



## ¿Distinción sin diferencia? La Interpretación del Trato Justo y Equitativo conforme al Derecho Consuetudinario Internacional de los Tribunales de Inversión

por Matthew C. Porterfield



**Permitiendo Negocios Riesgosos:** Derechos Humanos y el Papel del Financiamiento del Comercio con Apoyo Oficial y las Garantías de Inversión por Matthias Sant'Ana

### ¿Cómo Incorporar Obligaciones de Derechos Humanos a los Tratados Bilaterales de Inversión?

por Patrick Dumberry y Gabrielle Dumas Aubin

**Remedios en el arbitraje entre inversor y estado:** Desde una perspectiva del interés público por Margaret B. Devaney

**Toma de Tierras vs. Seguridad Alimentaria:** ¿Puede la Regulación Mundial hacer frente a esto? por Christian Häberli y Fiona Smith

**El papel de los árbitros en el reciente boom de los arbitrajes de inversión** por Cecilia Olivet y Pia Eberhardt

**También en este número:** Vannessa Ventures Ltd. c. República Bolivariana de Venezuela; Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. y Autobuses Urbanos del Sur S.A. c. La República Argentina; Burlington Resource Inc. c. la República de Ecuador; Mobil Investments Canada Inc. y Murphy Oil Corporation c. Canadá

# contenido

- 3 Artículos**  
¿Distinción sin diferencia? La Interpretación del Trato Justo y Equitativo conforme al Derecho Consuetudinario Internacional de los Tribunales de Inversión  
*por Matthew C. Porterfield*
- 6** Permitiendo Negocios Riesgosos: Derechos Humanos y el Papel del Financiamiento del Comercio con Apoyo Oficial y las Garantías de Inversión  
*por Matthias Sant'Ana*
- 9** ¿Cómo Incorporar Obligaciones de Derechos Humanos a los Tratados Bilaterales de Inversión?  
*por Patrick Dumberry y Gabrielle Dumas Aubin*
- 11** Remedios en el arbitraje entre inversor y estado: Desde una perspectiva del interés público  
*por Margaret B. Devaney*
- 14** Toma de Tierras vs. Seguridad Alimentaria: ¿Puede la Regulación Mundial hacer frente a esto?  
*por Christian Häberli y Fiona Smith*
- 16** El papel de los árbitros en el reciente boom de los arbitrajes de inversión  
*por Cecilia Olivet y Pia Eberhardt*
- 14 Noticias en Breve:**  
Se Acuerdan Nuevas Reglas de Transparencia de la CNUDMI en Arbitrajes entre Inversores y Estados en Nueva York; Presidente de Ecuador solicita cancelación de TBI entre EUA y Ecuador; India suspende negociaciones de tratados bilaterales de inversión; Nueva Zelanda muestra gran interés por promulgar regulaciones sobre el etiquetado de cigarrillos, pero espera resultado de casos jurídicos contra Australia; Escalada en el número de casos del CIADI en 2012
- 19 Laudos y Decisiones:**  
Vannessa Ventures Ltd. c. República Bolivariana de Venezuela; Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. y Autobuses Urbanos del Sur S.A. c. La República Argentina; Burlington Resource Inc. c. la República de Ecuador; Mobil Investments Canada Inc. y Murphy Oil Corporation c. Canadá
- 21 Recursos y Eventos**

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

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

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

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](http://www.thehouselondon.com)

# ¿Distinción sin diferencia? La Interpretación del Trato Justo y Equitativo conforme al Derecho Consuetudinario Internacional de los Tribunales de Inversión

por Matthew C. Porterfield

## artículo 1



La amplia interpretación del estándar de trato justo y equitativo (*fair and equitable treatment*, en adelante FET) por los tribunales de inversión se ha convertido en una fuente de creciente controversia<sup>1</sup>. Algunos países—incluyendo a Estados Unidos y Canadá—han respondido a esto intentando limitar el FET al nivel de protección acorde al Derecho Consuetudinario Internacional (por sus siglas en inglés, CIL), que se forma a través de “la práctica general y coherente de los estados” que los mismos persiguen a partir de un sentido de obligación legal (*opinio juris*)<sup>2</sup>. La Unión Europea, por el contrario, parece estar comprometida a preservar el estándar FET que no se limita al CIL al ejercer su nueva autoridad en los temas de inversión bajo el Tratado de Lisboa. Estos enfoques divergentes al FET son un punto de conflicto en las negociaciones canadienses del – acuerdo económico y comercial global (por sus siglas en inglés, CETA), que también deberá ser abordado en las negociaciones del Tratado de Libre Comercio entre EUA y la UE que probablemente comenzarán en el transcurso de este año.

En teoría, establecer un vínculo entre el FET y el CIL da como resultado un nivel de protección que es más respetuoso de la autoridad regulatoria de los gobiernos que el estándar “autónomo” de la UE. Un estándar vinculado al CIL también debería tener mayor legitimidad dado que se encuentra arraigado en la práctica real de los estados que lo consideran como un reflejo de sus obligaciones legales internacionales en lugar de constituir simplemente un pronunciamiento de los tribunales de inversión.

Sin embargo, en la práctica, los tribunales de inversión siguen construyendo hasta disposiciones basadas en el CIL para imponer amplios límites sobre la autoridad gubernamental al aceptando, sin ninguna evidencia de práctica estatal u *opinio juris*, los pronunciamientos de tribunales como evidencia definitiva del estándar bajo el CIL. El laudo del caso *Railroad Development Corp. c. Guatemala*<sup>3</sup> (RDC) es un ejemplo de este enfoque, que deja sin total sentido el vínculo entre el FET y el CIL. La resistencia de los

tribunales de inversión a basar sus interpretaciones del CIL en la verdadera práctica estatal y la *opinio juris* sugiere que podría ser necesario adoptar enfoques más agresivos para impedir que los tribunales adopten interpretaciones cada vez más amplias del Trato Justo y Equitativo.

### Vinculando el trato justo y equitativo con el derecho consuetudinario internacional

Las disposiciones relativas al trato justo y equitativo han sido un elemento muy común en los tratados de inversión desde que Alemania y Pakistán firmaron el primer TBI en 1959<sup>4</sup>. Estas disposiciones—habitualmente presentes en artículos relativos al “nivel mínimo de trato”—han sido instituidas en gran parte por los tribunales de inversión para incluir un derecho a un ambiente de negocios y regulación que sea “estable y predecible”, permitiendo a los inversores solicitar indemnización por cambios en los estándares impositivos y regulatorios<sup>5</sup>. Como resultado de estas amplias interpretaciones, las disposiciones relativas al FET se han convertido en las normas más invocadas y los estándares sustantivos más controvertidos del arbitraje entre inversor y estado.

Gran parte del debate sobre el Trato Justo y Equitativo ha involucrado su relación con el nivel de protección a los extranjeros acorde al derecho consuetudinario internacional. Pese a que siempre ha habido cierta incoherencia entre los tratados de inversión en torno al lenguaje utilizado en las disposiciones relativas al FET, el contraste entre los enfoques autónomos y los ligados al CIL con respecto al Trato Justo y Equitativo comenzó a ser puesto bajo la lupa en 2001 cuando Estados Unidos, Canadá y México emitieron una interpretación formal del artículo sobre el nivel mínimo de trato del TLCAN, aclarando que el nivel mínimo y su componente de Trato Justo y Equitativo se limitaban al nivel de protección de los extranjeros propio del derecho consuetudinario internacional.<sup>6</sup>

Estados Unidos y Canadá han seguido vinculando el FET con el CIL en posteriores acuerdos internacionales de inversión y otros países se han sumado a esta práctica, incluyendo a Australia y Nueva Zelanda<sup>7</sup>. En teoría, un estándar de Trato Justo y Equitativo que esté verdaderamente arraigado en la práctica estatal consuetudinaria relativamente no debería ser un asunto controvertido, dado que se limitaría al nivel de protección que los estados generalmente y casi invariablemente dispensan a los inversionistas extranjeros.

Los TBIs de los principales países exportadores de capital europeo, sin embargo, a menudo contienen disposiciones autónomas de trato justo y equitativo que no se limitan al nivel de protección propio del derecho consuetudinario internacional<sup>8</sup>. Pese a que el Parlamento Europeo ha expresado su apoyo a vincular el FET con el CIL en futuros acuerdos de

inversión de la UE<sup>9</sup>, la Comisión Europea ha indicado que se deberían incorporar los más altos niveles de protección en los TBIs de los Estados Miembros, incluyendo presuntamente disposiciones autónomas de Trato Justo y Equitativo<sup>10</sup>. Similarmente, el Grupo de Trabajo de Alto Nivel de EUA y la UE para el Crecimiento y el Empleo han apelado a que el acuerdo entre EUA y la UE incluya “la liberalización de las inversiones y disposiciones de protección basadas en los más altos niveles de liberalización y de protección que ambas partes han negociado hasta la fecha”.<sup>11</sup>

El debate sobre la relación entre el Trato Justo y Equitativo y el Derecho Consuetudinario Internacional probablemente será un tema importante en las negociaciones del Tratado de Libre Comercio entre EUA y la UE. El mismo ya se ha convertido en una fuente de controversia durante las negociaciones del Acuerdo Económico y Comercial Global (en inglés, CETA) entre Canadá y la EU. Un documento que se filtró de la Comisión Europea indica que la insistencia de Canadá para que el CETA contenga un estándar FET que se limite al CIL “es un problema para la UE, ya que podría reducir significativamente el nivel de protección de las inversiones dispensado por el estándar FET en sí mismo”.<sup>12</sup>

### ¿Vincular el Trato Justo y Equitativo con el Derecho Consuetudinario Internacional restringe efectivamente su interpretación?

Pese a que se supone que el CIL está basado en la verdadera práctica estatal y *opinio juris*, en la práctica los árbitros tienden a definir el estándar FET vinculado con el CIL exactamente de la misma manera que lo hacen con el estándar autónomo: haciendo referencia a anteriores laudos arbitrales y escritos académicos, sin ninguna evidencia de alguna práctica estatal ni *opinio juris*. Este fenómeno se encuentra bien ilustrado en el reciente laudo del caso RDC c. Guatemala, donde el tribunal rechazó los argumentos no solo de Guatemala, sino también de otras tres partes del Tratado de Libre Comercio entre la República Dominicana, América Central y Estados Unidos (CAFTA-DR), incluyendo a Estados Unidos, de que el estándar FET vinculado con el CIL presente en el CAFTA debería ser definido en referencia a evidencia real de práctica estatal u *opinio juris*.<sup>13</sup>

La diferencia surgió por un contrato de 50 años que RDC celebró en 1997 con FEGUA, una empresa de propiedad estatal de Guatemala, para prestar servicios ferroviarios en el país. En 2005, RDC acusó a FEGUA por el incumplimiento de sus obligaciones contractuales de retirar a ocupantes ilegales de la vía ferroviaria y de pagar a un Fondo Fiduciario Ferroviario (en inglés, *Railway Trust Fund*). En 2006, Guatemala terminó el contrato que otorgaba a RDC el derecho a utilizar los equipos ferroviarios de FEGUA, alegando que esto iba a en contra de los intereses nacionales. RDC entabló una reclamación bajo el CAFTA-DR, alegando que Guatemala había violado

varias disposiciones del capítulo de inversión de este tratado<sup>14</sup>. El tribunal concluyó que al cancelar el contrato, Guatemala no había dispensado a RDC un trato justo y equitativo en violación del Artículo 10.5 del CAFTA-DR, que establece que “Cada Parte otorgará a las inversiones cubiertas un trato acorde con el derecho internacional consuetudinario, incluido el trato justo y equitativo, . . .”.<sup>15</sup>

El enfoque del tribunal para identificar el nivel de protección pertinente bajo el CIL fue mucho más interesante que su decisión sobre la violación del estándar por Guatemala. Este país argumentó que RDC cargaba con la responsabilidad de demostrar el nivel pertinente bajo el CIL, y que al no asumir esa carga, no podría simplemente basarse en laudos anteriores de los tribunales de inversión para constituir o proporcionar un argumento de práctica estatal<sup>16</sup>. Otras tres Partes del CAFTA—Estados Unidos, El Salvador y Honduras—hicieron presentaciones como “Partes no contendientes” donde apoyaban la postura de Guatemala de que RDC tenía la responsabilidad de demostrar el nivel pertinente acorde al CIL en base a la práctica estatal y *opinio juris* en lugar de basarse en laudos arbitrales.<sup>17</sup>

El tribunal del caso RDC, sin embargo, no basó sus conclusiones sobre el nivel pertinente de trato justo y equitativo en una revisión de la práctica estatal y *opinio juris*. En cambio, simplemente adoptó la amplia formulación que aplicó el tribunal del caso *Waste Management II*, un arbitraje de inversión en virtud del Capítulo 11 del TLCAN, donde indicó que el FET abarca el proceso debido, transparencia y “justicia natural”<sup>18</sup>. El tribunal de RDC reconoció que la caracterización del FET en el caso *Waste Management II* estaba basada en anteriores laudos del TLCAN en lugar de la práctica estatal.

El tribunal aceptó que “los laudos arbitrales no constituyen la práctica estatal”<sup>19</sup>, pero calificó como “eficaz” su uso para definir el CIL. Esta fundamentación para basarse en laudos arbitrales para determinar el contenido del Derecho Consuetudinario Internacional no es persuasiva. Pese a que los laudos arbitrales pueden ser una fuente “eficaz” de evidencia de opinión en torno al contenido del CIL, tienen un limitado valor probatorio cuando, tal como ocurrió en el caso *RDC*, no se basan o no se encuentran respaldados en la práctica estatal y *opinio juris*<sup>20</sup>. Además, si el nivel pertinente de FET conforme al CIL puede ser establecido en base a laudos arbitrales sin referencia a la práctica estatal y *opinio juris*, tornaría la distinción entre los estándares autónomos y los estándares vinculados con el CIL irrelevante.

### Opciones para evitar interpretaciones excesivamente amplias del FET

EL laudo del caso *RDC* y otros similares podrían generar presión sobre los negociadores para que



consideren enfoques alternativos para restringir las interpretaciones del FET. Las opciones posibles incluyen las siguientes:

a. Las disposiciones FET podrían incluir lenguaje disponiendo que un inversor que reclama que un estado ha violado una obligación del derecho consuetudinario internacional posee la responsabilidad de demostrar que la obligación exista en base a evidencia de real práctica estatal y *opinio juris*, y que una obligación como tal no pudiera ser establecida solamente a través de laudos arbitrales o fuentes secundarias.

b. Las disposiciones FET podrían aclarar que las afirmaciones de los estados en los procedimientos arbitrales (tanto en calidad de demandados como partes no contendientes) en torno al nivel de protección conforme al CIL constituyen *opinio juris* pertinentes y, por lo tanto, son altamente probatorias del nivel pertinente.

c. Las disposiciones FET podrían incluir “una lista exhaustiva de obligaciones estatales bajo el FET”, tal como se sugirió en la Conferencia de Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD).<sup>21</sup>

d. Las disposiciones FET podrían ser omitidas por completo en los futuros acuerdos de inversión (otra opción identificada por UNCTAD).<sup>22</sup>

Dados los diferentes enfoques adoptados por Estados Unidos y la UE con respecto a Trato Justo y Equitativo, las negociaciones del TLC entre EUA y la UE presentan la oportunidad de explorar algunas de estas opciones. Parece ser poco probable que la disposición FET vaya a ser omitida por completo de un acuerdo entre EUA y la UE, pero una o más alternativas como las mencionadas anteriormente podrían imponer la restricción necesaria de la interpretación del FET por parte de los tribunales como así también recuperar en alguna medida el control estatal sobre su contenido.

#### Autor

Matthew C. Porterfield es Becario *Senior* y Profesor Adjunto del *Harrison Institute for Public Law* del *University Law Center* dependiente de la Universidad de Georgetown.

Traducido al español por María Candela Conforti.

#### Notas

1 Véase UNCTAD, *INFORME SOBRE LAS INVERSIONES EN EL MUNDO 2012: HACIA UNA NUEVA GENERACIÓN DE POLÍTICAS DE INVERSIÓN*, disponible en: <http://www.unctad-docs.org/files/UNCTAD-WIR2012-Full-en.pdf> en 139 (“Algunos tribunales han interpretado una lista exhaustiva de disciplinas dentro de la cláusula FET que están siendo impuestas a cualquier Estado, pero especialmente a los países en desarrollo y los menos desarrollados; la falta de claridad persiste en cuanto al umbral apropiado de responsabilidad”). [La traducción nos pertenece]

2 Véase Corte Internacional de Justicia, *Continental Shelf case (Libyan Arab Jamahiriya c. Malta)*, Fallo, párrafo 27 (3 de junio de 1985) (“Por supuesto es axiomático que el material del derecho consuetudinario internacional ha de ser considerado primordialmente en la práctica real y *opinio juris* de los Estados. . .”), disponible en: [www.icj-cij.org/docket/files/68/6415.pdf](http://www.icj-cij.org/docket/files/68/6415.pdf). [La traducción nos pertenece]

3 *Railroad Development Corporation (RDC) c. Republic of Guatemala*, Caso del CIADI NO. ARB/07/23, Laudo (29 de junio, 2012) (de aquí en adelante “Laudo RDC”), disponible en: <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=viewCase&eqFrom=Home&caseId=C116>.

4 Véase *Agreement Between the Federal Republic of Germany and the Islamic Republic of Pakistan on the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments*, artículo 2.2 (1959), disponible en: <http://www.pakistanembassy.de/index.php?id=198>.

5 Véase, por ej., *Occidental Exploration & Prod. Co. c. Republic of Ecuador*, Laudo Final, párrafos 180-92 (1 de julio, 2004) (El cambio en las políticas de Ecuador sobre la evaluación de un impuesto al valor agregado violó los derechos de Occidental a un ambiente legal estable y predecible como un “elemento esencial” del FET).

6 Comisión de Libre Comercio del TLCAN, *Nota interpretativa de determinadas disposiciones del Capítulo 11* (31 de julio, 2001), disponible en: [http://www.sice.oas.org/tpd/nafta/Commission/CH11understanding\\_e.asp](http://www.sice.oas.org/tpd/nafta/Commission/CH11understanding_e.asp).

7 Véase, por ej., *Agreement Establishing the ASEAN-Australia-New Zealand Free Trade Area*, capítulo 11, art. 6(2)(c) (27 de febrero, 2009), disponible en: <http://www.dfat.gov.au/fta/aanzfta/chapters/chapter11.html#r6>. (“[L]os conceptos de ‘trato justo y equitativo’ y de ‘seguridad y protección plenas’ no requieren un trato adicional o más allá del requerido conforme al derecho consuetudinario internacional, y no crean derechos sustantivos adicionales”). [La traducción nos pertenece]

8 Véase Mahnaz Malik, *Best Practices Series Bulletin #3 — Fair and Equitable Treatment* (septiembre de 2009) (“Los países europeos tradicionalmente han optado por un nivel incalificado de trato ‘justo y equitativo’ que constituye el quid de la incerteza”), disponible en: [http://www.iisd.org/pdf/2009/best\\_practices\\_bulletin\\_3.pdf](http://www.iisd.org/pdf/2009/best_practices_bulletin_3.pdf). [La traducción nos pertenece]

Algunos Miembros de la UE, sin embargo, han vinculado el FET con el CIL en sus TBlS más recientes. Véase Parlamento Europeo, Dirección General de Políticas Externas, Departamento de Políticas, *The EU Approach to International Investment Policy After the Lisbon Treaty*, en 35 (octubre de 2010) (remarcando que el FET ha sido vinculado con el CIL en “[l]os TBlS recientes de Alemania y aquellos entre Canadá y Latvia, Eslovaquia, Checoslovaquia y Rumania. . .”), disponible en <http://www.europarl.europa.eu/committees/en/studiesdownload.html?languageDocument=EN&file=33990>. [La traducción nos pertenece]

9 *European Parliament resolution of 6 April 2011 on the future European international investment policy* en 4 (2010/2203(INI)) (“Los futuros acuerdos de inversión celebrados por la UE deberían basarse en las mejores prácticas extraídas de la experiencias de los Estados Miembros e incluir. . . el trato justo y equitativo, definido en base al nivel de trato establecido por el derecho consuetudinario internacional”), disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+TA+P7-TA-2011-0141+0+DOC+PDF+V0//EN>. [La traducción nos pertenece]

10 “La Unión debería seguir las mejores prácticas disponibles para garantizar que ningún inversor de la UE este peor que lo que estaría bajo TBlS de Estados Miembros.” Comisión Europea, *Communication from the Commission to the Council, The European Parliament, The European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Towards a comprehensive European international investment policy*, COM(2010) 343 final en 11 (7 de julio, 2010), disponible en: [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2010/july/tradoc\\_146307.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2010/july/tradoc_146307.pdf). [La traducción nos pertenece]

11 Véase *Informe Final- Grupo de Trabajo de Alto Nivel de EUA y la UE para el Crecimiento y el Empleo* en 3 (11 de febrero, 2013), disponible en: [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/february/tradoc\\_150519.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/february/tradoc_150519.pdf). [La traducción nos pertenece]

12 Véase Comisión Europea, *EU Canada Comprehensive Trade Agreement -- landing zones*, en 9, párrafo 7(6) (6 de noviembre, 2012), disponible en: [http://theyee.ca/Documents/2012/11/27/EU\\_Postion\\_Nov2012.pdf](http://theyee.ca/Documents/2012/11/27/EU_Postion_Nov2012.pdf). [La traducción nos pertenece]

13 Una excepción importante es el laudo dictado en el caso *Glamis Gold c. United States* en virtud del Capítulo XI del TLCAN, Laudo (8 de junio, 2009), disponible en: <http://www.state.gov/documents/organization/125798.pdf>. El tribunal en el caso *Glamis* indicó que la carga de responsabilidad de establecer el nivel pertinente de protección bajo el CIL en base a la práctica estatal y *opinio juris* correspondía al demandante. Véase *id.* Párrafos 600-605.

