



Cláusulas de Flexibilidad Inteligente en los Acuerdos Internacionales de Inversión

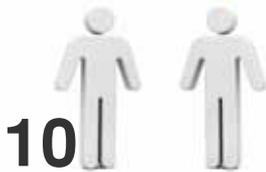
por Anne van Aaken



6



8



10



La Cruzada por las Materias Primas: Inversión china en Tierras Agrícolas por Carin Smaller, Qiu Wei y Liu Yalan

Tratados de Inversión y la Búsqueda de Acceso al Mercado en China por Axel Berger

El Borrador del Capítulo de Inversión del Acuerdo Económico y Comercial Global de Canadá y la UE: ¿Un paso hacia atrás para la UE y Canadá? por Nathalie Bernasconi-Osterwalder

La Evolución del TBI Canadiense: Comentario sobre el Acuerdo Modelo de 2012 por Catharine Titi

También en este número: The Rompetrol Group N.V. c. Rumania; Ambiente Ufficio S.p.A c La. República Argentina; Urbaser S.A. y Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa c. La República Argentina; Inmaris Perestroika Sailing Maritime Services GmbH y otros c. Ucrania; Tulip Real Estate and Development Netherlands B.V. c. La República de Turquía

contenido

-
- 3 **Artículos**
Cláusulas de Flexibilidad Inteligente en los
Acuerdos Internacionales de Inversión
Anne van Aaken
-
- 6 La Cruzada por las Materias Primas: Inversión
china en Tierras Agrícolas
Carin Smaller, Qiu Wei y Liu Yalan
-
- 9 Tratados de Inversión y la Búsqueda de Acceso
al Mercado en China
Axel Berger
-
- 11 El Borrador del Capítulo de Inversión del Acuerdo
Económico y Comercial Global de Canadá y la
UE: ¿Un paso hacia atrás para la UE y Canadá?
Nathalie Bernasconi-Osterwalder
-
- 14 La Evolución del TBI Canadiense: Comentario
sobre el Acuerdo Modelo de 2012
Catharine Titi
-
- 15 **Noticias en Breve:**
Comisión Europea solicita permiso para
comenzar negociaciones de un tratado
de inversión con China; Grecia enfrenta
reclamación por restructuración de deuda
soberana; Inversores presentan arbitraje contra
la República Checa en respuesta a cambios
en incentivos a energía renovable; La UNCTAD
nomina a nuevo director general
-
- 16 **Laudos y Decisiones:**
The Rompetrol Group N.V. c. Rumania;
Ambiente Ufficio S.p.A c La. República
Argentina; Urbaser S.A. y Consorcio de
Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur
Partzuergoa c. La República Argentina;
Inmaris Perestroika Sailing Maritime Services
GmbH y otros c. Ucrania; Tulip Real Estate
and Development Netherlands B.V. c. La
República de Turquía

-
- 23 **Recursos y Eventos**

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

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

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

Gerente del Programa de Inversiones para el
Desarrollo Sostenible
Nathalie Bernasconi

Redactor
Damon Vis-Dunbar

Redactor edición francesa
Henrique Suzy Nikema

Traductora edición francesa
Isabelle Guinebault

Redactor edición en español
Fernando Cabrera

Traductora edición en español
Maria Candeli Conforti

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

Cláusulas de Flexibilidad Inteligente en los Acuerdos Internacionales de Inversión

por Anne van Aaken

artículo 1



El principal desafío para los diseñadores y adjudicadores de los tratados de inversión es la de distinguir entre un comportamiento oportunista de los estados anfitriones, lo cual debería ser sancionado en virtud del derecho internacional, y las medidas de políticas públicas de buena fe, que, a la inversa, no deberían serlo. En este artículo se sugiere que existe la necesidad de que los Acuerdos Internacionales de Inversión (AIIs) sean más 'inteligentes' y 'flexibles' para hacer esta distinción de mejor manera. Se basa en la teoría de los contratos económicos como marco básico, y en la teoría de la economía política para un análisis más fino.

