



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

NÚMERO 1. TOMO 12. MARZO 2021



Reforma de derecho de la inversión desde cero: extractivismo, derechos humanos y tratados de inversión

Lorenzo Cotula



Corrupción y confidencialidad en la ISDS en el marco de un contrato: El caso de P&ID vs. Nigeria

Jonathan Bonnitcha



Sobre la proporcionalidad, de nuevo: Domesticando el derecho internacional de las inversiones y gestionando la vulnerabilidad

Daria Davitti



El incierto futuro del Tratado sobre la Carta de la Energía: Bélgica solicita al Tribunal de Justicia Europeo que se expida sobre la compatibilidad del TCE modernizado con el derecho de la UE

Stefanie Schacherer





# Contenido

<b>ARTÍCULO 1</b> Reforma de derecho de la inversión desde cero: extractivismo, derechos humanos y tratados de inversión .....	4
<b>ARTÍCULO 2</b> Corrupción y confidencialidad en la ISDS en el marco de un contrato: El caso de <i>P&amp;ID vs. Nigeria</i> .....	10
<b>ARTÍCULO 3</b> Sobre la proporcionalidad, de nuevo: Domesticando el derecho internacional de las inversiones y gestionando la vulnerabilidad .....	14
<b>ARTÍCULO 4</b> El incierto futuro del Tratado sobre la Carta de la Energía: Bélgica solicita al Tribunal de Justicia Europeo que se expida sobre la compatibilidad del TCE modernizado con el derecho de la UE .....	18
<b>NOTICIAS EN BREVE</b> .....	21
Informe de Progreso de las negociaciones sobre la modernización del TCE muestra divisiones familiares entre las delegaciones a medida que crece la presión por la retirada de la UE .....	21
La UE y China anuncian "en principio" un acuerdo sobre inversiones.....	22
Consortio francés inicia demanda en el CIADI contra Chile después de sufrir pérdidas por USD 37 millones debido a la pandemia del COVID-19 .....	23
Grupo de Trabajo III de la CNUDMI: 40° Período de Sesiones enfocado en elementos de la reforma estructural.....	24
Sistema judicial de inversiones del AECG avanza hacia la implementación mientras que activistas irlandeses lanzan campaña para detener la ratificación.....	24
<b>LAUDOS Y DECISIONES</b> .....	26
Kenia triunfa en arbitraje geotérmico entablado por WalAm Energy. Tribunal del CIADI rechaza todos los alegatos de la demandante.....	26
Tribunal de la CNUDMI dictamina que India incumple TBI entre India y el Reino Unido en procedimientos iniciados por entidades Cairn.....	26
<b>RECURSOS Y EVENTOS</b> .....	33

## INVESTMENT TREATY NEWS

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

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

**Directora Principal - Derecho y Políticas Económicas**  
 Nathalie Bernasconi

**Directora Editorial**  
 Zoe Phillips Williams

**Redactora, edición en francés**  
 Suzy Nikièma

**Redactora, edición en español**  
 Marina Ruete

**Traductora, edición en francés**  
 Isabelle Guinebault

**Traductora, edición en español**  
 María Candela Conforti

**Oficial de Prensa y Comunicaciones**  
 Sofía Baliño

**Noticias en Breve**  
 Cesar Henrique Arrais

**Design (PDF)**  
 PortoDG



## LISTA DE ABREVIATURAS

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



## ARTÍCULO 1

# Reforma de derecho de la inversión desde cero: extractivismo, derechos humanos y tratados de inversión

Lorenzo Cotula



Los esfuerzos para reformar el régimen de tratados de inversión han ganado fuerza pero son concebidos de manera limitada, como si los tratados existieran independientemente de marcos más amplios de gobernanza<sup>1</sup>. La especialización empuja a los abogados hacia competencias limitadas, mientras que las narrativas predominantes de las políticas de inversión se enfocan en la relación entre Estados e inversores y cuestiones de macro-nivel, tales como los flujos de inversión transfronteriza. Un interés renovado por la manera en que los tratados interactúan con otras normas internacionales, incluyendo los derechos humanos<sup>2</sup>, aún debe traducirse en una reconfiguración sustancial de los tratados de inversión.

Estas tendencias contrastan con las realidades locales de las relaciones de inversión. Pese a que el Estado juega un papel fundamental en la regulación

y aprobación de las inversiones, los proyectos a gran escala a menudo involucran o afectan constelaciones más amplias de actores, cada uno con intereses diferentes y que posiblemente se contraponen. Asimismo, la aplicación de los tratados de inversión habitualmente se entrecruzan con otras normas del derecho nacional e internacional, y las implicancias prácticas de un tratado dependen en parte de estas normas. Los acuerdos de gobernanza plantean cuestiones difíciles para reconciliar los intereses comerciales con el desarrollo económico, la justicia social y la protección ambiental. Y mientras que la solución de controversias entre inversionistas y Estados se enfoca en la reparación que un Estado podría deberle al inversor, los procedimientos pueden tener ramificaciones más amplias, afectando a los actores y derechos más allá de la diada convencional entre inversionista y Estado<sup>3</sup>.

Las inversiones a gran escala en el sector de los recursos naturales ilustran estas complejidades. Las operaciones mineras, petroleras, tala y agonegocios pueden tener impactos de alto alcance en los productores a pequeña escala, habitantes de los bosques, ganaderos y pescadores artesanales, incluyendo a grupos que el derecho internacional reconoce como Pueblos Indígenas. Las relaciones entre empresas, personas afectadas y las diferentes ramas del Gobierno a menudo involucran diversos instrumentos jurídicos que sustentan reclamaciones contradictorias –desde disposiciones constitucionales y legislación sectorial a tratados internacionales que protegen la inversión extranjera, los derechos humanos y el medio ambiente. Además, el enfoque que adopta un Gobierno con respecto al desarrollo de los recursos naturales puede diferir significativamente del promovido por los grupos locales. Por lo tanto, cuando, por ejemplo, un Estado se defiende en un arbitraje entre inversionista y Estado, no necesariamente defiende los mismos intereses de los grupos locales.

<sup>1</sup> Este artículo resume en gran parte el documento más extenso: Lorenzo Cotula, “(Dis)integration in Global Resource Governance: Extractivism, Human Rights, and Investment Treaties” (2020) *Journal of International Economic Law* 23(2):431–454, <https://academic.oup.com/jiel/article/doi/10.1093/jiel/jgaa003/5875706>. El artículo más extenso brinda referencias comprensivas para respaldar los puntos expuestos. Agradezco a Jesse Coleman, Nicolás Perrone y Zoe Phillips Williams por sus comentarios para el artículo de ITN.

<sup>2</sup> El Grupo de Trabajo sobre Empresas y Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha convocado una consulta sobre estos temas: <https://www.ohchr.org/SP/Issues/Business/Pages/IAs.aspx>. Véase también la carta abierta de varios mandatarios de derechos humanos de las Naciones Unidas en conexión con la labor del Grupo de Trabajo III sobre la Reforma de la Solución de Controversias entre Inversionistas y Estados de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) (7 de marzo de 2019), [https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/public\\_-\\_ol\\_arm\\_07.03.19\\_1.2019\\_0.pdf](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/public_-_ol_arm_07.03.19_1.2019_0.pdf).

<sup>3</sup> Véase también Nicolás M. Perrone, “The International Investment Regime and Local Populations: Are the Weakest Voices Unheard?” (2016) *Transnational Legal Theory* 7(3):383–405; Zoe Phillips Williams, “Investor-State Arbitration in Domestic Mining Conflicts” (2016) *Global Environmental Politics* 16(4):32–49.



A este respecto, las inversiones en las industrias extractivas pueden exponer las tensiones sistémicas que impregnan la gobernanza de la inversión extranjera. Explorar cómo los tratados de inversión operan en estos contextos puede reconfigurar la manera en que entendemos, y abordamos, las relaciones de inversión. También puede brindar reflexiones para repensar el régimen de los tratados de inversión y su articulación con otras normas internacionales, incluyendo los derechos ambientales y humanos.

## El derecho y la política económica del extractivismo

En los países dependientes de recursos, las actividades extractivas guardan una profunda relación con la estadidad: las autoridades públicas a menudo dependen enormemente de los ingresos provenientes de los recursos y, a un nivel más profundo, la asignación de derechos sobre estos recursos brinda una vía para que el Estado ejerza la ‘ocupación efectiva’ y, por lo tanto, afirme la soberanía bajo el derecho internacional<sup>4</sup>. Las mercancías, tales como el petróleo, oro y aceite de palma, pueden sustentar mitologías de identidad y desarrollo nacional, así como las exportaciones y el intercambio extranjero. La gobernanza de los recursos naturales puede involucrar una contestación pública extensiva por sobre las vías para el desarrollo, y diversas combinaciones de cooperación y resistencia por parte de los grupos afectados por las actividades extractivas.

Pese a que los patrones de gobernanza pueden variar en gran medida, determinadas características tienden a facilitar los proyectos a gran escala. Las instituciones estatales con frecuencia controlan los recursos naturales y tienen poder sobre la asignación de los mismos a posibles inversores. Diferentes acuerdos jurídicos alientan las inversiones comerciales mientras marginan los derechos sobre los recursos locales que podrían impedirlos. Por ejemplo, nociones generales o definidas deficientemente de la ‘utilidad pública’ puede permitir que las autoridades expropien tierras y otorguen derechos a proyectos extractivos, priorizando, en efecto, determinadas actividades privadas por sobre otras<sup>5</sup>. Asimismo, algunas leyes condicionan los derechos a la tierra a pruebas de ‘uso productivo’,

con nociones sesgadas de productividad –que a menudo son medidas únicamente en términos de un cambio duradero en el uso de la tierra– debilitando los derechos de cambio de uso de los agricultores, ganaderos y cazadores-recolectores<sup>6</sup>.

Con frecuencia arraigadas en legados coloniales, arreglos como tales facilitan las inversiones en actividades que, a través de redes elaboradas de contratos, incorporan los sitios de extracción a la economía global. Están integradas dentro de economías políticas variables que vinculan al Estado con elites nacionales que persiguen intereses públicos o personales en la extracción de recursos; mercados de exportación que necesitan garantizar el suministro de mercancías; capitales extranjeros en busca de oportunidades de negocios; instituciones financieras internacionales que apoyan o imponen reformas de políticas favorables a las empresas; y actores locales, tales como autoridades tradicionales, que son intermediarios para el acceso a ubicaciones ricas en recursos<sup>7</sup>. Estos arreglos son algunas de las causas fundamentales de los conflictos asociados con la expansión de la frontera extractiva a áreas que no tienen historial de inversiones a gran escala, porque la ley menoscaba el lazo tradicional de las personas con el territorio en el que habitan y prioriza, en cambio, la asignación de derechos sobre los recursos a los operadores comerciales. En tales contextos jurídicos, incluso las inversiones que cumplen con la legislación nacional pueden dificultar sistemáticamente las reclamaciones relativas a la defensa de los recursos locales.

Las controversias con frecuencia surgen de una distribución desigual de costos y beneficios, así como la desposesión material y la dislocación social que los nuevos proyectos a gran escala pueden imponer sobre los actores locales. Pero también pueden originarse en transiciones más profundas que estos proyectos representan, con imperativos de desarrollo nacional y comercial que tienen prioridad sobre los valores sociales, culturales y espirituales que muchas personas atribuyen a su entorno circundante. Habiendo tanto en

<sup>4</sup> Leif Weinar, *Bood Oil: Tyrants, Violence, and the Rules that Run the World* (Oxford University Press, 2016), en 67–79.

<sup>5</sup> Véase por ej., Brightman Gebremichael, “Public Purpose as a Justification for Expropriation of Rural Land Rights in Ethiopia” (2016) *Journal of African Law* 60(2):190-212. Sobre la interacción entre los derechos sobre la tierra y los recursos del subsuelo, véase Ana Elizabeth Bastida, *The Law and Governance of Mining and Minerals: A Global Perspective* (Hart, 2020), págs. 161–163.

<sup>6</sup> Véase por ej., Samuel Nguiffo, Pierre Etienne Kenfack y Nadine Mballa, *The Influence of Historical and Contemporary Land Laws on Indigenous Peoples’ Land Rights in Cameroon* (Forest Peoples Programme, 2009), <http://www.forestpeoples.org/en/topics/rights-land-naturalresources/publication/2010/land-rights-and-forest-peoples-africa-2-camero>.

<sup>7</sup> Véase también Anthony Bebbington, Abdul-Gafaru Abdulai, Denise Humphreys Bebbington, Marja Hinfelaar y Cynthia A. Sanborn con Jessica Achberger, Celina Grisi Huber, Verónica Hurtado, Tania Ramírez y Scott D. Odell, *Governing Extractive Industries: Politics, Histories, Ideas* (Oxford University Press, 2018), <https://fdslive.oup.com/www.oup.com/academic/pdf/openaccess/9780198820932.pdf>.



riesgo, las controversias de inversión pueden provocar conflictos tensos entre las empresas, las personas cuyas formas de vida se encuentran en riesgo, y diversas agencias gubernamentales nacionales y locales, así como divisiones dentro y entre las comunidades.

## El lugar que ocupa el derecho internacional

El derecho internacional brinda una base jurídica para las estrategias extractivas. Organiza a las personas y los territorios dentro de los Estados<sup>8</sup>, confiere a los Estados ‘soberanía permanente’ sobre los recursos naturales localizados dentro de su jurisdicción<sup>9</sup>. El derecho internacional requiere que los Estados ejerzan su soberanía ‘en interés del ... bienestar del pueblo’<sup>10</sup>. La población de un país habitualmente alberga diferentes intereses y aspiraciones, y los Estados tienen la autoridad jurídica para reconciliar estos intereses y representarlos en el plano internacional. En la práctica, estudios empíricos destacan los diversos intereses que las diferentes instituciones estatales pueden promover<sup>11</sup>, mientras que las normas internacionales sobre asuntos tales como los derechos humanos, Pueblos Indígenas y gobernanza medioambiental confirman la naturaleza pluralista de la organización política en la vida real.

El derecho internacional crea obligaciones para los Estados y ofrece reparación por violaciones, permitiendo a los actores no estatales que movilicen el lenguaje del derecho internacional cuando intentan influir sobre las autoridades públicas. Recurrir al derecho internacional en las controversias sobre recursos naturales también ha resultado en procedimientos jurídicos reales destinados a responsabilizar a los Estados por presuntas violaciones, incluyendo los litigios de derechos humanos y los arbitrajes entre inversionistas y Estados. Tales procedimientos a menudo surgen de controversias difíciles donde entran en conflicto diferentes universos –desde salas de juntas corporativas hasta las formas tradicionales de vida de las personas que tienen una conexión fuerte con sus tierras y territorios.

Debido a los contextos sociales y jurídicos de los cuales se originan, los procedimientos pueden exponer las tensiones entre construcciones locales e internacionales, y entre diferentes normas internacionales. Por ejemplo, el litigio internacional de derechos humanos puede requerir que los demandantes replanteen sus reclamaciones sobre los recursos dentro de nociones tales como el derecho humano a la propiedad, que entren en conflicto con concepciones indígenas. Y mientras la jurisprudencia de derechos humanos ha ligado la relación de las personas con su territorio a una cosmovisión tradicional, auto-determinación y al goce de los derechos socio-económicos<sup>12</sup>, las normas de protección de las inversiones principalmente conceptualizan los recursos naturales como activos comerciales, con su valor expresado en términos monetarios.

Las tensiones dentro del derecho internacional son especialmente evidentes en casos donde los tratados de derechos humanos e inversión protegen las demandas contrapuestas de recursos. En los litigios ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los Pueblos Indígenas han impugnado el manejo de la restitución de la tierra y el otorgamiento de concesiones comerciales. Estas demandas pueden entrar en conflicto con las normas de protección de las inversiones. En el caso *Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*, por ejemplo, una comunidad indígena solicitó la restitución de las tierras de propiedad de un inversor extranjero protegido bajo un tratado bilateral de inversión<sup>13</sup>. Por el contrario, en varios arbitrajes entre inversionista y Estado, las empresas han impugnado acciones que los Estados alegan haber tomado, al menos en parte o en la retórica, para abordar inquietudes o malestar local por el impacto de un proyecto, mientras que los Estados o partes no contendientes han desarrollado argumentos de derechos humanos para persuadir al tribunal a que rechace las demandas del inversor. En *Bear Creek vs. Perú* –solo para citar un ejemplo– el tribunal discutió las implicancias de los requisitos de consulta establecidos por instrumentos jurídicos internacionales que protegen los derechos de los

<sup>8</sup> Eslava, L. y Pahuja, S. (2020). The state and international law: A reading from the Global South. *Humanity* 11(1), 118–138, 145–146.

<sup>9</sup> Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 1803 (XVII) del 14 de diciembre de 1962.

<sup>10</sup> *Ibid.*, párrafo 1.