14 El tribunal rechazó la afirmación de RDC de que Guatemala había expropiado indirectamente su inversión y le denegó trato nacional. Laudo *RDC*, párrafos 152, 155.

15 Laudo *RDC*, párrafo 212, citando el artículo 10.5 del CAFTA.

16 Laudo *RDC*, párrafos 159-60.

17 Laudo *RDC*, párrafos 207 - 211.

18 Laudo *RDC*, párrafo 219, citando el caso *Waste Management, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso del CIADI No. ARB(AF)/00/3, Laudo del 30 de abril, 2004, párrafo 98.

19 Laudo *RDC*, párrafo 217. [La traducción nos pertenece]

20 Véase *RESTATEMENT (THIRD) OF THE FOREIGN RELATIONS LAW OF THE UNITED STATES § 103*, cmt. a (1987) (los laudos arbitrales constituyen meramente “evidencia secundaria. . . [que] podría ser invalidada por evidencia primaria, por ejemplo, como el derecho consuetudinario, como prueba sobre lo que de hecho constituye la práctica estatal.”) [La traducción nos pertenece]

21 Véase UNCTAD, *WORLD INVESTMENT REPORT 2012: TOWARDS A NEW GENERATION OF INVESTMENT POLICIES*, disponible en: <http://www.unctad-docs.org/files/UNCTAD-WIR2012-Full-en.pdf> en 139.

22 La UNCTAD también ha defendido la consideración de este enfoque. *Id.* Véase también *South African Development Community Model Bilateral Investment Treaty Template with Commentary* (julio de 2012), disponible en: <http://www.iisd.org/itn/wp-content/uploads/2012/10/SADC-Model-BIT-Template-Final.pdf> (“La disposición de trato justo y equitativo es. . . una disposición altamente controvertida. El Comité de Redacción recomendó que no sea incluida en un tratado debido a su muy amplia interpretación en un número de decisiones arbitrales”). [La traducción nos pertenece]

# Permitiendo Negocios Riesgosos: Derechos Humanos y el Papel del Financiamiento del Comercio con Apoyo Oficial y las Garantías de Inversión

por Matthias Sant'Ana

## artículo 2



En 1919 el gobierno británico estableció el primer programa de seguros de crédito a la exportación “para brindar asistencia al desempleo y restablecer el comercio de exportación alterado por las condiciones de guerra”.<sup>1</sup> Otros estados industriales siguieron este mismo camino, estableciendo sus propias agencias para atender las fallas del mercado en el sector privado de finanzas comercial, contrarrestar las subvenciones competitivas otorgadas por otros estados, respaldar las políticas industriales internas y para alentar la exportación frente a la crisis financiera y otras crisis internas y externas. Se esperaba que estas Agencias de Crédito a la Exportación (ACEs) se retiraran gradualmente hacia los sectores nicho a medida que los actores financieros privados fueran creciendo en magnitud, se integraran mundialmente y demostrarán ser más capaces para evaluar y disipar los riesgos.

La irrupción de la crisis financiera mundial, sin embargo, ha echado por tierra estas predicciones dado que las ACEs han entrado en escena para llenar el vacío que dejaron las instituciones financieras privadas. Sin embargo, la expansión del papel de las ACEs al apoyar el financiamiento del comercio no se ha equiparado con reglas sólidas para atender los impactos de los proyectos financiados por estas agencias en relación con los derechos humanos. Dada la escasa serie de regulaciones que actualmente rigen a las ACEs, en este breve artículo se alega que es preciso hacer más para garantizar que los proyectos financiados por las mismas no causen daño a los estados anfitriones.

### El papel de las ACEs en el financiamiento del comercio

La importancia del financiamiento del comercio difícilmente pueda exagerarse. Del ochenta al noventa por ciento de las transacciones comerciales involucran alguna forma de crédito, seguro o garantía.<sup>2</sup> En una evaluación reciente sobre el impacto de la crisis crediticia mundial en la financiación del comercio, el valor total de los acuerdos de financiamiento fue estimado en US\$15,9 trillones, del cual casi un diez por ciento se realiza directamente por intermedio de las ACEs.<sup>3</sup> De acuerdo con los datos compilados por

*Berne Union* (BU), una asociación internacional de agencias de crédito a la exportación, el riesgo vivo de sus miembros para el 2011 llegó a más de US\$1,7 trillones, de los cuales casi un 10% son garantías de inversión y un 37% son créditos a la exportación a mediano y largo plazo.<sup>4</sup>

Las agencias de crédito a la exportación y garantías de inversión toman diferentes formas y operan de distintas maneras, pero solo unas pocas características las distinguen de otros actores en el campo del financiamiento del comercio y los seguros de inversión.<sup>5</sup> A *nivel formal*, algunas ACEs son incorporadas bajo el derecho interno como departamentos administrativos dentro de los ministerios, algunas son instituciones públicas semi-autónomas y otras incluso son corporaciones privadas. De estas últimas, algunas son de propiedad total o parcial del estado, mientras que otras son autorizadas por ley para operar como agentes de políticas estatales específicas sobre el crédito a la exportación y parte de sus negocios son realizados por su cuenta y otra parte para el gobierno. El factor unificador es que todas estas agencias pueden contar con el respaldo explícito o implícito del gobierno. Este apoyo presenta dos aspectos: por un lado, a través de la mediación ACEs el riesgo de pérdida del exportador finalmente es transferido al contribuyente; por otro lado, las reclamaciones de las ACEs contra las firmas o los estados extranjeros son entabladas por el estado, aumentando los incentivos para la recuperación de las pérdidas. A nivel funcional, las ACEs realizan una variedad de tipos de transacciones y tienden a especializarse en operaciones a mediano y largo plazo y a enfocarse en riesgos políticos—más que comerciales. También complementan la intervención del sector privado en el otorgamiento de créditos a la exportación a corto plazo, lo cual generalmente es más seguro debido a su carácter fácilmente amortizable.<sup>6</sup>

Pueden destacarse cuatro razones principales para la intervención del estado en el sector de los créditos a la exportación y las garantías de inversión.<sup>7</sup> La primera fue el impacto de la asimetría de la información sobre la voluntad de los mercados privados para suscribir las transacciones realizadas en el exterior. A mediados del siglo veinte, los gobiernos se encontraban en una mejor posición para recabar y analizar información sobre los riesgos en el extranjero, y estaban mejor posicionados para ejercer influencia sobre otros gobiernos. La segunda razón fue la naturaleza relativamente más reducida y segmentada de los mercados de capital. Las agencias de crédito a la exportación administradas por el gobierno no tenían que considerar las necesidades de capital y de moneda extranjera, y podían absorber pérdidas aún mayores pagando del presupuesto público y extender la recuperación a través del tiempo. Además, las ACEs podían esperar ‘cobertura política’ de sus estados nacionales: los estados de origen de las ACEs podían propugnar reclamaciones presentadas contra firmas extranjeras o soberanos en incumplimiento. En el contexto de la

reestructuración de la deuda, la deuda de las ACEs ha sido otorgada un estatus preferencial *de facto*. Una tercera razón fue que los estados utilizaban las ACEs para fomentar políticas industriales tendientes a manejar los niveles de empleo, evitar dificultades en el balance de pagos o dar impulso a las industrias emergentes. El financiamiento privado carece de incentivos para *preferir* a los exportadores del estado de origen sobre otras inversiones, posiblemente más lucrativas. Finalmente, los estados establecieron las ACEs para que, durante los momentos crisis, estas agencias pudieran responder positivamente a la recesión del crédito en el sector privado.

“ La expansión del papel de las ACEs al apoyar el financiamiento del comercio no se ha equiparado con reglas sólidas para atender los impactos de los proyectos financiados por estas agencias en relación con los derechos humanos. ”

La importancia de las dos primeras razones discutidas más arriba de alguna manera podría haber disminuido debido a una mayor integración de los mercados de capital, una mejor capacidad para la evaluación de riesgos en el sector privado, una mayor dimensión de los actores financieros mundiales y a un mejor marco legal para la ejecución de los acuerdos transnacionales a través del arbitraje. Pero el papel de las ACEs ha seguido siendo crucial con respecto a los dos últimos objetivos. Desde las etapas más tempranas de la crisis hasta ahora, el G20 se ha basado en las agencias de crédito y seguro a la exportación para llenar los vacíos que dejó el desapalancamiento de las instituciones financieras privadas, aportando garantías públicas para respaldar las transacciones comerciales por US\$250 mil millones solamente en 2009 y 2010.<sup>8</sup> Esto ha llevado a un riesgo vivo generalizado de las ACEs con un crecimiento constante hasta llegar a US\$1,7 trillones, tal como se mencionó anteriormente. Estas iniciativas se combinaron con un paquete de respuestas a la crisis a nivel multilateral: la Agencia Multilateral de Garantías de Inversión (por sus siglas en inglés, MIGA) casi duplicó sus garantías otorgadas desde 2008 hasta alcanzar los US\$5,2 mil millones en 2011,<sup>9</sup> mientras que las transacciones de la Corporación Financiera Internacional han aumentado un 35% desde 2008, llegando a los US\$15 mil millones.<sup>10</sup> La respuesta a nivel regional ha sido aún mayor, el Banco Europeo para la Reconstrucción y el Desarrollo y el grupo del Banco Europeo de Inversiones pusieron a disposición €27 mil millones a fines de 2010.<sup>11</sup>

### La regulación de las ACEs

Pese a la importancia de las ACEs para respaldar el comercio y la inversión mundial, la regulación de sus actividades se ha enfocado en una serie muy reducida de temas. Esto es problemático porque las ACEs brindan apoyo financiero con condiciones, por razones y con un grado de cobertura que los aseguradores de riesgo privados no pueden o no estarían dispuestos a igualar. Suscriben las inversiones más riesgosas, en las regiones más política y económicamente inestables del mundo. En su carácter de entidades públicas o al mínimo bajo mandato de los estados, sería más fácil que estas agencias sean obligadas a rendir cuentas—por parte de instituciones democráticas nacionales, y en cierto grado, de organismos internacionales de monitoreo—que otras instituciones financieras.

En su respuesta al tema de la competencia en el otorgamiento de subvenciones durante la década de 1960, los estados comenzaron a considerar la regulación de las ACEs. De hecho, la subvención de las exportaciones constituía un área importante de regulación en el mundo antes de la OMC, a pesar de que los diseñadores de políticas fácilmente podían ver que las ganancias de la reducción de las tarifas se verían anuladas si se permitía que los estados reemplazaran estas barreras por subvenciones que distorsionarían el comercio de igual manera. Por lo tanto, a raíz de esta preocupación y para garantizar un ambiente comercial competitivo, la OCDE comenzó a debatir la cuestión de los ‘créditos a la exportación con apoyo oficial’, llevando a la adopción de un *gentleman’s agreement* en 1978.<sup>12</sup> Este acuerdo ha evolucionado considerablemente desde entonces<sup>13</sup> y recibió reconocimiento vinculante en los Acuerdos marroquíes donde se estableció la OMC, a través de las alíneas (j) y (k) de la ‘Lista Ilustrativa de Subvenciones a la Exportación’ contenida en el Anexo I del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias (acuerdo SCM).<sup>14</sup> En una palabra, la disciplina internacional sobre los créditos a la exportación se enfoca en dos temas: el requisito de *‘breaking even’* prohíbe a las ACEs tener déficits persistentes tal como ha sido el caso cuando las pérdidas incurridas por las ACEs eran regularmente asumidas por los contribuyentes. En segundo lugar, las ACEs no pueden otorgar subvenciones con tasas de interés que estén por debajo de los niveles de acuerdo de la OCDE, prohibiendo a los estados de subvencionar tasas por debajo de los estándares del mercado de capital para períodos prolongados. Ambas restricciones están enfocadas en ‘nivelar el campo de juego’ para el comercio internacional evitando la repetición de las guerras relativas al otorgamiento de subvenciones con tasas de interés.

### ACEs y los derechos humanos—argumentos para una regulación más fuerte

Pese a que el marco de la OCDE recientemente ha sido enriquecido por la adopción de directrices adicionales de políticas no vinculantes y acuerdos sobre normas ambientales<sup>15</sup> y préstamo sostenible,<sup>16</sup> estos arreglos generalmente no han hecho mucho para reducir la preocupación de que las ACEs promuevan formas



dañinas de exportación e inversión. Por más que actualmente algunas ACEs se encuentran más estrictamente reguladas a nivel nacional, y aunque hayan estado sometidas a un mayor escrutinio público que sus contrapartes del sector privado, el carácter residual y complementario de su foco de negocios ha implicado que los proyectos más riesgosos han sido financiados por estas agencias o no han recibido financiamiento de ningún lado.<sup>17</sup> El escrutinio interno sobre los criterios de selección y elegibilidad empleados por las ACEs es por lo tanto de suma importancia para garantizar que los préstamos y garantías suscritas por los contribuyentes no terminen apoyando transacciones y proyectos que son dañinos para los prospectos del desarrollo humano y las sustentabilidad de deuda de los estados receptores y para el disfrute de los derechos humanos en los estados anfitriones.

Hay poca evidencia de que las medidas adoptadas en momentos de crisis por las ACEs individuales o por agencias multilaterales hayan dado la debida consideración a temas de impacto socio-ambiental o a la sustentabilidad de la deuda a mediano y largo plazo. La premura por 'subsana la brecha financiera del comercio' plantea gran preocupación por que los criterios de selección y elegibilidad aplicados por las ACEs—ya considerados por la mayoría de los observadores como demasiado pocos y débilmente implementados—no sean estrictamente respetados. Esto aumentaría la cantidad de exportaciones y proyectos de inversión defectuosos suscritos por los contribuyentes y se incrementaría el riesgo de que las economías en desarrollo y emergentes deban cargar con deudas insostenibles e improductivas. El carácter excepcional de las medidas adoptadas desde 2008 sólo exacerba un problema más general en torno a la posición de las ACEs en la gobernanza de la economía mundial: como creaturas de la política industrial, estas instituciones están enfocadas en evitar dificultades económicas en sus países de origen, sin demasiada consideración de los efectos que sus préstamos y garantías tengan en los estados anfitriones. A diferencia de los actores que pertenecen puramente al sector privado, sin embargo, las ACEs, con su apoyo a transacciones potencialmente dañinas en el extranjero, podrían asumir la responsabilidad de sus estados de origen en términos de derechos humanos.

Tal como lo argumentamos en otros escritos,<sup>18</sup> la Carta de las Naciones Unidas y el derecho internacional de los derechos humanos pueden ser interpretados como instrumentos que exigen, como mínimo, que los estados garanticen que la regulación económica del comercio y la inversión mundial no impida el desarrollo y no cause un daño predecible y evitable en el goce de los derechos en el extranjero. Esto está vinculado con un requisito de diligencia debida: las agencias de crédito a la exportación, basándose en una garantía pública implícita o explícita, deben garantizar que en los procedimientos de evaluación y selección, los proyectos sean examinados en términos de impacto en los derechos humanos y resultados generales de

desarrollo. Más ampliamente, sin embargo, amerita preguntar qué política regulatoria adoptan los estados para definir el mandato de sus propias ACEs: un enfoque reducido sobre la 'justicia en el comercio' en tiempos de estabilidad y sobre 'subsana la brecha financiera del comercio' en momentos de crisis nos ha servido bien, y ha anulado la mayoría de los beneficios de la asistencia oficial al desarrollo.<sup>19</sup> Es momento de valorar adecuadamente las externalidades de las políticas industriales de los estados desarrollados y abordar los efectos distributivos dentro del país y en el extranjero.

#### Autor

Matthias Sant'Ana es investigador doctoral del *Centre for International and European Law* y becario adjunto en investigación del *Centre for Legal Philosophy, Université catholique de Louvain*.

#### Notas

1 Delio E Gianturco, *Export Credit Agencies: The Unsung Giants of International Trade and Finance*. Westport, CT: Greenwood Publishing Group, 2001, pág. 41.

2 M. Auboin, 'Restoring Financial Trade During a Period of Financial Crisis: Stock-Taking of Recent Initiatives', WTO Staff Working Paper (ERSD-2009-16), 2009, disponible en: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1535309](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1535309)> (última visita el 26 de marzo de 2012), pág. 2.

3 J.P. Chaffour & M. Malouche (eds), *Trade Finance During the Great Trade Collapse*. Washington: World Bank Publications, 2011, pág. 4.

4 Berne Union, *Statistics 2007-2011*, disponible en <<http://www.berneunion.org/pdf/Berne%20Union%202012%20-%20Charts%20and%20numbers%20for%20website.pdf>>

5 Las agencias de crédito a la exportación y las agencias de garantías de inversión en ocasiones son consideradas como una sola entidad, y a veces son manejadas por agencias con diferentes estatus legal. En EUA, por ejemplo, el Banco de Exportación-Importación de los Estados Unidos (*the Export-Import Bank of the United States, Eximbank*) maneja los créditos a la exportación mientras que la Corporación para la Inversión Privada en el Extranjero (*Overseas Private Investment Corporation, OPIC*) brinda seguros de riesgo político a los inversores de EUA que solicitan garantías para la inversión externa directa. Para hacerlo más simple, nos referiremos a ambos tipos de agencias de manera indistinta con un solo acrónimo.

6 M. Auboin, 'International regulation and Treatment of Trade Finance: What are the Issues?', WTO Staff Working Paper (ERSD-2010-09), febrero de 2010, en pág. 1.

7 Malcolm Stephens, *The Changing Role of Export Credit Agencies*, Washington: Fondo Monetario Internacional, 1999, párrafos 29-30. (articulando la 'sabiduría convencional' para la intervención estatal en torno a diez razones).

8 M. Auboin, 'Restoring Financial Trade During a Period of Financial Crisis: Stock-Taking of Recent Initiatives', WTO Staff Working Paper (ERSD-2009-16), disponible en <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1535309](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1535309)>

9 MIGA, *Annual report 2011*, Washington: World Bank Publications, pág. 4.

10 CFI, *Annual Report 2012*, Washington: World Bank, pág. 25.

11 EBRD, EIB, WB, *Final Report on the Joint IFI Action Plan*, marzo de 2011, disponible en <[http://www.ebrd.com/downloads/news/Final\\_Report\\_on\\_Joint\\_IFI\\_Action\\_Plan\\_Feb\\_2011.pdf](http://www.ebrd.com/downloads/news/Final_Report_on_Joint_IFI_Action_Plan_Feb_2011.pdf)>, párrafos 12-16.

12 OCDE, *Arrangement on Officially Supported Export Credits*, 1978.

13 La última edición del Acuerdo fue adoptada en enero de 2013. Sin embargo, de mayor importancia son un número de acuerdos adicionales de la OCDE que conciernen medidas para sectores específicos (sector aeronáutico, etc.) o que brindan una guía específica con respecto a las normas ambientales, de corrupción o préstamo sostenible. Estos acuerdos pueden ser consultados en <<http://www.oecd.org/tad/exportcredits/>>.

14 Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias, 15 de abril de 1994, Acuerdo de Marruecos donde se establece la Organización Mundial del Comercio, Anexo 1A, 1867 U.N.T.S. 14.