Teoría de los Contratos Económicos

Es imposible redactar contratos (o tratados) completos ya que no es posible prever y describir adecuadamente el resultado contractual de todos los posibles resultados en el futuro¹. La teoría de los contratos marca una distinción entre tres tipos de incerteza:

1. Incerteza sobre el futuro (impredecibilidad)
2. Incerteza sobre las acciones de otros jugadores (asimetría en la información)
3. Incerteza sobre el significado y alcance de las disposiciones contractuales (es decir, ambigüedad textual e indefinición legal)

La asimetría en la información entre las partes genera el mayor problema: cada parte posee información exclusiva sobre sí misma, dando lugar a un posible oportunismo. La teoría de los contratos analiza los problemas resultantes: selección adversa, daño moral y verificación. Estos problemas surgen de igual manera en el derecho de las inversiones. La teoría de los contratos también destaca las posibilidades para resolverlos, separando el comportamiento que debería ser permitido intra-contractualmente del comportamiento que debería acarrear una

penalización a fin de que el contrato sea eficaz *ex post*². Esta distinción sirve como trasfondo para redactar eficazmente cláusulas de flexibilidad en los AIIs.

Las contingencias no anticipadas, si fueran identificadas *ex ante*, podrían cambiar el contenido inicial del contrato. El arrepentimiento ocurre cuando las circunstancias no se encuentran previstas en el contrato (incompleto), exigiendo (erróneamente) un desempeño, mientras que el 'contrato contingente completo' (ideal) habría excusado tal desempeño. Exigiendo el desempeño o los daños de una medida regulatoria adoptada de buena fe sin un fundamento discriminatorio como, por ejemplo, en el caso *CMS v. Argentina*³, sería ineficaz *ex post*. Es por esta razón que los contratos generalmente intentan marcar la distinción entre el comportamiento oportunista de mala fe y las contingencias imprevistas surgidas de la buena fe, y, por consiguiente, exigir consecuencias legales diferentes⁴. El arrepentimiento sobre una contingencia es diferente del oportunismo en el hecho de que el primero surge a partir del bienestar *ex post* de ambas partes, mientras que el oportunismo solo se hace en favor del bienestar de una parte. Así, el primero debería ser permitido en el contrato mientras que el segundo no. Este, sin embargo, no es el caso en el derecho internacional: las regulaciones de buena fe o las respuestas a crisis, también de buena fe, han llevado a los tribunales a ordenar el pago por daños.

Teoría de la Economía Política

La economía política brinda orientación sobre instancias de comportamiento oportunista. La misma ha sido aplicada con éxito en la formación de políticas comerciales⁵, pero aún no lo ha logrado en el derecho de las inversiones. Sin embargo, existen similitudes: tal como Gene M. Grossman & Elhanan Helpman señalan, "(l)a industria interna tiene el mismo incentivo de hacer lobby para que haya barreras a la inversión como impedimentos para el comercio"⁶. Por lo tanto, como son el resultado de maximizar el apoyo político, en lugar de maximizar el bienestar, algunas regulaciones resultarían oportunistas⁷. Su enfoque nos permite observar el comportamiento oportunista típico, tales como las medidas proteccionistas y discriminatorias que pretenden maximizar, ya sea el apoyo a la industria nacional en cuestión⁸ o las propias finanzas de una parte (es decir, corrupción) a través de la expropiación.

Cláusulas de Flexibilidad Inteligente

Las cláusulas de flexibilidad inteligente pueden definirse como disposiciones que toman en cuenta contingencias imprevistas a fin de marcar una distinción entre las medidas del estado anfitrión en pos del interés público, para las cuales no se exige compensación, y las medidas oportunistas, que sí

tornan necesario el pago de compensación. Una dimensión de flexibilidad inteligente concierne el alcance textual de la cláusula en cuestión (es decir, la dimensión sustantiva). Las cláusulas de flexibilidad han de encontrarse como un factor continuo y varían desde cláusulas de seguridad esencial a excepciones de objetivos regulatorios específicos. Otra dimensión de flexibilidad se basa en cuán estricto es el escrutinio de aquellas cláusulas; en otras palabras, el alcance otorgado a los tribunales para revisar las acciones gubernamentales. Nuevamente, éstas deben ser continuas y varían desde cláusulas auto-críticas a aquellas que reciben un estricto escrutinio por parte de los tribunales. Además, hay que considerar los mecanismos institucionales para hacer una separación entre el comportamiento oportunista y aquel de buena fe (es decir, la dimensión institucional).

Observando la dimensión sustantiva, las cláusulas pueden redactarse de manera tal que las medidas particulares tomadas de buena fe y de forma no discriminatoria se encuentren explícitamente excluidas de una determinación de violación y que, por ende, permitan las medidas estatales que tienen como objetivo el desarrollo sostenible. También pueden incluir una guía para el tribunal en torno al alcance de revisión permitido, delegando, así, una mayor o menor capacidad de escrutinio al tribunal.