<sup>11</sup> Anna Sands, “Unpacking Regulatory Chill: The Case of Mining in the Santurbán Páramo in Colombia” (21 de diciembre de 2020) *International Institute for Environment and Development*, <https://www.iied.org/unpacking-regulatory-chill-case-mining-santurban-paramo-colombia>.

<sup>12</sup> Véase por ej., las siguientes sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay* (2005), en 124, 131, 135; *Pueblo Saramaka vs. Suriname* (2007), en 82, 93, 95 y *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador* (2012), en 145–146, 155, 176.

<sup>13</sup> *Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia (2006), párrafos 115(b), 125, 137. Véase más generalmente Tara L. Van Ho, “Is it Already Too Late for Colombia’s Land Restitution Process? The Impact of International Investment Law on Transitional Justice Initiatives” (2016) *International Human Rights Law Review* 5(1):60–85.



Pueblos Indígenas; pero finalmente llegó a una conclusión dividida tanto en términos de derecho como hecho<sup>14</sup>.

## Integración sistémica – y problemas

En un nivel, el derecho internacional brinda herramientas para manejar estas tensiones. Por ejemplo, la ‘integración sistémica’ requiere que los tribunales tengan en cuenta toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes<sup>15</sup>. Los tribunales arbitrales han reconocido que los tratados de inversión son parte del derecho internacional en general y en algunos casos han aplicado el principio de integración sistémica para considerar asuntos relativos a los derechos humanos<sup>16</sup>. La integración sistémica, no obstante, no altera el alcance de la jurisdicción de un tribunal, y deja bastante espacio para la discreción –por ejemplo, sobre cuáles normas son pertinentes y cómo tenerlas en cuenta. También plantea la cuestión de si los tribunales de inversión están bien posicionados para interpretar el derecho de los derechos humanos.

Más fundamentalmente, las tensiones entre los argumentos relativos a los derechos humanos y el derecho de las inversiones reflejan estos problemas sistémicos, en lugar de ser incidentes aislados, abordarlos requiere más que técnicas para coordinar la interpretación de las normas internacionales. Recurrir a los derechos humanos a menudo es una respuesta a la marginación estructural que los actores locales enfrentan en la gobernanza nacional, lo cual puede resultar en el hecho de que las autoridades asignen concesiones con poca consulta o compensación, sin mencionar el respeto por los derechos sobre los recursos locales y sistemas de creencias. Mientras tanto, la movilización pública contra un proyecto de inversión que, según se percibe fue aprobado sin la debida consulta, puede generar protestas, una acción gubernamental destinada a cancelar o renegociar el proyecto, y finalmente un arbitraje entre inversionista y Estado.

Estas consideraciones apuntan a un desajuste entre la naturaleza de las controversias y las normas y procedimientos internacionales disponibles para

resolverlas. Si bien las controversias por los recursos naturales a menudo involucran a múltiples actores y plantean asuntos de amplio espectro, la jurisdicción de los tribunales de arbitrajes entre inversionistas y Estados principalmente se centra en determinar si un Estado violó determinados estándares de trato que deben concederse a los inversores extranjeros. Esto confina los límites de la controversia y deja de lado otros argumentos, tales como aquellos basados en los derechos humanos –relegándolos, por ejemplo, a debates sobre el monto que un Estado debe pagar a una empresa por daños<sup>17</sup>. Los activistas locales pueden, y a menudo, presentan sus propias demandas ante los tribunales nacionales, las instituciones internacionales de derechos humanos y los mecanismos de queja establecidos por prestamistas o por los órganos encargados de las mercancías, y la falta de coordinación entre acuerdos que abordan las demandas de inversión y las demandas de derechos humanos pueden fragmentar los procedimientos y los resultados de la solución de controversias.

## Implicancias distributivas del derecho de las inversiones

En controversias complejas sobre los recursos naturales, el encuadre reducido del derecho de las inversiones tiene consecuencias distributivas, marginando estructuralmente a los actores locales cuyos derechos pueden encontrarse directamente en riesgo –desde personas que sufren la desposesión de sus tierras o daño ambiental hasta los potenciales beneficiarios de la reforma agraria. Procesalmente, los actores que pueden haber impugnado políticas estatales en las calles, o incluso ante los tribunales, ahora dependen de las agencias estatales para que sus perspectivas sean representadas. Pese a que los reglamentos de arbitraje aplicables pueden permitirles realizar presentaciones en calidad de *amicus curiae*, estas son contribuciones puntuales meramente informativas para asistir al tribunal en sus deliberaciones. Los tribunales gozan de amplia discreción para determinar si aceptar estas presentaciones o no, y cómo utilizar, si es que deciden hacerlo, los argumentos contenidos en las mismas. El acceso restringido a la documentación o a las audiencias del caso dificulta para los *amici* calibrar sus argumentos, reduciendo la probabilidad

<sup>14</sup> *Bear Creek Mining Corporation vs. la República del Perú*, Laudo (30 de noviembre de 2017), párrafos 203, 208, 257–264, 406–412, 565–569, 656–668, y Opinión Parcialmente Disidente del Profesor Philippe Sands QC (12 de septiembre de 2017).

<sup>15</sup> Artículo 31(3)(c) del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Viena, 23 de mayo de 1969), 1155 U.N.T.S. 331.

<sup>16</sup> Por ej., *Urbaser S.A. y Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa vs. La República Argentina*, Caso del CIADI No. ARB/07/26, Laudo (8 de diciembre de 2016), párrafos 1190, 1200, 1204.

<sup>17</sup> *Copper Mesa Mining Corporation vs. La República de Ecuador*, Caso de la CPA No. 2012-2, Laudo (15 de marzo de 2016).



de que el tribunal los considere<sup>18</sup>. Como resultado, las perspectivas locales generalmente son ‘invisibles’ en los procedimientos de solución de controversias<sup>19</sup>.

El régimen de tratados de inversión también es de importancia en términos sustantivos, ya que puede afectar tanto la diversidad de los intereses protegidos como la fuerza de la protección jurídica. Elevar al plano internacional los derechos e intereses de ciertos actores privados, sin atribuirles obligaciones proporcionales<sup>20</sup>, altera el equilibrio de los derechos y obligaciones entre las empresas transnacionales, las agencias estatales y los actores locales. Por ejemplo, pese a que la adquisición de derechos sobre los recursos naturales habitualmente es regulada por el derecho nacional, el derecho internacional protege los intereses del inversor que el derecho nacional necesariamente reconoce como derechos jurídicos. De hecho, los tribunales arbitrales han interpretado los tratados de inversión como que protegen las ‘expectativas legítimas’ de los inversores, las cuales pueden ser creadas por los funcionarios públicos si, por ejemplo, dan garantías de que la tierra estará disponible y que los permisos necesarios serán emitidos.

Si los funcionarios realizan tales representaciones antes de consultar a las personas afectadas, pueden surgir tensiones entre las expectativas del inversor y los derechos a los recursos locales. Al convertir las expectativas del inversor en demandas jurídicas, la doctrina de las expectativas legítimas puede alterar el equilibrio entre estos intereses contrapuestos<sup>21</sup>. La compensación es la vía de recurso más común en el arbitraje entre inversionista y Estado, lo cual significa que los Estados pueden salvaguardar los derechos locales y compensar a los inversores. Pero los procedimientos de arbitraje pueden afectar directamente los derechos de terceras partes, por ejemplo, cuando un inversor busca una remediación que interfiere con la ejecución de sentencias que

terceras partes obtuvieron en tribunales nacionales<sup>22</sup>, y el riesgo de que una controversia expansiva pueda desalentar al Estado a actuar en primer lugar<sup>23</sup>.

Si bien los actores locales pueden ser capaces de recurrir a instituciones internacionales de derechos humanos, los tratados de inversión brindan a los inversores extranjeros protecciones de mayor alcance y oportunamente ejecutables. A diferencia de los tratados de inversión, los instrumentos de derechos humanos requieren que los actores agoten los recursos internos antes de acceder a reparación internacional, lo cual puede llevar años de litigio en los tribunales nacionales. Las asimetrías también pueden resultar de estándares sustantivos o de revisión. Por ejemplo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos afirmó que los Estados gozan de un ‘margen de apreciación’ al aplicar normas internacionales, definiendo su propia competencia como evaluar si las autoridades han alcanzado un ‘equilibrio justo’ general entre la propiedad privada y los intereses públicos. Por contraste, la mayoría de los tribunales arbitrales no han seguido la doctrina de margen de apreciación y, en demandas de expropiación, han observado si la conducta estatal cumplía con las condiciones que habitualmente requieren los tratados de inversión para determinar que la expropiación ha sido lícita. Cuando los daños son un aspecto relevante, los tribunales entre inversionistas y Estados han otorgado montos significativamente más elevados que los tribunales de derechos humanos<sup>24</sup>. Las diferencias son aún más pronunciadas cuando no existe un tribunal regional de derechos humanos.

Derechos más sólidos y medios de reparación más eficaces pueden dar a las empresas transnacionales mayor influencia en sus relaciones con el Gobierno que la que gozan las personas afectadas por sus actividades, agravando los desequilibrios en la capacidad de los diferentes actores para influir en las decisiones públicas. Pese a que se considera que el derecho internacional principalmente debe regular las relaciones internacionales, de esta manera, puede reverberar en todos los ámbitos políticos a nivel nacional.

<sup>18</sup> En *Pac Rim Cayman LCC vs. La República de El Salvador*, Caso del CIADI No. ARB/09/12, Laudo (14 de octubre de 2016), el tribunal consideró ‘innecesario’ considerar los argumentos contenidos en una presentación *amicus curiae*, destacando que las demandantes ‘no tuvieron acceso al cuerpo de pruebas presentadas durante la tercera fase del arbitraje; incluida la audiencia’ (párrafo 3.30).

<sup>19</sup> Perrone, N.M. (2018). The “invisible” local communities: Foreign investor obligations, inclusiveness, and the international investment regime, *AJIL Unbound* 113:16–21.

<sup>20</sup> Para consultar un debate a este respecto, véase Gathii, J. y Puig, S. (2019). Introduction to the symposium on investor responsibility: the next frontier in international investment law, *AJIL Unbound* 113:1–3.

<sup>21</sup> Johnson, L. (2017–2018). A fundamental shift in power: Permitting international investors to convert their economic expectations into rights. *UCLA Law Review Discourse* 65, 106–123.

<sup>22</sup> Sachs, L., Johnson, L., Merrill, E. (2020). Environmental injustice: How treaties undermine human rights related to the environment. *Revue des Juristes de Sciences Po* 18, 90–100.

<sup>23</sup> Para consultar un debate a este respecto, véase Tienhaara, K. (2018). “Regulatory Chill in a Warming World: The Threat to Climate Change Policy Posed by Investor-State Dispute Settlement”. *Transnational Environmental Law* 7(2):229–250.

<sup>24</sup> Véase, por ej., De Brabandere E. (2015). “Complementarity or Conflict? Contrasting the Yukos Case before the European Court of Human Rights and Investment Tribunals” *ICSID Review* 30(2):345–355.





## La necesidad de un enfoque holístico

Los debates sobre la gobernanza en materia de inversión cumplen una función de perspectiva y posicionalidad. Los expertos jurídicos que asesoran a las empresas transnacionales pueden verse preocupados por el hecho de que la acción estatal menoscabe el rendimiento comercial. Pueden percibir el cuestionamiento al régimen de tratados de inversión como un proceso de desintegración económica, donde los Estados retiren las disposiciones jurídicas que rigen las inversiones transfronterizas<sup>25</sup>. Pero para muchas personas afectadas por la extracción de recursos, es el régimen jurídico preponderante el que desincorpora y desintegra, porque los tratados de inversión pueden proteger emprendimientos que, aunque estén en concordancia con el derecho nacional, pueden cambiar drásticamente sus vidas con poco margen para expresar sus opiniones u obtener reparación.

Tratar estos temas requiere una consideración holística de las múltiples esferas del derecho nacional e internacional –no evaluando el régimen de los tratados de inversión de manera aislada sino teniendo en cuenta que éste se entrecruza, y afecta, disposiciones más amplias de gobernanza. En términos de políticas, apela a un cambio sistemático mucho más allá de los tratados de inversión. Dependiendo de cada contexto, puede resultar necesario reformar el derecho nacional para proteger los derechos tradicionales sobre los recursos y facilitar la participación pública en la aprobación de una inversión, mientras que la negociación en curso de un acuerdo multilateral sobre empresas y derechos humanos podría ayudar a volver a equilibrar los derechos y obligaciones.

En cuanto al derecho internacional de las inversiones, las opciones varían desde terminar antiguos tratados hasta reformas para reformular las protecciones de las inversiones, confirmar las obligaciones del inverso, por ejemplo, en materia de medio ambiente y derechos humanos, y excluir la protección de aquellas inversiones que no cumplan con las mismas<sup>26</sup>. Las opciones de reforma también incluyen reimaginar la solución de

controversias para considerar más efectivamente los derechos de las personas afectadas por una inversión o controversia, no solo en términos procesales, sino también a través de la desestimación o replanteo de demandas del inversor según lo requieran las circunstancias<sup>27</sup>. Los vínculos cruzados podrían mejorar la coherencia dentro del derecho internacional –por ejemplo, a través de las disposiciones sobre conflictos que establecen la primacía de las obligaciones de derechos humanos por sobre los tratados de inversión, y ordenando que los tribunales arbitrales remitan a los organismos de derechos humanos cualquier asunto que requiera la interpretación del derecho de los derechos humanos<sup>28</sup>.

En un momento donde los profesionales jurídicos se encuentran bajo presión para que se especialicen en campos más reducidos, las respuestas efectivas requieren una ‘vista panorámica’ de los múltiples órganos de derecho involucrados, y una acción imaginativa desde el nivel local al global.

### Autor

**Lorenzo Cotula** es un investigador principal en derecho y desarrollo sostenible del International Institute for Environment and Development (IIED) y profesor invitado de la Universidad de Strathclyde, Facultad de Derecho.

<sup>25</sup> Montanaro, F. y Violi, F. (2020). The remains of the day: The international economic order in the era of disintegration. *Journal of International Economic Law* 23(2), 299–322.

<sup>26</sup> Véase también Deva, S. (2018, agosto 13). *Managing states' fatal attraction to international investment agreements*. Investment Policy Hub, <https://investmentpolicy.unctad.org/blogs/75/managing-states-fatal-attraction-to-international-investment-agreements->.

<sup>27</sup> CCSI, IIED y IISD (2019). *Los derechos de Terceros en la solución de controversias inversionista y Estado: posibles reformas*. Presentación al Grupo de Trabajo III de la CNUDMI sobre la Reforma de la Solución de Controversias entre Inversionistas y Estados), <http://ccsi.columbia.edu/files/2019/07/UNCITRAL-third-parties-submission-spanish.pdf>.

<sup>28</sup> Krajewski, M. (2017). *Ensuring the primacy of human rights in trade and investment policies: model clauses for a UN treaty on transnational corporations, other businesses and human rights*. CIDSE, [https://www.cidse.org/wp-content/uploads/2017/03/CIDSE\\_Study\\_Primary\\_HR\\_Trade\\_Investment\\_Policies\\_March\\_2017.pdf](https://www.cidse.org/wp-content/uploads/2017/03/CIDSE_Study_Primary_HR_Trade_Investment_Policies_March_2017.pdf); Coleman, J., Cordes, K.Y. y Johnson, L. (2019). “Human rights law and the investment treaty regime”. CCSI Working Paper, <http://ccsi.columbia.edu/files/2019/06/Coleman-Cordes-and-Johnson-Human-Rights-Law-and-the-Investment-Treaty-Regime.pdf>. Sobre la coordinación institucional entre los organismos de derechos humanos y el régimen de los tratados de inversión, véase también Simma, B. y Desierto, D. (2013). Bridging the public interest divide: committee assistance for investor-host state compliance with the ICESCR. *Transnational Dispute Management* 1.



## ARTÍCULO 2

# Corrupción y confidencialidad en la ISDS en el marco de un contrato: El caso de *P&ID vs. Nigeria*<sup>1</sup>

Jonathan Bonnitcha



En septiembre de 2020, la Corte Suprema del Reino Unido emitió una decisión clave en el caso *P&ID vs. Nigeria*. La corte estaba analizando el intento de Nigeria de anular un laudo de USD 10 mil millones, dictado en un arbitraje bajo un contrato entre un inversor extranjero y Nigeria<sup>2</sup>. Pese a que dicho país no planteó alegatos de corrupción durante el arbitraje, ahora alega que el inversor obtuvo el contrato subyacente sobornando a funcionarios nigerianos, y que el inversor posteriormente sobornó a la defensa legal de Nigeria para asegurarse de que este país no impugnara el arbitraje con vigor. La corte inglesa concluyó que había un ‘argumento sólido prima facie’ de que el contrato fue procurado mediante sobornos y que los principales testigos del inversor en el arbitraje presentaron pruebas falsas<sup>3</sup>. Además dictaminó que existía la posibilidad de que la defensa legal de Nigeria en el caso hubiera sido corrompida<sup>4</sup>. El efecto de esta sentencia es que estos asuntos ahora pueden proceder a una audiencia plena para determinar si la decisión debería ser anulada, que probablemente no tendrá lugar antes del 2022.