15 OCDE, *Council Recommendation on Common Approaches on Environment and Officially Supported Export Credits* [TAD/ECG(2012)5].

16 OECD, *Principles and Guidelines for Sustainable Lending to Low-Income Countries*, 22 de abril de 2008 [TAD/ECG(2008)15].

17 He discutido esta cuestión en mayor detalle en 'Risk Managers or Risk Promoters? The impacts of export credit and investment guarantee agencies on human development and human rights' en Olivier De Schutter, Johan Swinnen, Jan Wouters (eds), *Foreign Direct Investment and Human Development: The Law and Economics of International Investment* (New York: Routledge, 2013), párrafos 189-232.

18 *ibid.*, párrafo 208ff.

19 A este respecto, véase Eurodad, *Responsible Finance Charter*, 2011, disponible en <[http://eurodad.org/uploadedfiles/whats\\_new/reports/charter\\_final\\_23-11.pdf](http://eurodad.org/uploadedfiles/whats_new/reports/charter_final_23-11.pdf)>, p. 3.

\* N. del T.: Salir sin ganar ni perder, recuperar los gastos.



## ¿Cómo Incorporar Obligaciones de Derechos Humanos a los Tratados Bilaterales de Inversión?

por Patrick Dumberry y Gabrielle Dumas Aubin

### artículo 3



Los Tratados Bilaterales de Inversión (TBIs) son, al menos en su forma actual, asimétricos. En virtud de estos tratados, los inversores extranjeros son otorgados *derechos* sustantivos sin estar sujetos a ningunas *obligaciones* específicas. En este contexto, un tema cada vez más debatido en el sector académico y la sociedad civil es si existe la necesidad de un mayor grado de equilibrio entre los intereses legítimos de los inversores y los de los países anfitriones en los TBIs. Esta cuestión es parte de un debate más amplio sobre cómo abordar las violaciones de derechos humanos cometidas por las empresas al hacer negocios en el extranjero. Algunos instrumentos internacionales, tales como los tratados internacionales de derechos humanos, están dirigidos específicamente a las actividades de las empresas. Sin embargo, las obligaciones contenidas en estos instrumentos son vinculantes para los estados contratantes pero *no* para las empresas<sup>1</sup>. El derecho internacional (tal como es ahora) no impone ninguna obligación legal *directa* a las empresas<sup>2</sup>. Sin embargo, el derecho internacional en ninguna de sus partes impide a los países firmar tratados (tales como TBIs) que impongan obligaciones de derechos humanos a las empresas.

En este breve ensayo se examina una opción promisorio: imponer obligaciones de derechos humanos y otras obligaciones no relativas a las inversiones directamente a las empresas en los TBIs<sup>3</sup>. Muy pocos TBIs contienen una referencia directa a temas de derechos humanos. Sin embargo, cuando lo hacen, claramente no imponen ninguna obligación vinculante a las empresas extranjeras. Como resultado, los asuntos de derechos humanos sólo pueden plantearse en un número limitado de circunstancias ante los tribunales arbitrales en el contexto de los procedimientos de arbitraje de los TBIs<sup>4</sup>. Los siguientes párrafos brindan un análisis concreto sobre la manera en que se podrían redactar (o readaptar) los TBIs para incorporar obligaciones que no-relacionadas con las inversiones.

La primera pregunta es: ¿se pueden establecer obligaciones de derechos humanos para los inversores en los TBIs? Hacer referencia a las responsabilidades de las empresas en el preámbulo de un TBI indudablemente tendría un impacto positivo. El preámbulo es una parte contextualmente importante de un tratado y podría servir para indicar y dar color al objeto y propósito del tratado. Sin embargo, una referencia simple a los derechos humanos en el preámbulo no generaría ninguna obligación sustantiva para los inversores. Una forma más promisorio es hacer una referencia explícita a obligaciones de derechos humanos en el texto principal del TBI. El tipo de lenguaje

utilizado es otro tema pertinente e igualmente importante. Meramente *alentar* a los inversores a hacer algo no ha funcionado en el pasado y es muy poco probable que sea una solución efectiva en el futuro. Por lo tanto, resulta primordial que las disposiciones de un tratado generen obligaciones legales mandatorias que *fuercen* la adopción de una determinada conducta por parte de las empresas. La disposición también debe establecer un mecanismo por medio del cual el incumplimiento sea sancionado eficazmente por un tribunal arbitral.

Un enfoque pragmático insta a limitar el alcance de las obligaciones impuestas a las empresas en los TBIs a las encontradas en las siguientes áreas del derecho: derechos humanos, derechos laborales, protección del medio ambiente y anti-corrupción. Pero ¿cómo deberían incorporarse estas obligaciones a los TBIs? Una opción sería que las partes determinen ellas mismas, durante la negociación del tratado, qué obligaciones de derechos humanos y no relativas a las inversiones desean incluir en el TBI. A nuestro entender, este no es el enfoque más adecuado ya que tales negociaciones probablemente lleven una cantidad considerable de tiempo y generen muchos temas controvertidos. Una solución más directa sería que en los TBIs se haga referencia directa a los cinco instrumentos internacionales más reconocidos que las empresas deben observar: la *Declaración Universal de Derechos Humanos* (1948), el *Pacto de las Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos* (1966), la *Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo* (1998), la *Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción* (2003) y la *Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo* (1992).

La primera razón para elegir estos instrumentos en particular es que han sido firmados y ratificados por un número significativo de países. Es más fácil convencer a los países de que incorporen obligaciones de derechos humanos cuando los principios contenidos en estos pocos instrumentos no son controvertidos y están respaldados por su vasta mayoría. De hecho, el contenido de algunos de estos instrumentos es considerado como parte del derecho consuetudinario internacional. La segunda razón es simplemente que ya se encuentran aceptados por un gran número de empresas como principios rectores para la conducción de sus actividades de negocios en el extranjero. Esto es, por ejemplo, la conclusión a la que arribó John Ruggie, ex Representante Especial de la ONU para las Empresas y los Derechos Humanos, en una encuesta sobre representantes de empresas multinacionales<sup>5</sup>. Similarmente, en el contexto del "Pacto Global de Naciones Unidas", una iniciativa no vinculante de no menos de 8.700 participantes corporativos y otros actores involucrados de más de 130 países que se han comprometido a respetar los diez principios universales extraídos de los cinco instrumentos antes mencionados<sup>6</sup>. Estos diez principios también han sido aceptados por un número considerable de países a través de una Resolución de la Asamblea General de la ONU de 2010<sup>7</sup>. Por lo tanto, se encuentra aceptado que los países estarán más abiertos a la imposición de obligaciones legales internacionales a las empresas sabiendo que ya existe un apoyo generalizado a las mismas dentro de la comunidad empresarial.

Los cinco instrumentos internacionales antes mencionados ciertamente no son los únicos a los cuales se podría hacer referencia en los TBIs. Por ejemplo, también podrían

mencionarse los instrumentos jurídicos no vinculantes que han sido adoptados por los países; tales como la *Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales de la OIT* o *Las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales*. Sin embargo, el principal problema de esta propuesta es la naturaleza no vinculante de estos instrumentos. Si bien es cierto que los mismos incluyen *algunos* principios que en sí mismos se encuentran contenidos en otros tratados internacionales que son vinculantes para los países, los otros principios no imponen ninguna obligación sobre ninguna de las partes. Es poco probable que los países estén dispuestos a 'transformar' estos instrumentos jurídicos no vinculantes en vinculantes al incorporarlos simplemente a sus TBI.

Hacer una referencia a tratados internacionales específicos en los TBI es solo el primer paso a considerar cuando se pretende mejorar la protección de los derechos humanos en el contexto de estos tratados bilaterales. La cláusula de solución de diferencias entre inversor y estado contenida en los tratados también debe contener una disposición donde se indique específicamente la manera en que serán aplicadas las obligaciones de derechos humanos impuestas a las empresas ante un tribunal arbitral. En la disposición se debe aclarar que un tribunal arbitral tendrá jurisdicción sobre acusaciones de violaciones de derechos humanos cometidas por las empresas. Existen al menos tres posibilidades de aplicación que pueden ser previstas en una cláusula de solución de diferencias entre inversor y estado en un TBI. En otros escritos hemos propuesto ejemplos específicos para cada opción.<sup>8</sup>

Como primera opción, la protección de un inversor en virtud de un TBI podría verse *condicionada* por su respeto por las obligaciones de derechos humanos (y las otras obligaciones no relativas a la inversión). Esta es la doctrina 'manos limpias' (*clean hands doctrine*)<sup>9</sup>. Las partes contratantes son libres de limitar el consentimiento a arbitraje a las diferencias que cumplan con características específicas. De esta manera, nada les impide condicionar la disponibilidad de protección sustantiva para los inversores a su cumplimiento con obligaciones fundamentales de derechos humanos. Si un tribunal llega a la conclusión de que una empresa ha cometido violaciones de derechos humanos contrario a sus obligaciones asumidas bajo un TBI, podría encontrar inadmisibles el reclamo del inversor. De hecho, varios tribunales arbitrales ya han hecho uso, en cierto grado, de la doctrina *manos limpias* sosteniendo que carecían de jurisdicción o que un reclamo era inadmisibles frente a una conducta ilegal de un inversor, tal como una representación errónea del demandante, fraude o soborno/corrupción. La solución prevaleciente hasta el momento para el soborno, debería, *a fortiori*, ser aplicable cuando un tribunal llegue a la conclusión de que una empresa ha cometido violaciones de derechos humanos contrario a sus obligaciones bajo el TBI.

Una segunda opción disponible sería la de admitir una reclamación presentada por un inversor aun frente a violaciones de derechos humanos, pero también debería permitirse al estado demandado plantear cualquiera de estas acusaciones durante el procedimiento arbitral. Esta es la opción de 'compensación por daños' (o 'mitigación'). Un tribunal, por ende, debería tener en cuenta estas argumentaciones al momento de determinar los méritos de la diferencia. Tales alegaciones también deberían tener un impacto en la evaluación de indemnización del tribunal por los daños reclamados por un inversor. Una tercera opción

disponible, 'contrademanda', es una variante de la 'opción de mitigación'. Conforme a esta opción, se permitiría a un inversor demandante que presentara una reclamación aun frente a violaciones de derechos humanos, pero se permitiría que el país anfitrión presentase acusaciones de violación de derechos humanos en la contrademanda. La posibilidad de presentación de contrademandas por los países anfitriones debe estar expresamente dispuesta en la cláusula de solución de diferencias entre inversor y estado. En este momento, el prospecto de una nueva generación de TBI donde se equilibren las obligaciones y los derechos de las empresas es incierto. No parece haber ninguna voluntad política entre los países para propugnar estos avances. A fin de cuentas, todos los países, tanto desarrollados como en vías de desarrollo, deberían tener gran interés por realizar estos cambios en tratados futuros. En nuestra opinión, los mercados emergentes (que en la mayoría de los casos aparecen como países anfitriones) se darán cuenta de que los cambios propuestos son para su beneficio ya que brindan más herramientas para su defensa frente a reclamaciones presentadas por inversores extranjeros. Las objeciones a los cambios propuestos podrían provenir de países exportadores de capital cuyo objetivo de firmar TBI es proporcionar una protección legal extensiva a sus inversores nacionales que conducen negocios en el extranjero. Sin embargo, hay una creciente preocupación sobre el impacto negativo que pueden tener las actividades comerciales en las poblaciones locales con respecto a los derechos humanos y a temas relacionados. A nuestro entender, una manera simple de que los Estados exportadores de capital respondan a los reclamos de algunos segmentos de la sociedad civil sería adoptar TBI que impongan obligaciones de derechos humanos a las empresas.

---

#### Autor

Patrick Dumberry es Profesor Adjunto, Facultad de Derecho (Derecho Civil), de la Universidad de Ottawa (Patrick.dumberry@uottawa.ca). Gabrielle Dumas-Aubin es estudiante del Colegio de Abogados de Quebec.

---

#### Notas

1 "Business and Human Rights: Mapping International Standards of Responsibility and Accountability for Corporate Acts", Informe del Representante Especial del Secretario General de las Naciones Unidas, El Sr. John Ruggie, sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, UN Doc. A/HRC/4/035 (9 de febrero, 2007), párrafo 44.

2 Una excepción remarcable son las normas perentorias del derecho internacional (*jus cogens*) por medio de las cuales puede dictarse la responsabilidad directa de las empresas.

3 Patrick Dumberry and Gabrielle Dumas-Aubin, "How to Impose Human Rights Obligations on Corporations under Investment Treaties?", 4 Yearbook on International Investment Law and Policy (2011-2012), págs. 569-600.

4 Patrick Dumberry y Gabrielle Dumas-Aubin, "When and How Allegations of Human Rights Violations Can Be Raised in Investor-State Arbitration", 13(3) Journal of World Investment & Trade (2012), págs. 349-372.

5 "Informe provisional del Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales", John Ruggie, E/CN.4/2006/97 (22 de febrero, 2006), 34.

6 Naciones Unidas, Pacto Global – Los Diez Principios (disponible en <http://www.unglobalcompact.org/aboutthegc/thetenprinciples/index.html> (última visita el 21 de abril, 2012).

7 Naciones Unidas, Pacto Global, UN GA Res. 64/223, 25 de marzo, 2010.

8 Dumberry & Dumas-Aubin, nota 3 supra, pág. 589 ff.

9 Patrick Dumberry & Gabrielle Dumas-Aubin, "The Doctrine of 'Clean Hands' and the Inadmissibility of Claims by Investors Breaching International Human Rights Law", *Transnational Dispute Management Special Issue: Aligning Human Rights and Investment Protection* (2013), 10(1).

## Remedios en el arbitraje entre inversor y estado: Desde una perspectiva del interés público

por Margaret B. Devaney

### artículo 4



*“De hecho, sería extraño si el resultado de la aceptación de un tratado bilateral de inversión tomara la forma de responsabilidades ‘que probablemente involucren repercusiones catastróficas para los medios de subsistencia y el bienestar económico de la población’ del [estado anfitrión]”.*

Esta cita de la Opinión Separada del Profesor Brownlie sobre los Asuntos relativos a la Fase de Cuantificación del caso *CME c Czech Republic*<sup>1</sup> apunta al impacto potencialmente pernicioso de un laudo sobre daños en el arbitraje entre inversor y estado y, más generalmente, destaca la potencial intersección entre los remedios otorgados en este tipo de arbitrajes y los asuntos relativos al interés público<sup>2</sup>. Si bien en mucha bibliografía se muestran las tensiones entre la soberanía regulatoria y la protección de los inversores bajo el derecho internacional de las inversiones y se analiza el balance entre los intereses públicos y privados en la práctica arbitral, solo en un pequeño sub grupo de esta literatura se hace referencia a las consideraciones de interés público durante la etapa de determinación de los remedios en el proceso arbitral entre inversor y estado<sup>3</sup>. Inversamente, la literatura sobre los remedios otorgados en los arbitrajes entre inversor y estado primordialmente está destinada a describir la mecánica de los complejos métodos de valuación que han sido aplicados por los tribunales para evaluar los daños en lugar de considerar el potencial papel que juega la etapa de determinación de los remedios desde una perspectiva de interés público.

Esta tendencia, con pocas excepciones, parece reflejarse en la práctica arbitral. Conceptos tales como el interés público, autonomía regulatoria o desarrollo sostenible en raras ocasiones han sido referidos por los tribunales de los arbitrajes entre inversores y estados cuando deciden sobre la cuantificación de los daños o la indemnización a ser otorgada a los inversores demandantes<sup>4</sup>. Las referencias que sí existen generalmente han negado la relevancia de tales consideraciones en la etapa de determinación de los remedios, al menos, en las circunstancias específicas del caso determinado<sup>5</sup>. Esto es así tanto para las normas

existentes de ‘valor justo de mercado’ en el caso de las expropiaciones legales, como para las normas de ‘plena reparación’ para las expropiaciones ilegales, que provienen de las reglas sobre la responsabilidad estatal bajo el derecho internacional.

Por ejemplo, al decidir sobre la cuantificación de la indemnización a ser otorgada por la expropiación legal en base a la norma de ‘valor justo de mercado’, el tribunal del caso *Santa Elena v Costa Rica* remarcó que el hecho de que la propiedad fuera confiscada con un fin legítimo de bien público, en este caso la protección del medio ambiente, no alteraba el nivel de la indemnización que debía ser pagada. El mismo tribunal también remarcó que la fuente internacional de donde nace la obligación de proteger el medio ambiente no marca una diferencia sobre el nivel de indemnización a pagar.<sup>6</sup>

Similarmente, en relación con la norma de ‘plena reparación’ o norma *Chorzów Factory*<sup>7</sup> aplicable a las violaciones ilegales, el único reconocimiento explícito sustancial de las consideraciones de interés público se ha hecho bajo la forma de una distinción realizada entre las expropiaciones legales y las ilegales en el caso *ADC c Hungary* y en laudos posteriores<sup>8</sup>. Antes del laudo del caso ADC, los tribunales arbitrales generalmente aplicaban la norma establecida en el tratado para la expropiación legal a fin de determinar la cuantificación de los daños por la expropiación ilegal, aun en caso de violaciones múltiples de tratado<sup>9</sup>. Sin embargo, en el caso *ADC c Hungary* se aplicó la norma de ‘plena reparación’ en lugar de la norma establecida en el tratado de inversión pertinente. El inversor poseía una serie de derechos de desarrollo en el aeropuerto de Budapest, que fueron expropiados justo cuando el tráfico de pasajeros se incrementaría sustancialmente. Dado que el valor de la inversión había aumentado entre la fecha de la confiscación y la fecha del laudo, esa suma extra fue otorgada de acuerdo con la norma de ‘plena reparación’. El tribunal de *ADC*, sin embargo, remarcó que un aumento como tal en el valor entre la fecha de la confiscación y la fecha del laudo era un caso inusual, si no único.

Pese a la actual falta de referencia a las consideraciones de interés público para determinar la cuantificación de los daños o de la indemnización a ser otorgada a los inversores demandantes, hay una conexión cercana entre el diseño y la aplicación de un remedio y la manera en que los derechos que ese remedio protege son balanceados con los objetivos de las políticas públicas<sup>10</sup>. Esta función ‘social’ de los remedios ha sido reconocida en casos de derecho público dentro de los sistemas legales internos donde generalmente ocurre un balance entre los intereses de la parte perjudicada y el interés público al momento de decidir sobre el grado del remedio a ser otorgado<sup>11</sup>. En el arbitraje entre inversor y estado, si bien algunos tribunales (aunque definitivamente no todos) han reconocido que los intereses del estado anfitrión y los del inversor deberían ser balanceados al momento de evaluar la responsabilidad en la etapa de consideración de los



méritos; y pese a que los mismos han aplicado una prueba de proporcionalidad para alcanzar este balance, esta elección normativa no ha afectado ostensiblemente el enfoque de los tribunales para evaluar la cuantificación de los daños o de la indemnización que deberá pagar el estado anfitrión.

