PRACTICE SEMINAR

Swiss Arbitration Association, Tremezzo, Lago di Como, Italia, <http://www.arbitration-ch.org/pages/en/asa-events/details/72.asa-arbitration-practice-seminar.html#.UotiOmSxOFc>

Marzo 26 - 28

10TH ANNIVERSARY CONFERENCE OF THE ASIA PACIFIC REGIONAL ARBITRATION GROUP, APRAG, Melbourne, Australia, <http://apragmelbourne2014.org/>

Abril 24 - 25

PUBLIC SYMPOSIUM WITH CIVIL SOCIETY, UNCTAD, Ginebra, Suiza, <http://unctad.org/en/Pages/MeetingDetails.aspx?meetingid=433>

Junio 16 - 20

FIFTIETH ANNIVERSARY OF UNCTAD, Ginebra, Suiza, <http://unctad.org/en/Pages/MeetingDetails.aspx?meetingid=437>



Publicado por el Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible
Los materiales del IISD, incluso las imágenes, no se pueden volver a publicar sin el permiso expreso y escrito del IISD. Para obtener un permiso, favor de comunicarse con info@iisd.ca e incluir una lista de la información que se desee volver a publicar o un enlace a la misma. El IISD contribuye al desarrollo sostenible proponiendo recomendaciones de políticas sobre el comercio y la inversión internacionales, la política económica, el cambio climático y la energía, la medición y la evaluación y la administración de los recursos naturales así como el papel facilitador de las tecnologías de la comunicación en estas áreas. Informamos sobre negociaciones internacionales y diseminamos conocimientos obtenidos a través de proyectos colaborativos con socios globales, lo que tiene como consecuencia una investigación más rigurosa, la creación de capacidad en países en vías de desarrollo, mejores lazos entre el norte y el sur y mejores conexiones globales entre los investigadores, los profesionales, los ciudadanos y los responsables de la creación de políticas.

La visión del IISD consiste en un mejor nivel de vida para todos y de manera sostenible. Su misión es fomentar la innovación de modo que las sociedades puedan vivir sosteniblemente. El IISD está inscripto como una organización sin fines de lucro en Canadá y cuenta con el estatus 501 (c)(3) en los Estados Unidos. El IISD recibe su principal apoyo operativo del gobierno de Canadá, a través del Organismo Canadiense de Desarrollo Internacional (CIDA), del Centro de Investigación sobre el Desarrollo Internacional (IDRC), del Ministerio de Medio Ambiente de Canadá y del gobierno provincial de Manitoba. El instituto recibe financiación para sus proyectos de varios gobiernos dentro y fuera de Canadá, de agencias de las Naciones Unidas, de fundaciones y del sector privado.

El Boletín trimestral ITN agradece el envío de trabajos originales no publicados. Por favor envíe sus solicitudes a Damon Vis-Dunbar en itn@iisd.org

Para suscribirse al Boletín ITN, por favor visite: https://lists.iisd.ca/read/all_forums/subscribe?name=itn-english

International Institute for Sustainable Development
International Environment House 2
9, Chemin de Ballexert,
5th Floor, 1219, Chatelaine,
Geneva, Switzerland

Tel: +41 22 917-8748
Fax: +41 22 917-8054
Email: itn@iisd.org