<sup>1</sup> Este artículo se basa en una colaboración en la investigación más extensa: Jonathan Bonnitcha y Alisha Mathew, ‘Corruption in Investor-State Arbitration’ (2020) commissioned by Transparency International, disponible en <https://knowledgehub.transparency.org/helpdesk/corruption-in-investor-state-arbitration>. Sin embargo, las opiniones aquí expresadas pertenecen al autor y no a Transparency International, ni a ninguna otra persona u organización.

<sup>2</sup> La controversia ha sido objeto de informes detallados de investigación por Bloomberg y the Financial Times <https://www.bloomberg.com/news/features/2019-09-04/is-one-of-the-world-s-biggest-lawsuits-built-on-a-sham> <https://www.ft.com/content/91ddb53-a754-4190-944e-d472921bb81e>

<sup>3</sup> República Federal de Nigeria vs. Process & Industrial Developments Limited [2020] EWHC 2379 (Comm), párrafo 226.

<sup>4</sup> *Ibidem*, párrafo 225

Independientemente de si los alegatos de corrupción en este caso en particular son verdaderos o no, la saga pone en relieve inquietudes más amplias de políticas sobre la manera en que el arbitraje entre inversionista y Estado se entrelaza con actos de corrupción. Dados los grandes intereses públicos en juego en este tipo de arbitrajes, incluyendo la posibilidad de que el arbitraje facilite la transferencia corrupta de fondos públicos a actores privados, en este artículo alego que tales arbitrajes no deberían ser conducidos en privado. Más allá de estas inquietudes sobre la falta de transparencia en el arbitraje entre inversionista y Estado en el marco de un contrato, el caso plantea cuestiones profundas sobre si el arbitraje resulta un foro apropiado para resolver controversias entre inversionistas y Estados.

## Antecedentes del arbitraje

En 2010, el Ministerio de Recursos Petrolíferos de Nigeria firmó un contrato para la construcción y operación de una nueva planta de procesamiento de gas con P&ID, una empresa constituida en las Islas Vírgenes Británicas.

Bajo el contrato, Nigeria debía suministrar gas natural (“gas húmedo”) sin ningún costo a la planta de P&ID. Por su parte, P&ID construiría y operaría la planta. Procesaría el gas para retirar los líquidos del gas natural –para lo cual P&ID estaba facultada– y devolvería el gas pobre a Nigeria sin costo, el cual es apto para ser utilizado en la generación de energía y otros fines<sup>5</sup>.

Tanto el contrato como las circunstancias relacionadas con su celebración eran inusuales. Por un lado, el contrato estaba basado en una propuesta no solicitada al Gobierno nigeriano por parte de P&ID<sup>6</sup>. No se condujo ninguna licitación. Además, P&ID no parecía tener la experiencia en el sector de gas que uno esperaría de una empresa responsable de un proyecto multimillonario –se trataba de una empresa *offshore* ‘sin activos, sólo un grupo de empleados y sin un sitio web ni otra presencia’<sup>7</sup>.

<sup>5</sup> *Ibidem*, párrafo 21.

<sup>6</sup> *P&ID vs. Nigeria*, Parte Final del Laudo sobre Responsabilidad, ¶37(e) (julio 15, 2015).

<sup>7</sup> *Supra* nota 3, párrafo 6



Según la cláusula 20 del contrato, las partes acordaron que el contrato se regía por el derecho nigeriano y que las controversias bajo el mismo serían resueltas a través de un arbitraje en la ‘sede’ de Londres, Inglaterra<sup>8</sup>. En agosto de 2012, P&ID inició un arbitraje, alegando que Nigeria había repudiado el contrato. En ese momento, P&ID no había comenzado a construir la planta y ni siquiera había comprado el lugar donde la construiría<sup>9</sup>. No obstante, P&ID argumentó que estaba lista para llevar a cabo sus obligaciones bajo el contrato y que el proyecto fracasó debido a que Nigeria no cumplió con su parte del trato.

Tal como es común en los arbitrajes entre inversionistas y Estados en el marco de un contrato, el arbitraje fue conducido en privado. De hecho, aunque el arbitraje estaba teniendo lugar, no se hizo público hasta 2015, después de un cambio de Gobierno en Nigeria, punto en el cual la etapa jurisdiccional y sobre el fondo del arbitraje ya había concluido. Pese a algunas ‘señales de alerta’ de corrupción relativas al contrato<sup>10</sup>, Nigeria no planteó directamente este asunto en su defensa en el arbitraje. (Los abogados de Nigeria describieron tangencialmente al Ministro de Recursos Petrolíferos al momento de firmar el contrato como un Ministro “amigable” que pretendía comprometer al Gobierno con obligaciones y concesiones que excedían sus facultades<sup>11</sup>). En base a documentos públicamente disponibles, parece que el tribunal tampoco tomó ninguna medida para determinar si el contrato había sido obtenido mediante actos de corrupción.

Dados los muchos miles de millones de dólares en juego, la manera en que se desarrolló el arbitraje también fue inusual. Los abogados de Nigeria no presentaron evidencia pericial sobre cuestiones jurisdiccionales del derecho nigeriano<sup>12</sup>, ni insistieron en que se celebrase una audiencia oral sobre jurisdicción donde la evidencia de P&ID podría haber sido testeada a través de un contrainterrogatorio<sup>13</sup>. En

la etapa del fondo, Nigeria no impugnó las principales demandas contenidas en la declaración del testigo clave de P&ID –el Sr. Quinn<sup>14</sup>. Sólo presentó un testigo ineficaz que ‘no alegó tener conocimiento de primera mano sobre ninguno de los acontecimientos pertinentes’<sup>15</sup>. El tribunal efectivamente celebró una audiencia sobre el fondo, pero solo duró unas pocas horas<sup>16</sup>. El mismo concluyó que Nigeria había repudiado el contrato.

La decisión del tribunal sobre la cuantía se basó en la declaración de un sólo testigo del inversor. No ordenó la producción de documentos que podrían haber probado (o refutado) estas demandas en beneficio propio<sup>17</sup>. En cuanto a la solidez de la evidencia del inversor, otorgó a P&ID USD 6,6 mil millones en daños más un interés del 7% por año. La magnitud del laudo es extraordinaria, dado que el inversor no comenzó la construcción de la planta de gas y calculó sus propios gastos en relación con el proyecto en alrededor de USD 40 millones<sup>18</sup>. (En los posteriores procedimientos judiciales ingleses, el inversor aceptó que este gasto no había sido incurrido por P&ID sino, en cambio, por otra empresa de propiedad de un ex General nigeriano<sup>19</sup>).

## Intento de Nigeria de anular el laudo en los tribunales ingleses

El laudo del tribunal arbitral generó más litigios en varias jurisdicciones. Sin embargo, no fue hasta noviembre de 2019 que Nigeria planteó los alegatos de corrupción por primera vez en un intento de convencer a los tribunales ingleses que anulara el laudo. Dado que el tribunal arbitral había interpretado que en el contrato se designaba a Londres como la sede del arbitraje, los tribunales ingleses poseían jurisdicción para decidir sobre la impugnación del laudo mediante una solicitud de anulación del mismo. Los actos de corrupción es uno de los fundamentos sobre el cual un tribunal inglés posee la facultad para anular un laudo arbitral<sup>20</sup>. Si Nigeria finalmente lograra la anulación del mismo, sería casi imposible que P&ID ejecute el laudo en cualquier otra parte del mundo.

<sup>8</sup> *P&ID vs. Nigeria*, Parte Final del Laudo sobre Jurisdicción, ¶ 7 (junio 3, 2014).

<sup>9</sup> *Supra* nota 3, párrafo 209

<sup>10</sup> El término ‘señales de alerta’ se refiere a evidencia circunstancial que sugiere posible corrupción. La existencia de señales de alerta no necesariamente implica que una transacción fue corrupta, sino que, apunta a la necesidad de mayor investigación para determinar si una transacción fue corrupta: Aaron Sayne, Alexandra Gillies y Andrew Watkins, ‘Twelve Red Flags: Corruption Risks in the Award of Extractive Sector Licenses and Contracts’ (2017) *Natural Resource Governance Institute* <https://resourcegovernance.org/sites/default/files/documents/corruption-risks-in-the-award-of-extractive-sector-licenses-and-contracts.pdf>

<sup>11</sup> *Supra* Nota 6, ¶41 (julio 15, 2015).

<sup>12</sup> *Supra* Nota 8, ¶ 33. (junio 3, 2014).

<sup>14</sup> *Ibidem*, ¶ 29 (junio 3, 2014).

<sup>15</sup> *Supra* Nota 6, ¶ 68 (julio 15, 2015).

<sup>16</sup> *Supra* Nota 3, párrafo 52.

<sup>17</sup> *Supra* Nota 3, párrafo 205.

<sup>18</sup> Primera declaración del Testigo Michael Quinn, 10 de febrero de 2014, párrafo 47.

<sup>19</sup> *Supra* Nota 3, párrafo 204.

<sup>20</sup> Ley de Arbitraje (1996) sección 68(2)(g)



El desafío inmediato para Nigeria era que la fecha límite para iniciar un procedimiento de anulación de un laudo en los tribunales ingleses es de 28 días desde que el laudo fue dictado. Nigeria no cumplió con este plazo por casi tres años. En este contexto, el tribunal inglés debía considerar si había evidencia *prima facie* de corrupción suficiente para otorgar a Nigeria una extensión excepcional y sin precedentes del plazo para presentar su solicitud de anulación.

Para pasar esta valla, Nigeria fue asistida con nueva evidencia obtenida a través de una solicitud de divulgación de registros bancarios realizados en Nueva York previamente en 2020<sup>21</sup>. Como resultado de las órdenes de divulgación emitidas por el tribunal de Estados Unidos, Nigeria pudo presentar evidencia de transferencias bancarias a funcionarios públicos realizadas por entidades afiliadas a P&ID<sup>22</sup>, así como evidencia de inexplicables retiros de grandes sumas de efectivo por una entidad afiliada a P&ID de una cuenta bancaria nigeriana alrededor de la fecha en que el contrato fue firmado<sup>23</sup>. Esta evidencia, al ser analizada a la luz de otros aspectos inusuales del caso, llevó a que el tribunal concluyera que había un 'argumento sólido *prima facie*' de que el contrato fue obtenido por medio de sobornos, y para el otorgamiento de una extensión del plazo.

## ¿El arbitraje privado es el foro apropiado para resolver controversias entre Inversionistas y Estados?

El hecho de que los asuntos de corrupción estén siendo litigados ahora, casi una década después de iniciado el arbitraje, no es un resultado ideal. Que un laudo de USD 10 mil millones obtenido en estas circunstancias llegara tan cerca de ser ejecutado sin que se evalúen los asuntos de corrupción es aún más alarmante. El peso de pagar un laudo como tal recaería sobre los ciudadanos y contribuyentes de Nigeria, no en los funcionarios del Gobierno involucrados en la supuesta transacción corrupta.

"Resulta difícil imaginar que las cuestiones de corrupción podrían haber sido eludidas por tanto tiempo si el público hubiera sabido que un inversor extranjero estaba procurando miles de millones de dólares estadounidenses por una planta de procesamiento de gas que nunca fue construida. "

Independientemente de si los alegatos de corrupción de Nigeria son finalmente sustanciados, el caso de *P&ID vs. Nigeria* apunta a dos asuntos de interés, relacionados entre sí, sobre el arbitraje como un método para resolver controversias entre inversionistas y Estados. El primero versa sobre la confidencialidad del arbitraje entre inversor y Estado en el marco de un contrato. Tal como sucedió en este caso, estos arbitrajes son generalmente conducidos en privado. Esto impide el escrutinio público de manera oportuna. Un escrutinio como tal aumentaría la presión sobre un Estado para que rinda cuentas sobre su propia conducta, incluyendo las circunstancias en que un contrato con un inversor extranjero fue negociado y celebrado. En el caso *P&ID vs. Nigeria*, por ejemplo, resulta difícil imaginar que las cuestiones de corrupción podrían haber sido eludidas por tanto tiempo si el público hubiera sabido que un inversor extranjero estaba procurando miles de millones de dólares estadounidenses por una planta de procesamiento de gas que nunca fue construida. Una mayor transparencia también podría haber llevado a la intervención de terceras partes, con nueva evidencia, en la controversia.

El Reglamento de la CNUDMI sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado de 2014 brinda un modelo sobre cómo podría lograrse una mayor transparencia en el arbitraje entre inversionistas y Estados en el marco de un contrato<sup>24</sup>. Este reglamento establece presunciones por

<sup>21</sup> *Supra* Nota 3, párrafos 111-112

<sup>22</sup> *Supra* Nota 3, párrafos 196-199.

<sup>23</sup> *Supra* Nota 3, párrafo 191

<sup>24</sup> CNUDMI, *Reglamento de la CNUDMI sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado* (2014) < <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/fr/rules-on-transparency-f.pdf> >.



defecto en favor de la transparencia, sujetas excepciones limitadas –por ejemplo, para brindar protección frente a la divulgación de información comercial confidencial. El hecho de que reglamentos de transparencia equivalentes aún no se aplican a los arbitrajes entre inversionistas y Estados en el marco de un contrato refleja idiosincrasias sobre la manera en que el debate sobre la transparencia ha evolucionado con el tiempo; no se trata de un resultado de argumentos que consideran que el arbitraje entre inversionista y Estado en el marco de un contrato debería estar exento del mismo nivel de transparencia que se aplica al arbitraje entre inversionistas y Estados en el marco de un tratado.

Segundo, el caso de *P&ID vs. Nigeria* apunta a inquietudes más amplias de que el arbitraje sea utilizado como un foro para la solución de controversias entre inversionistas y Estados. En particular, hay cierta tensión entre la economía política de la corrupción y las doctrinas, prácticas disciplinarias y los supuestos que integran el campo del arbitraje. Estos incluyen que:

- El arbitraje es un mecanismo para resolver controversias basado en el consentimiento de las partes. Por esta razón, los tribunales históricamente se han limitado a decidir sobre los asuntos planteados por las partes. Esto significa que los tribunales tienden a no considerar la posibilidad de corrupción, a menos que una de las partes de la controversia presente un alegato claro a este respecto.
- Los abogados y funcionarios que representan al Estado en un arbitraje pueden ser los beneficiarios de la corrupción o estar sujetos a limitaciones institucionales que les impiden expresarse. Por esta razón, el hecho de que aquellos que representan al Estado no hayan planteado alegatos de corrupción, no significa que una transacción fuera legítima.
- La doctrina jurídica internacional tiende a considerar al Estado como un actor unitario, en vez de un lugar de confrontación política entre grupos. Estos hábitos de pensamiento pueden alentar a los árbitros a atribuir corrupción e incompetencia por parte de funcionarios oficiales del Estado en sí mismo. Esta forma de ver el mundo torna a los árbitros menos empáticos con los alegatos de soborno de un Estado por parte de los inversores cuando tales alegatos son planteados, porque estos alegatos pueden ser percibidos como que un Estado

está planeando *su propia* mala conducta al haber aceptado un soborno para invalidar una demanda en su contra.

- Los árbitros internacionales tienden a considerar los argumentos basados en la legislación del Estado receptor como algo técnico e irrelevante, aun cuando el propósito de tales leyes sea prevenir la corrupción o implementar un sistema de supervisión sobre decisiones relacionadas con recursos públicos<sup>25</sup>.

No existen soluciones fáciles para estas impugnaciones, dentro del marco existente del arbitraje entre inversionistas y Estados. Sobre esta base, los Estados pueden desear ir más allá y determinar si las controversias en el marco de un contrato son resueltas más apropiadamente en los tribunales que a través del arbitraje.

#### Autor

**Jonathan Bonnitcha** es asociado del Programa de Derecho y Políticas Económicas del IISD basado en Sidney, Australia. También es Profesor *Senior* en la Facultad de Derecho de la Universidad de New South Wales.

<sup>25</sup> A modo de ejemplo, en el laudo sobre jurisdicción en *P&ID vs. Nigeria*, el tribunal dio poca importancia al argumento de Nigeria de que el Ministerio de Recursos Petrolíferos poseía la capacidad de celebrar contratos en nombre del Gobierno de Nigeria: *P&ID vs. Nigeria*, Parte Final del Laudo sobre Jurisdicción, ¶¶ 39-41 (junio 3, 2014). En el laudo sobre el fondo, el tribunal describió el argumento de Nigeria, de que únicamente la Corporación Nacional de Petróleo de Nigeria poseía la facultad de comprometer a Nigeria en relación con los contratos de gas (y, por lo tanto, que el Ministerio de Recursos Petrolíferos carecía de esta facultad), como ‘técnico en su grado más alto’: *P&ID vs. Nigeria*, Parte Final del Laudo sobre Jurisdicción, ¶¶ 48 (junio 3, 2014). Para estar seguros, ningún argumento fue vinculado con un alegato concreto de corrupción. No obstante, considerando la manera en que el tribunal manejó estos argumentos, no reconoció que las limitaciones sustantivas y procesales sobre el poder de los funcionarios públicos para celebrar contratos, pueden responder a importantes propósitos para garantizar la probidad en la contratación pública.