Yo alegraría que, a fin de garantizar un equilibrio óptimo entre los intereses del estado anfitrión y los del inversor, la base normativa considerada como apropiada para la etapa de los méritos de hecho debería ser utilizada en la etapa de determinación de los remedios<sup>12</sup>. Esto daría a los tribunales una mayor flexibilidad para reconocer la 'escala de grises' que podría existir en la relación entre el inversor y el estado anfitrión en vez de requerir un enfoque de 'todo o nada' en la determinación de responsabilidad. Tal flexibilidad, que es muy necesaria dada la falta de flexibilidad mostrada por los árbitros al interpretar los contratos a largo plazo y los tratados de inversión al momento de abordar cambios fundamentales en las circunstancias (tales como una situación de turbulencia económica), ha sido identificada como un factor clave que subyace a la repercusión negativa contra el arbitraje de inversión.<sup>13</sup>

De hecho, la etapa de determinación de los remedios puede ser considerada como el 'hogar natural' para el balance de los intereses, dado que los tribunales de los tratados de inversión son otorgados un mayor grado de discreción en la etapa de los remedios que en otras etapas del proceso arbitral. Esto permite que los tribunales aborden el tema de la indemnización o de los daños, o que se basen en 'consideraciones equitativas' o 'principios equitativos' para justificar un laudo en particular<sup>14</sup>. Por ejemplo, en el caso *AMT c Zaire*, el tribunal señaló que estaba ejerciendo "su poder discrecional y soberano para determinar la cuantificación de la indemnización...teniendo en cuenta las circunstancias del caso que tuvo ante sí."<sup>15</sup> Similarmente, el caso *Santa Elena c Costa Rica* "prosiguió por medio de un proceso de aproximación" basado en las presentaciones de las partes en cuanto al valor de la propiedad a la fecha de la expropiación.<sup>16</sup>

En todo caso, la aplicación de las normas de 'valor justo de mercado' y de 'plena reparación' abarca un elemento significativo de discreción arbitral<sup>17</sup>. Por ejemplo, los tribunales de los tratados de inversión habitualmente deben determinar un 'valor justo de mercado' con respecto a un bien único que el vendedor no desea vender y para el cual probablemente no aparecerá ningún comprador interesado después de una expropiación<sup>18</sup>, lo cual significa que el valor de mercado de un bien debe ser determinado por inferencia de una amplia gama de otras evidencias. Similarmente, aplicar la norma de 'plena reparación' involucra una representación de un hipotético curso de eventos que habrían ocurrido si el acto ilegal no hubiese sucedido: un ejercicio que requiere el otorgamiento de un determinado margen de discreción a los árbitros.<sup>19</sup>

Por lo tanto, las normas de valuación existentes de 'valor justo de mercado' y de 'plena reparación' deberían ser evaluadas de manera crítica para determinar el

grado en que puedan albergar consideraciones de interés público, dada la discreción que los árbitros pueden ejercer al aplicar estas normas y al evaluar generalmente los daños o la indemnización. Estas normas de valuación tienen la ventaja de brindar un nivel de certeza al proceso de valuación (al menos en teoría) y esto no debería sacrificarse livianamente. Por ejemplo, podría darse el caso de que las dificultades económicas del estado anfitrión, en muchos casos, puedan estar adecuadamente reflejadas en el cálculo de los daños o de la indemnización bajo estas normas. Por lo tanto, aplicar la norma de 'plena reparación', la situación hipotética del inversor si el acto ilegal no hubiera ocurrido se vería afectada (muy probablemente de manera adversa) por las condiciones económicas del estado anfitrión y esto debería verse reflejado en el cálculo de los daños. Similarmente, las condiciones económicas prevalecientes en el estado anfitrión al momento de la expropiación generalmente afectará el 'valor justo de mercado' del bien expropiado.<sup>20</sup>

“ La literatura sobre los remedios otorgados en los arbitrajes entre inversor y estado primordialmente está destinada a describir la mecánica de los complejos métodos de valuación que han sido aplicados por los tribunales. ”

En relación con las posibilidades para los acuerdos internacionales de inversión (AII) nuevos o renegociados, resulta interesante notar que el Marco de Políticas de Inversión para el Desarrollo Sostenible de la UNCTAD (por sus siglas en inglés, IPFSD)<sup>21</sup> contiene un número de opciones relativas a la etapa de determinación de los remedios en su menú de opciones para los diseñadores de políticas, varias de las cuales requerirían la derogación de las actuales normas de valuación predominantes. Por ejemplo, el IPFSD sugiere una opción de política que dispone que el monto de la indemnización debe ser "equitativo en vista de las circunstancias del caso" y prosigue sugiriendo que podrían delinearse reglas específicas sobre daños por la violación de un tratado, tales como la exclusión de la capacidad de recuperación de los daños punitivos y/o morales, limitando la misma a las ganancias perdidas (hasta la fecha del laudo) o garantizando que la suma de los daños a pagarse sea conmensurada con el nivel de desarrollo del país en cuestión<sup>22</sup>. El IPFSD también sugiere que los futuros AII podrían disponer que los tribunales consideren el incumplimiento de normas universalmente reconocidas, tales como la Declaración Tripartita de Principios sobre

las Empresas Multinacionales de la Organización Internacional del Trabajo<sup>23</sup>, los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos<sup>24</sup> o las normas de las Naciones Unidas sobre Responsabilidad Social Corporativa<sup>25</sup>, al momento de interpretar y aplicar las disposiciones de un tratado y para determinar la suma de los daños pagaderos al inversor.<sup>26</sup>

Es probable que algunas de las sugerencias del IPFSD prueben ser más viables que otras y puede percibirse que algunas diluyen en exceso la protección otorgada a los inversores extranjeros en virtud de los AII. Además, dado que no es la función del IPFSD hacer esto, no se presentan directrices o sugerencias sobre cómo podrían interrelacionarse las reformas de los futuros AII que afectan las diferentes etapas del proceso arbitral y, en particular, cómo la reforma relativa a la etapa de consideración de los méritos podría interrelacionarse con las disposiciones asociadas con los remedios. Sin embargo, la inclusión de sugerencias sobre remedios en el menú de opciones de políticas del IPFSD ha de ser muy bienvenida ya que abre el debate sobre el papel de los remedios en el arbitraje entre inversor y estado desde una perspectiva de interés público/ desarrollo sostenible.

En conclusión, pese a la gran cantidad de bibliografía tanto sobre el balance de los intereses públicos y los privados en el arbitraje entre inversor y estado y a una mayor concientización por parte de los tribunales de estos arbitrajes de que sería necesario tener en cuenta los intereses públicos al aplicar e interpretar los derechos del inversor, la etapa de determinación de los remedios legales no ha sido ampliamente examinada desde esta perspectiva. Similarmente, la cuestión de si el balance entre los intereses públicos y privados en la etapa de los remedios podría reparar las dificultades asociadas con este balance en la etapa de consideración de los méritos no ha sido abordada comprensivamente. Ya se encuentra ampliamente aceptado que se trata de temas que valen la pena explorar como una parte integral de un enfoque a la promoción del desarrollo sostenible en el arbitraje entre inversor y estado y, más generalmente, en el derecho internacional de las inversiones.

## Autor

Margaret Devaney es candidata a PhD en el *Centre for Commercial Law Studies, Queen Mary University of London*.

Traducido al español por María Candela Conforti.

## Notas

1 Profesor Ian Brownlie, Opinión Separada sobre los Asuntos relativos a la Fase de Cuantificación del caso *CME v Czech Republic*, 13 de marzo de 2003, párrafo 78; véanse también los párrafos 31, 32, 58 y 74-80.

2 En el presente artículo la "consideración del interés público" se refiere a la autonomía regulatoria del estado anfitrión junto con los fines legítimos de bien público que yacen detrás de la regulación del estado anfitrión en circunstancias donde las medidas legislativas son objeto de recusación bajo un tratado de inversión.

3 Véase, por ejemplo, Ursula Kriebbaum, 'Regulatory Takings: Balancing the Interests of the Investor and the State', (2007) 8(5) *Journal of World Investment and Trade* 726; Lahra Liberti, 'The Relevance of Non-Treaty Investment Obligations in Assessing Compensation' en Pierre-Marie Dupuy et al. (eds.), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration* (Oxford University Press, 2009) 557-564; T. W. Wälde and B. Sabahi, 'Compensation, Damages and Valuation in International Investment Law',

4(6) *Transnational Dispute Management*; M. Toral and T. Schultz, 'The State, a Perpetual Respondent in Investment Arbitration? Some Unorthodox considerations' en Michael Waibel, Asha Kaushal, et al. (eds.), *The Backlash against Investment Arbitration* (Kluwer Law International, 2010), 582-583; Filip Balcerzak, 'Determination of compensation in investor - state arbitrations: is there a place for human rights arguments?', Escrito presentado en la Primera Conferencia de profesionales/académicos posgraduados o recién graduados de la *Society of International Economic Law*, Hamburgo, 27 y 28 de enero de 2012; Ioana Tudor, *The Fair and Equitable Treatment Standard in the International Law of Foreign Investment* (Oxford University Press, 2008), Capítulo 7; Andreas Kulick, *Global Public Interest in International Investment Law* (Cambridge University Press, 2012), Capítulo 5; Diane Desierto, 'Human Rights and Investment in Economic Emergencies: Conflict of Treaties, Interpretation, Valuation Decisions', presentado en la 3ra Conferencia Mundial Bial de la *Society of International Economic Law* (SIEL), julio de 2012.

4 En este artículo el término 'indemnización' será utilizado para referirse a un pago monetario realizado como consecuencia de una expropiación ejecutada con un fin público, de manera no discriminatoria y de acuerdo con un proceso debido (una "expropiación legal"), y el término "daños" para referirse al pago monetario como consecuencia de una conducta ilegal, incluyendo las expropiaciones ilegales.

5 Véase, por ejemplo, *Siemens c Argentina*, Laudo y Opinión Separada, Caso del CAD I No. ARB/02/8, IIC 227 párrafos 349-354.

6 Caso del CIAD No. ARB/96/1, 17 de febrero de 2000, párrafos 71-72.

7 Corte Permanente de Justicia Internacional, *Case Concerning the Factory at Chorzów*, fallo, Serie A, n.7, 13 septiembre de 1928, 47.

8 Caso del CIAD No. ARB/03/16, Laudo del 2 de octubre de 2006, párrafo 496; véase también *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. c Vivendi Universal S.A. v The Argentina Republic*, Caso del CIADI No. ARB/97/3, Laudo en la re-presentación del Caso del 20 de agosto de 2007, 243, párrafo 8.2.3 et seq.

9 Véase, por ejemplo, *Técnicas Medioambientales Tecmed SA c Estados Unidos Mexicanos*, Caso del CIADI No. ARB(AF)/99/2 y *Metalclad c Mexico*, Caso del CIADI No. ARB(AF)/97/1 (TLCAN), Laudo del 30 de agosto de 2000.

10 Anne van Aaken, 'Primary and Secondary Remedies in International Investment Law and National State Liability: a Functional and Comparative view' en Stephan W. Schill (ed.) *International Investment Law and Comparative Public Law* (Oxford University Press, 2010) 721-754 en 722-723; Borzu Sabahi, *Compensation and Restitution in Investor-State Arbitration: Principles and Practice* (Oxford University Press, 2011), 186; Dinah Shelton, 'Righting Wrongs: Reparations in the Articles on State Responsibility' (2002) 96 *Am. J. Int'l L.* 833 en 845.

11 Irmgard Marboe, 'State Responsibility and Comparative State Liability for Administrative and Legislative Harm to Economic Interests' en Stephan W. Schill (ed.) *International Investment Law and Comparative Public Law* (Oxford University Press, 2010) 377-408.

12 Véase Christopher Serkin, 'The Meaning of Value: Assessing Just Compensation for Regulatory Takings' 99 *NW. U. L. REV.* 677, 742 (2005) donde se hace una observación similar relacionada con la valuación de la indemnización por la toma de propiedad en la jurisprudencia americana.

13 Louis T Wells, 'Backlash to Investment Arbitration: Three Causes' en Michael Waibel, Asha Kaushal, et al (eds) *The Backlash against Investment Arbitration* (Kluwer Law International, 2010) 341-352.

14 Sergey Ripinsky with Kevin Williams, *Damages in International Investment Law* (British Institute of International and Comparative Law, 2008) 124-126; véase también *Aminoil c Kuwait*, 21 ILM 976, 24 de marzo de 1982, párrafo 78 y 142, *Santa Elena c Costa Rica*, Caso del CIADI No. ARB/96/1, 17 de febrero de 2000, párrafos 92 y 103.

15 Caso del CIADI No. ARB/93/1, Laudo, 5 *ICSID Rep.* 11, párrafo 7.16.

16 Caso del CIADI No. ARB/96/1, 17 de febrero de 2000, párrafos 92- 103.

17 Christopher Serkin, 'The Meaning of Value: Assessing Just Compensation for Regulatory Takings', 99 *NW. U. L. REV.* 677, 725-27 (2005); Diane Desierto, 'Human Rights and Investment in Economic Emergencies: Conflict of Treaties, Interpretation, Valuation Decisions', presentado en la 3ra Conferencia Mundial Bial de la *Society of International Economic Law* (SIEL), julio de 2012, 46.

18 Mark Kantor, 'Valuation for Arbitration: Uses and Limits of Income-Based Valuation Methods' 4(6) *Transnational Dispute Management* 15.

19 Irmgard Marboe, *Calculation of Compensation and Damages in International Investment Law* (Oxford University Press, 2009) párrafos 3.335-3.338; véase Mark Kantor, *Valuation for Arbitration* (Kluwer Law International 2008), 135-137 citando a Sergey Ripinsky, 'Damnum Emergens and Lucrum Cessans: Is it Relevant?', presentado en el 8vo foro sobre tratados de inversión, *British Institute of International and Comparative Law*, 11 de mayo, 2007 sobre la observación de que algunos tribunales podrían haber estado involucrados en 'ingeniería inversa' por cuyo medio se prevé en primer lugar un resultado "justo" donde se balancean los intereses del estado anfitrión y los del inversor y luego se desarrolla una argumentación para justificar ese resultado.

20 Diane Desierto, 'Human Rights and Investment in Economic Emergencies: Conflict of Treaties, Interpretation, Valuation Decisions', presentado en la 3era Conferencia Mundial Bial de la *Society of International Economic Law* (SIEL), julio de 2012, 41-46.

21 Comisión de las Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo, 'Investment Policy Framework for Sustainable Development' (IPFSD), (4 de julio de 2012).

22 IPFSD, 57.

23 Organización Internacional del Trabajo, 'Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social' (4ta Edición)(1 de enero, 2006).

24 Naciones Unidas, Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas "para proteger, respetar y remediar" (21 de marzo, 2011).

25 Informe de la Sub Comisión sobre la Promoción y Protección de los Derechos Humanos, Comisión de Derechos Humanos, 'Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre las Responsabilidades de las Empresas Transnacionales y otras Empresas Comerciales en la Esfera de los Derechos Humanos', U.N. Doc. E/CN.4/2005/91, 15 de febrero de 2005, párrafo 7.

26 IPFSD, 58.

# Toma de Tierras vs. Seguridad Alimentaria: ¿Puede la Regulación Mundial hacer frente a esto?

por Christian Häberli y Fiona Smith

## artículo 5

Ya se sabe que para alimentar a más de 9 mil millones de personas para el año 2050, será necesario un mayor desarrollo de la investigación y la tecnología, de las inversiones en la producción agropecuaria y del comercio internacional. En muchos países, la principal fuente de inversión deberá provenir de la Inversión Externa Directa (IED): es decir, cuando los operadores extranjeros, a menudo fondos de inversión, invierten en bienes con fines de producción. Una de las formas más infames en que esto ocurre es cuando un inversor extranjero adquiere grandes tractos de tierra para cultivo, ignorando los derechos tradicionales a la tenencia de las tierras con el apoyo y el consentimiento tácito del gobierno anfitrión – lo cual se denomina un fenómeno de ‘toma de tierras’. Si bien los temas relativos a la IED no se limitan únicamente a la ‘toma de tierras’, las dificultades en el contexto agrícola han sido bien difundidas por ONGs y los medios de comunicación: el desplazamiento de productores locales y poblaciones indígenas para dar lugar a los inversores, el uso excesivo de los recursos hídricos (‘toma de agua’) y la exportación de la producción agrícola desde áreas escasas en alimentos son algunos de los problemas, especialmente en aquellos estados cuyas estructuras internas de gobernanza son débiles. La seguridad alimentaria del estado anfitrión en este escenario puede verse socavada en lugar de ser fortalecida por las inversiones aun cuando estas generen un aumento sustancial de la productividad. Esto es muy problemático ya que el estado anfitrión tiene el deber de defender los derechos de sus ciudadanos bajo el derecho internacional y el derecho regional de los derechos humanos; específicamente, su derecho a la alimentación y el derecho de los pueblos indígenas a utilizar sus tierras y explotar los recursos naturales de estas tierras para alimentarse.

Sin embargo, estos aspectos negativos no deberían ensombrecer el hecho de que la IED puede tener efectos muy positivos, especialmente para los países con déficit de alimentos. Si se maneja con cautela, la inversión extranjera podría hacer cultivables hasta 6 millones de hectáreas de tierras adicionales para el 2030. El inversor, aun cuando exporte el total de la producción, puede proporcionar moneda extranjera e ingresos tributarios que el estado puede utilizar para comprar alimentos en el mercado mundial, o reinvertirlo para aumentar la producción agrícola. Los productores locales también pueden celebrar acuerdos de asociación o contratos de producción con un inversor, por ejemplo, para la producción de cultivos tales como caña de azúcar o semillas oleaginosas.

Por lo tanto, la Agro-IED (en inglés, *Agro-FDI*) es un cuchillo de doble filo: sólo cuando sea manejada adecuadamente traerá beneficios a la seguridad alimentaria. Sin embargo, la actual estructura de gobernanza mundial para la agro-IED distribuye desigualmente los derechos y obligaciones entre el estado anfitrión, el inversor y el estado de origen del inversor de manera tal que se genera sobre el inversor una obligación con escasa aplicabilidad legal (a nivel regional e internacional) para conducir su inversión de manera que no se menoscabe la seguridad

alimentaria del estado anfitrión; y también hay limitadas obligaciones legalmente aplicables, o ‘legislación vinculante’, por parte del estado del inversor para reforzar la conducta ‘ética’ de los inversores en el extranjero.

### Fuertes derechos del inversor versus obligaciones del estado anfitrión

Irónicamente, es el estado anfitrión más débil quien está sujeto a las obligaciones vinculantes y responsabilidades más significativas. Después de que se realiza la inversión, la ley sobre la inversión extranjera asume que el balance de poder pasa del inversor al estado anfitrión porque el estado conserva el derecho soberano para cambiar sus leyes, o para actuar de manera que la inversión se torne económicamente inviable para el inversor. El derecho internacional de las inversiones asume que el inversor debe ser protegido contra toda expropiación directa o indirecta. El intento del estado anfitrión de reconstruir la legislación, agregándole partes nuevas para abordar los problemas generados por la inversión, tal como promover un mayor uso de asociaciones entre los inversores y los productores locales, o imponer topes para el desvío del agua de los ríos para riego como parte de su política de seguridad alimentaria, puede dar como resultado la violación de los derechos del inversor por parte del estado anfitrión hasta tal punto que las acciones del estado podrían ser consideradas como una expropiación formal de la inversión, facultando al inversor a recibir indemnización.

Muchos contratos entre inversor y estado también contienen cláusulas de estabilización que vinculan al estado anfitrión con el derecho interno tal como se encuentra establecido al momento de la inversión. Si el derecho a la alimentación y los derechos a la tenencia de tierras no se encuentran totalmente consagrados bajo el derecho nacional antes de que es realizada la inversión, esto puede tornarse muy problemático para un estado anfitrión que desea proteger los derechos locales relativos a la seguridad alimentaria y cumplir con sus obligaciones internacionales en torno al derecho a la alimentación. Los productores locales desplazados no pueden presentar reclamaciones en virtud de un TBI, y un tribunal arbitral no posee la obligación de considerar otras áreas del derecho, tales como el Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales de las Naciones Unidas.

Hasta en casos que el estado anfitrión logra imponer obligaciones legalmente vinculantes sobre el inversor sobre la base de una evaluación de impacto previa a la inversión, para que la inversión sea conducida de acuerdo con las necesidades locales de seguridad alimentaria, los estados anfitriones débiles a menudo carecen de la capacidad institucional para monitorear la conducta del inversor y la capacidad de garantizar que su seguridad alimentaria no se vea menoscabada por la inversión. El control inadecuado de la agro-IED, de hecho, puede dar como resultado la violación, por parte del estado anfitrión, de sus obligaciones legales internacionales con sus ciudadanos en relación con el derecho a la alimentación.



### Reglas débiles sobre la conducta del inversor

Por contraste, a nivel internacional, la conducta del inversor y su control por parte del estado de origen del inversor sólo se encuentran regidos por códigos voluntarios de conducta, algunos de los cuales pretenden limitar el efecto adverso de la IED sobre la seguridad alimentaria del estado anfitrión. Por ejemplo, para el inversor, la Directrices Voluntarias sobre la Gobernanza Responsable de la Tenencia de la Tierra, la Pesca y los Bosques en el Contexto de la Seguridad Alimentaria Nacional establece que los actores no estatales, tales como los inversores a gran escala, tienen la responsabilidad de “respetar los derechos humanos y los derechos legítimos”. Esto se cumple si el inversor conduce evaluaciones de manejo apropiadas durante el transcurso de la inversión para chequear continuamente que sus actividades no estén infringiendo estos derechos y si el inversor establece procedimientos de queja para que cualquier poseedor de derechos a la tenencia de tierras pueda presentar su reclamo. Las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales de 1976 (5<sup>ta</sup> edición revisada, 2011) también establecen obligaciones positivas para los agro-inversores que son empresas multinacionales (EMNs) de respetar los derechos humanos de todos los productores locales y de los pueblos indígenas afectados por sus actividades. Las EMNs agro-inversoras deberían “alentar la capacitación local” trabajando de cerca con la comunidad local; maximizando las oportunidades de empleo locales; sin presionar para que haya ‘vacíos legales en los TBIs’ para protegerse de la legislación interna relativa a los derechos humanos e introducir sus propios sistemas de monitoreo para chequear si están observando las directrices. Las EMNs deberían tener sus propias políticas de derechos humanos que incluyan la manera en que planean abordar las violaciones de derechos humanos y llevar a cabo sus actividades de manera que no infrinjan los derechos humanos. Las EMNs también deben actuar con “debida diligencia de derechos humanos” a lo largo de toda la cadena de abastecimiento.