La Dimensión Sustantiva

Sustantivamente hablando, los conceptos de 'buena fe' y 'no-discriminación' son particularmente importantes para las cláusulas de flexibilidad inteligente. Actualmente, existe una gran controversia en torno a si una medida de buena fe tomada por un estado anfitrión constituiría una violación de un AII, especialmente cuando se habla del trato justo y equitativo o la expropiación indirecta. Mientras que la mala fe indicaría una violación para cualquier tribunal, no está claro si la buena fe puede excluir a un estado anfitrión de la violación de un tratado. Desde una perspectiva de flexibilidad, una medida adoptada de buena fe debería ser aceptada más fácilmente por un tribunal como legítima. En estos casos hay una necesidad de separar las circunstancias especiales donde los daños estarían garantizados, tales como una expropiación directa *bona fide* por la cual no se ha pagado compensación, o una expropiación indirecta la cual ha demandado un sacrificio especial del demandante. Una medida de buena fe tiende a ser el resultado de circunstancias factuales y legales en constante evolución (por ejemplo, la ratificación de un tratado internacional de derechos humanos o la intensificación una política ambiental) en lugar de un comportamiento oportunista por parte del gobierno. Tanto el Modelo de TBI de Estados Unidos como el de Canadá establecen explícitamente que ciertas medidas con un propósito de buena fe, tal como un objetivo de bienestar público, y adoptadas de

manera no discriminatoria, no son compensables⁹. De esta manera, las cláusulas de flexibilidad inteligente no solo describen explícitamente las medidas permisibles, sino que también excluyen las medidas no discriminatorias. Además, brindan al tribunal la discreción necesaria para otorgar daños solo en algunas pocas circunstancias donde la medida de buena fe constituiría una violación de tratado.

Los argumentos sobre medidas no discriminatorias se relacionan más con una cuestión de principios. Desde un punto de vista económico, la no discriminación es el patrón de oro ya que garantiza un mismo nivel de juego para todos los inversores (nacionales e internacionales). Por lo tanto, se supone que las medidas discriminatorias son una violación al AII en casi todas las circunstancias¹⁰, ya que existe una sospecha razonable de que la motivación que subyace a la medida política sea proteccionista. Si la inversión, tal como el comercio, también versa sobre oportunidades competitivas, la conducta discriminatoria del estado debe ser examinada cuidadosamente, mientras que la conducta no discriminatoria no debería llevar a determinar la violación de un AII, excepto en contadas circunstancias. La conducta discriminatoria en situaciones post-establecimiento es, en otras palabras, un fuerte indicador de comportamiento oportunista. Sin embargo, la intención juega un papel exculpatorio ya que incluso la conducta discriminatoria puede ser permisible si la intención es benevolente. Este, por ejemplo, podría ser el caso en tiempos de crisis financiera con un presupuesto limitado para rescatar los bancos: aquí, los rescates discriminatorios o garantías estatales para bancos nacionales podrían ser excusados. Asimismo, las medidas de buena fe que son tomadas por el gobierno en situaciones de emergencia en un intento de sortear la crisis no deberían ser compensables si las mismas son aplicadas a ciudadanos nacionales. Un fuerte indicio sería una ley de emergencia nacional que también impone condiciones difíciles para las industrias y los ciudadanos nacionales.

La Dimensión de Revisión

Con respecto al alcance de la revisión, las cláusulas auto-críticas brindan a los estados una mayor flexibilidad, mientras que impiden que los tribunales hagan una distinción entre las medidas oportunistas y las de buena fe en pos el bienestar público. Por lo tanto, podrían fácilmente llevar al abuso por parte de políticos que priorizan sus propios intereses. También crean una nulidad legal para los inversores y el escrutinio legal se vería impedido ya que se descartaría toda revisión de la conducta del estado anfitrión. Sin embargo, una revisión completa parece ser inadecuada dado que, muy a menudo, particularmente en casos de emergencia o seguridad nacional, debería darse un margen de apreciación al gobierno. Además,

el tribunal podría carecer de la pericia necesaria para evaluar la respuesta gubernamental a la crisis. A fin de evitar el comportamiento oportunista, una revisión de la buena fe resulta suficiente. Esto es lo que hacen los tribunales administrativos nacionales cuando controlan la discreción de la administración: controlan los límites de la buena fe. En otras palabras, se chequea la legalidad del comportamiento gubernamental, pero si el mismo se encuentra dentro de los límites de la buena fe, las consideraciones de conveniencia no son juzgadas. Si, por ejemplo, el gobierno toma una medida de zonificación de tierras, los tribunales examinarían la legalidad del procedimiento y si el gobierno ha tenido en cuenta determinados intereses prescriptos por la ley, pero no juzgaría la eficacia económica de la decisión.