## ARTÍCULO 3

# Sobre la proporcionalidad, de nuevo: Domesticando el derecho internacional de las inversiones y gestionando la vulnerabilidad<sup>1</sup>

Daria Davitti



La proporcionalidad ha sido propuesta como la panacea para resolver muchas de las tensiones entre el derecho internacional de las inversiones (DII) y el derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) cuando la inversión extranjera afecta de manera adversa los derechos humanos de las comunidades de los Estados receptores, y cuando dichos Estados se enfrentan a obligaciones de derecho internacional que se contraponen con estos derechos. Sin embargo, parece haber una necesidad de reactivar estos debates, ya que el atractivo de la proporcionalidad sigue vivo y vigente tanto en las negociaciones de un instrumento vinculante sobre empresas y derechos humanos como en el trabajo del Grupo de Trabajo III de la CNUDMI sobre la reforma de la ISDS. En este artículo, primero intentaremos entender cómo llegamos a esta discusión, una vez más, dentro del debate más amplio sobre derechos humanos y el derecho internacional de las inversiones.

## La atracción fatal de buscar el equilibrio

La reactivación de la proporcionalidad se basa en la petición de alcanzar un 'equilibrio' entre los denominados derechos de los inversores, protegidos como se encuentran por los AII pertinentes, y los derechos humanos de las comunidades e individuos afectados por la inversión extranjera. Esta búsqueda de equilibrio a menudo comprende, en su núcleo, una controvertida yuxtaposición entre la protección de las inversiones y la protección de los derechos humanos. Dado que la petición de restaurar el equilibrio ha vuelto a estar en boga, vuelvo al argumento sobre este tema ya que, al enfrentar el colapso climático y una pandemia en aumento, necesitamos más que nunca refutar las suposiciones existentes que rodean al uso del equilibrio y la proporcionalidad en el arbitraje internacional de inversiones como una forma de reconciliar exitosamente los intereses contrapuestos y las obligaciones conflictivas de protección que recaen sobre los Estados receptores.

**"Necesitamos más que nunca refutar las suposiciones existentes que rodean al uso del equilibrio y la proporcionalidad en el arbitraje internacional de inversiones como una forma de reconciliar exitosamente los intereses contrapuestos y las obligaciones conflictivas de protección que recaen sobre los Estados receptores."**

La sugerencia de que los tribunales de inversión podrán 'equilibrar' efectivamente estos intereses conflictivos parece provenir del argumento de que las obligaciones contrapuestas del DII y las del DIDH pueden ser armonizadas exitosamente por los tribunales a través de la interpretación de los

<sup>1</sup> Esta es una versión más corta del artículo extenso publicado en *Nordic Journal of International Law* (2020) volumen 89, edición 3-4. La autora desea agradecer a Paolo Vargiu, Anil Yilmaz Vastardis y Mavluda Sattarova por sus agudas observaciones sobre el borrador de esta contribución.



tratados. Varios académicos, de hecho, sostienen que la vaguedad de los estándares de protección de las inversiones en el marco de un tratado tornan más eficaz su interpretación<sup>2</sup>, empleando el principio de integración sistémica para ‘ayudar a aclarar los estándares de los AII en beneficio de los inversores’ o para ‘dilucidar los límites de la protección de los inversores, y por consiguiente, *minimizar la fricción* con intereses públicos contrapuestos’<sup>3</sup>.

El mantra de equilibrar (o re-equilibrar) el DIDH y el DII generalmente pasa por dos etapas: primero, la operacionalización del DIDH a través de la interpretación de tratados; segundo, un enfoque diferente a los acuerdos de inversión extranjera según el cual las obligaciones de derechos humanos del Estado receptor son aclaradas desde un principio. Es en torno a la viabilidad y, de hecho, a la deseabilidad de utilizar el análisis de proporcionalidad mientras se persiguen estas dos pseudo-soluciones, que la presente contribución se encuentra estructurada, ya que varios académicos han adherido con entusiasmo a este enfoque durante años. Fundamentalmente, estas dos alternativas también son la puerta de entrada a la adopción del análisis de proporcionalidad en el arbitraje internacional de las inversiones. Para reconciliar la protección de las inversiones con la de los derechos humanos, algunos proponen la redacción de cláusulas favorables a los derechos en los AII; resulta discutible si esto podrá subsanar la naturaleza asimétrica del sistema<sup>4</sup>. Estas cláusulas, según se alega, garantizarían que los derechos humanos sean tenidos en cuenta por los tribunales internacionales de inversión y los inversores extranjeros por igual. Basarse en la interpretación de los tratados y en la redacción de cláusulas favorables a los derechos, según mi entender, ha revelado ser tanto desatinado como con poca visión a futuro<sup>5</sup>. Aquí, alego que estos enfoques apuntan a la *domesticación* del IIL y a la *gestión de*

*la vulnerabilidad*<sup>6</sup>, en vez de procurar garantizar que los derechos de las comunidades afectadas por la inversión extranjera sean realmente respetados, protegidos y cumplidos de manera efectiva.

## ¿Es posible llegar a un ‘equilibrio’? Sobre gestionar la vulnerabilidad

Esta cuestión no debe ser entendida como un mero punto retórico. Los propulsores de alcanzar el equilibrio sugieren que el DIDH puede ser utilizado en la interpretación de los tratados internacionales de inversión pertinentes a través del ‘principio de interpretación evolutivo o dinámico’ siempre y cuando las partes pretendan incluir la posibilidad de que el significado de un término determinado se modifique en el futuro<sup>7</sup>. En base a este razonamiento, el derecho internacional puede ser utilizado para determinar el significado de un término específico cuando los tratados en cuestión utilicen ‘términos jurídicos conocidos, cuyo contenido las partes esperaban que cambiaría a lo largo del tiempo’<sup>8</sup>. El derecho internacional será luego referido en base a la celebración del tratado. Además, otra forma en que puede considerarse el DIDH como pertinente al tratado de inversión es a través de:

La presunción interpretativa de que se pretende que los tratados produzcan efectos que estén en concordancia con **las normas existentes del derecho internacional**. Esta presunción es utilizada para resolver cuestiones de interpretación relativos al **contenido normativo más amplio** de un tratado en lugar del significado de un término específico<sup>9</sup>. [La traducción de la cita nos pertenece]

La herramienta clave para que el DIDH sea considerado en la interpretación de un tratado internacional de inversión, según este argumento, es el Artículo 31(3)(c) del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados (VCLT, por sus siglas en inglés), que a su vez, representa un medio de interpretación de tratados en lugar de

<sup>2</sup> Daviti D. (2020). *Investment and human rights in armed conflict. Charting an elusive intersection*. Hart Publishing.

<sup>3</sup> Shill, S. y Djanic V. (2018). Wherefore art thou? Towards a public interest-based justification of international investment law. *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*. <https://academic.oup.com/icsidreview/article/33/1/29/4898138?login=true>

<sup>4</sup> Arcuri, A. y Montanaro F. (2018). Justice for all? Protecting the public interest in investment treaties. *Boston College Law Review*. <https://lawdigitalcommons.bc.edu/bclr/vol59/iss8/10/>

<sup>5</sup> Sattorova, M., Erkan, M. y Omiuno, O. (2019). How do host states respond to investment treaty law? Some empirical observations. In *European Yearbook of International Economic Law*. Springer.

<sup>6</sup> Eslava, L. y Buchely, L. (2018). ¿Seguridad y desarrollo? Una historia sobre pequeños delitos, un pequeño estado y sus pequeñas leyes. *Revista de Estudios Sociales*. [https://revistas.uniandes.edu.co/doi/suppl/10.7440/res67.2019.04/suppl\\_file/eslava-buchely\\_spa.pdf](https://revistas.uniandes.edu.co/doi/suppl/10.7440/res67.2019.04/suppl_file/eslava-buchely_spa.pdf)

<sup>7</sup> Simma, B. (2011). Foreign investment arbitration. A place for human rights? *International & Comparative Law Quarterly*, pág. 538

<sup>8</sup> Simma, nota 7 *supra*, pág. 583. Véase también Consecuencias Jurídicas que tiene para los Estados la continuación de la presencia de Sudáfrica en Namibia (Africa Sudoccidental), no obstante lo dispuesto en la Resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad 276 (1970) <https://www.icj-cij.org/en/case/53>

<sup>9</sup> Simma, nota 7 *Supra*, pág. 583.



ser un posible instrumento para modificar el alcance y contenido de un tratado, por ejemplo, para introducir una consideración *ex novo* de los derechos humanos. No hace falta decir, por lo tanto, que los propulsores de la interpretación evolutiva, pese a reconocer que el arbitraje de tratados de inversión no es capaz de responder al desafío de la armonización, están contentos de mantener el *statu quo* del DII como un sistema prácticamente fundamentalmente indiscutido.

Esto significa que la vulnerabilidad que afecta al medio ambiente y los derechos humanos es, por lo tanto, mejor ‘gestionada’ a través de la discreción final de los árbitros de tratados de inversión o de nuevos ‘tribunales’, dentro de un sistema que, en sí mismo, es inapropiado ideológica y prácticamente para revisar el ejercicio, por parte de un Estado, de sus facultades regulatorias. Si pensamos en esto por un momento, ¿qué es lo que realmente deseáramos que “equilibrasen” estos decisores? Un informe reciente del IIED revela que, de una serie de datos de 257 centrales operadas a carbón de propiedad de inversores extranjeros, al menos el 75% se encuentra protegido por al menos un AII que dispone el acceso de los inversores al arbitraje internacional de inversiones<sup>10</sup>. En un tiempo donde los esfuerzos para detener el colapso climático inevitablemente depende de nuestra habilidad para abandonar prontamente nuestra dependencia en los combustibles fósiles, los AII codifican jurídicamente los derechos de los inversores para recibir compensación cuando los Estados procuran desmantelar alguna de estas centrales eléctricas de carbón<sup>11</sup>. Este estado de las cosas es suficiente para plantear gran preocupación por el enfriamiento regulatorio y la equidad intergeneracional, pero debería recibir mayor consideración junto con la evidencia recientemente surgida de que en la década de 1980 las principales empresas productoras de combustibles fósiles ya habían predicho el daño que sus productos causarían, desacreditando sistemáticamente la evidencia científica sobre el vínculo entre el consumo de combustibles fósiles y el cambio climático, y realizaron lobby para obstaculizar la promulgación

de legislación relativa al cambio climático<sup>12</sup>. Ya están surgiendo litigios en relación con medidas políticas destinadas a eliminar las centrales eléctricas de carbón, sobre todo en virtud del TCE<sup>13</sup>.

Pese a este escenario incriminatorio, los defensores del equilibrio, o los gestores de la vulnerabilidad, tal como prefiero llamarlos, oportunamente apuntarían al hecho de que los alegatos de defensa y excepciones seguramente podrían ser utilizados por los decisores internacionales de inversión para reconocer las demandas de los Estados receptores y de las comunidades afectadas por igual. Mientras tanto, los principales actores corporativos continúan haciendo lobby contra las regulaciones de cambio climático y pretenden apoyar las medidas de reducción de las emisiones de carbono a cambio de inmunidad legal por su responsabilidad de emisiones históricas. Considerando lo antedicho, y dada la creciente evidencia científica de que quizás tengamos 10 años para limitar las consecuencias devastadoras del calentamiento global<sup>14</sup>, estoy segura de que no sólo yo me siento incómoda al pensar que el ‘equilibrio’ es la única opción que tenemos para garantizar la protección de los derechos humanos y del medio ambiente bajo las actuales circunstancias.

## Cláusulas de AII favorables a los derechos: Sobre la domesticación y legitimación del DII

Este mismo desasosiego surge frente a nuevos llamamientos de negociar acuerdos de inversión favorables a los derechos. Las auditorías y estándares ambientales, sociales y de gobernanza (ESG, por sus siglas en inglés) son furor, mientras que se reformulan nuevas herramientas de evaluación de diligencia debida para garantizar que las inversiones no solo sean sostenibles sino también concienzudas. En efecto, algunos académicos han planteado el desafío de la redacción favorable a los derechos, esperando que ésta pueda abordar la naturaleza asimétrica del DII y garantizar que los derechos humanos sean tenidos

<sup>10</sup> Tienhaara, K. y Cotula, L. (2020). Raising the cost of climate action? Investor-state dispute settlement and compensation for stranded fossil fuel assets. *IIED Land, Investment and Rights Series*. <https://pubs.iied.org/sites/default/files/pdfs/migrate/17660IIED.pdf>

<sup>11</sup> Pistor, K. (2019). *The Code of Capital. How the law creates wealth and inequality*. Princeton University Press.

<sup>12</sup> Véase, por ej. Franta, B. (2018). Shell and Exxon’s secret 1980s climate change warnings. *The Guardian*. <https://www.theguardian.com/environment/climate-consensus-97-per-cent/2018/sep/19/shell-and-exxons-secret-1980s-climate-change-warnings>; y Influence Map. (2016). *An investor enquiry: how much big oil spends on climate change lobbying*. <https://influencemap.org/report/Climate-Lobbying-by-the-Fossil-Fuel-Sector>

<sup>13</sup> Khan M. (2021). EU urged to quit energy treaty. *Financial Times*. <https://www.ft.com/content/b37312fb-410a-4958-a887-8f9bd7c5e33b>

<sup>14</sup> Letzer, R. (2019). Are we really running out of time to stop climate change? *Live Science*. <https://www.livescience.com/12-years-to-stop-climate-change.html>





debidamente en cuenta en los arbitrajes de inversión internacional. Ejemplos recientes de interpretación de cláusulas relativas a los derechos humanos por tribunales arbitrales, sin embargo, demuestran que el diseño de AII favorables a los derechos y los contratos de inversión son insuficientes para garantizar la protección de los derechos humanos. Algunos laudos han sido celebrados como una victoria para el Estado receptor<sup>15</sup> o que abren nuevos caminos<sup>16</sup> para la protección de los derechos humanos en el DII, pero en realidad, expanden y amplifican efectivamente las protecciones otorgadas a los inversores bajo el DII. Esto sucede especialmente en casos donde los tribunales internacionales de inversión han considerado asuntos relativos a la salud pública<sup>17</sup>, el derecho al agua<sup>18</sup>, acceso a medicinas<sup>19</sup> y derechos de pueblos indígenas<sup>20</sup>. En relación con estos casos, se han planteado cuestiones entendibles de legitimidad, cuando se tornó evidente que asuntos cruciales en torno al bien público eran, en el mejor de los casos, reducidos a un asunto de priorización política o de la cuantía de compensación.

Por lo tanto, no importa cuán habilidosa sea la redacción y cuán elaboradas sean las cláusulas, la protección efectiva de los derechos humanos mediante la redacción de los AII seguirá dependiendo de la interpretación de cada tribunal<sup>21</sup>, en el marco de un sistema que no está posicionado para llevar a cabo funciones de revisión pública<sup>22</sup>. Más específicamente, cuando se trata de la protección ambiental y de los derechos humanos, está claro que esto no puede lograrse en un foro con el mandato de brindar reparación por violaciones de estándares de protección de las inversiones, donde el análisis de la proporcionalidad se convierte en una herramienta

creativa de interpretación para limitar el espacio regulatorio de los Estados receptores. Al mismo tiempo, la proporcionalidad también es utilizada para justificar y mantener la pertinencia del sistema jurídico de inversión en sí mismo<sup>23</sup>. Tal como hemos observado, las propuestas de una redacción innovadora de tratados de inversión o un nuevo **diseño contractual** siguen siendo presentadas como una manera posible de *guiar* la interpretación de los mismos por los tribunales de inversión, mediante la integración sistémica de consideraciones de derechos humanos y la redacción de AII, incluyendo el uso del análisis de proporcionalidad. Tal como argumento en el presente artículo, sin embargo, en lugar de garantizar la protección significativa de los derechos humanos, estas propuestas corren el riesgo de contribuir a un proyecto más amplio destinado a la *domesticación* y la legitimación del DII y a la gestión, en vez de la erradicación, de la vulnerabilidad.