Según las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales, se requiere al estado de origen del inversor que establezca Puntos Nacionales de Contacto (PNCs) para receptor dudas relacionadas con las actividades de sus EMNs con respecto a la IED. Esta obligación incluye difundir la existencia de las Directrices y promover sus objetivos. Sobre todo, requiere que los PNCs resuelvan temas surgidos de las actividades de las EMN localizada en otros países. El éxito de los PNCs, sin embargo, ha sido parcial, una posible razón es su usual afiliación a Ministerios de Economía que no tienen conocimientos sobre derechos humanos, sin mencionar la nula participación entre las agencias o de las ONGs. Al parecer, es más probable que ocurra la adhesión a las recomendaciones de los PNCs si éstas son de interés de las EMNs. Este puede ser el caso, por ejemplo, cuando un inversor considere que el pago de sus regalías o del arrendamiento de las tierras nunca alcanzará a las aldeas alrededor de la granja de donde contrata a sus trabajadores o compra los derechos al agua. El hecho de que los PNCs aparentemente pueden hacer muy poco si las EMNs deciden no cumplir, limita la potencialidad de las Directrices para reducir eficazmente el impacto adverso de la IED sobre la seguridad alimentaria. Hay ciertos

indicios de que los inversores podrían estar sometidos a alguna presión moral en su estado de origen para operar éticamente en el extranjero. Hasta ahora, no obstante, el RU, por ejemplo, ha confinado su alcance extra-territorial a la legislación anti-soborno y a una serie de códigos de conducta no vinculantes.

### Conclusión

En esencia, los inversores extranjeros en el sector agropecuario se encuentran poco regulados dentro del actual marco del derecho internacional de las inversiones, de las directrices voluntarias y de la fragmentada legislación nacional de las inversiones; y se encuentran sobreprotegidos en los tratados bilaterales y regionales de inversión y en la regulación interna. Existen algunos instrumentos informales y no vinculantes, pero su eficacia para controlar el impacto de los inversores en la seguridad alimentaria del estado anfitrión es limitada. Visto desde la perspectiva de las obligaciones internacionales sobre la seguridad alimentaria de un estado de origen, esta situación se torna particularmente conflictiva cuando ese estado no solo brinda protección legal a su inversor sino que también promueve la IED mediante un número de medidas adicionales. Esta bifurcación a menudo ocurre a través de la asistencia oficial al desarrollo ofrecida paralelamente a un proyecto de inversión (es decir, infraestructura, escuelas y hospitales), financiamiento en condiciones concesionarias y programas de seguros de inversión, incluyendo a través del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (MIGA) y del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones del Banco Mundial.

¿Qué debe y puede hacerse? Creemos que tres áreas necesitan la atención de los diseñadores y operadores de políticas, y todas involucran, en distintos grados, a organismos multilaterales y a instituciones financieras internacionales. Primero, la capacidad regulatoria del estado anfitrión debe ser fortalecida, dado que la mayoría de las inversiones en tierras cultivables están realizándose en países con una débil gobernanza de la tierra. Segundo, la adhesión a directrices internacionales para la agro-IED requiere más que reportes de los inversores, especialmente en estados débiles donde hay una necesidad de monitoreo independiente, particularmente por parte de ONGs y de los medios de comunicación. Tercero, los estados de origen no deben permanecer inactivos cuando se trata de sus obligaciones y reputación internacional. Como mínimo, su apoyo a cualquier proyecto de agro-IED debe estar sujeto a evaluaciones de impacto *ex ante* y *ex post*, y a alguna clase de monitoreo. En términos generales, deberían hacer una revisión de sus regulaciones y políticas de la IED, de sus TBIs y de sus tratados de comercio, en miras a salvaguardar el interés público con respecto a la seguridad alimentaria mundial.

### Auteur

Christian Häberli es Becario Senior en Investigación en el *World Trade Institute* y Fiona Smith es Profesora Universitaria Senior, Facultad de Derecho, *University College London*. La investigación para la elaboración de este artículo fue financiada por *Swiss National Science Foundation* bajo una donación al *National Centre of Competence in Research on Trade Regulation*, del *World Trade Institute* de la Universidad de Bern (Suiza).

Traducido al español por María Candela Conforti.

## artículo 6

# El papel de los árbitros en el reciente boom de los arbitrajes de inversión

por Cecilia Olivet y Pia Eberhardt

En el informe *Profiting from Injustice*, publicado conjuntamente en 2012 por el *Corporate Europe Observatory* y el *Transnational Institute*, tuvimos el valor de afirmar que, durante las últimas dos décadas, los estudios jurídicos, los árbitros y los financiadores de terceras partes han ayudado a mantener un sistema de arbitraje que favorece al inversor y han avivado el surgimiento de diferencias entre inversores y estados<sup>1</sup>. Algunos críticos han respondido a este informe alegando que si el sistema de arbitraje favoreciera al inversor, el problema residiría únicamente en la manera en que se encuentran formuladas las normas sustantivas de protección contenidas en los tratados bilaterales de inversión (TBIs). Según este argumento, los árbitros meramente aplican las reglas tal como les son presentadas y no deberían ser culpados por ello.

Esta línea de argumentación es correcta solo en parte.

Ciertamente las reglas de inversión son demasiado amplias en su alcance, se encuentran vagamente redactadas y contienen disposiciones que otorgan a las empresas el derecho a demandar a los gobiernos aun cuando sus acciones estén destinadas a proteger los derechos básicos de las personas y el medio ambiente. Sin duda, los estados exportadores de capital, las instituciones internacionales y los lobbies empresariales contribuyen a configurar la arquitectura del derecho internacional de las inversiones. Asimismo, los gobiernos seguramente poseen la responsabilidad final por firmar tratados que son tendenciosos. Sin embargo, encontramos evidencias de que los árbitros, particularmente un grupo de elite, tienen una parte considerable de responsabilidad por promover y perpetuar un régimen, en constante expansión, que otorga a los inversores un trato favorable mientras que generan un negocio muy lucrativo para sí mismos.

Un pequeño grupo de abogados de inversión, al desempeñar diferentes papeles como asesores de árbitros, académicos, asesores de políticas, lobistas o comentaristas de medios de prensa, han llegado a ocupar cargos de influencia que les otorga un rol directo en la configuración de una narrativa mundial que promueve la celebración de tratados de inversión. Estos árbitros influyen en la dirección que toma el sistema de arbitraje de inversión a medida que expande su alcance, permitiendo la calificación de una mayor cantidad de jugadores como inversores para entablar demandas contra los estados.

### Árbitros negocian tratados que favorecen a inversores

Algunos de los árbitros de elite que se desempeñan como asesores de gobierno de hecho han negociado tratados de inversión con cláusulas muy amplias de protección de los inversores. El árbitro francés, Jan Paulsson, por ejemplo, fue asesor del gobierno mexicano en la década de 1990, durante las negociaciones de las reglas de protección de las inversiones (Capítulo XI) del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN)<sup>2</sup>. Otro destacado árbitro de EUA, Daniel Price, dirigió las mismas negociaciones en nombre de Estados Unidos. Posteriormente se reportó que Price había ayudado a persuadir al gobierno mexicano para que aceptase el arbitraje entre inversor y estado,<sup>3</sup>

haciendo, en efecto, que el gobierno de dicho país renunciara a una disposición de la constitución mexicana que establece que solo los tribunales nacionales tendrían jurisdicción para atender casos presentados por inversores extranjeros (conocida como la doctrina Calvo).

Después, estos dos abogados recibieron nominaciones muy lucrativas luego de que varias empresas demandaran a México por la violación de las reglas del TLCAN.

### Árbitros hacen lobby para evitar la reforma en la redacción de las cláusulas de protección de las inversiones

Las cláusulas de inversión que carecen de precisión brindan a las empresas la oportunidad de entablar reclamaciones bajo una variedad de situaciones que de otra manera no sería posible. La Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo ha advertido que: “[U]na interpretación expansiva del lenguaje minimalista de los tratados puede dar lugar a una falta de predictibilidad en la aplicación de la norma. Esto, a su vez, podría llevar a un menoscabo de la intervención legítima del Estado con fines económicos, sociales, ambientales y demás objetivos de desarrollo”.<sup>4</sup>

Pese a esto, los árbitros se han opuesto casi invariablemente a los intentos de los gobiernos de reformar o reformular algunas cláusulas de TBIs ya existentes. Charles Brower, árbitro de elite de EUA, dejó clara su postura: “Mi proposición es que toda propuesta que altere cualquiera de los elementos fundamentales del arbitraje internacional constituya un asalto inaceptable a la mismísima institución [...] Inversamente, toda propuesta que no ataque estos elementos fundamentales, sino que, en cambio, esté diseñada para enaltecerlos, debería ser considerada cuidadosamente y podría ser vista como un mejoramiento del proceso”<sup>5</sup>. Interesantemente, el discurso de Brower contra la reforma fue nominado por el *Global Arbitration Review*, un servicio de información que sirve a la industria legal, como “Mejor disertación o discurso de 2012”.<sup>6</sup>

Estados Unidos, al haber sido demandado varias veces por empresas canadienses en base a las reglas de protección de las inversiones contenidas en el TLCAN, en 2004 comenzó a revisar su modelo de TBI de 1994. El texto revisado incluía nuevo lenguaje que proporcionaba al estado de EUA cierto espacio de políticas para la regulación, particularmente en áreas como la salud y el medio ambiente. Pero los árbitros internacionales reaccionaron muy fuertemente a esta movida de EUA, aunque los cambios propuestos fueron declarados como inadecuados por organizaciones avocadas a asuntos laborales y ambientales. Stephen Schwebel, renombrado árbitro de EUA (anteriormente juez de la Corte Internacional de Justicia), condenó los cambios propuestos<sup>7</sup>. Daniel Price expuso razones en contra de debilitar las disposiciones del Modelo de TBI de EUA<sup>8</sup>. Otro árbitro estadounidense, William W Park, declaró que el cambio en la política de EUA es “altamente problemático”, agregando que esta movida eventualmente “causará un daño significativo a los intereses de Estados Unidos en el extranjero”.<sup>9</sup>

El mismísimo Barack Obama, en su campaña para presidente de 2009, prometió revisar el modelo de TBI de 2004 para intensificar las obligaciones relativas al medio ambiente y el trabajo. Cuando se difundieron las revisiones finales en 2012, en realidad no se observaron cambios sustantivos<sup>10</sup>. El Juez Schwebel fue parte del comité asesor del gobierno, y junto con lobbies empresariales, se expresó en contra de debilitar las medidas de protección de las inversiones<sup>11</sup>. Y al parecer, se salió con la suya.

La influencia de los árbitros también se hizo bastante evidente después de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa en 2009, cuando se abrió la puerta para introducir posibles reformas a los tratados de inversión de la Unión Europea (UE). El Parlamento Europeo (PE) emitió una resolución expresando "su profunda preocupación en torno al nivel de discreción [otorgado a] los árbitros internacionales [al adoptar] una amplia interpretación de las cláusulas de protección de los inversores", lo cual, según expresó el PE, generó "la derogación de regulaciones públicas legítimas". El PE luego instó a la Comisión Europea a que "elabore definiciones claras de las normas de protección de los inversores a fin de evitar problemas como tales en los nuevos acuerdos de inversión".<sup>12</sup>

Algunos árbitros expusieron su opinión sobre este asunto.

El árbitro canadiense, Marc Lalonde expresó su preocupación por que la nueva política de inversión propuesta por la UE llegue a debilitar la protección de los inversores. Remarcó que para Canadá resultaría más ventajoso negociar un solo TBI europeo en lugar de 27, pero advirtió que: "Una condición sería que no terminemos teniendo un producto de segunda categoría o un producto más débil del que ya tenemos en el presente cuando negociemos sobre una base bilateral con países individuales".<sup>13</sup>

Los mandatos bajo negociación que finalmente fueron aprobados por el Consejo Europeo para los capítulos de protección de las inversiones en los tratados de libre comercio firmados con Canadá, India y Singapur ignoraron las recomendaciones del PE.<sup>14</sup>

El árbitro francés, Emmanuel Gaillard, planteó cierta preocupación por la propuesta de la Comisión Europea de eliminar los TBIs firmados entre los Estados Miembros de la UE (TBIs Intra-UE)<sup>15</sup>. Gaillard advirtió, pese a encontrarse evidencia no concluyente, que el "esfuerzo de crear un campo de juego nivelado para las inversiones en Europa tendrá la consecuencia indeseada de alejar a las empresas que desean invertir en Europa fuera de la Unión Europea".<sup>16</sup>

### Árbitros optan por una interpretación expansiva del derecho que rige los tratados de inversión

Un estudio realizado por el Profesor Gus van Harten muestra que los tribunales arbitrales tienden a adoptar una interpretación expansiva (que favorece al demandante) de las cláusulas de los tratados de inversión<sup>17</sup>. Estas cláusulas realzan "la promesa compensatoria del sistema para los demandantes y, a su vez, el riesgo de responsabilidad para los estados demandados", señaló van Harten. Una observación similar fue propugnada recientemente por el Jefe de Justicia de Singapur, Sundaresh Menon, quien remarcó que "es de interés del árbitro empresarial emitir un fallo expansivo sobre su propia jurisdicción y, luego, en favor

del inversor en torno a los méritos porque esto aumenta las posibilidades de futuras reclamaciones y, por lo tanto, la generación de negocios".<sup>18</sup>

### Árbitros promueven los 'beneficios' de los tratados de inversión

A menudo, los árbitros utilizan retórica entusiasta para alentar a los países a que firmen tratados de inversión, establezcan políticas económicas de *laissez-faire* y promuevan posturas que favorezcan el arbitraje y a los inversores.

El árbitro de elite, Stephen M. Schwebel, ha emitido su opinión de que "los TBIs son un inmenso avance en el campo y deberían ser cuidados y valorados en lugar de ser denunciados y menoscabados". También advirtió que "el deceso de los TBIs constituiría un retroceso para los inversores, los estados y la comunidad internacional".<sup>19</sup>

William W. Park defiende los derechos de las empresas transnacionales. "En el actual mundo heterogéneo", dice, "la inversión transfronteriza se verá paralizada sin la voluntad de todos los países de aceptar el arbitraje". Los árbitros (como él), señala Park, son políticamente neutrales. El arbitraje responde al temor de que los jueces de los países anfitriones sean parciales, afirma Park. Brinda un "foro más neutral que los tribunales de los países anfitriones, tanto políticamente como procesalmente".<sup>20</sup>

La afirmación de que los acuerdos de inversión atraen la Inversión Externa Directa (IED) no se encuentra respaldada por hechos. Una economista de jerarquía del Departamento de Investigación del Banco Mundial, Mary Hallward-Driemeier, en 2003 advirtió que un análisis de datos de 20 años sobre los flujos bilaterales de IED de la OCDE a los países en desarrollo muestra "poca evidencia de que los TBIs hayan estimulado más inversiones"<sup>21</sup>. Estudios más recientes también han expuesto que los tratados de inversión no son un factor decisivo para que el inversor decida ir a invertir al exterior.<sup>22</sup>

Otros árbitros optaron por utilizar tácticas para infundir temor.

"Si el arbitraje internacional se va, los intercambios económicos internacionales lo sufrirán inmensamente. Nada podrá ocupar su lugar,"<sup>23</sup> advirtió Jan Paulsson. "[S]i los países no firman TBIs, no tendrán nada para ofrecer y perderán las inversiones, tal como se ha observado muchas veces,"<sup>24</sup> dijo el árbitro chileno Orrego-Vicuña (ex embajador durante la dictadura de Pinochet).

Estas advertencias apocalípticas no tienen una base real. Por ejemplo, Brasil nunca firmó ningún TBI pero goza de la mayor cantidad de inversión externa directa de todos los países latinoamericanos.

### Árbitros protegen sus propios intereses

Los árbitros tienen intereses creados financiera y profesionalmente para fortalecer la protección de los inversores<sup>25</sup>. Los más influyentes manejan la mayor cantidad de casos en las diferencias relativas a los tratados de inversión y la mayoría de los casos más importantes en términos de sumas reclamadas en las demandas de los inversores. Un muy reducido grupo de árbitros, 15 en todo el mundo, se han desempeñado en paneles donde se atiende el 55 por ciento de 450 diferencias relativas



a inversiones conocidas hasta hoy. Y reciben generosas recompensas. A diferencia de los jueces, no hay un salario anual fijo. Sus honorarios varían de aproximadamente US\$375 a US\$700 por hora dependiendo de la suma reclamada, y sujeto a dónde y bajo qué reglas tenga lugar el arbitraje<sup>26</sup>. Lo que finalmente gane un árbitro por caso dependerá en gran parte de la duración y la complejidad del mismo, con honorarios que fácilmente pueden llegar a varios cientos de miles de dólares estadounidenses.

Además de los honorarios de los árbitros, que son pequeños en comparación con lo que pueden ganar los abogados, el papel que desempeñan como árbitros puede ayudar a los estudios jurídicos y a las oficinas de asesoramiento legal, a los cuales se encuentran afiliados los árbitros, a obtener clientes. Esto genera corrientes adicionales de ingresos muy significativas para el árbitro directamente o para su estudio.

La concentración de casos en tan pocas manos sugiere que estos árbitros poseen un interés profesional importante en el sistema. Si los gobiernos comenzaran a restringir el lenguaje de los tratados de inversión, o lo que es peor, la abrogación de estos tratados, la cantidad de casos de los árbitros se reduciría en un grado alarmante. Esto sugiere que si bien la vaguedad y laxitud de las reglas son un problema clave en los tratados de inversión, los árbitros que salen a defender sus intereses privados por sobre los derechos de las personas y el medio ambiente son en sí mismos parte del problema.

Hay, incluso dentro del actual sistema, algunas medidas que pueden tomarse para ayudar a reducir el poder de la industria de arbitraje. El informe apela a realizar un cambio para crear organismos adjudicativos transparentes e independientes, por medio de los cuales se garantice la independencia e imparcialidad de los árbitros; la incorporación de regulaciones severas para evitar el conflicto de intereses; un tope en las costas legales y una mayor transparencia en torno al lobby de la industria en los gobiernos.

No obstante, estas medidas no podrán transformar el sistema de arbitraje entre inversor y estado por sí mismas. Si los gobiernos no se niegan al arbitraje de inversión, el sistema seguirá estando sesgado en favor de las grandes empresas y la industria de arbitraje altamente lucrativa.

## Autor

Cecilia Olivet es coordinadora de proyecto en el *Economic Justice Programme del Transnational Institute*. Pia Eberhardt es investigadora y trabaja en el grupo de campañas del *Corporate Europe Observatory* con sede en Bruselas.

Traducido al español por María Candela Conforti.

## Notas

1 Este artículo se encuentra basado en el Capítulo 4 del Informe *Profiting from Injustice* elaborado por el *Corporate Europe Observatory* y el *Transnational Institute* <http://www.tni.org/briefing/profitting-injustice>

2 Paulsson, Jan (1995) *Arbitration Without Privity*, 10(2) *Revisión del CIADI- Foreign Investment Law Journal*, pág. 248

3 Patel, Bimal (2006/2007) *Multiple Roles for a Unified Continent: Negotiating NAFTA*, pág. 3, <http://www.thepresidency.org/storage/documents/Vater/Patel.pdf> y Wilkinson, Suzanne M. (2002) *NAFTA, Mexico & Metalclad. Master thesis*, págs.76-79, <https://circle.ubc.ca/handle/2429/13062> [17-02-2013].

4 Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) (2012) *Fair and equitable treatment: a sequel*, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II. Nueva York y Ginebra, pág. 21. [La traducción nos pertenece]

5 Ross, Alison (2012) *London: Build on the classic model, urges Brower*, *Global Arbitration Review*, Volumen 7 – Edición 3, 21 de mayo, <http://www.globalarbitrationreview.com/journal/article/30558/london-build-classic-model-urges-brower> [17-02-2013] [La traducción nos pertenece]

6 *GAR Awards 2013* – lista corta revelada <http://www.globalarbitrationreview.com/news/article/31155/gar-awards-2013-shortlist-unveiled/> [17-02-2013]

7 Schwebel, Stephen M. (2009) *A critical assessment of the US model BIT*, Discurso de Apertura de la Doceava Conferencia Pública del ITF (*Twelfth ITF Public Conference*), Londres, 15 de mayo, [http://www.biicf.org/files/4253\\_schwebel-biicf15may2009speech\\_cor2.pdf](http://www.biicf.org/files/4253_schwebel-biicf15may2009speech_cor2.pdf) [17-02-2013].