Mecanismos Institucionales

Por último, los mecanismos institucionales pueden ayudar a distinguir entre el comportamiento oportunista y el comportamiento más conveniente al delegar ciertas cuestiones a determinados organismos expertos. Por ejemplo, el Modelo de TBI de 2012 de Estados Unidos contiene una innovación de índole institucional que concierne los procedimientos para las medidas prudenciales relacionadas con el mercado financiero. Procedimientos similares pueden ser aplicables a otras constelaciones. Aquí, los estados retoman la delegación del tribunal para resolver ciertas cuestiones—tales como las medidas de emergencia en crisis financieras—y las delega a expertos especializados, normalmente agencias no políticas de las partes estatales. Esto tiene el potencial de mitigar el comportamiento oportunista de los gobiernos. Cuando ambas agencias coinciden en que una medida tomada por el estado anfitrión fue prudencial, probablemente será difícil para el tribunal encontrar un comportamiento oportunista. Al considerar la introducción de tales procedimientos en los AII, los estados deberían decidir si: 1) permiten su aplicación sólo bajo un determinado umbral de reclamaciones por daños (análisis de costo y beneficio); 2) comprometer a los tribunales con las opiniones emitidas por las agencias de los estados partes; e 3) incluir la consulta con expertos como un principio general.

Conclusión

Las cláusulas de flexibilidad inteligente, tales como las incorporadas en los Modelos de TBI de EUA y Canadá, podrían ayudar a resolver un problema fundamental de la redacción y aplicación del derecho internacional: la distinción entre el comportamiento oportunista (y, por ende, compensable) y el de buena fe (y, por lo tanto, no compensable) de los estados anfitriones. Basarse en la teoría económica ayuda a iluminar la estructura del problema subyacente y podría utilizarse como guía por los diseñadores de tratados y por los tribunales, respectivamente.

La mejor opción es incluir cláusulas de flexibilidad inteligente en los AII, pero esto llevará mucho tiempo. Mientras tanto, los tribunales podrían recurrir a la teoría de contratos económicos como trasfondo para distinguir entre el comportamiento oportunista de las respuestas permisibles a contingencias imprevistas.

Autor

Anne van Aaken es Profesora de Derecho y Economía, Teoría Legal, Derecho Internacional Público y Derecho Europeo en la Universidad de St. Gallen. El presente artículo se encuentra basado en un escrito más extenso titulado *Smart Flexibility Clauses in International Investment Treaties and Sustainable Development: A Functional View* (21 de marzo, 2013). U. of St. Gallen Law & Economics Working Paper No. 2013-18. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2236772> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2236772>.