#### Autor

**Daria Davitti** es Profesora Adjunta en Derecho Internacional Público, Facultad de Derecho Universidad de Lund

<sup>15</sup> *Philip Morris Brand Sàrl (Switzerland), Philip Morris Products S.A. (Switzerland) y Abal Hermanos S.A. (Uruguay) vs. República Oriental del Uruguay*, Caso del CIADI No. ARB/10/7

<sup>16</sup> *Urbaser S.A. y Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa vs. La República Argentina*, Caso del CIADI No. ARB 07/26

<sup>17</sup> *Philip Morris Asia Limited vs. La Mancomunidad de Australia*, CNUDMI, Caso de la CPA No. 2012-12

<sup>18</sup> *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. vs. La República Argentina*, Caso del CIADI No. ARB/03/19

<sup>19</sup> *Eli Lilly and Company vs. El Gobierno de Canadá*, CNUDMI, Caso del CIADI No. UNCT/14/2

<sup>20</sup> *Bear Creek Mining Corporation vs. República de Perú*, Caso del CIADI No. ARB/14/21

<sup>21</sup> Por ej., TBI entre Marruecos y Nigeria (2016) <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/tips/3711/morocco--nigeria-bit-2016>

<sup>22</sup> Schneiderman, D. (2018). Global constitutionalism and its legitimacy problems: Human rights, proportionality and international investment law. *Law & Ethics of Human Rights* 12(2). <https://www.degruyter.com/document/doi/10.1515/lehr-2018-0014/html>

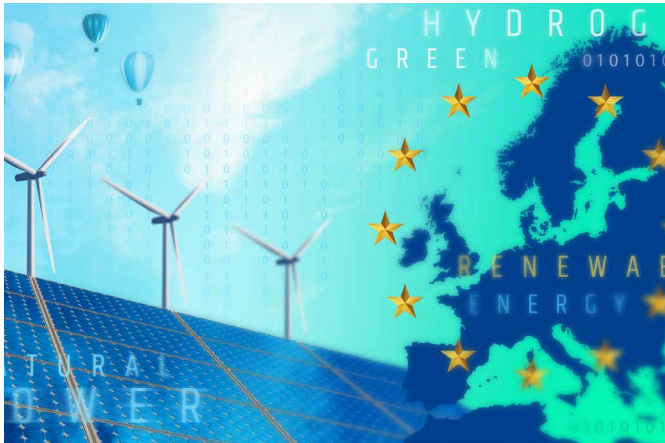
<sup>23</sup> Sornarajah, M. (2015). Resistance and change in the international law of foreign investment. *Cambridge University Press*.



## ARTÍCULO 4

# El incierto futuro del Tratado sobre la Carta de la Energía: Bélgica solicita al Tribunal de Justicia Europeo que se expida sobre la compatibilidad del TCE modernizado con el derecho de la UE

Stefanie Schacherer



La relación entre el TCE y el derecho de la UE se caracteriza por gran complejidad y falta de certeza jurídica, especialmente en lo que concierne al Artículo 26, el mecanismo de solución de controversias del TCE y su aplicación en un contexto intra-UE. El interrogante sobre si la sentencia *Achmea* en torno a la incompatibilidad del arbitraje de inversiones intra-UE bajo los TBI también afecta al mecanismo de solución de controversias del TCE aún no ha sido resuelto<sup>1</sup>. Dadas las negociaciones en curso sobre la modernización del TCE (Nota del editor: véase las noticias en breve de la presente edición para consultar el progreso más reciente de estas negociaciones), la cuestión de la compatibilidad una vez más está recibiendo especial atención.

Al presentar una solicitud de dictamen al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) sobre la compatibilidad de la aplicación de las disposiciones de arbitraje del TCE con los tratados de la UE, Bélgica procura obtener las tan ansiadas aclaraciones<sup>2</sup>. La pregunta específica de Bélgica se relaciona con el

borrador del texto elaborado por la UE; pero sea cual fuere la decisión del Tribunal en torno al borrador de disposiciones de ISDS en su forma más reciente, también tendrá consecuencias para la actual versión aplicable del TCE.

## El pasado y presente del TCE

En la década de 1990, la Comisión Europea fue el principal promotor del TCE, cuyo objetivo era proteger a los inversores de Europa Occidental luego del colapso de la Unión Soviética. En ese momento, nadie hubiera pensado que la mayoría de las demandas de inversión basadas en el TCE serían entabladas en contra de los Estados miembros de la UE. Sin embargo, hasta la fecha, la mayoría de las controversias bajo el TCE han sido intra-UE (es decir, demandas contra un Estado miembro de la UE interpuestas por un inversor de otro Estado miembro de la UE).

El TCE crea una red de relaciones jurídicas entre las 52 partes contratantes, incluyendo a la UE y a todos sus Estados miembros<sup>3</sup>. Se trata de un AII intra-UE entre 26 Estados miembros de la UE (excepto Italia) y un AII entre los Estados miembros de la UE y las 26 otras partes contratantes del TCE<sup>4</sup>. Dado que la misma UE es parte del acuerdo, también funciona como un AII entre la UE y las otras 26 partes contratantes del TCE. Consecuentemente, se suscitan cuestiones de incompatibilidad de estos AII con el derecho de la UE en el contexto del TCE.

<sup>1</sup> TJE, Caso C-284/16 República Eslovaca vs. *Achmea BV*, UE:C:2018:158.

<sup>2</sup> Véase comunicado de prensa del 3 de diciembre de 2020. [https://diplomatie.belgium.be/en/newsroom/news/2020/belgium\\_requests\\_opinion\\_intra\\_european\\_application\\_arbitration\\_provisions](https://diplomatie.belgium.be/en/newsroom/news/2020/belgium_requests_opinion_intra_european_application_arbitration_provisions)

<sup>3</sup> Australia, Bielorrusia, Noruega y Rusia firmaron el TCE pero nunca lo ratificaron. <https://www.energycharter.org/process/energy-charter-treaty-1994/energy-charter-treaty/>

<sup>4</sup> Italia denunció el TCE en 2016 pero continuará siendo de aplicación para este país por 20 años debido a la cláusula de extinción del mismo, véase TCE, Art. 47(3).



## La continua batalla legal de la UE

En la sentencia del caso *Achmea* de 2018, el TJUE afirmó que el principio de autonomía impide que dos Estados miembros establezcan un mecanismo de solución de controversias entre inversionista y Estado a través de un TBI *inter se*<sup>5</sup>. Sin embargo, tal como se señaló anteriormente, *Achmea* no resolvió la cuestión controvertida sobre la aplicabilidad intra-UE del Artículo 26 del TCE. Posteriormente a la sentencia, los Estados miembros adoptaron dos instrumentos:

- *La Declaración del 15 de enero de 2019*: 22 Estados miembros de la UE emitieron una declaración común donde expresaron la opinión de que la aplicabilidad intra-UE del Artículo 26 del TCE no era compatible con el derecho de la UE<sup>6</sup>.
- *El Acuerdo de Terminación del 5 de mayo de 2020*: 23 Estados miembros de la UE convinieron terminar todos sus intra-TBI existentes. Sin embargo, la aplicabilidad del TCE en el contexto intra-UE no fue abordada y, según este documento, dicho asunto será tratado “con posterioridad”<sup>7</sup>. Austria, Finlandia, Suecia e Irlanda no firmaron el acuerdo de terminación<sup>8</sup>.

Mientras tanto, la batalla legal continúa ante los tribunales de inversión, los tribunales nacionales y el TJUE. En muchos casos presentados bajo el TCE, la Comisión Europea ha alegado incansablemente sobre la incompatibilidad del TCE con el derecho de la UE mediante presentaciones de escritos *amicus curiae*<sup>9</sup>. Hasta la fecha, estos argumentos no han llevado a que ningún tribunal de inversión no admitiera su jurisdicción. España ha procurado anular los laudos dictados en su contra por los tribunales suecos, tal

como sucedió en los casos *Novenergia II o Foresight, Greentech y GWM*<sup>10</sup>, también sin éxito. Recientemente, el Abogado General Saugmandsgaard Øe afirmó, en un procedimiento preliminar de referencia ante el TJUE, que el Artículo 26 del TCE no puede aplicarse a los litigios dentro de la Unión<sup>11</sup>.

## ¿Aplica el Artículo 26 del TCE a controversias intra-UE?

De acuerdo con Bélgica, el borrador de la UE sobre la modernización del TCE conlleva el riesgo de que el mecanismo de solución de controversias “pueda ser interpretado como para permitir su aplicación dentro de la Unión Europea”<sup>12</sup>. A la luz de la batalla legal en curso, esta cuestión es altamente relevante, especialmente porque el borrador de la UE, publicado en abril de 2020, no modifica de manera significativa la redacción del Artículo 26 del TCE. El texto sugerido contempla el arbitraje de inversión, la conciliación y añade la posibilidad de que los Estados contratantes presenten la controversia ante “el tribunal multilateral de inversiones”<sup>13</sup>. El borrador del texto también destaca que ninguna parte de la revisión propuesta afecta el objetivo de la UE de establecer un Tribunal Multilateral de Inversiones. De mayor importancia, sin embargo, es que nada en el borrador del texto trata el tema de las controversias intra-UE, y tampoco se ha abordado este tema en las negociaciones<sup>14</sup>. Esto significa que las disposiciones propuestas bajo el Artículo 26 del TCE no han sido modificadas en su alcance *ratione personae*.

La Comisión Europea y la mayoría de los Estados miembros apoyan la visión de que la cláusula arbitral entre inversor y Estado del TCE, si es “correctamente interpretada”, no es aplicable entre Estados miembros de la UE<sup>15</sup>. Más precisamente, alegan que, en virtud

<sup>5</sup> *Achmea*, nota 1 supra, párrafo 59.

<sup>6</sup> Declaración sobre las consecuencias legales de la sentencia del Tribunal de Justicia en el caso *Achmea* y sobre la Protección de las Inversiones en la UE. (2019). [https://ec.europa.eu/info/publications/190117-bilateral-investment-treaties\\_es](https://ec.europa.eu/info/publications/190117-bilateral-investment-treaties_es); Finlandia, Luxemburgo, Malta, Eslovenia y Suecia emitieron una declaración colectiva y Hungría emitió una declaración individual. En todas se concluyó que, al momento de la declaración, era demasiado pronto para emitir un dictamen sobre la compatibilidad del Artículo 26 del TCE con los Tratados de la UE.

<sup>7</sup> Acuerdo para la Terminación de Tratados Bilaterales de Inversión entre los Estados Miembros de la Unión Europea, véase el preámbulo, acápite 10. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A22020A0529%2801%29>

<sup>8</sup> Aunque Austria y Suecia no firmaron el Acuerdo de Terminación, se comprometieron a terminar sus TBI bilateralmente. Por el contrario, la inacción de Finlandia llevó a que la Comisión inicie un procedimiento formal de infracción contra Finlandia. Irlanda no posee ningún TBI aplicable.

<sup>9</sup> Véase, ‘Lista de observaciones proporcionadas por la Comisión a otros, por ej., tribunales de arbitraje’. <https://ec.europa.eu/competition/court/observations.html>

<sup>10</sup> *Novenergia II - Energy & Environment (SCA), SICAR vs. El Reino de España*, Caso de la SCC No. 2015/063; *Foresight Luxembourg Solar 1 S. A.R.L., y otros vs. El Reino de España*, Caso de la SCC No. 2015/150; Véase Happold, M. (2020). Belgium asks European Court of Justice to opine on the compatibility of Energy Charter Treaty’s investor-State arbitration provisions with UE law. EJIL Talk!

<sup>11</sup> Asuntos acumulados C-798/18 y C-799/18, 29 de octubre de 2020, Opinión del AG, nota al pie 55. Vale notar, sin embargo, que en este caso el contexto intra-UE era irrelevante, ya que el caso es interno. En un contexto extra-UE, el TJUE pronto podría decidir sobre la compatibilidad de los Artículos 1.6 y 26(1) del TCE con el derecho de la UE. Véase TJUE, *Republica de Moldavia*, Caso C-741/19.

<sup>12</sup> Comunicado de prensa, nota 2 supra.

<sup>13</sup> Véase propuesta de texto del TCE de la UE, Art. 26(3)(a), véase también (4)(d), N. al pie 3. <https://www.euractiv.com/wp-content/uploads/sites/2/2020/04/EU-Proposal-for-ECT-Modernisation-V2.pdf>

<sup>14</sup> Happold, nota 10 supra.

<sup>15</sup> Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, Protección de la inversión intra-UE, COM/2018/547 final. Véase Declaración, nota 6 supra.



del Artículo 26(6) del TCE y del Artículo 42(1) del Convenio del CIADI, el Tribunal debe determinar su competencia de conformidad con el TCE y las “normas y principios aplicables de derecho internacional”, lo cual incluiría al derecho de la UE y tomar en cuenta la sentencia *Achmea*. Desde esta perspectiva, el TCE no ofrece una invitación a los inversores a arbitrar en constelaciones intra-UE y, en ausencia de un acuerdo de arbitraje, los tribunales carecen de jurisdicción.

Por el contrario, los tribunales de inversión del TCE post-*Achmea* han tratado esta cuestión de una manera muy diferente<sup>16</sup>. En *Vattenfall vs. Alemania*, el tribunal afirmó que el Artículo 26(6), tanto como el Artículo 42(1) del Convenio del CIADI, únicamente conciernen al derecho aplicable al fondo de la controversia y que, de cualquier forma, en ninguna parte el Artículo 26 excluye las controversias intra-UE del alcance de la disposición<sup>17</sup>. El tribunal agregó que incluso asumiendo que el derecho de la UE fuera aplicable a los fines de determinar su jurisdicción, el tribunal no considera que el razonamiento del TJUE en el caso *Achmea* sea aplicable a los arbitrajes intra-UE bajo un acuerdo del cual la UE, así como todos sus Estados miembros, son parte, como es el caso del TCE, y sobre lo cual el TJUE ha guardado silencio. Tal como ocurrió con otros tribunales anteriormente, el de *Vattenfall* también niega cualquier conflicto entre el Artículo 26 del TCE y los Artículos 267, 344 del TFUE, pero destaca que aunque existiera un conflicto como tal, el derecho de la UE no prevalecería sobre el TCE.

Los argumentos están siendo sometidos a debate, y se necesita la aclaración del TJUE. Sin embargo, la formulación “se creará un tribunal que decidirá las cuestiones en litigio con arreglo al presente Tratado y a las normas del Derecho Internacional aplicables” del Artículo 26 del TCE apunta al derecho aplicable en lugar del derecho aplicable al acuerdo de arbitraje. Sucede lo mismo con el Artículo 42(1) del Convenio del CIADI. En el borrador del texto modernizado del TCE, la UE añade una nota al pie al Artículo 26(6) señalando que “[p]ara mayor certeza, el derecho interno de una Parte Contratante no formará parte del derecho aplicable”. Sin embargo, esta nota al pie no tiene injerencia en la determinación de la jurisdicción del tribunal al aceptar que la disposición se refiere al derecho aplicable al fondo<sup>18</sup>.

Por lo tanto, al parecer, el borrador del texto sugerido por la UE no excluye el hecho de que el Artículo 26 del TCE pueda ser interpretado para aplicarse en un contexto intra-UE. Esto sucede no obstante el hecho de que, en el derecho de la UE, los arbitrajes de inversión intra-UE no son compatibles con los Tratados de la Unión Europea; es decir la autonomía del orden jurídico de la UE. Dado que el TJUE abordará este tema desde una perspectiva puramente centrada en el derecho de la UE, es muy probable que la decisión de la cuestión de la compatibilidad sea en sentido negativo.

## Conclusión

Si el TJUE concluye que el borrador es incompatible con los Tratados de la UE, la Comisión Europea tendrá que corregir el contenido del Artículo 26 del TCE y, posteriormente, convencer a las otras partes contratantes del mismo. Un dictamen de incompatibilidad también afectará alrededor de 40 arbitrajes intra-UE pendientes bajo el TCE; particularmente, la ejecución de dichos laudos posteriormente podrá ser impugnada ante tribunales nacionales si dicha ejecución es perseguida en los Estados miembros de la UE.

Por último, debe destacarse que los conflictos de tratado entre el actual TCE y el derecho de la UE no solamente son jurisdiccionales, sino que también involucran problemas sustantivos, dado que el TCE ya no está en concordancia con los objetivos y la práctica de AII de la UE. También surgen cuestionamientos sobre si el borrador del texto refleja el objetivo de la UE sobre mitigación del cambio climático, así como el ambicioso Pacto Verde y los objetivos de transición energética<sup>19</sup>. El 2 de diciembre de 2020, la Comisión Europea confirmó por primera vez que la UE podría retirarse del TCE “[s]i los objetivos fundamentales de la UE, en particular la armonización con el Acuerdo de París, no se alcanzan en un plazo razonable”<sup>20</sup>. Si bien una retirada colectiva de todos los Estados miembros también implicará obstáculos jurídicos, podemos concluir a partir de los últimos acontecimientos, que el futuro del TCE es cada vez más incierto.

## Autor

**Stefanie Schacherer** es asociada del Programa de Derecho y Políticas Económicas del IISD. También investigadora posdoctoral de Swiss National Science Foundation (SNSF).

<sup>16</sup> Por ej. *ESPF y otros vs. Italia*, Caso del CIADI No. ARB/16/5; *Eskosol vs. Italia* Caso del CIADI No. ARB/15/50, *Masdar vs. España* Caso del CIADI No ARB/14/1.

<sup>17</sup> *Vattenfall vs. Alemania*, Caso del CIADI No. ARB/12/12, Decisión sobre la Cuestión *Achmea*, 31 de agosto de 2018.