8 Alvarez, J.E. (2011) *The Return of the State*, *Minnesota Journal of Int'l Law*, 20:2, pág.241, <http://www.minnjl.org/wp-content/uploads/2011/07/Alvarez-Final-Version.pdf> [17-02-2013].

9 Park, W. & Alvarez, G (2003) *The New Face of Investment Arbitration: NAFTA Chapter 11*, *The Yale Journal of International Law*, vol. 28, pág. 395. [La traducción nos pertenece]

10 *Global Arbitration Review* (2012) *The new US model BIT: not so very different from the old version*, 21 de abril, <http://www.globalarbitrationreview.com/news/article/30488/the-new-usmodel-bit-not-so-different-old-version> [17-02-2013]

11 Departamento de Estado de EUA (2009) *Report of the Subcommittee on Investment of the Advisory Committee on International Economic Policy Regarding the Model Bilateral Investment Treaty: Annexes*, <http://www.state.gov/e/eb/rls/othr/2009/131118.htm> [17-02-2013].

12 Parlamento Europeo (2011) *Resolution on the future European international investment policy (2010/2203(INI))*, <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P7-TA-2011-0141&language=EN> [17-02-2013]. [La traducción nos pertenece]

13 *Global Arbitration Review* (2010) *BITs after Lisbon: what mark will the new EU treaty leave?* 15 de abril, <http://www.globalarbitrationreview.com/news/article/28287/bits-lisbonmark-will-new-eu-treaty-leave> [17-02-2013]. [La traducción nos pertenece]

14 *European Member States refuse necessary reform, ignore the will of the European Parliament and insist that future EU investment agreements copy their bad practices*, [http://www.s2bnetwork.org/fileadmin/dateien/downloads/S2B\\_Statement\\_approval\\_investment\\_mandates\\_110915.pdf](http://www.s2bnetwork.org/fileadmin/dateien/downloads/S2B_Statement_approval_investment_mandates_110915.pdf) [18-02-2013].

15 von Krause, Christophe (2010) *The European Commission's Opposition To Intra-EU BITs And Its Impact On Investment Arbitration*, *Kluwer Arbitration Blog*, 28 de septiembre, <http://kluarbitrationblog.com/blog/2010/09/28/the-european-commissions-opposition-to-intra-eu-bits-and-its-impact-on-investment-arbitration> [17-02-2013].

16 Ross, Alison (2011) *Killing off intra-EU BITs: how the European Commission plans to level the playing field for investors*, *Global Arbitration Review*, Volumen 6 - Edición 5, 17 de octubre, <http://www.globalarbitrationreview.com/news/article/29884/killingoff-intraeu-bits-european-commission-plans-level-playing-field-investors> [17-02-2013]. [La traducción nos pertenece]

17 Van Harten, Gus, *Arbitrator Behaviour in Asymmetrical Adjudication: An Empirical Study of Investment Treaty Arbitration* (April 19, 2012). *Osgoode Hall Law Journal*, En curso: Osgoode CLPE Research Paper No. 41/2012. <http://ssrn.com/abstract=2149207> [17-02-2013].

18 Menon, Sundaresh (2012) *Speech International Arbitration: The Coming of a New Age for Asia (and Elsewhere)*, *ICCA Congress 2012*. [http://www.arbitration-icca.org/media/0/13398435632250/ags\\_opening\\_speech\\_icca\\_congress\\_2012.pdf](http://www.arbitration-icca.org/media/0/13398435632250/ags_opening_speech_icca_congress_2012.pdf) [18-02-2013] [La traducción nos pertenece]

19 *Global Arbitration Review* (2010) *Judge Schwebel at 81*, Volumen 5 – Edición 2, 12 de mayo, <http://www.globalarbitrationreview.com/news/article/28402/judge-schwebel-81> [17-02-2013]. [La traducción nos pertenece]

20 Park, W. and Alvarez, G (2003) véase nota 9 al final, págs. 369, 396. [La traducción nos pertenece]

21 Hallward-Driemeier, Mary (2003) *Do Bilateral Investment Treaties Attract Foreign Direct Investment? Only a Bit ... and They Could Bite*, *World Bank Policy Research Working Paper*, pág. 22, <http://elibrary.worldbank.org/content/workingpaper/10.1596/1813-9450-3121> [17-02-2013]. [La traducción nos pertenece]

22 Poulsen, Lauge Skovgaard 'The Importance of BITs for Foreign Direct Investment and Political Risk Insurance: Revisiting the Evidence,' in: K. Sauvant, ed., *Yearbook on International Investment Law & Policy 2009/2010* (New York: Oxford University Press, 2010). [http://works.bepress.com/lauge\\_poulsen/4/](http://works.bepress.com/lauge_poulsen/4/) [17-02-2013].

23 Paulsson, Jan (2008) *International Arbitration is Not Arbitration*, *Stockholm International Arbitration Review*, pág. 3. [La traducción nos pertenece]

24 Ross, Alison (2010) *From ICCA to the icecaps: an interview with Francisco Orrego Vicuña*, *Global Arbitration Review*, Volumen 5 – Edición 4, 1 de septiembre, <http://www.globalarbitrationreview.com/journal/article/28666/from-icca-icecaps-interview-franciscoorrego-vicuna> [17-02-2013]. [La traducción nos pertenece]

25 Van Harten, Gus (2010) *Investment Treaty Arbitration, Procedural Fairness, and the Rule of Law*, Capítulo 20, en Ed. Stephan W. Schill, *International Investment Law and Comparative Public Law*. Oxford University Press, <http://www.oxfordscholarship.com/view/10.1093/acprof:oso/9780199589104.001.0001/acprof-9780199589104-chapter-20> [17-02-2013].

26 Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones -CIADI) los honorarios son fijados en US\$3000 por día, <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDDocRH&actionVal=ShowDocument&ScheduledFees=True&year=2012&language=English> *The London Court of International Arbitration (LCIA)* estableció una tasa diaria de US\$700 por hora (£450), [http://www.lcia.org/Dispute\\_Resolution\\_Services/LCIA\\_Arbitration\\_Costs.aspx](http://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/LCIA_Arbitration_Costs.aspx). [17-02-2013]. Otras instituciones de arbitraje calculan los honorarios de los árbitros en proporción a la suma en disputa (ICC).

# Noticias en Breve

## Se Acuerdan Nuevas Reglas de Transparencia de la CNUDMI en Arbitrajes entre Inversores y Estados en Nueva York

Un grupo de trabajo de las Naciones Unidas acordó en febrero nuevas reglas que harán que al menos algunos arbitrajes entre inversores y estados conducidos bajo el reglamento de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas de Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) sean más transparentes.

El reglamento de la CNUDMI ha sido criticado durante mucho tiempo por permitir que los arbitrajes entre inversores y estados se desarrollen tras un velo de secretismo. Las nuevas reglas sobre transparencia, forjadas durante más de dos años de negociaciones, darán al público mucho más acceso a los procedimientos de arbitraje y documentos relacionados; sin embargo, al menos tal como se encuentran diseñadas, no se aplicarán a todos los arbitrajes entre inversor y estado conducidos bajo el reglamento de la CNUDMI.

En las últimas etapas de las negociaciones, el grupo de trabajo se vio confrontado sobre si y cuando se aplicarían las nuevas reglas de transparencia. Conforme a un enfoque, estas reglas sólo se aplicarían a tratados de inversión celebrados después de la entrada en vigor de las mismas a menos que los estados o las partes contendientes dispusieran lo contrario. En contraste, según un enfoque “*opt-out*” o de exclusión, las nuevas reglas podrían aplicarse a los tratados existentes si esto estuviera permitido en los mismos.

En la reunión del 4 al 8 de febrero celebrada en Nueva York, el grupo de trabajo favoreció el primer enfoque. De esta manera, las reglas sólo se aplicarían: a) cuando las partes contendientes acuerden su aplicación en un arbitraje en particular; o, b) cuando los estados parte de un tratado brinden consentimiento específico después que las reglas hayan sido adoptadas.

Los procedimientos de arbitraje que apliquen las nuevas reglas serán considerablemente más abiertos que aquellos que utilicen las antiguas. Según las reglas (no transparentes) de 1976 y 2010, cualquiera de las partes contendientes pueden solicitar que los procedimientos sean conducidos a puertas cerradas. Similarmente, por moción propia o contra solicitud de una parte contendiente, un tribunal puede bloquear la divulgación de documentos escritos relacionados con los procedimientos. Resulta particularmente significativo que ninguna de las partes contendientes pueden divulgar un laudo sin el consentimiento de la otra parte disputante, otorgando poder de veto a cada parte con respecto a la publicación de los laudos.

En contraste, las nuevas reglas requieren que las audiencias orales sean abiertas al público—con o sin el consentimiento de las partes contendientes. Los documentos escritos relacionados con los procedimientos, tales como la notificación de la diferencia, alegatos y laudos también serán publicados.

El grupo de trabajo favoreció un único depositario de los documentos, preferentemente administrado por la Secretaría de la CNUDMI. El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) del Banco Mundial—que ya maneja un registro público de sus propios casos—y la Corte Permanente de Arbitraje de la Haya se han ofrecido para administrar el depositario en caso de que la Secretaría de la CNUDMI no pudiera prestar ese servicio.

La reunión de febrero también se enfocó en determinar si un tribunal *debe* aceptar presentaciones de estados parte no contendientes sobre temas de interpretación de los tratados, o si podría ejercer su discreción a este respecto. Finalmente, el grupo de trabajo acordó que los tribunales arbitrales deberían aceptar estas presentaciones si las mismas fueran ofrecidas, siempre y cuando no carguen un peso indebido a los procedimientos o perjudiquen injustamente a una parte disputante.

Otra área importante de negociación son las excepciones a la transparencia—es decir, qué puede o qué no puede ser divulgado. Algunos miembros del grupo piensan que las excepciones deberían ser “discrecionales”, permitiendo que una parte contendiente conserve información que “considere que impediría la aplicación de la ley, o que sería contraria al interés público, o a su interés esencial de seguridad”. Pero muchos otros miembros piensan que una regla discrecional daría carta blanca a las partes contendientes para imponer el secretismo.

Al final, el grupo de trabajo acordó que los siguientes tipos de información serían considerados “confidenciales o protegidos” y podrían ser resguardados de divulgación: información empresarial confidencial; información protegida de divulgación bajo el tratado; información protegida de divulgación bajo el derecho del demandado (en los casos donde la información se relaciona con el demandado) o toda ley o regla que el tribunal considere aplicable, e información que impediría la aplicación de la ley.

El grupo de trabajo también acordó insertar una disposición (encontrada en un número de tratados de inversión) aclarando que ninguna parte de las reglas pueda requerir que “un demandado ponga a disposición del público información cuya divulgación considere contraria a sus intereses esenciales de seguridad”.

La Secretaría de la CNUDMI ahora debe elaborar un borrador final de las reglas para su aprobación por la Comisión de esta institución, que se reunirá en julio en Viena.

También se ha solicitado a la Secretaría que redacte varios textos que podrían ser utilizados por los gobiernos para dar su consentimiento a las reglas de transparencia en los tratados de inversión existentes. Ese consentimiento podría tomar la forma de una convención, que evitaría la necesidad de emprender negociaciones bilaterales para modificar cada uno de sus tratados de inversión y modelos de declaraciones.

## Presidente de Ecuador solicita cancelación de TBI entre EUA y Ecuador

En una carta con fecha del 6 de marzo, el Presidente de Ecuador solicitó al Presidente de la Asamblea Nacional (el poder legislativo de este país) que denunciara el tratado bilateral de inversión entre Estados Unidos y Ecuador.

Ecuador se ha defendido en un número de arbitrajes de inversión, ha cancelado 9 TBIs y se ha retirado del CIADI. En uno de los mayores golpes al país, en septiembre pasado la mayoría de un tribunal del CIADI ordenó a Ecuador el pago de US\$1,77 mil millones por daños—el mayor laudo dictado en un arbitraje del CIADI hasta la fecha—después de que se declarara que Ecuador había expropiado la inversión de *Occidental Petroleum Corporation* en el país.

En marzo, el Presidente Rafael Correa también anunció que establecería una comisión para auditar los TBIs,

según un informe del *Wall Street Journal*<sup>1</sup>. El Sr. Correa dijo que la auditoría sería conducida por representantes de movimientos sociales locales y por expertos internacionales.

Correa enfatizó su preferencia por aplicar un enfoque regional para tratar con los inversores extranjeros. “Individualmente, estas (empresas multinacionales) pueden atropellar a nuestros países, imponer sus abusos. Regionalmente, imponemos nuestras condiciones a las multinacionales. Habrá una respuesta de UNASUR, de ALBA”, citó el MSJ al Presidente Correa.

En 2009, Ecuador propuso que la Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR) estableciera un centro de arbitraje como una alternativa regional del CIADI. Este país también ha tomado la iniciativa de proponer reglas para regir el nuevo centro de arbitraje.<sup>2</sup>

### **India suspende negociaciones de tratados bilaterales de inversión**

*Inside US Trade* reportó en febrero que India había suspendido todas las negociaciones de tratados bilaterales de inversión mientras conduce una revisión de su propio modelo de TBI.

Citando a un funcionario público anónimo, la revisión de su modelo de TBI comenzó en septiembre, y se realizó a raíz de un número de reclamaciones entabladas contra India.

Fuentes del sector privado especularon con que la revisión se enfocaría en las disposiciones sobre el arreglo de diferencias entre inversores y estados y la de nación más favorecida.

La disposición de NMF fue crucial para el triunfo de la demandante australiana, *White Industries*, en una diferencia que dio como resultado un laudo por daños de A\$4,08 millones dictado contra India en noviembre de 2011. *White Industries* se basó en la cláusula de NMF para beneficiarse de la obligación de “proporcionar los medios eficaces para entablar reclamaciones y hacer cumplir derechos” contenida en el TBI entre India y Kuwait.

Recientemente, India también ha sido el blanco de reclamaciones presentadas por inversores rusos y noruegos por una decisión de la Suprema Corte de revocar licencias de telecomunicación.

### **Nueva Zelanda muestra gran interés por promulgar regulaciones sobre el etiquetado de cigarrillos, pero espera resultado de casos jurídicos contra Australia**

El gobierno de Nueva Zelanda ha acordado legislar para aplicar el empaquetado simple en los productos de tabaco. Sin embargo, remarcando que legislación similar promulgada por Australia ha dado como resultado recusaciones legales, el Gabinete ha decidido dilatar la implementación del plan mientras monitorea los casos que involucran al país vecino.

En abril de 2012, Nueva Zelanda acordó “en principio” promulgar legislación de empaquetado simple, quedando pendiente la consulta pública. En febrero de este año, el gobierno anunció que la consulta “confirmó que el empaquetado simple sería un medio efectivo para reducir la atracción a fumar...”

Sin embargo, la Ministra Adjunta de Salud, Tariana Turia, agregó que “el Gobierno reconoce que será necesario manejar algunos riesgos legales, tal como sucedió en Australia”. [La traducción nos pertenece]

“Para manejar esto, el Gabinete decidió que el Gobierno esperará y verá que pasa con los casos jurídicos de Australia, abriendo la posibilidad de que si fuera necesario, se dilataría la promulgación de legislación y/o regulaciones de Nueva Zelanda mientras dichos resultados se encuentren pendientes”. [La traducción nos pertenece]

La tabacalera Philip Morris solicitó un arbitraje contra Australia en noviembre de 2011, reclamando que las regulaciones del gobierno sobre el etiquetado de cigarrillos violaba el TBI entre Hong Kong y Australia. Las audiencias orales comenzarán en febrero de 2014.

Australia también enfrenta reclamos presentados ante la Organización Mundial del Comercio por los gobiernos de Honduras, Ucrania y la República Dominicana, que alegan que la legislación sobre empaquetado simple viola las reglas comerciales sobre propiedad intelectual.

### **Escalada en el número de casos del CIADI en 2012**

El CIADI recibió 50 nuevos casos en 2012, el mayor número de su historia. La cifra de 2012 se compara con 38 casos en 2011 (que hasta entonces era el más alto) y 26 en 2010.

Al 31 de diciembre de 2012, el CIADI había receptado un total de 412 casos desde su establecimiento.

En ese año, países de Europa del Este y Asia Central fueron los primeros en la lista con el 26% de los casos, seguidos de cerca por Sudamérica con el 24%. Venezuela enfrentó el mayor número de reclamaciones, con la presentación de 9 casos nuevos en 2012.

Históricamente, los países sudamericanos han enfrentado la mayor cantidad de reclamaciones.

Del sesenta y siete por ciento de las reclamaciones entabladas el año pasado bajo el consentimiento de tratados bilaterales de inversión, un 13% se realizaron en virtud de contratos entre inversores y estados, el 12% bajo el derecho de las inversiones del estado receptor, el 4% bajo el TLCAN y el 4% bajo el Tratado de la Carta de la Energía. Estas cifras se acercan al promedio histórico del 63% en virtud de tratados bilaterales de inversión, el 20% bajo contratos entre inversores y estados, el 6 por ciento bajo el derecho de las inversiones del estado receptor, el 4% bajo el TLCAN y el 4% bajo el Tratado de la Carta de la Energía.

En cuanto al año pasado, la mayoría de los árbitros nominados para los casos del CIADI son de Europa Occidental (42%) y de América del Norte (24%).

Las estadísticas sobre la carga de casos del CIADI se encuentran disponibles en: <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDDocRH&actionVal=C aseLoadStatistics>

### **Notas**

<sup>1</sup> “Ecuador Plans to Audit Bilateral Investment Treaties”, por Mercedes Alvaro, *Wall Street Journal*, 11 de marzo de 2013, <http://online.wsj.com/article/BT-CO-20130311-708469.html>

<sup>2</sup> Para consultar un debate sobre el centro de arbitraje de UNASUR, véase “UNASUR Arbitration Centre: The Present Situation and the Principal Characteristics of Ecuador’s Proposal”, por Silvia Karina Fiezzoni, *Investment Treaty News*, 12 de enero de 2012, <http://www.iisd.org/itn/2012/01/12/unasur/>



# Laudos y Decisiones

**Reclamación contra Venezuela desestimada; el Estado actuó legítimamente en respuesta a violaciones contractuales** *Vannessa Ventures Ltd. c. República Bolivariana de Venezuela, Caso del CIADI No. ARB(AF)04/6*

## Damon Vis-Dunbar

Una reclamación entablada por Vannessa Ventures contra Venezuela ha sido rechazada en base a los méritos. En su decisión del 16 de enero de 2013, el tribunal concluyó que Venezuela había respondido adecuadamente a las violaciones contractuales. La empresa canadiense reclamó más de \$1 mil millones por daños, alegando que su nueva participación en una empresa venezolana de operaciones mineras había sido expropiada.

### Antecedentes

Vannessa adquirió sus acciones en el proyecto minero de otra firma canadiense, Placer Dome, por un valor nominal de \$50. Anteriormente, Placer Dome había establecido una empresa conjunta con Corporación Venezolana de Guayana (CVG), una agencia estatal. Conforme a un convenio de accionistas, Placer Dome y CVG crearon una empresa llamada MINCA para la exploración y extracción de oro de la mina Las Cristinas.

Poco después cuando la mina fue inaugurada en 1999, Placer Dome pretendió suspender el proyecto alegando que no era económicamente viable ya que el precio del oro había bajado considerablemente. CVG aceptó una suspensión temporaria mientras se buscaba un nuevo inversor. Sin embargo, esa búsqueda resultó muy dificultosa y las partes no pudieron encontrar a un inversor dispuesto.

Al correr el tiempo de la suspensión temporaria del proyecto, Placer Dome entró en negociaciones con Vannessa Ventures, una empresa de Vancouver. CVG no fue consultada sobre estas negociaciones y solo fue informada después de que se cerrara el trato con Vannessa Ventures.

El acuerdo con esta empresa otorgaba a Placer Dome un porcentaje de los ingresos si Vannessa explotaba Las Cristinas. Notablemente, también se prometió a Placer Dome una parte de los daños que fueran a ser otorgados en caso de que Vannessa demandara a Venezuela por la violación del contrato.