Notas

- Robert E. Scott and Paul B. Stephan, *The Limits of Leviathan. Contract Theory and the Enforcement of International Law*. Cambridge: Cambridge University Press (2006), pág. 76. Jean Tirole, *Incomplete Contracts: Where do We Stand?*, 67 *Econometrica* 741 (1994), en la página 743 define un contrato incompleto como un contrato que "no agota las posibilidades contractuales previstas en el contrato completo". "la traducción nos pertenece"
- Los teóricos hacen una distinción entre la información observable y la verificable. La primera puede ser observada por las dos partes pero aún podría suceder que la información no sea verificable en el sentido de que la parte observante no pueda establecer el hecho de manera suficiente como para convencer a una tercera parte neutral a un costo razonable. Para mayores detalles, véase Scott & Stephan, nota 2 ut supra, págs. 71-72.
- CMS Gas Transmission Company v. Argentina*, 12 de mayo, 2005 – Caso del CIADI No. Arb/01/8.
- Si los daños otorgados son mayores que la expectativa de daños, se desalienta la "violación eficaz", y ya que podría llevar a un comportamiento ineficaz del estado anfitrión. Para consultar un debate sobre los contratos cubiertos por los TBI, véase Fabrizio Marrella & Irmgard Marboe, "Efficient Breach" and *Economic Analysis of International Investment Law*, 4 *Transnational Dispute Settlement*, Online Journal 6 (2007).
- Gene M. Grossman & Elhanan Helpman, *Protection for Sale*, 84 *American Economic Review* 833 (1994); Gene M. Grossman & Elhanan Helpman, *Trade Wars and Trade Talks*, 103 *Journal of Political Economy* 675 (1995).
- Gene M. Grossman & Elhanan Helpman, *Foreign Investment with Endogenous Protection*, in Robert C. Feenstra, Gene M. Grossman and Douglas A. Irwin (eds), *The Political Economy of Trade Policy: Papers in Honor of Jagdish Bhagwati*. Cambridge, Mass.: MIT Press (1996), pág. 199, pág. 216. "la traducción de la cita nos pertenece". Véase también Anne van Aaken & Tobias Lehmann, *Sustainable Development and International Investment Law: An Harmonious View from Economics*, en Roberto Echandi and Pierre Sauvé (eds), *Prospects in International Investment Law and Policy*, Cambridge: Cambridge University Press 2013, párrafo 317.
- La asunción en el modelo de Grossman/Helpman de que los gobiernos siempre actúan para maximizar el apoyo/probabilidad política de reelección: asume que firmar un tratado económico internacional es equivalente a maximizar el apoyo político. De esta manera, resulta crucial determinar si firmar el tratado todavía maximizaría el apoyo político *ex ante* si la exclusión de alguna medida (por ej. Proteccionismo de alguna industria específica) hubiera sido expuesta en la mesa de negociación del tratado. De lo contrario, esto constituiría un comportamiento oportunista *ex post*.
- UNCTAD *World Development Report, 2012* UNCTAD, *World Investment Report*, en la página 101 describe estos problemas de la siguiente manera: "Pese al hecho de que los foros de políticas internacionales de más alto nivel (por ej. el G-20) frecuentemente hacen referencia al 'proteccionismo relativo a la inversión', no hay una definición universalmente aceptada de este término. Las diferentes escuelas de pensamiento adoptan enfoques distintos. Ampliamente, las medidas proteccionistas relacionadas con la inversión incluirían: (1) medidas dirigidas a los inversores extranjeros que los discriminan explícitamente o 'de facto' (es decir, los tratan de manera diferente a la de los inversores nacionales) y que están diseñadas para impedir o desalentarlos de invertir, o de quedarse, en el país. Y (2) las medidas dirigidas a empresas nacionales que les exigen la repatriación de bienes u operaciones al país de origen o que desalientan nuevas inversiones en el extranjero. En este contexto, las 'medidas' se refieren no solo a medidas regulatorias nacionales, sino también incluyen la aplicación de *procedimientos administrativos* o, incluso menos tangible, *presión política*". "la traducción de la cita nos pertenece"
- European Parliament resolution of 6 April 2011 on the future European international investment policy en 4 (2010/2203(INI)) ("Los futuros acuerdos de inversión celebrados por la UE deberían basarse en las mejores prácticas extraídas de la experiencias de los Estados Miembros e incluir... el trato justo y equitativo, definido en base al nivel de trato establecido por el derecho consuetudinario internacional"), disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+TA+P7-TA-2011-0141+0+DOC+PDF+V0//EN>. [La traducción nos pertenece]
- Podría haber razones aceptables para discriminar entre inversores de terceros países (NMF): por ejemplo, en sectores sensibles (tales como el sector del mercado financiero), donde un trato específico sólo se otorga a inversores de un país con el mismo nivel de supervisión. Se aplica el mismo razonamiento que el del Anexo del GATS sobre Servicios Financieros.

La Cruzada por las Materias Primas: Inversión china en Tierras Agrícolas

por Carin Smaller, Qiu Wei y Liu Yalan

artículo 2



Las tierras agrícolas y el agua son recursos cada vez más buscados por un mayor número de inversores extranjeros. El sector privado pretende capitalizarse del aumento de los precios de las materias primas agrícolas y la demanda mundial, así como también especulando con el incremento del precio de las tierras. Los gobiernos están invirtiendo en el extranjero para satisfacer las necesidades de alimentos y energía de sus países en el contexto de una gran volatilidad de precios en el mercado mundial, del agotamiento de los recursos naturales a nivel interno y de la caza global por los recursos hídricos.

El Banco Mundial reportó que en 2009 los inversores adquirieron 45 millones de hectáreas de tierras, 32 millones de los cuales se ubican solo en África. En 2012, el proyecto Land Matrix revisó estas cifras, y ahora se estima que durante los pasados 10 años los inversores adquirieron 83,2 millones de hectáreas de tierra, mayormente en África. Este fenómeno ha sido referido como la 'toma mundial de tierras'.