<sup>18</sup> La adición de esta nota al pie es consecuencia de la actual práctica de AII de la UE, véase CETA, Art. 8.31 y TJUE, Dictamen 1/17 Acuerdo CET entre la UE y Canadá, UE:C:2019:341.

<sup>19</sup> En cuanto a la forma de incorporar estos temas véase, Bernasconi-Osterwalder N y Brauch MD, ‘Redesigning the Energy Charter Treaty to Advance the Low-Carbon Transition’ TDM 1 (2019) 11. <https://www.iisd.org/publications/redesigning-energy-charter-treaty-advance-low-carbon-transition>

<sup>20</sup> Respuesta del vicepresidente ejecutivo Dombrowskis en nombre de la Comisión Europea. [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/P-9-2020-005555-ASW\\_FR.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/P-9-2020-005555-ASW_FR.html)



## NOTICIAS EN BREVE

### Informe de Progreso de las negociaciones sobre la modernización del TCE muestra divisiones familiares entre las delegaciones a medida que crece la presión por la retirada de la UE

Después de tres rondas de negociación sobre la modernización del TCE el año pasado, siendo la más reciente el 6 de noviembre de 2020, un [Informe de Progreso](#) que se filtró en diciembre de 2020 sugiere que los Estados partes aun no llegan a un acuerdo sobre cuestiones fundamentales. Esto dificulta el progreso de las negociaciones, ya que se requiere el consenso de las delegaciones nacionales.

Algo que probablemente complique las cosas es que estas negociaciones están teniendo lugar mientras inversores siguen presentando casos de alto perfil contra Estados miembros de la UE en virtud del TCE. Más recientemente, la empresa alemana RWE ha [iniciado un arbitraje](#) contra los Países Bajos debido al plan de eliminación del carbón por parte de este último. Otras señales de malestar entre los Estados miembros de la UE incluyen la [solicitud](#) de Bélgica de que el TJUE emita un dictamen sobre la compatibilidad del TCE con el derecho de la UE, y una reciente [carta](#) de funcionarios franceses expresando su apoyo a la posibilidad de retirarse del tratado.

El informe documenta los debates en curso sobre una amplia variedad de temas, desde las disposiciones relativas a los estándares de protección de las inversiones, como TJE y NMF, hasta la incorporación de nuevas cláusulas sobre RSE y desarrollo sostenible. También da una idea de lo que podría ser considerado como dos facciones principales –una liderada por la UE y sus Estados miembros por un lado, y otra por Japón por el otro– con opiniones significativamente divergentes sobre los beneficios y desventajas del TCE bajo su forma actual.

Por su parte, Japón está ampliamente a favor de mantener el *statu quo*, mientras que la UE y sus Estados miembros, a menudo acompañados por Georgia y Turquía, promueven cambios importantes. Por ejemplo, cuando se trata de disposiciones estándares, tales como TJE, NMF y expropiación indirecta, Japón parece estar a favor de conservar

el texto actual. Por otro lado, la UE y sus Estados miembros, junto con varios otros países, favorecen definiciones más detalladas de estos estándares de protección, por ejemplo, que la definición de TJE incluya una lista cerrada de violaciones. Tensiones similares son evidentes en las sugerencias de las partes sobre cambios a la disposición de NMF.

La UE y sus Estados miembros, así como Georgia y Turquía, también están promoviendo un texto más sólido sobre el derecho a regular, RSE y desarrollo sostenible, y la protección ambiental. (*Nota del Editor:* anteriormente [informamos](#) sobre la propuesta de la UE para la modernización del TCE, y gran parte del texto propuesto puede encontrarse en el reciente Informe de Progreso). Sin embargo, Japón se opuso a la mayor parte del mismo, donde remarcó, con referencia a la limitación propuesta de la disposición sobre expropiación indirecta, que las “propuestas parecen inclinar la balanza abiertamente en favor de asuntos de interés estatal o el derecho a regular” y pueden “menoscabar indebidamente el nivel de protección de las inversiones a ser alcanzado”.

El Informe de Progreso brinda detalles sobre cómo avanzarán las negociaciones, destacando que la pandemia por el COVID-19 ha retrasado el progreso en 2020. El Director ha invitado al grupo a celebrar cuatro rondas de negociación durante 2021, y también ha planteado la posibilidad de celebrar reuniones y talleres informales entre dichas rondas.



## La UE y China anuncian "en principio" un acuerdo sobre inversiones

El 30 de diciembre de 2020, luego de siete años de debate, Bruselas y Pekín anunciaron el cierre de las negociaciones para lo que "en principio" sería un Acuerdo Global de Inversiones (CAI, por sus siglas en inglés) entre China y la Unión Europea. El tratado, cuyo borrador fue lanzado el 22 de enero, fue celebrado por la Comisión Europea debido al hecho de que China se comprometió a permitir un nivel de acceso al mercado mayor que nunca para los inversores de la UE, incluidas algunas nuevas e importantes aperturas de mercado y a garantizar un trato justo a las empresas de la UE que operan en dicho país. En general, se espera que el CAI genere un mejor equilibrio en el comercio entre la UE y China, subsanando las asimetrías en torno al grado de apertura del mercado europeo pese a que hay posibilidades de mejorar con respecto a las disposiciones laborales y ambientales.

Según la Presidenta de la Comisión Europea, el CAI es "un hito importante en nuestra relación con China y en nuestra agenda comercial basada en valores. Ofrecerá a los inversores europeos un acceso sin precedentes al mercado chino, que permitirá a nuestras empresas crecer y crear empleo". Úrsula von der Leyen añadió que el tratado "también implica el compromiso de China con unos principios ambiciosos en materia de sostenibilidad, transparencia y no discriminación. El Acuerdo reequilibrará nuestras relaciones económicas con China".

Los europeos elogiaron el CAI debido a que ofrece un mayor acceso al mercado chino para las inversiones de la UE, permitiendo mejores condiciones de competencia equitativas en China, incluyendo el compromiso de este país en lo que se refiere a las disciplinas para las empresas de propiedad estatal, la transparencia de las subvenciones y las normas contra la transferencia forzosa de tecnologías. Se espera que sectores clave de la economía europea se beneficien del Acuerdo, tales como el sector de fabricación, incluyendo la producción de automóviles eléctricos, productos químicos, equipos de telecomunicaciones y equipos sanitarios. El Gobierno chino también ha contraído compromisos relativos a inversiones de la UE en diversos sectores de servicios, como los servicios en la nube, los servicios financieros, la asistencia sanitaria privada, los servicios medioambientales, el transporte marítimo internacional y los servicios relacionados con el transporte aéreo.

Tal como ha observado el IISD, las elevadas expectativas de la UE se deben, en parte, al enfoque de "lista negativa", el cual implica que todos los sectores estarán contemplados en el acuerdo, excepto aquellos específicamente listados. Por lo tanto, los expertos han argumentado que la "lista negativa" muestra la "determinación de China de promover una apertura más amplia, extensa y profunda al mundo exterior".

No obstante, dado que los apéndices y anexos del acuerdo no han sido lanzados, puede suceder que los compromisos de China no vayan más allá de reformas internas tales como la Ley de Inversión Extranjera, la cual entró en vigor el año pasado.

### Sostenibilidad y normas laborales

Dentro del marco del CAI, Bruselas y Pekín también acordaron compromisos en materia de desarrollo sostenible, medio ambiente y cambio climático, incluyendo la plena implementación del Acuerdo de París y el cumplimiento de la prohibición de reducir las normas de protección para atraer inversiones. Según la Comisión Europea, las cuestiones de desarrollo sostenible estarán sujetas a un sólido mecanismo de control de cumplimiento por parte de un grupo de expertos independientes.

Además, el Acuerdo estipula que ambas partes deberán adoptar normas de responsabilidad social empresarial (RSE) y prácticas comerciales responsables, así como la ratificación de los convenios fundamentales de la OIT, especialmente los compromisos en torno a la ratificación de dos convenios sobre trabajo forzoso.

El cumplimiento de todos los compromisos delineados en el CAI será monitoreado por el Vicepresidente Ejecutivo de la UE y el Viceprimer Ministro de China. El texto está siendo traducido y revisado por ambas partes antes de ser sometido a los respectivos parlamentos. La UE y China asumieron el compromiso de cerrar las negociaciones sobre protección de las inversiones y solución de controversias entre inversionista y Estado dentro de los dos años posteriores a la firma del CAI.



## Consortio francés inicia demanda en el CIADI contra Chile después de sufrir pérdidas por USD 37 millones debido a la pandemia del COVID-19

El 19 de enero de 2021, los principales accionistas de un consorcio que controlaba una concesión multimillonaria en el aeropuerto internacional de Santiago, Arturo Merino Benítez, informaron al Presidente chileno, Sebastián Piñera, su intención de entablar una demanda ante el CIADI. Los inversores reclamaron que sufrieron pérdidas como consecuencia de las medidas adoptadas en respuesta a la pandemia por el COVID-19.

Groupe ADP y Vinci Airports, de Francia, poseían el 45% y 40%, respectivamente, de las acciones en el consorcio Nuevo Pudahel, el cual ganó una concesión de 20 años para operar el aeropuerto de Santiago en 2015, donde la italiana Astaldi poseía el 15% restante.

La demanda de los concesionarios franceses en virtud del TBI entre Chile y Francia de 1992 reclama compensación por pérdidas netas de USD 37 millones en 2020, junto con la renegociación contractual para evitar la expropiación de su inversión. Los operadores del consorcio reportan que la rentabilidad cayó un 90% en 2020, ya que Chile perdió 19 rutas y 630 frecuencias semanales desde que irrumpió la pandemia, lo cual implicó una caída de alrededor del 70% en el número de pasajeros.

El conflicto escaló luego de que el Ministerio de Obras Públicas de Chile rechazara una solicitud del consorcio de ayuda financiera y la extensión de la concesión para restaurar su viabilidad económica y recuperar la inversión realizada en la nueva terminal actualmente bajo construcción. Nuevo Pudahel argumentó que los ingresos del aeropuerto se verían afectados por la pandemia por al menos un plazo de cinco años para recuperar los anteriores niveles de tráfico de pasajeros.

Según el sitio web *Pauta Bloomberg*, el Ministro de Obras Públicas, Alfredo Moreno, alegó que el Estado también ha sufrido pérdidas considerables a través del mecanismo de distribución de ingresos que estipula que el 77% del total de los ingresos sería entregado al Estado chileno. "Por cada peso que ha perdido el concesionario, el Estado ha perdido tres veces", agregó. Asimismo, se alegó que la renegociación no estaba permitida por ley y que exigiría una nueva licitación pública.

En la notificación de controversia, los operadores franceses mencionan la política del Gobierno chileno que exige medidas sanitarias adicionales para evitar

la propagación del COVID-19 en el aeropuerto, así como la reiterada denegación por parte del Estado de renegociar el contrato. También hacen referencia las disposiciones del TBI sobre TJE, trato nacional y protección contra la expropiación.

Hablando con *Pulso*, el CEO de Groupe ADP, Fernando Echegaray, destacó que al rechazar sus solicitudes, la concesión corría el riesgo de dejar de ser viable ya que el contrato no asigna el riesgo de la pandemia al consorcio.

"Los efectos de la pandemia y la negativa del Estado en restablecer el equilibrio económico-financiero de la concesión, sin embargo, han causado estragos inesperados que no solo no permitirán mayores inversiones, sino que ponen en riesgo la operación del aeropuerto. Es nuestro parecer que Chile no ha cumplido con sus obligaciones de protección de la inversión extranjera bajo el convenio entre el Gobierno de la República de Chile y el Gobierno de la República de Francia sobre la promoción y protección recíprocas de inversiones", recalzó Echegaray.

Por el contrario, el Ministro Moreno destacó que el aeropuerto no se encuentra en riesgo ya que el concesionario puede ser reemplazado si Nuevo Pudahuel no puede seguir. "Las empresas tienen que cumplir con lo que se les ha pedido, y no pueden esperar a utilizar otros mecanismos para recibir lo que no corresponde. No está en juego nada de las cosas que se dicen, ni el servicio de los pasajeros, ni el mundo de los vuelos, ellos lo que están buscando es que se les alargue el contrato, que significa miles de millones", afirmó.

Observando la demanda de ISDS bajo el TBI entre Chile y Francia, Rodrigo Yáñez, Subsecretario de Relaciones Económicas Internacionales chileno, subrayó que las diferencias entre el consorcio y el Ministerio de Obras Públicas en el marco del contrato de concesión no implica que el Estado chileno esté incumpliendo sus obligaciones internacionales del acuerdo de protección de las inversiones entre Chile y Francia. Un eventual juicio ante el CIADI tiene esto último por objeto y el reciente laudo que pone término a la demanda de los accionistas de *Alsacia y Express* en contra del Estado es clarísimo en distinguir las acciones del Estado de naturaleza contractual y aquellas realizadas por el Estado en su calidad soberana", explicó Yáñez a La Tercera.

Antes de enfrentarse al Estado chileno ante el CIADI, los controladores franceses del aeropuerto de Santiago habían comenzado un período de negociación amistosa de seis meses exigido por el TBI entre Chile y Francia.



## Grupo de Trabajo III de la CNUDMI: 40° Período de Sesiones enfocado en elementos de la reforma estructural

El Grupo de Trabajo III de la CNUDMI se reunió de manera virtual del 8 al 12 de febrero para celebrar su 40° período de sesiones. Durante la sesión, las deliberaciones se enfocaron en dos temas principales relacionados con la reforma estructural de la ISDS: selección y nombramiento de los miembros de los tribunales que entienden en casos de ISDS en el contexto de un “mecanismo permanente” o de un “órgano permanente” (A/CN.9/WG.III/WP.203) y un mecanismo de apelación (A/CN.9/WG.III/WP.202).

Inicialmente incluidas en la agenda, las cuestiones relativas a la ejecución y el código de conducta para los decisores en la ISDS (A/CN.9/WG.III/WP.201) fueron diferidos a una futura sesión del WGIII, debido a falta de tiempo.

El WGIII también acordará, al comienzo de la sesión, retirar de la agenda el debate sobre un proyecto de plan de trabajo y recursos, y solicitó a las delegaciones que presentaran observaciones escritas para el 1 de marzo de 2021. El IISD, CCSI y IIED realizaron presentaciones conjuntas sobre el proyecto. Esta presentación es la cuarta de una serie de presentaciones conjuntas de estas tres organizaciones al WGIII en el contexto de la reforma de la ISDS.

Durante la sesión se aclaró que las observaciones y sugerencias son realizadas sin perjuicio de la postura final de las delegaciones sobre las opciones de reforma específicas; por lo tanto, las deliberaciones no implican ninguna decisión sobre la deseabilidad o viabilidad de un mecanismo permanente ni de un mecanismo de apelación.

Tal como han remarcado los observadores, la presidencia del grupo de trabajo ha comenzado a presionar a los delegados para que finalicen una serie de reformas propuestas. Sin embargo, para algunos delegados, resulta prematuro precipitar la finalización de un texto, ya que no hay acuerdo suficiente sobre el enfoque a las reformas estructurales. De hecho, algunas delegaciones se opusieron a algunas opciones propuestas, especialmente sobre el órgano permanente y el mecanismo de apelación. Por otro lado, los delegados parecen estar dispuestos a comenzar a desarrollar y revisar los textos, incluyendo sobre el órgano permanente de primera instancia y un mecanismo de apelación.

Los debates sobre la reforma de los Sistemas de ISDS se

reanudarán en noviembre. Mientras tanto, se celebrará una serie de reuniones intersesionesales y sesiones informales sobre diversos temas destinadas a prepararse y avanzar sobre los asuntos que serán discutidos en los próximos períodos de sesiones oficiales.

Un webinar sobre el proyecto del Código de Conducta se llevó a cabo el 3, 4 y 8 de marzo de 2021.

## Sistema judicial de inversiones del AECG avanza hacia la implementación mientras que activistas irlandeses lanzan campaña para detener la ratificación

Cuatro decisiones adoptadas por Canadá y la Unión Europea el 29 de enero han acercado a las partes a concretar la implementación del Sistema de Tribunales de Inversiones (STI) bajo el Acuerdo Económico y Comercial Global (AECG). Las decisiones sobre apelación, interpretación, código de conducta y mediación fueron aprobadas formalmente por el Comité Mixto y el Comité de Servicios e Inversión del AECG (CSI) y entrará en vigor una vez que la disposición sobre solución de controversias del AECG entre en vigencia.

Mientras que la aplicación provisional del AECG comenzó en septiembre de 2017, la mayor parte de su Capítulo Ocho, el cual incluye disposiciones de solución de controversias entre inversionista y Estado, entrará en vigencia sólo cuando cada Estado Miembro de la UE ratifique el acuerdo—hasta el momento, 15 de 27 Estados han notificado la ratificación del AECG.

Las decisiones adoptadas el 29 de enero establecen las normas relativas al funcionamiento del Tribunal de Apelación, incluyendo su composición y procedimientos para modificar y anular las constataciones y conclusiones del STI. Las normas de mediación, que procuran facilitar una solución de controversias amigable, también fueron aprobadas.