CVG consideró el trato como “desagradable e insincero”, y citando un número de violaciones contractuales, decidió rescindir el contrato de trabajo y las concesiones relativas a la mina Las Cristinas. Después de una serie de procedimientos legales en los tribunales venezolanos, Vannessa entabló una reclamación ante el CIADI por la violación del TBI entre Canadá y Venezuela de 2004.

### Jurisdicción

La mayoría del tribunal aceptó su jurisdicción, mientras que un miembro cuya identidad es desconocida la declinó. Al hacerlo, este árbitro concluyó que la inversión de Vannessa no había sido realizada “de buena fe”, tal como lo requiere el derecho venezolano. Sin embargo, según la opinión de la mayoría el tema de la buena fe sería mejor abordado en la etapa de consideración de los méritos.

Pese a la diferencia de opiniones sobre la jurisdicción, los tres miembros del tribunal suscribieron al laudo final. El árbitro disidente explicó que si el tribunal tenía jurisdicción, entonces la reclamación fracasaría por las razones descriptas por el tribunal en la etapa de los méritos.

### Expropiación y FET

Avocándose a los méritos, el tribunal consideró el reclamo de Vannessa tendiente a que Venezuela había violado las disposiciones del TBI sobre expropiación y trato justo y equitativo.

Vannessa alegó que los derechos contractuales podrían ser considerados como expropiados cuando “el Estado excede su papel de ser una mera parte en un contrato y se vale de su poder superior de gobierno”. Sin embargo, el tribunal agregó que “para llegar a una expropiación en virtud del derecho internacional, es necesario que la conducta del Estado vaya más allá de la que una parte contratante común y corriente podría adoptar”.

En cuanto a los hechos del caso, el tribunal concluyó que CVG había respondido legítimamente a las violaciones contractuales. El tribunal subrayó que se había requerido a Placer Dome que cooperara con CVG para seleccionar un nuevo inversor, pero en cambio la firma “se involucró en negociaciones secretas y transferencias de acciones con Vannessa, sólo para “informar” a la CVG después del hecho...”.

El tribunal subrayó que CVG había seleccionado cuidadosamente a Placer Dome por su pericia y recursos. Por el contrario, Vannessa carecía de experiencia, y no proporcionó un plan para desarrollar la mina Las Cristinas.

Tampoco fue muy difícil para el tribunal desestimar los reclamos de que Venezuela había violado las disposiciones del TBI sobre ‘trato justo y equitativo’ y ‘protección y seguridad plenas’. Estos estándares han sido interpretados de diferentes maneras, remarcó el tribunal, pero no habían sido formulados en términos que apoyarían la reclamación de Vannessa.

### Costos

El tribunal falló que cada parte debería pagar sus propias costas legales y compartir los gastos de arbitraje, remarcando que Vannessa había ganado en la jurisdicción mientras que fracasó en la determinación de los méritos.

Las partes gastaron grandes, pero muy diferentes, sumas de dinero en sus costas legales—más de \$20 millones para Venezuela y menos de la mitad en el caso de Vannessa. El tribunal consideró “lamentable” que las costas fueran tan elevadas en lo que debería haber sido un “procedimiento eficiente y razonablemente rápido”.

Los árbitros del caso fueron Vaughan Lowe (presidente), Charles N. Bower (nominado por la demandante) y Brigitte Stern (nominada por la demandada).

El laudo está disponible en: <http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1250.pdf>

**Tribunal acepta jurisdicción en reclamación de inversores españoles por inversión en aerolíneas argentinas** *Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. y Autobuses Urbanos del Sur S.A. c. La República Argentina*, Caso del CIADI No. ARB/09/1, Decisión sobre Jurisdicción

**Larisa Babiy**

En una decisión emitida el 21 de diciembre de 2012, un tribunal del CIADI dio luz verde al caso presentado por demandantes españoles contra Argentina. Sin embargo, la decisión del tribunal no fue unánime y el árbitro nominado por Argentina, Kamal Hossain, acompañó el laudo con una opinión separada.

Los demandantes, actuando en virtud del TBI entre España y Argentina, alegaron que Argentina expropió su inversión en dos aerolíneas locales. En particular, los inversores denunciaron varios desacuerdos con la República, comenzando en 2004 o antes, incluyendo diferencias sobre la imposición de topes en las tarifas aéreas, que culminaron en la nacionalización de las aerolíneas en 2008. Según las demandantes, la conducta de Argentina constituyó tanto una expropiación “formal” como una expropiación “progresiva”.

Argentina objetó la jurisdicción del tribunal en base a varias razones. Primero, sostuvo que las demandantes no cumplieron con los requisitos de pre-arbitraje establecidos en el TBI. Segundo, afirmó que las demandantes no carecían de legitimación para entablar la diferencia. Tercero, reclamó que el tribunal carecía de jurisdicción sobre determinados argumentos de los demandantes ya que la conducta invocada no era imputable a la República. Finalmente, Argentina señaló que la inversión en juego no era una inversión protegida bajo el TBI porque estaba teñida por la ilegalidad.

*Partes chocan por requisitos de pre-arbitraje y la cláusula de NMF.*

La primera objeción de Argentina se relacionó con el incumplimiento, por parte de las demandantes, de los requisitos establecidos en el Artículo X del TBI. En particular, Argentina afirmó que los inversores faltaron a la obligación de dar notificación formal a las autoridades argentinas competentes sobre la existencia de una diferencia en virtud del TBI. Además, Argentina sostuvo que ninguno de los documentos presentados por las demandantes probaban que había emprendido negociaciones amigables por seis meses, tal como lo requiere el tratado bilateral. Finalmente, Argentina alegó que los inversores omitieron el requisito de presentar la diferencia ante los tribunales locales durante 18 meses antes de comenzar el arbitraje.

Inversamente, las demandantes sostuvieron que cumplieron con todos los requisitos de pre-arbitraje y que, en todo caso, cualquier negociación o litigio en los tribunales locales habría sido inútil a estas alturas del procedimiento. Además, los inversores invocaron la cláusula de nación más favorecida (NMF) del TBI para sortear tales requisitos procesales.

El tribunal dio la razón a las demandantes. Primero sostuvo que el sentido corriente del Artículo X no permite inferir que las Demandantes debieran notificar formalmente a la Demandada de que se ha producido una diferencia conforme al Tratado. Posteriormente, el tribunal procedió a observar la jurisprudencia de la

Corte Internacional de Justicia (CIJ) para determinar cuándo exactamente surgió la diferencia entre las partes y recordó que “para que exista una controversia, debe haberse cristalizado en un desacuerdo efectivo”.

Si bien estaba claro que la diferencia por los topes en la tarifa máxima del transporte aéreo surgió al menos 6 meses antes de la solicitud de arbitraje, el desacuerdo sobre la expropiación de las acciones de las demandantes en las aerolíneas no estaba tan claro. El tribunal, no obstante, consideró que existía una “relación lo suficientemente fuerte” entre estos dos desacuerdos de modo tal que las consultas respecto del primero desacuerdo bastaban para satisfacer el requisito de negociación del TBI.

Con respecto al requisito de presentar la diferencia ante los tribunales locales, las demandantes apuntaron a un juicio por expropiación iniciado por Argentina ante los tribunales nacionales. El tribunal remarcó que el TBI faculta a “cualquiera de las partes” a iniciar procedimientos ante los tribunales locales a los fines del Artículo X. Volviendo a la jurisprudencia de la CIJ, señaló que para que una reclamación internacional resulte admisible basta con que la “esencia” de la reclamación se haya planteado ante los tribunales. Por lo tanto, el tribunal concluyó que el requisito de los tribunales locales había sido cumplido.

Pese a que el tribunal ya había determinado que se cumplieron todos los requisitos de pre-arbitraje, decidió abordar el argumento controvertido de las demandantes sobre la cláusula NMF. Los inversores reclamaron que esta disposición les permitía basarse en el TBI entre Australia y Argentina, que no contenía ningún requisito de pre-arbitraje. El tribunal concluyó que el amplio lenguaje utilizado en la cláusula de NMF y la ausencia de toda limitación sobre su alcance permitía a las demandantes invocar la disposición sobre la resolución de controversias del TBI entre Australia y Argentina.

*Se considera que TBI cubre reclamaciones derivadas e indirectas.*

Argentina alegó que las demandantes carecían de legitimación para plantear la reclamación porque solo poseían una participación *indirecta* en las aerolíneas. De hecho, sus acciones habían sido adquiridas a través de la empresa española intermediaria, Air Comet S.A. Sin embargo, el tribunal desestimó el argumento de Argentina, concluyendo que el amplio lenguaje del TBI (que hace referencia a las inversiones como “todo tipo de haberes”) “implícitamente autoriza las reclamaciones del tipo que promueven las Demandantes” y “no sugiere en absoluto que las tenencias accionarias a través de subsidiarias” se encuentren excluidas de la cobertura del TBI.

*Financiamiento de terceros y concurso preventivo*

Argentina también objetó la autorización de las demandantes para plantear el caso, apuntando a su reciente concurso preventivo en España y a la existencia de financiamiento de un tercero. Sin embargo, el tribunal subrayó que la jurisprudencia internacional ha resuelto uniformemente que, por lo general, la jurisdicción debe determinarse a la fecha de presentación de la reclamación. Dado que todos los eventos citados por Argentina ocurrieron después de la fecha de presentación del caso, los mismos no afectaban la jurisdicción del tribunal.

Al abordar las últimas objeciones de Argentina, el tribunal decidió que aquellas relacionadas con la atribución de ciertos actos a dicho país dependían fuertemente de cuestiones de hecho como para ser decididas en la etapa jurisdiccional. Finalmente, el tribunal desestimó el argumento de Argentina sobre la ilegalidad de la inversión de las Demandantes, ya que ninguno de los argumentos de Argentina demostraba ilegalidades en el proceso de “adquisición” de la inversión.

#### *La opinión separada*

El árbitro nominado por Argentina, Kamal Hossain, en primer lugar criticó la decisión de la mayoría de decidir sobre la cláusula de NMF invocada por las Demandantes. Afirmó que dado que es posible resolver una cuestión jurisdiccional con fundamento en una disposición expresa, tal como el Artículo X en este caso, no se justifica la invocación de la cláusula de NMF. Aún más, dado a que la interpretación y aplicación de esta cláusula sigue siendo muy controvertida.

Posteriormente, el Dr. Hossain expresó sus reservas respecto del análisis legal de la cláusula de NMF realizado por sus co-árbitros, citando extensivamente publicaciones recientes del derecho de las inversiones y la opinión disidente de la Profesora Brigitte Stern en el caso *Impregilo c. Argentina*.

El Dr. Hossain también disintió con la conclusión de la mayoría de que las participaciones indirectas constituían una inversión protegida en virtud del TBI. Consideró que una simple lectura del TBI daría prueba de esto, estableciendo que “que las acciones en sociedades se refieren a las acciones de propiedad directa, salvo que se incluyan expresamente las acciones indirectas”. Si se interpretara lo contrario, se estaría ampliando el alcance del TBI “sin límites”.

Los árbitros del caso son Thomas Buergenthal (Presidente), Henri Alvarez (nominado por las demandantes) y Kamal Hossain (nominado por Argentina).

La decisión sobre jurisdicción se encuentra disponible en: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1090.pdf>

La opinión separada del Dr. Hossain está disponible en: [http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1092\\_0.pdf](http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1092_0.pdf)

**Inversor de EUA gana reclamación presentada ante el CIADI contra Ecuador por expropiación** *Burlington Resource Inc. c. la República de Ecuador, Caso del CIADI No. ARB/08/5*

#### **Yalan Liu**

En una decisión sobre responsabilidad del 14 de diciembre de 2012, un tribunal del CIADI determinó que Ecuador había expropiado la inversión de una empresa de explotación de hidrocarburos en violación del tratado bilateral de inversión (TBI) entre EUA y Ecuador. La decisión sobre la cuantificación de los daños fue pospuesta.

#### *Antecedentes*

Burlington Oriente, una subsidiaria de la demandante Burlington Resource Inc. (Burlington), celebró Contratos de Participación (CP) con Ecuador para explorar y

explotar las reservas petroleras de varios Bloques en este país. Según estos contratos, el contratista privado asumió todos los riesgos y costos de la exploración y explotación de las reservas de hidrocarburos y a cambio recibió una participación del petróleo producido.

Dado que el precio internacional del petróleo aumentó drásticamente en 2002, Ecuador intentó renegociar los términos de los CP con Burlington. Cuando estas renegociaciones fracasaron, Ecuador adoptó un número de medidas para “restablecer el equilibrio económico” de los CP. Este país impuso a Burlington un impuesto a los beneficios extraordinarios por la venta de petróleo. Cuando esta empresa se rehusó a pagar el mismo, Ecuador inició un procedimiento para confiscar y rematar la participación de Burlington en la producción de petróleo a fin de cobrar el impuesto vencido.

Subsecuentemente, Burlington suspendió las operaciones alegando que la inversión había perdido su rentabilidad. En respuesta, Ecuador tomó posesión de los Bloques de Burlington y eventualmente canceló los CP.

#### *Se desestima jurisdicción sobre reclamos relativos a la cláusula paraguas*

En una anterior decisión sobre jurisdicción, el tribunal determinó que tenía jurisdicción sobre el reclamo de expropiación, pero que carecía de la misma por los reclamos relativos al trato justo y equitativo, protección y seguridad plenas y al trato arbitrario. Sin embargo, el tribunal también determinó que el reclamo de la demandante en relación con la cláusula paraguas del TBI—en base a la cual Burlington argumentó que la presunta violación de los CP y del derecho ecuatoriano por Ecuador también constituían una violación del tratado—sería decidido en la fase de consideración de los méritos.

Dado que la subsidiaria de Burlington era la signataria de los CP en lugar de ser Burlington en sí misma, Ecuador alegó que no había una relación contractual directa entre este país y Burlington. Como resultado, Ecuador insistió en que Burlington no podría basarse en la cláusula paraguas para ejercer derechos contractuales que no le pertenecían.

Al decidir quién tenía el derecho ten relación con la obligación bajo la cláusula paraguas, el tribunal recurrió a la legislación que regula los CP (en este caso el derecho ecuatoriano) que estipula que la casa matriz no signataria de una parte contratante no podrá lograr de manera directa el ejercicio de los derechos de su subsidiaria. La mayoría también remarcó que la mayor parte de la jurisprudencia del CIADI requiere que haya una relación directa entre el inversor y el estado receptor. La mayoría, por lo tanto, decidió que Burlington no podría basarse en la cláusula paraguas para ejercer los derechos de su subsidiaria bajo los CP, y de esta manera, la jurisdicción sobre el reclamo de la cláusula paraguas de Burlington en relación con los CP fue declinada.

Sin embargo, el Profesor Orrego Vicuña (nominado por la demandante) disintió a este respecto. Estuvo de acuerdo con que la relación contractual directa estaba ampliamente aceptada en el derecho interno aplicable en materia de contratos; sin embargo, para el Profesor el tema decisivo a determinar era quién gozaba de los derechos establecidos en el tratado. Subrayó que el TBI entre EUA y Ecuador protegía expresamente tanto



las inversiones directas como indirectas, y por lo tanto, las “obligaciones” referidas en la cláusula paraguas también cubrían las inversiones indirectas.

Con respecto al argumento de Burlington de que el incumplimiento por Ecuador de su obligación en virtud del derecho ecuatoriano, constituía una violación del tratado a través de la cláusula paraguas; la mayoría determinó que el derecho ecuatoriano meramente reiteraba las obligaciones contractuales de Ecuador bajo los CP en lugar de disponer obligaciones independientes.

En su opinión disidente, el Profesor Orrego Vicuña afirmó que la obligación de Ecuador bajo el derecho ecuatoriano era lo suficientemente específica para ser considerada separadamente de la obligación de Ecuador bajo los CP.

*El objeto de la expropiación*

Burlington alegó que la inversión expropiada fueron los derechos contractuales bajo los CP, ya que poseía estos derechos “a través de su participación en Burlington Oriente”. Ecuador no objetó que éste era el objeto de expropiación de la diferencia, y también remarcó que “la inversión que alega Burlington es precisamente el valor de tales derechos contractuales”.

Según la opinión del tribunal, sin embargo, la demandante no podría reclamar la expropiación de “las partes individuales de la inversión”, sino que el análisis debía enfocarse en “la inversión como un todo”.

El tribunal explicó que “la inversión como un todo” consiste en los derechos de su subsidiaria bajo los CP, sus acciones en su subsidiaria, la infraestructura y el equipo empleado para explotar las reservas de petróleo, así como cualquier otra propiedad tangible vinculada al proyecto, las contribuciones monetarias y los bienes aportados para ejecutar las operaciones y la posesión física de los Bloques.

*La mayoría decide que el impuesto a las ganancias extraordinarias no constituía una expropiación*

Burlington alegó que varias medidas, tanto de manera individual como conjunta, constituían una expropiación. Esto incluía un impuesto a las ganancias extraordinarias sin, tal como según la misma requiere el contrato, “absorber” el impacto del aumento impositivo para estabilizar el equilibrio económico del proyecto; el procedimiento para confiscar y rematar la participación de Burlington en la producción de petróleo; la toma física de los Bloques y eventualmente la terminación de los CP.

El tribunal decidió tratar los reclamos analizando primero cada una de las medidas recusadas por separado, y en el caso de no encontrar una expropiación, procedería a examinar el efecto acumulado de estas medidas.

Para determinar la expropiación, el tribunal aplicó tanto ‘a prueba de los efectos’ (*effect test*) como la doctrina del poder policial. En términos de la prueba de los efectos, el tribunal requiere que se pruebe una privación permanente y sustancial de la inversión para constituir una expropiación. El tribunal también consideró si las medidas podrían ser justificadas en virtud de los poderes policiales (es decir, con el fin de promover el bienestar general y ejercer sus leyes dentro de su territorio).

El tribunal primero consideró si el impuesto a las ganancias extraordinarias constituía una expropiación. En este punto concluyó que las fórmulas de participación en los CP para asignar la producción de petróleo no guardaban relación con el precio del petróleo, y de esta manera, el aumento de este recurso no podría ser considerado como un problema para la “economía” de los CP. El tribunal también remarcó que los CP contenían cláusulas de estabilización impositiva; que exigían que, en el caso de una modificación tributaria, Ecuador estaba obligado a tomar medidas para indemnizar a Burlington por los efectos en la “economía” de su inversión. Dado que Ecuador no hizo esto, el tribunal decidió que el impuesto sobre las ganancias extraordinarias junto con la no absorción por Ecuador del efecto causado violaba los CP.

No obstante, la mayoría consideró que el impuesto a las ganancias extraordinarias, si bien era una violación de los CP, no constituía una expropiación porque no hizo que la inversión de Burlington perdiera su “rentabilidad o su valor”.

Los procedimientos para confiscar y rematar la participación de Burlington en la producción de petróleo tuvieron el mismo destino, ya que se consideró que el ‘efecto’ de estas medidas no era lo suficientemente grave como para constituir una expropiación.

Sin embargo, el tribunal consideró de manera diferente la movida de Ecuador para tomar posesión de los Bloques de Burlington. Ecuador afirmó que esta medida constituía una respuesta legítima para evitar un riesgo económico significativo surgido de la suspensión prevista de las operaciones por parte de Burlington. Pero el tribunal desestimó este argumento alegando que la confiscación no cumplía con el derecho ecuatoriano y el riesgo no era lo suficientemente significativo. En cuanto a la prueba de los efectos, el tribunal consideró que la confiscación hizo que Burlington fuera privada “del uso y control efectivo” de su inversión sin indemnización alguna. Por lo tanto, el tribunal concluyó que esta medida constituía una expropiación ilegal.

En vista de esta conclusión, la mayoría consideró irrelevante tratar la terminación de los CP en el análisis sobre expropiación, porque esto meramente formalizaba una situación imperante; es decir, la confiscación de los Bloques de Burlington.

Dado que una de las medidas fue confirmada como una expropiación, el tribunal también creyó innecesario examinar el efecto acumulado de todas las medidas reclamadas por Burlington.

En su opinión disidente, el Profesor Orrego Vicuña alegó que las otras medidas—no solo la confiscación de los Bloques—también constituían una expropiación. Sostuvo que el concepto de privación sustancial no era un ejercicio matemático sino una manifestación de un criterio razonable. Asimismo, afirmó que los incrementos tributarios no respondían a ningún criterio razonable y, por lo tanto, alcanzaban el nivel de privación sustancial.