A menudo China es caracterizado como el mayor 'tomador de tierras', pese a que este país rechaza firmemente estos reclamos. En diciembre de 2011, el vocero del Ministerio de Asuntos Exteriores de China, Hong Lei, declaró a la agencia estatal de noticias Xinhua que: "En lugar de tomar tierras en África, China le ha proporcionado tanta asistencia técnica como ha podido para ayudarlo a desarrollar la agricultura y potenciar la capacidad del continente para utilizar sus recursos naturales y atender temas tales como el cambio climático y la seguridad alimentaria ... Sí, existe el neo colonialismo en África, pero absolutamente no por parte de China".

No dedicamos a verificar si los reportes sobre las inversiones chinas eran correctos o no.¹ De manera poco sorprendente, nuestras conclusiones presentaron una imagen mucho más compleja de las ambiciones de China en el extranjero. Lo más destacado es que el país posee una firme base agrícola a nivel interno y una sólida política de seguridad alimentaria que le permite ser ampliamente auto suficiente. Sin embargo, hay algunos productos agrícolas que China no produce en cantidades suficientes. Para estos, el país depende de los comerciantes de materia prima. Para reducir esta dependencia, China está invirtiendo en el extranjero, incluyendo la adquisición de tierras agrícolas y agua directamente de los productores y a través de operaciones de empresas conjuntas.

En términos de inversiones en recursos agrarios e hídricos, encontramos informes de prensa que reportan 86 grandes proyectos chinos que cubren 9 millones de hectáreas de tierras cultivables en países en vías de desarrollo. Pudimos confirmar la existencia de 55 proyectos que involucran 4,9 millones de hectáreas. La mayoría de los mismos aún no han comenzado a producir, pero como mínimo se han firmado varios contratos o memorandos de entendimiento. En el presente artículo se resumen las principales conclusiones de nuestro informe *Farmland and Water: China Invests Abroad* (Tierras y Aguas: China invierte en el extranjero).

La Dependencia de China en el Comercio

China necesita enormes cantidades de materias primas agrícolas para abastecer a sus industrias, lo cual no puede satisfacerse solamente por medio de la producción interna. En 2010, este país era responsable del nueve por ciento de la importación agrícola mundial; las principales materias primas eran soya, algodón, aceite de palma, productos lácteos, cueros, pieles y lana.²

Para obtener estas materias primas, el Estado depende de agro empresas transnacionales de EUA y Europa, tales como Archer Daniel Midlands, Bunge, Louis Dreyfuss y Cargill, las cuales dominan el comercio de soya y otros productos agrícolas.

China está preocupada por los costos asociados con la compra a comerciantes y la alta volatilidad de los precios agrícolas. En una entrevista con *The China Daily*, el presidente de la empresa agrícola de propiedad estatal Chongqing Grain Group, dijo que "la mayoría de las empresas chinas importan soya a través de los cuatros principales comerciantes de granos ... Sin embargo, si los importadores pudieran comprar directamente al productor, se podría ahorrar de un 18 a un 24 por ciento de las ganancias." Como resultado, China se ha volcado a la inversión externa directa. Adquirir tierras agrícolas es parte de la estrategia, pero la misma es mucho más amplia, e incluye empresas conjuntas con gobiernos o empresas locales y contratos con agricultores locales.

El Cambio hacia la Inversión Extranjera

En 2001 se llegó a un punto crítico cuando el país adoptó formalmente su estrategia '*Go Global*', la primera movida del gobierno para alentar a los inversores a salir al extranjero. De muchas maneras, esta fue la 'salida' de China hacia afuera, cuando mostró su deseo de convertir sus empresas locales en jugadores internacionales.

Desde el lanzamiento de esta estrategia, la inversión extranjera ha aumentado dramáticamente. En 2001, los flujos anuales de inversión externa directa llegaron a un total de \$6 mil millones y en 2010 a \$68 mil millones (colocando a este país en el quinto lugar entre otras economías en términos de flujos anuales de salida de inversión externa directa, pero que solo representa el cinco por ciento del total de los flujos de salida mundiales).

En 2007, los valores de la inversión externa directa (IED) en agricultura fueron aproximadamente de \$1,2 mil millones, siendo la tercera fuente principal, después de Estados Unidos y Canadá.³ En 2010, el Ministerio de Comercio de China reportó que los valores habían crecido a US\$2,6 mil millones.