El Código de Conducta adoptado por los magistrados del STI establece obligaciones de divulgación explícita, confidencialidad, independencia e imparcialidad, y prohíbe a los miembros del anterior Tribunal o del Tribunal de Apelación que actúen como representantes ante el Tribunal o el Tribunal de Apelación durante un período de tres años a partir del final de su mandato. La cuarta decisión adoptada establece las normas que rigen las interpretaciones vinculantes del Comité Mixto del AECG, garantizando que las disposiciones sean interpretadas como se pretendía originalmente.

### Irlanda

A menudo descrito como un acuerdo comercial de "segunda generación", ya que otorga expresamente espacio a los Gobiernos para regular en aras del interés público, el AECG, no obstante, enfrenta una creciente oposición de grupos de activistas irlandeses, país en el cual el Parlamento pospuso la votación para ratificar el acuerdo el pasado diciembre, después de una gran protesta pública. Entre las inquietudes de los activistas se incluyen la soberanía alimentaria de dicho país y el impacto sobre la sostenibilidad a largo plazo de los pequeños productores. El grupo creado recientemente, *Stop Ceta Ireland*, lanzó una campaña contra la ratificación del AECG en febrero, que ya tiene casi 1.500 seguidores en [Twitter](#).

Para *Attracta Uí Bhroin*, de la red [Irish Environmental Network](#), la implementación del STI podría permitir que las empresas demanden a los Estados Miembros de la UE "por promulgar regulaciones progresivas". "Resulta absolutamente crucial que los individuos que no solo se preocupen por el medio ambiente, sino también por el impacto en sus bolsillos y el pago de impuestos, se dirijan a sus TD locales (Miembros del Parlamento irlandés) para expresar sus inquietudes y reclamen que no hubo suficiente debate público", añadió durante una entrevista a *Action From Ireland* (Afri) en [YouTube channel](#).



## LAUDOS Y DECISIONES

### Kenia triunfa en arbitraje geotérmico entablado por WalAm Energy. Tribunal del CIADI rechaza todos los alegatos de la demandante

*WalAm Energy LLC vs. La República de Kenia (Caso del CIADI No. ARB/15/7)*

#### Maria Bisila Torao

En un laudo del 10 de julio de 2020, un tribunal del CIADI desestimó las demandas entabladas por WalAm Energy LCC ("WalAm"), una empresa constituida en los Estados Unidos y con sede en Canadá, contra la República de Kenia en torno a un proyecto geotérmico luego de que este país retirara la licencia de WalAm para explorar y operar la concesión geotérmica Suswa. El tribunal concluyó que Kenia revocó legítimamente esta licencia al declarar la caducidad de la misma porque la demandante no realizó obras físicas durante un período continuo de seis meses.

#### Antecedentes y demandas

El 20 de julio de 2007, WalAm, en una carta dirigida al Ministro de Finanzas, presentó una solicitud de autorización para explorar. Posteriormente, el 5 de septiembre de 2007, WalAm Energy obtuvo una licencia del Ministerio de Energía keniano, otorgándole los derechos exclusivos para "entrar, explorar, perforar y extraer, utilizar y eliminar el vapor geotérmico y los recursos geotérmicos asociados". En otra carta del 3 de septiembre de 2007, firmada por el Ministro con la misma fecha de la licencia, WalAm fue otorgada el permiso para explorar en busca de Recursos Geotérmicos bajo la Sección 6(1) de la Ley de Recursos Geotérmicos (la "GRA").

En febrero de 2009, WalAm informó al Ministro, por carta, que había completado la exploración de la concesión geotérmica Suswa y los análisis de prefactibilidad, y propuso proceder a los derechos de la licencia geotérmica y la perforación inicial. En ese momento, WalAm también solicitó al Gobierno que considerara la posibilidad de celebrar un Contrato de Compraventa de Energía ("CCE") debido a los limitados recursos financieros de la empresa. Más tarde, en marzo, se llevaron a cabo reuniones entre representantes del Gobierno y de WalAm. Pese a que Kenia había

participado en debates preliminares, nunca se celebró un CCE.

En marzo de 2009, GeothermEx emitió un informe de factibilidad. Sin embargo, WalAm no presentó un programa de trabajo al Gobierno hasta febrero de 2011. En marzo del mismo año, se aprobó el programa de trabajo en base al entendimiento de que el programa sería estrictamente respetado. A finales de ese año, el proyecto de WalAm no había progresado ni se atuvo a los planes del programa para ese año.

El 18 de marzo de 2012, el Gobierno escribió una "carta explicativa" subrayando que WalAm estaba incumpliendo los términos de la licencia ya que no llevó a cabo trabajos suficientes en Suswa durante los anteriores cinco años. El Gobierno también señaló que "bajo la práctica normal, lleva cinco años pasar de la exploración del recurso geotérmico a la construcción de centrales eléctricas como tales" (párrafo 284). El 30 de octubre de 2012, el Ministro de Energía emitió una carta de caducidad revocando la licencia de WalAm. En respuesta, WalAm entabló un arbitraje contra Kenia bajo la cláusula de solución de controversias contenida en la licencia, reclamando la violación del derecho consuetudinario internacional por declarar ilícitamente la revocación de la licencia y solicitando millones de dólares en compensación y la restitución de la misma.

#### La legislación nacional es el derecho aplicable. El derecho consuetudinario internacional puede aplicarse a través del derecho interno

Dado que la licencia no contenía una disposición sobre el derecho aplicable, WalAm alegó que al consentir arbitrar las controversias "de conformidad con" el Convenio del CIADI, Kenia aceptó arbitrar las demandas conforme al derecho keniano y las normas del derecho internacional dado que la jurisdicción del tribunal se basa en el Artículo 42(1) del Convenio del CIADI y del derecho keniano, el cual incorpora el derecho consuetudinario internacional. Este artículo dispone que: a falta de acuerdo entre las partes, el tribunal aplicará "la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables" (Artículo 42(1) del Convenio del CIADI). La demandante



asimismo afirmó que el derecho keniano y el derecho consuetudinario internacional eran aplicables porque Kenia había incorporado expresamente el derecho internacional a su Constitución. Kenia, sin embargo, argumentó que sólo la legislación interna era aplicable porque esa era la ley bajo la cual se emitió la licencia.

El tribunal aceptó el argumento de la demandada y explicó que, bajo el Artículo 42 (1) del Convenio, el derecho de Kenia era el aplicable ya que esa era la legislación del Estado parte de la controversia para resolver la misma, y la legislación que regía la legitimidad de la licencia. Asimismo, la existencia y validez de la licencia se derivan del derecho interno tal como la emitió el Gobierno. El tribunal también añadió que el derecho consuetudinario internacional sólo podría ser pertinente al momento de evaluar cuestiones particulares a través de la legislación local porque “el derecho consuetudinario internacional fue incorporado al derecho keniano [...], pero no debería modificar el derecho aplicable” para tratar un tema en particular. El derecho consuetudinario internacional solamente se aplicaría de manera auxiliar o como normas generales del derecho interno keniano (párrafo 348).

#### Tribunal desestima los alegatos de Kenia en torno a la validez de la licencia

Kenia alegó que bajo su legislación interna, WalAm nunca solicitó una licencia porque su carta, con fecha del 20 de julio de 2007, fue solamente una solicitud de autorización para explorar. Consecuentemente, una licencia válida nunca fue emitida porque el Ministro de Energía nunca recibió una solicitud de licencia. Por lo tanto, la licencia era nula ab initio porque los requisitos de la GRA sólo eran una “mera formalidad” tal como reclamó WalAm (párrafo 361). El tribunal rechazó los argumentos de Kenia porque el Ministerio otorgó ambas, pese a que WalAm únicamente haya solicitado autorización. Ciertamente, Kenia pretendió otorgar tanto la autorización para explorar como la licencia. El tribunal además subrayó que, pese a la falta de claridad sobre las circunstancias bajo las cuales el Ministro emitió la licencia ya que la demandante únicamente solicitó una autorización de exploración, WalAm pretendía obtener ambas, la autorización y la licencia. Similarmente, el Ministro tuvo la intención de otorgar ambas y así lo hizo, considerando que WalAm cumplía cabalmente con la GRA (párrafo 364).

#### Declaración legítima de caducidad: tribunal desestima todos los fundamentos planteados por la demandante

WalAm impugnó la validez de la declaración en base

a diferentes razones (en ultra vires; enriquecimiento ilícito; buena fe; falta de razonabilidad; proporcionalidad; propósito indebido; consideraciones relevantes e irrelevantes; equidad procesal; consentimiento; impedimento y la doctrina de los actos propios y confiabilidad en acto ilícito propio). El tribunal rechazó todos estos alegatos.

#### El Gobierno actuó dentro de sus facultades legales

WalAm primero argumentó que el Gobierno actuó más allá de sus facultades legales, *ultra vires*, cuando declaró la revocación de la licencia en base a que WalAm no construyó la central eléctrica en cinco años. El tribunal, sin embargo, explicó que, contrariamente a lo alegado por WalAm, la notificación de revocación únicamente debe ser interpretada a la luz de la licencia y de la GRA. Por lo tanto, concluyó que el Ministro de Energía estaba facultado para basarse en la Sección 11(1)(a) de la GRA y en la licencia si no se llevaban a cabo actividades de exploración durante un período continuo de seis meses y lo hizo expresamente en la notificación de revocación (párrafos 412-428).

#### La falta de realización de actividades físicas activa el derecho de revocación

WalAm también refutó que el Ministro no poseía un fundamento fáctico para basarse en la Sección 11(1) (a) porque las obras que realizó WalAm antes de la notificación de revocación podrían ser interpretadas como trabajos, afirmando que estas obras pueden ser consideradas como cualquier actividad concerniente a la licencia. Para determinar si la demandante había llevado a cabo algún trabajo, el tribunal recurrió a la interpretación y significado de las palabras “en o bajo la tierra” contenidas en la GRA, Sección 11(1) (a), y “en o bajo el área de la licencia” de la cláusula 7(1)(a) estipulada en la licencia. El tribunal coincidió con la interpretación de la demandada de que ambas expresiones requerían una actividad física (párrafos 438-440). El tribunal además explicó que esta interpretación “lee la disposición de revocación en el contexto” y, por lo tanto, no era estrecha ni literal tal como argumentó WalAm sino “consistente con el objeto y propósito de la licencia” y los derechos otorgados bajo la misma (párrafo 441).

#### Revocación de la licencia se dicta en buena fe, es razonable y proporcionada

WalAm además argumentó que la revocación de la licencia se realizó de mala fe porque el objetivo final del Gobierno era transferir los derechos de la misma a una entidad pública. La demandante asimismo alegó que la



revocación era desproporcionada e irrazonable bajo el derecho interno. El tribunal rechazó estos argumentos en base al hecho de que WalAm no se atuvo estrictamente al cronograma. Además, dada la larga historia de incapacidad de WalAm de actuar desde la aprobación del programa de trabajo el 7 de septiembre de 2007, y de adquirir recursos financieros suficientes para hacerlo, la revocación de la licencia era lícita y, por consiguiente, razonable y proporcional.

#### No hay falta de estimación de consideraciones relevantes ni consideradas irrelevantes

WalAm también argumentó que el Gobierno no tomó en cuenta “consideraciones relevantes” cuando decidió revocar la licencia. El derecho keniano establece claramente que el ejercicio de facultades públicas discrecionales pueden considerarse fallidas si se toman en cuenta “consideraciones irrelevantes” o si se omiten “consideraciones relevantes”. El tribunal rechazó este argumento, indicando que, tal como expresó anteriormente en su análisis, la razón para emitir la revocación era que no se realizaron “esfuerzos aparentes para explorar y explotar los recursos geotérmicos” y que esto no constituía una consideración irrelevante (párrafo 471). Similarmente, el tribunal concluyó que Kenia no dejó de tomar en cuenta ninguna “consideración relevante”. La creencia de la demandante de que sus obligaciones bajo la licencia fueron suspendidas proviene de las expectativas surgidas de sus declaraciones repetidas de que necesitaba un CCE para obtener fondos necesarios para avanzar en las obras de infraestructura para el proyecto.

Para el tribunal, una afirmación como tal era ilegítima porque el Ministro de Energía rechazó el CCE en varias ocasiones. Primero, eliminó explícitamente la referencia a un CCE en la solicitud de WalAm cuando emitió la licencia de exploración. Segundo, cuando aprobaron el programa de trabajo de 2011, los representantes del Gobierno no adoptaron el cronograma de WalAm para un CCE. Por lo tanto, según el tribunal, la incapacidad de la demandante para obtener el capital suficiente fue producto de las deficiencias e inadecuación de WalAm (párrafo 493).

#### Consentimiento e impedimento: la conducta de Kenia no podría haber conformado las bases de un impedimento o exención tal como alega la demandante

WalAm también alegó que Kenia consintió dirigirse por escrito a la demandante, no desempeñar el trabajo en o bajo la tierra hasta que se celebrara un CCE o mientras las negociaciones de un CCE estuvieran en curso, y que

Kenia debía estar sujeta a un impedimento de basarse en estos instrumentos para determinar el desempeño y así activar derechos de revocación. El tribunal desestimó esta demanda porque WalAm no pudo demostrar que el Gobierno había afirmado expresamente en ninguna de sus comunicaciones o cartas que había consentido que el inversor no desempeñase su trabajo “en o bajo la tierra” hasta la celebración de un CCE. No se encontró ninguna declaración de consentimiento o afirmación expresa para determinar un impedimento a estos efectos. Además, el Gobierno informó a WalAm sobre la disconformidad del Ministro por la falta de progreso y trabajos en el lugar en muchas ocasiones. Y dejó claro en sus comunicaciones que la licencia estaba en riesgo de ser revocada.

#### No hay expectativas legítimas ya que la demandante no estableció ninguna base probatoria ni respaldo de su demanda

El tribunal consideró que la demandante no podría argumentar que tenía la expectativa legítima de que no se le exigiría que comenzara la perforación antes de celebrar un CCE en base a la conducta del Gobierno. Asimismo, concluyó que WalAm no “tenía expectativas legítimas en el sentido del derecho público” ya que no demostró que “las declaraciones fueron hechas por o en nombre del Gobierno induciendo a una expectativa razonable como tal” (párrafo 527)

#### Aplicación del derecho consuetudinario internacional: no hay violación del nivel mínimo de trato

WalAm invocó el incumplimiento del nivel mínimo de trato del derecho consuetudinario internacional, argumentando que Kenia había violado su obligación de brindar a la demandante un nivel mínimo de trato bajo el Artículo 47 de la Constitución keniana y el derecho consuetudinario internacional. Según la demandante, la conducta obstructiva del Gobierno y su denegación de actuar en buena fe para negociar un CCE impidió que WalAm avanzara e hiciera que el proyecto comenzara a producir.

El tribunal destacó que todos los elementos presentados por WalAm sobre un trato injusto, en violación del estándar del derecho internacional, fueron considerados anteriormente en su análisis y desestimación por el tribunal. Asimismo, añadió que la expropiación no aplicaba, y que todas las demandas sobre el fondo no habrían prosperado. También concluyó que, aún en ausencia de objeciones o silencio por parte del Gobierno, en algunas instancias pueden generarse expectativas legítimas (véase *Gold Reserve vs. Venezuela*), pero, en este caso en particular, no podría dar lugar a ninguna



expectativa en relación con la celebración o falta de obtención de un CCE en el contexto del tratado de inversión (párrafos 558-561).

### Costos

La demandada alegó que todos los gastos debían ser asumidos por WalAm. Además, agregó que aunque la demandante triunfara en su demanda sobre responsabilidad, debía dictarse una designación de costos que reflejase los gastos innecesarios causados por la conducta de la demandante. Por su parte, la demandante argumentó que la demandada debía asumir la totalidad de los costos del arbitraje incurridos por WalAm.

El tribunal señaló que el Convenio del CIADI "otorga amplia discreción para asignar todos los costos del arbitraje" y destacó que las costas legales de la demandada eran significativamente menores que los costos de la demandante.

El tribunal ordenó a WalAm el pago de USD 648.857,75 a la demandada por la parte de los costos del arbitraje que corresponden a esta última y las sumas de EUR 3.586.039,28 y USD 252.262,82 para cubrir el 75% de las costas legales y los gastos de la demandada.

Notas: El tribunal estuvo compuesto por Joe Smouha (presidente, designado por las partes, nacional británico), Swithin J. Munyantwali (designado por la demandante, nacional británico y Ugandés) y James Spigelman (designado por la demandada, nacional australiano). El laudo del 10 de julio de 2020, está disponible en <https://www.iareporter.com/articles/revealed-award-in-dispute-over-kenyan-geothermal-energy-project-comes-to-light/>

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

## Tribunal de la CNUDMI dictamina que India incumple TBI entre India y el Reino Unido en procedimientos iniciados por entidades Cairn

*Cairn vs. India Cairn Energy PLC y Cairn UK Holdings Limited vs. La República de India, Caso de la CPA No. 2016-7*

### Trishna Menon

Un tribunal de la CPA desestimó las objeciones jurisdiccionales presentadas por India y concluyó que dicho país incumplió con el estándar de TJE bajo el TBI entre India y el Reino Unido en un arbitraje bajo las reglas de la CNUDMI. El caso fue iniciado por Cairn Energy PLC (Cairn Energy) y Cairn UK Holdings Limited (CUHL) (juntas, Cairn). El laudo fue dictado el 21 de diciembre de 2020.