Con respecto a la terminación de los CP, consideró que esto constituía un factor agravante de la ilegalidad de la expropiación. Sobre todo, opinó que las medidas recusadas estaban interrelacionadas y constituían una expropiación como un todo. Alegó que el hecho de que la mayoría del tribunal tratara las medidas por separado era una limitación, y que por lo tanto, limitaba los efectos de la expropiación al determinar que solo una medida constituía una expropiación.

El tribunal estuvo compuesto por la Profesora Gabrielle Kaufmann-Kohler (Presidente), el Profesor Francisco Orrego Vicuña (nominado por la demandante) y la Profesora Brigitte Stern (nominada por la demandada).

El laudo se encuentra disponible aquí: [http://italaw.com/sites/default/files/casedocuments/italaw1094\\_0.pdf](http://italaw.com/sites/default/files/casedocuments/italaw1094_0.pdf)

La opinión disidente del Profesor Orrego Vicuña está disponible en: [http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1095\\_0.pdf](http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1095_0.pdf)

**Canadá pierde en arbitraje del TLCAN por requisitos de desempeño** *Mobil Investments Canada Inc. and Murphy Oil Corporation c. Canadá, Caso del CIADI No. ARB(AF)/07/4*

### Damon Vis-Dunbar

En una decisión de mayo de 2012, publicada seis meses después, la mayoría de un tribunal de 3 integrantes del CIADI ha declarado a Canadá en violación del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) por imponer a dos empresas petroleras de Estados Unidos requisitos de desempeño que están prohibidos.

La reclamación entablada por Mobile Investments Canada y Murphy Oil Corporation contra el gobierno de Canadá surgió a raíz de requisitos sobre gastos en investigación y desarrollo (*research and development expenditure*, R&D) en la provincia de Newfoundland y Labrador.

### Antecedentes

Las demandantes tenían participación en dos campos petroleros del Atlántico Norte. Para ambos proyectos, las petroleras debían presentar “planes de beneficios”, que incluían la planificación de gastos en R&D y para educación y capacitación. Una junta estaría a cargo de aprobar dichos planes.

La controversia surge de una nueva serie de directrices incorporadas en 2004. A diferencia de las anteriores directrices, las reglas de 2004 requerían un monto fijo para gastos en R&D, utilizando como parámetro el promedio de los gastos en R&D de la industria. Las directrices de 2004 fueron introducidas en respuesta a una disminución en los gastos en R&D y fueron recomendadas por un comisionista público.

Estas nuevas directrices fueron recusadas en los tribunales canadienses, pero el tribunal determinó que concordaban con la responsabilidad de la junta de monitorear los gastos en R&D. Las demandantes enviaron al CIADI una solicitud de arbitraje a fines de 2007.

### Nivel mínimo de trato

Las demandantes alegaron el incumplimiento de dos artículos del TLCAN: el Artículo 1105, que otorga a los inversores el nivel mínimo de trato acorde al derecho consuetudinario internacional; y el Artículo 1106, que trata la prohibición de determinados requisitos de desempeño.

Con respecto al Artículo 1105, las demandantes alegan que Canadá frustró sus “expectativas legítimas” cambiando el marco regulatorio que rige los gastos en R&D.

Canadá rebatió que brindó a los inversores un ambiente legal estable, e incluso si no lo hubiera hecho, el

nivel de trato mínimo bajo el derecho consuetudinario internacional no obliga a los gobiernos a garantizar una estabilidad como tal.

Después de revisar la jurisprudencia sobre el TLCAN, el tribunal concluyó que los gobiernos signatarios de dicho tratado podrían cambiar las reglas que rigen la inversión “en un grado alto o modesto”. Para constituir una violación del Artículo 1105, los cambios en el ambiente regulatorio deberían ser “arbitrarios o extremadamente injustos o discriminatorios”.

Con respecto a este caso, la cuestión central para el tribunal era determinar si los gobiernos federales o provinciales “hicieron una serie de promesas expresas—bajo la forma de representaciones—que luego no cumplieron”. En base a los hechos, el tribunal no observó ninguna evidencia de que se haya prometido que las regulaciones que rigen el R&D no fueran a cambiar. Por lo tanto, el tribunal no encontró ninguna infracción del Artículo 1105.

### Requisitos de desempeño

Las demandantes también argumentaron que Canadá había infringido el Artículo 1106, que prohíbe a los gobiernos imponer varios requisitos de desempeño. Esto incluye una prohibición de requisitos de “adquirir o utilizar u otorgar preferencia a bienes producidos o a servicios prestados en su territorio, o adquirir bienes de productores o servicios de prestadores de servicios en su territorio”.

Según la opinión de las demandantes, las directrices de 2004 les exigían que comprasen bienes y servicios a la Provincia de Newfoundland, y de esta manera, se estaban infringiendo las restricciones establecidas en el Artículo 1106.

Canadá respondió que el gasto en R&D estaba “fuera del alcance” de este Artículo. Posteriormente, agregó que aunque la investigación y el desarrollo fueran considerados un “servicio” bajo el Artículo 1106, las directrices no requerían que dichos servicios fueran locales.

El tribunal rechazó los argumentos de Canadá. Decidió que la investigación, el desarrollo y la educación bien podrían ser considerados un “servicio” a los fines del Artículo 1106. El tribunal también consideró que estos servicios por su mayoría necesitaban ser adquiridos en la Provincia—pese a los esfuerzos de Canadá por destacar excepciones posibles.

Después, el tribunal procedió a evaluar si las directrices de 2004 debían ser consideradas como exentas de las obligaciones de Canadá bajo el Artículo 1106, debido a la lista de reservas de este país bajo el Artículo 1108.

### Las excepciones de Canadá conforme al Artículo 1108

El Artículo 1108 del TLCAN permite a las partes del Tratado mantener, y en determinadas circunstancias modificar, medidas disconformes con sus obligaciones del TLCAN. Por lo tanto, si un gobierno del TLCAN impusiera a un inversor requisitos de desempeño anteriores a la firma de este tratado, éstos podrían ser mantenidos después del TLCAN si los mismos fueran listados como una reserva. Además de la medida disconforme, un anexo del TLCAN establece que “toda medida subordinada” también es considerada como exenta.

En este caso, Canadá incluyó en la lista de reservas el estatuto federal (*the Federal Accord Act*), y explicó que el acuerdo requiere planes de beneficio para garantizar que los gastos en investigación, desarrollo y capacitación sean realizados en la Provincia.

Un punto clave de controversia, sin embargo, fue si las directrices de 2004 podrían ser consideradas una “medida subordinada” que estuviera cubierta por la reserva de Canadá.

Al arribar a una decisión sobre este tema, el tribunal consideró varias cuestiones: si las medidas subordinadas debían ser introducidas antes del inicio del TLCAN, si estaban “bajo la autoridad” de la medida reservada (es decir, *the Federal Accord Act*) y si eran “coherentes” con la medida reservada.

Sobre la primera cuestión, el tribunal concluyó que las medidas subordinadas introducidas después del inicio del TLCAN formaban parte de la medida reservada. Esta opinión fue apoyada por presentaciones de Canadá, Estados Unidos y México.

En cuanto a la segunda cuestión, el tribunal afirmó que determinar si una medida subordinada se encuentra “bajo la autoridad” de la medida reservada es un asunto de derecho nacional. En este punto la mayoría no tuvo mucha dificultad para concluir que las directrices de 2004 recaían bajo la autoridad del *Federal Accord Act*.

En torno a la tercera cuestión, el tribunal decidió que es preciso considerar el tema de la “coherencia” tanto a través del derecho nacional como internacional. Remarcó que una medida podría colocar un peso diferente y adicional en el inversor, y aun así ser considerada coherente. Sin embargo, concluyó que las directrices de 2004 pasaron un umbral apropiado.

El hecho de que la mayoría del tribunal requiriera coherencia entre la principal medida reservada—el *Federal Accords Act*—y otras medidas subordinadas, tales como los anteriores planes de beneficios y las decisiones de la junta, fue clave. La medida reservada, junto con las subordinadas, conformaron el “marco legal” con respecto al cual se puede juzgar la coherencia. Sobre este punto, Philippe Sands emitió una opinión disidente.

Juzgadas de esa perspectiva, la mayoría concluyó que las directrices de 2004 eran incoherentes con las otras medidas subordinadas. También remarcó que anteriormente la junta había reconocido que era difícil proporcionar planes fijos de gastos para la investigación y el desarrollo durante la vida de un proyecto, y por lo tanto, los anteriores planes de beneficios no eran tan rigurosos. Al introducir luego un gasto obligatorio a niveles prescriptivos, las directrices de 2004 incorporaron un “enfoque esencialmente diferente al cumplimiento”, señaló la mayoría.

Según su opinión, “el efecto de las Directrices de 2004 revela una serie de requisitos de compra, uso y otorgamiento de una preferencia a los bienes y servicios locales que han sufrido una expansión sustancial en comparación con un marco legal anterior”. Estas directrices, por lo tanto, no podrían ser consideradas “coherentes” con las reservas de Canadá en el TLCAN.

#### *La opinión disidente de Philippe Sands*

En su opinión disidente, el Profesor Sands rechazó la decisión de la mayoría de que las directrices de 2004

debían ser coherentes con el *Federal Accord Act* y las *medidas subordinadas*. El argumentó que una nueva medida subordinada—tal como las directrices de 2004—debiera ser coherente y estar bajo la autoridad de la medida excluida en el TLCAN—en este caso el *Federal Accord Act*.

Según la opinión del Profesor Sands, la decisión de la mayoría de incluir medidas subordinadas subsecuentes era incoherente con el significado corriente del Artículo 1108. Esto también generó problemas creando “un estándar en constante evolución, a medida que se adoptan nuevas medidas subsidiarias”.

El Profesor Sands señaló que al pasar el tiempo esto dificultará que los inversores establezcan un punto de referencia para determinar la ‘autoridad’ y ‘coherencia’, lo cual tendrá implicancias sobre la transparencia dado que las nuevas medidas subordinadas no son agregadas a la lista de medidas disconformes bajo el TLCAN de un país.

#### *Daños*

Habiendo disentido con el Profesor Sands al determinar que Canadá había incumplido con sus obligaciones bajo el TLCAN, la mayoría procedió a considerar los daños.

Las partes no llegaron a un acuerdo sobre si los daños podrían ser otorgados por pérdidas futuras. Canadá alegó que solo los daños presentes serían indemnizados, mientras que las demandantes argumentaron que su obligación de hacer pagos futuros en R&D constituye una “pérdida incurrida”.

La mayoría concluyó que poseía jurisdicción para decidir sobre daños futuros. La siguiente cuestión, por lo tanto, fue la de evaluar estos daños. Aquí la mayoría subrayó que Canadá aún no había demandado el pago bajo las directrices de 2004, y así, las demandantes aún no habían incurrido en pérdidas reales. De esta manera, se otorgó a las demandantes un período de 60 días para brindar pruebas sobre daños reales.

Con respecto a los pagos futuros bajo las directrices de 2004, la mayoría concluyó que los mismos eran demasiado inciertos. Las demandantes deberían iniciar una reclamación nueva en virtud del TLCAN para solicitar indemnización por estas pérdidas, según dictaminó la mayoría del tribunal.

El tribunal decidió que la asignación de los gastos de arbitraje y costas legales sería determinada en el laudo final, a ser emitido pasados los 60 días otorgados a las demandantes para presentar más evidencias sobre los daños.

Los árbitros del caso son Hans van Houtte (presidente), Merit Janow (nominado por la demandante) y Philippe Sands (nominado por Canadá).

La decisión sobre responsabilidad y los principios de cuantificación se encuentra disponible en: <http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1145.pdf>

La opinión parcial disidente del Profesor Sands está disponible en: [http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1146\\_0.pdf](http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1146_0.pdf)

*Traducido al español por María Candela Conforti.*



# Recursos y Eventos

## Recursos

### Chinese Outward Investment: An Emerging Policy Framework Nathalie Bernasconi-Osterwalder, Lise Johnson, Jianping Zhang, IISD, 2012

Este libro es una compilación en inglés que cubre 80 textos primarios relativos a la inversión externa china desde enero de 2000 a enero de 2012. La compilación brinda fácil acceso y comprensión de estas fuentes primarias, en un esfuerzo por facilitar un entendimiento más amplio y profundo de la inversión china en el extranjero y las políticas que la respaldan, y, de mayor importancia, ayudará a formular un mejor discurso y análisis sobre la relación entre la inversión extranjera china y el desarrollo sostenible. El informe se encuentra disponible en: <http://www.iisd.org/publications/pub.aspx?id=1720>

### Transparency

UNCTAD, marzo de 2013

En este informe se abordan las disposiciones sobre transparencia en los Acuerdos Internacionales de Inversión (AII), y se brinda una guía práctica de políticas y sugerencias para los actores involucrados en la redacción de AII. Titulado *Transparency*, este estudio es la segunda parte de la *Serie Rosa* de publicaciones sobre AII de la UNCTAD. Aquí se examina la manera en que la transparencia es abordada en los AII, y cómo la reflexión sobre las disposiciones relativas a la transparencia ha evolucionado desde la publicación del volumen 2004 de la UNCTAD sobre este tema. Entre los nuevos desarrollos citados se encuentra la expansión de los requisitos de transparencia para los inversores. Otra tendencia es la emergencia de disposiciones sobre transparencia en la solución de controversias entre inversores y estados (*investor-State dispute settlement*, ISDS). El estudio se enfoca particularmente en la emergencia de la transparencia como una consideración en torno a ISDS. Se revisan las implicancias de este cambio conceptual para la solución de controversias. Una característica clave del análisis es el foco sobre la nueva tendencia de los AII de incorporar disposiciones sobre transparencia y participación pública en los procedimientos de solución de controversias. En el informe también se consideran las implicancias de este enfoque en el desarrollo sostenible. Esta publicación se encuentra disponible en: [http://unctad.org/en/pages/newsdetails.aspx?OriginalVersionID=415&SiteMap\\_x0020\\_Taxonomy=Investment](http://unctad.org/en/pages/newsdetails.aspx?OriginalVersionID=415&SiteMap_x0020_Taxonomy=Investment)

### FDI Perspectives: Issues in International Investment, 2nd Edition editado por Karl P. Sauvant y Jennifer Reimer, Vale Columbia Center on Sustainable International Investment, noviembre de 2012

En esta segunda edición de *FDI Perspectives* se presenta una descripción general de los temas contemporáneos más importantes en relación con la inversión externa directa y las empresas multinacionales para todos aquellos interesados en el tema, pero que no siempre se encuentran en una posición para conocer diversas perspectivas y lo que está sucediendo en los distintos rincones de este campo. Las diferentes contribuciones se encuentran agrupadas bajo los siguientes títulos: atrayendo la IED y su impacto; el surgimiento de inversores de mercados emergentes; políticas nacionales; inversión sostenible internacional y arbitrajes y tratados de inversión internacional. En este volumen se reúnen todas las perspectivas (*Perspectives*) publicadas desde la concepción de esta serie. El libro está disponible en: <http://www.vcc.columbia.edu/books>

### GVCs and Development: Investment and Value Added Trade in the Global Economy

UNCTAD, febrero de 2013

Este informe se enfoca en las siempre complicadas redes de inversión y comercio, por medio de las cuales el material extraído de un país puede ser exportado a otro país para su procesamiento y luego exportado nuevamente a una planta de fabricación en un tercer país; que luego puede ser exportado a un cuarto país para su consumo final. Bajo el título *GVCs\* and Development: Investment and Value Added Trade in the Global Economy* se estima que las cadenas de valor administradas de diferentes maneras por empresas transnacionales (*transnational corporations*, TNCs) actualmente representan un 80 por ciento del comercio mundial. El informe es una publicación lanzada de una nueva base de datos de la UNCTAD donde se provee un mapa de la distribución del valor agregado en el comercio mundial. La Base de Datos GVC UNCTAD-EORA—parte del Sistema de Información FDI-TNCs-GVC de la UNCTAD—brinda nuevas perspectivas sobre los vínculos comerciales entre las economías, en un nexo entre el comercio y la inversión. Entre otras cosas, la publicación se enfoca en la distribución del valor agregado, sobre las ganancias y el empleo que resultan del comercio y sobre la manera en que la inversión mundial genera patrones en el comercio relativo al valor agregado. Esta base de datos cubre 187 países, incluyendo a casi todas las economías en desarrollo. Proporciona estadísticas sobre una amplia gama de industrias de relevancia para los países en vías de desarrollo. La UNCTAD pretende basarse en el análisis preliminar de

los nuevos datos presentados en esta publicación para su próximo Informe sobre las Inversiones en el Mundo 2013 (*World Investment Report 2013*), donde se examinarán los mecanismos a través de los cuales GVCs pueden contribuir al desarrollo así como los riesgos para los países en desarrollo. El informe se encuentra disponible en: [http://unctad.org/en/pages/newsdetails.aspx?OriginalVersionID=411&SiteMap\\_x0020\\_Taxonomy=Investment](http://unctad.org/en/pages/newsdetails.aspx?OriginalVersionID=411&SiteMap_x0020_Taxonomy=Investment)

\*GVCs - Cadenas de Valor Mundiales (*Global Value Chains*)

### The History of ICSID

Antonio R. Parra, Oxford University Press, agosto de 2012

En el cuarto volumen de esta publicación se presenta la Historia del Convenio de Washington. El Volumen 1 contiene una revisión de la formulación del Convenio y se realiza un análisis artículo por artículo de los sucesivos borradores del Convenio (reproduciendo paralelamente textos en inglés, francés y español). Los documentos que conciernen el origen y formulación del Convenio del CIADI se presentan en inglés, francés y español en los volúmenes 2, 3 y 4 respectivamente. El libro se encuentra disponible en: <http://ukcatalogue.oup.com/product/9780199660568.do>

## Eventos 2013

### Marzo 24-25

**ART AND HERITAGE DISPUTES**, Maastricht University, Maastricht, Países Bajos, <http://www.maastrichtuniversity.nl/web/Faculties/FL/Theme/ResearchPortal/Conferences/ArtAndHeritageDisputes1.htm>

### Abril 4

**MAINTAINING STANDARDS IN INTERNATIONAL INVESTMENT ARBITRATION**, Vale Columbia Center on Sustainable International Investment, Nueva York, Estados Unidos, <http://www.vcc.columbia.edu/content/maintaining-standards-international-investment-arbitration>

### Abril 8

**THE DOG THAT DID NOT BARK: THE MYSTERY OF THE MISSING DISPUTE SETTLEMENT CHAPTER IN NAFTA**, Vale Columbia Center on Sustainable International Investment, Nueva York, Estados Unidos, <http://www.vcc.columbia.edu/content/dog-did-not-bark-mystery-missing-dispute-settlement-chapter-nafta>

### Abril 21-23

**CONVERGENCE AND DIVERGENCE IN INTERNATIONAL ARBITRATION PRACTICE**, the Atlanta International Arbitration Society, Atlanta, Georgia, Estados Unidos, <http://arbitrateatlanta.org/events/convergence-and-divergence-in-international-arbitration-practice/>

### Mayo 7

**THE NEW ICC ARBITRATION RULES 2012 – CHANGES & FIRST EXPERIENCES**, Cámara Internacional de Comercio, Viena, Austria, <http://www.icc-austria.org/de/Seminare/Aktuelle-Seminare/1218.htm>

### Mayo 22-24

**THE ROLES OF PSYCHOLOGY IN INTERNATIONAL ARBITRATION**, Brunel Centre for the Study of Arbitration and Cross-Border Investment, Londres, RU, <http://www.brunel.ac.uk/law>

### Junio 13-14

**FIFTH LATIN AMERICAN ARBITRATION CONFERENCE**, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina, <http://www.clarbitraje.com/v2/?lang=en>

### Junio 28

**INTERNATIONAL ARBITRATION AND RELATED MATTERS**, International Bar Association, San Petersburgo, Rusia, <http://www.ibanet.org/Article/Detail.aspx?ArticleUid=D1AAE6B9-1568-4ECE-9024-A574A703A087>

### Noviembre 7

**SALIENT ISSUES IN INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION**, American University, Washington College of Law, Washington, DC, Estados Unidos, <https://www.wcl.american.edu/arbitration/symposium.cfm>



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](mailto:info@iisd.ca) e incluir una lista de la información que se desee volver a publicar o un enlace a la misma. El IISD contribuye al desarrollo 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](mailto:itn@iisd.org)

Para suscribirse al Boletín ITN, por favor visite: [https://lists.iisd.ca/read/all\\_forums/subscribe?name=itn-english](https://lists.iisd.ca/read/all_forums/subscribe?name=itn-english)

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

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