Mercados Asiáticos y Latinoamericanos

Asia es el principal receptor de inversiones agrarias. Encontramos 29 proyectos que cubren 2,5 millones de hectáreas de tierra. Pero la resistencia local en ocasiones ha forzado a China a buscar modelos de negocios más aceptables en términos sociales y políticos. Entonces, también ha invertido a través de contratos y empresas conjuntas, así como de la cooperación para el desarrollo y la asistencia, particularmente con los países de *Mekong River Basin*, para ayudarlos a mejorar su productividad agrícola. En Asia Central, hay tres proyectos confirmados que cubren más de un millón de hectáreas.

También encontramos proyectos agrarios que cubren 770.000 hectáreas en Latinoamérica. Debido a una estricta legislación sobre la propiedad extranjera de las tierras, los inversores chinos han comprado granos directamente de los productores, especialmente soya. En Brasil, por ejemplo, un grupo mixto de cuatro empresas privadas y estatales chinas están negociando un acuerdo por \$7 mil millones en el estado de Goiás para producir seis millones de toneladas de soya por año para exportarlos a China.

Además, se espera que los inversores chinos inviertan \$2 mil millones en una planta de trituración de semillas de soya y un depósito de almacenamiento y otros \$100 millones para mejorar las instalaciones portuarias en Sao Francisco do Sul.⁴

Mercados Africanos

En África, encontramos 18 proyectos agrarios que cubren 380.000 hectáreas de tierras, algunos de los cuales son parte del programa de asistencia y cooperación de China. Los proyectos de asistencia datan de la década de 1950 pero se han inclinado cada vez más a la generación de ganancias. Actualmente, una importante motivación para los proyectos de asistencia de China es ayudar a establecer nuevos mercados para las empresas de este país—lo cual no dista mucho de la estrategia utilizada por muchos países industrializados. Por ejemplo, la empresa estatal china, *China-Africa Cotton Development Limited*, posee una empresa conjunta en Malawi para producir, procesar y exportar algodón nuevamente a China. El proyecto combina emprendimientos comerciales y de asistencia e involucra la construcción de una planta de procesamiento y compra de algodón a los productores locales.

Demasiado grande para ser exitoso

Los proyectos de inversión que abarcan decenas de miles de hectáreas de tierras agrícolas generan gran preocupación debido a la creciente evidencia de graves efectos negativos en las comunidades locales y el alto índice de falla. En 2011, un informe del Banco Mundial reportó que generalmente los inversores estaban apuntando a países con una débil gobernanza agraria, lo cual da como resultado la transferencia de tierras que a menudo ignoran los derechos sobre este recurso. Se evidencia una cultura de secretismo donde las comunidades (e incluso los funcionarios gubernamentales) no son consultados o informados sobre los tratos agrarios antes de ser firmados. También se descubrió que los proyectos de inversión no generan empleo. Hay un creciente número de informes sobre las fallas de los grandes proyectos. Recientemente, el Banco Mundial ha conducido una encuesta sobre 179 proyectos de inversión agrícola, donde se concluyó que el 50 por ciento de los mismos fallaron financieramente porque el concepto era “fatalmente defectuoso”.⁵

Desde entonces, un número de otras organizaciones intergubernamentales, académicos y ONGs han conducido investigaciones y llegado a conclusiones similares. Si bien las mismas no apuntan directamente a China, todo gobierno o inversor que adquiera tierras en el extranjero debe actuar responsablemente, garantizando el cumplimiento con la legislación interna y con los tratados y normas internacionales. Una gran cantidad de herramientas pueden utilizarse para ayudar a diseñar proyectos de inversión sostenibles y responsables y para evaluar su desempeño.

Conclusión

China está buscando activamente oportunidades de inversión en el extranjero y actualmente es la tercera fuente principal de valores de inversión extranjera en agricultura. El sector agrícola se ha convertido en una prioridad para la inversión extranjera china, y se espera que esto aumente significativamente.

El cambio hacia la inversión externa se debe en parte a reducir la dependencia en los mercados mundiales de materias primas. Como resultado, China está implementando una compleja estrategia de inversión que incluye la adquisición de tierras agrícolas y recursos hídricos, la compra directa a productores y la inversión a través de empresas conjuntas.

Tal como sucede con todas las iniciativas que involucran la transferencia de recursos agrarios e hídricos a inversores extranjeros, existe una gran preocupación por los proyectos chinos en los países en desarrollo. Sin embargo, la inversión en agricultura se necesita desesperadamente, particularmente en los países más pobres, y China puede jugar un papel positivo. Resulta fundamental que la inversión externa opere en un marco seguro en términos económicos, legales y de políticas públicas y que las políticas de inversión de los países anfitriones garanticen que los proyectos contribuyan a mejorar los medios de subsistencia, fortalecer la seguridad alimentaria, crear empleos y utilizar los recursos naturales de manera sostenible.