### Antecedentes y demandas

El principal objeto de las demandas fue una serie de transacciones que tuvieron lugar dentro del grupo Cairn en 2006 (Transacciones de 2006), por medio de las cuales se reorganizaron los activos del grupo indio. Como parte de estas transacciones, Cairn Energy consolidó todos los activos del grupo en 9 subsidiarias del Reino Unido (9 Subsidiarias). Luego constituyó CUHL en el Reino Unido y transfirió sus acciones de las 9 Subsidiarias a CUHL, en contrapartida de las acciones de CUHL. A su vez, CUHL constituyó Cairn India Holdings Limited (CIHL) en Jersey y transfirió sus acciones de las 9 Subsidiarias a CIHL, en contrapartida de las acciones de CIHL. El último paso de reorganización fue la transferencia de todos los activos indios del grupo Cairn a Cairn India Limited (CIL), la subsidiaria india, transfiriendo CIHL de CUHL a CIL en una serie de etapas graduales (Adquisición de CIHL).

La sección 9(1)(i) de la Ley del Impuesto sobre la Renta de India de 1961 (ITA, por sus siglas en inglés), constituye el objeto de la controversia, que según Cairn, no gravaba las transferencias indirectas de activos de capital situados en India. Sin embargo, un año después, el Departamento de Impuestos sobre la Renta (ITD, por sus siglas en inglés) de India intentó modificar la interpretación establecida de la Sección 9(1)(i) al intentar aplicar un impuesto sobre las ganancias de capital a la transferencia indirecta de un no-residente en la transacción Hutchison-Vodafone. Este intento de "reinterpretar" la Sección 9(1)(i) fue rechazado por la Corte Suprema, en enero de 2012, en el caso *Vodafone International Holdings BV vs. Union*



of *India & Anr. (Vodafone)*. Pocos meses más tarde, el Parlamento indio promulgó una enmienda a la Sección 9(1)(i) (Enmienda de 2012), que efectivamente revocó *Vodafone*, y modificó la Sección 9(1)(i), según *Cairn*, con efecto retroactivo, para cubrir las transferencias indirectas de no-residentes.

En 2014, el ITD notificó a CUHL que no reportó las ganancias de capital gravadas en India surgidas de la Adquisición de CIHL, y emitió una orden adjuntando la participación accionaria de CUHL en CIL, seguido de un procedimiento de evaluación que culminó con la Orden de Evaluación Final (OEF) en enero de 2016, y una Notificación de Demanda del impuesto a las ganancias de capital por USD1,6 mil millones, que sumado a los intereses y penalidades, alcanzaban aproximadamente USD 4,4 mil millones (desde la fecha de la demanda de *Cairn*). *Cairn* reclamó que, desde entonces, India vendió forzosamente aproximadamente el 99% de las acciones de CUHL en CIL, y se rehusó a permitir que CIL distribuyera los dividendos a CUHL.

*Cairn* inició un arbitraje, reclamando que una serie de medidas impuestas por India en relación con las Transacciones de 2006, violaban las obligaciones de India bajo el TBI entre India y el Reino Unido, y solicitó plena compensación por las pérdidas surgidas a raíz de dichas violaciones. En particular, *Cairn* alegó que India: (i) no ‘creó condiciones favorables’ para su inversión y no concedió un TJE a *Cairn* y a su inversión, (ii) no concedió un TJE a sus inversiones en violación del Artículo 3(2) del TBI, (iii) expropió ilícitamente la inversión de CUHL en CIL sin proporcionar una compensación justa y equitativa, y sometió a la inversión de *Cairn* a medidas que tuvieron un efecto equivalente a una expropiación, y que (iv) violó el derecho de *Cairn*, bajo el Artículo 7 del TBI, a ‘la transferencia sin restricciones de sus inversiones y rendimientos’ al privar a CUHL de su capacidad de vender las acciones restantes de CIL y repatriar los bienes, así como los dividendos devengados de dichas acciones.

#### Tribunal desestima objeciones de India sobre jurisdicción y admisibilidad

India planteó un número de objeciones a la jurisdicción del tribunal, que fueron desestimadas. Asimismo alegó que los activos indios de *Cairn* no calificaban como una “inversión” bajo el TBI; primero, porque la supuesta inversión de CUHL no fue realizada de conformidad con el derecho indio, ya que las Transacciones de 2006 constituían un plan abusivo para evadir impuestos,

en violación de la legislación que posteriormente fue aplicable. India no disputó el hecho de que *Cairn Energy* haya realizado una inversión en India en 1996, al adquirir una empresa australiana que poseía intereses en un contrato de participación en producción sobre un campo de gas y petróleo en la India, firmado en 1996, y consecuentemente varios otros activos, incluyendo contratos de participación en producción y acuerdos de operación conjunta. India no alegó que alguna de estas transacciones adquisitivas fuera ilícita. El tribunal sostuvo que este arbitraje se relacionaba con esta inversión lícita, y que este hecho era suficiente para determinar que la controversia recaía dentro de la jurisdicción del tribunal.

Asimismo, el tribunal rechazó el argumento de India de que la inversión debía ser analizada en partes. Con CUHL sólo adquiriendo sus activos durante las Transacciones de 2006. De acuerdo con el principio de investigación jurisdiccional sobre si la controversia se relaciona con una inversión, el tribunal decidió que la inversión debía ser tratada como un todo. Determinando que las demandas de *Cairn* se relacionaban con la inversión original de *Cairn Energy*, la cual meramente sufrió cambios a lo largo del tiempo, el tribunal concluyó que estas demandas recaían dentro de su jurisdicción en virtud del objeto de las mismas.

Segundo, India rebatió que la definición de inversión en el Artículo 1(b) del TBI no incluye las inversiones indirectas, y de esta manera, los activos de *Cairn Energy* en India no se encontraban protegidos bajo el TBI. India se basó en el Artículo 5(3), el cual garantiza compensación por expropiación a los accionistas de la empresa expropiada, alegando que esta disposición se tornaría superflua si las inversiones indirectas estuvieran protegidas bajo cualquier circunstancia en virtud del TBI, y se basó en el caso *RosInvest vs. Rusia* donde se trató una disposición similar. Sin embargo, el tribunal explicó que el tribunal de *RosInvest* no sugirió que la presencia de una disposición como tal en un TBI negase el derecho existente de los accionistas a reclamar sus pérdidas indirectas, y concluyó que, en el contexto del TBI, tal como se refleja en otras disposiciones, no se sugiere la exclusión de las inversiones indirectas de su ámbito de aplicación.

India planteó varias objeciones adicionales a la jurisdicción. Las mismas incluyen que las demandas de *Cairn* recaían fuera del alcance de la jurisdicción del tribunal en virtud del Artículo 9 del TBI ya que involucraban ‘ganancias’ y no ‘inversiones’, (ii) las controversias impositivas no podrían ser



resueltas en un arbitraje bajo el TBI, debido a una excepción implícita de su ámbito de aplicación, y debido al hecho de que India y el Reino Unido han acordado específicamente que las controversias impositivas deberían ser resueltas de conformidad con el procedimiento prescrito en convenios contemporáneos para evitar la doble imposición. India también alegó que las controversias sobre cuestiones impositivas no son arbitrables, por tratarse de cuestiones de políticas públicas internacionales, o del derecho indio o del derecho holandés (ya que la sede del arbitraje era La Haya). Estos argumentos también fueron desestimados por el tribunal.

### Se encuentra violación del estándar TJE; otras demandas desestimadas

Cairn argumentó que las medidas fiscales de India constituían un trato injusto e inequitativo bajo el TBI. El tribunal concluyó que la evaluación fiscal se basa exclusivamente en la Sección 9(1)(i) de la ITA, tal como fue modificada por la Enmienda de 2012. Con respecto al efecto de la Enmienda de 2012, el tribunal señaló que el hecho de que el Parlamento etiquetara la enmienda a la Sección 9(1)(i) como una “aclaración” no era determinante del efecto jurídico internacional de la Enmienda. También concluyó, en base a su consideración de una amplia variedad de evidencia, que la Enmienda de 2012 modificó sustancialmente el ámbito de aplicación u operación de la Sección 9(1)(i) y, por ende, no era una verdadera aclaración, tal como alegó India. Esta Enmienda procuraba modificar el contenido de la Sección 9(1)(i) desde la fecha de promulgación de la ITA (es decir, 1 de abril de 1962). El mero hecho de que las autoridades fiscales, en la práctica, estuvieran impedidas de aplicar impuestos más allá del período límite de 6 años, no cambiaba el plazo de retroactividad para el cual la Enmienda de 2012 pretendía aplicarse.

India argumentó que las Transacciones de 2006 habrían sido gravables incluso sin la Enmienda de 2012, ya que se trataba de transacciones que pretendían evadir impuestos, y por lo tanto, eran gravables bajo la doctrina ‘look at’ desarrollada por los tribunales indios, la cual se enfoca en el ‘fondo sobre la forma’. India también alegó que las Transacciones de 2006 eran gravables independientemente de la Enmienda de 2012 porque involucraban una transferencia indirecta de bienes inmuebles, y como tales, era gravables bajo la Sección 2(47)(vi) de la ITA. Sin embargo, el tribunal dictaminó que India no pudo probar ninguno de estos alegatos.

Después de esto, el tribunal analizó la cuestión de si la aplicación retroactiva de impuestos violaba el estándar de TJE. Señaló que llevaría a cabo un ejercicio de balance entre los objetivos de las políticas públicas de India, y el interés de Cairn de beneficiarse de los valores de la certeza jurídica y la previsibilidad. Con el fin de realizar este balance, analizó las razones específicas para justificar la aplicación retroactiva de las medidas impositivas. Dado que India no poseía un propósito público específico para justificar la aplicación de la Enmienda de 2012 a transacciones pasadas, esta aplicación retroactiva a la Adquisición de CIHL no compensaba adecuadamente el interés protegido de Cairn por la certeza jurídica, y la facultad de regular de India. Al aplicar de manera retroactiva una nueva medida impositiva a una transacción que no era gravable en el momento en que fue llevada a cabo, Cairn fue privada de su capacidad de ponderar las consecuencias jurídicas de su conducta, violando el principio de certeza jurídica que, según el tribunal, es uno de los elementos principales del estándar de TJE. Consecuentemente, el tribunal concluyó que India violó este estándar del TBI.

Asimismo, determinó que no era necesario abordar las demandas restantes de Cairn en relación con los Artículos 3(1), 5 y 7 del TBI. Dado que Cairn solicitó la misma reparación para todas estas demandas, y aunque el tribunal hubiese determinado el fondo de las mismas, esto no afectaría su evaluación de la reparación apropiada.

### Reparación

Habiendo determinado que India violó el estándar de TJE del TBI, el tribunal señaló que debía otorgar reparación que “eliminase” las consecuencias del incumplimiento de India en relación con el TBI y, colocar a Cairn en la posición en la que se habría encontrado, si esta violación no hubiese ocurrido. Esto involucró comparar qué habría ocurrido en la situación real, que con toda probabilidad habría existido, si ese acto no hubiera sido cometido (*But-For Scenario*). La diferencia entre ambos sería la medida del daño sufrido por Cairn. Asumiendo que la jurisdicción del tribunal para resolver la presente controversia incluía la facultad de ordenar a India, como una medida de restitución, que retirase su demanda fiscal internacionalmente ilícita, el tribunal declaró que la demanda fiscal contra Cairn, tal como lo establece la OEF, no era consistente con el TBI. Por lo tanto, Cairn fue dispensada de toda obligación a este respecto. El tribunal también ordenó a India que retirara la OEF de manera permanente, y se



abstuviera de solicitar la recuperación de la presunta responsabilidad fiscal o cualquier interés y/o penalidad surgida de la misma.

El tribunal también admitió la demanda de compensación de Cairn por el valor de las acciones de CIL, que India confiscó y vendió como parte de la ejecución de su demanda fiscal ilícita bajo la OEF. Cairn recibió compensación por el valor de las acciones de CIL por el monto de los bienes netos que Cairn habría obtenido de la venta de las acciones de CIL en un *But-For Scenario*. Por otro lado, Cairn solicitó compensación por el impuesto corporativo que presuntamente tendría que pagar en el Reino Unido por la suma otorgada por el tribunal, una tasa corporativa del 19%. Pero el tribunal concluyó que Cairn no demostró, con un grado suficiente de certeza, que incurriría en el pago de dicho impuesto sobre el total del monto otorgado por los bienes de las acciones de CIL. Consecuentemente, desestimó esta demanda.

### Decisión y costos

El tribunal admitió su jurisdicción sobre la controversia, y declaró que las demandas de Cairn eran admisibles. De esta manera, concluyó que India incumplió sus obligaciones en virtud del TBI entre el Reino Unido e India y del derecho internacional, y en particular, que violó el estándar de TJE conforme al Artículo 3(2) del TBI. No se expidió sobre ninguno de los otros asuntos respecto de los cuales Cairn había solicitado reparación.

Ordenó a India que compensara a Cairn por el daño total sufrido por ésta como resultado de sus violaciones de tratado, por un monto de aproximadamente USD1.232.820,143 más intereses, a una tasa LIBOR USS 6-meses más un margen de 6 meses del 1,375%, compuestos semi-anualmente. El tribunal también ordenó a India el pago de alrededor USD22.395.114 por los costos del arbitraje y la representación legal de Cairn.

*Nota:* El tribunal estuvo compuesto por Laurent Lévy (presidente, nacional brasilero y suizo), Stanimir A. Alexandrov (designado por la demandante, nacional búlgaro) y J. Christopher Thomas QC (nombrado por la demandada, nacional canadiense). El laudo está disponible en <https://www.iareporter.com/articles/a-1-2-billion-dollar-loss-for-india-as-cairn-energy-prevails-in-new-investment-treaty-award/>.

**Trishna Menon** es Investigadora Senior del Centre for Trade and Investment Law, Nueva Delhi, India.





## RECURSOS Y EVENTOS

### RECURSOS

#### **Acuerdos Internacionales de Inversión y sus Implicancias en las Medidas Impositivas: Qué Deben Saber los Formuladores de Políticas**

UNCTAD (2021)  
Disponible aquí

#### **Convocatoria de Documentos: "El Futuro del Derecho de las Inversiones en América Latina" (*Gestión de Controversias Transnacionales*)**

Documentos completos hasta el 31 de marzo, 2021  
Más información aquí.

#### **Bangladesh y el Derecho Internacional**

Editado por Mohammad Shahabuddin, Routledge (2021)  
Un análisis integral del derecho internacional desde la perspectiva del Hemisferio Sur con referencia específica a Bangladesh.  
Disponible aquí.

#### **Monitoreo de Políticas de Inversión de la UNCTAD (febrero 2021)**

Disponible aquí.

#### **Juzgando en la Interfaz. Deferencia a la Autoridad Decisora Estatal en la Adjudicación Internacional**

Por Esme Shirlow, Cambridge University Press (febrero 2021). Disponible aquí.

#### **Mapa del Arbitraje Africano**

La Asociación Africana de Arbitraje (AfAA) proporciona el Mapa del Arbitraje Africano. El mismo incluye:  
- Legislación Africana de Arbitraje (AAL); y  
- Un Directorio No Exhaustivo de Árbitros Internacionales Africanos (DAIA)  
Disponible aquí.

### EVENTOS 2021

#### **Congreso (simulacro de juicios) sobre Arbitraje Internacional de Inversión Extranjera Directa**

31 de octubre al 3 de noviembre de 2021.  
Seúl, Corea. Regístrese aquí

#### **Escuela de Investigación Internacional Max Planck para la Exitosa Solución de Controversias en Derecho Internacional**

Postulaciones hasta el 31 de marzo de 2021  
Convocatoria de Postulaciones 2021

#### **Conferencia de la Sociedad de Derecho Económico Internacional 2021**

8 al 10 de julio (en línea)  
Regístrese aquí



© 2021 The International Institute for Sustainable Development  
Publicado por el Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible.

### **Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible (IISD)**

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

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

### **Investment Treaty News (ITN)**

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

ITN recibe trabajos sin publicar y originales.

Cualquier pregunta debe ser enviada a Zoe Phillips Williams a [zoe.williams@iisd.net](mailto:zoe.williams@iisd.net)

**Para suscribirse a ITN, por favor visite: [www.iisd.org/itn/subscribe](http://www.iisd.org/itn/subscribe)**



**Investment Treaty News**



**IISD**

International Institute for  
Sustainable Development