Autor

Carin Smaller es Asesora en Agricultura e Inversión del International Institute for Sustainable Development (IISD), Ginebra; Qiu Wei es economista china especializada en comercio e inversión internacional y ex pasante del IISD, trabajando sobre temas de cambio climático y comercio; Liu Yalan es abogada china especializada en arbitrajes de inversión internacional y consultora del programa de inversión del IISD.

Traducido al español por María Candela Conforti.

Notas

1 Small, C., Wei, Qiu, & Yalan, Liu. (2012). *Farmland and Water: China Invests Abroad*. International Institute for Sustainable Development. Extraído de: http://www.iisd.org/pdf/2012/farmland_water_china_invests.pdf

2 U.S. International Trade Commission. (Marzo, 2011). *China's agricultural trade: Competitive conditions and effects on U.S. exports*. Extraído de: www.usitc.gov/publications/332/pub4219.pdf

3 UNCTAD. (2009). *World investment report 2009: Transnational corporations, agricultural production and development*. Extraído de: http://unctad.org/en/docs/wir2009_en.pdf

4 Soybean and Corn Advisor. (5 de Abril, 2011). *Chinese invest in direct purchase of soy from Brazilian farmers*. Extraído de: http://www.soybeansandcorn.com/news/Apr5_11-Chinese-Invest-in-Direct-Purchase-of-Soy-From-Brazilian-Farmers

5 Tyler, G., & Dixie, T. (2012). *Responsible Agricultural Investment: The Way Forward*. Banco Mundial. Extraído de: https://www.responsibleagroinvestment.org/sites/responsibleagroinvestment.org/files/features/Findings_Agribusiness_CDC.pdf

Tratados de Inversión y la Búsqueda de Acceso al Mercado en China

por Axel Berger

artículo 3



Actualmente, ya es muy común decir que el sistema mundial de los tratados de inversión se encuentra en una encrucijada. Por un lado, un número de países están optando por cancelar sus tratados bilaterales de inversión (TBIs), retirarse del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones o por negociar tratados de inversión sin las controvertidas cláusulas para la solución de controversias entre inversionista y estado (en inglés, *investor-state dispute settlement*, ISDS). Por otro lado, la elaboración de los tratados también está cambiando. Los días de los TBIs simples con un solo propósito parecen estar contados. Dado que el número de TBIs negociados ha descendido en los últimos años, se están incorporando reglas más complejas de inversión en los acuerdos preferenciales de comercio e inversión (*preferential trade and investment agreements*, PTIAs) entre un grupo cada vez más grande de países. Los tratados generalmente están combinando de manera más equilibrada las reglas relativas a la etapa de post-establecimiento de las inversiones con las reglas de inversión de acceso al mercado. Los acuerdos mega regionales actualmente bajo negociación, tales como el Acuerdo Transpacífico de Asociación (*Transpacific Partnership*, TPP), el Acuerdo Económico Regional Global (*Regional Comprehensive Economic Partnership*, RCEP) o el Acuerdo de Asociación Transatlántica de Comercio e Inversión (*Transatlantic Trade and Investment Partnership*, TPIP), podrían probar ser los ejemplos más destacados de esta tendencia. Sin embargo, la inclusión de compromisos de acceso al mercado ha provocado divisiones: los países y regiones exportadores de capital tales como los Estados Unidos, Canadá, la Unión Europea y Japón son los principales defensores, mientras que los países importadores de capital a menudo se muestran reticentes.

¿Adónde se encuentra China en este sistema de tratados de inversión cada vez más complejo?. Los flujos de inversión externa directa que están siendo impulsados por empresas chinas han colocado a este país en el foco de la atención internacional. Al mismo tiempo, China ha construido una densa red de ahora más de 130 TBIs. Si este país continuara negociando nuevos tratados a este mismo ritmo, en un futuro cercano superará a Alemania como el país con el mayor número de TBIs¹. Por supuesto, evaluar la política de inversión internacional de China sobre la base de una mera cantidad de tratados no nos llevará muy lejos. Resulta más importante determinar si China está adhiriendo a la tendencia de firmar tratados globales que van más allá de las reglas de protección de las inversiones

encontradas en los TBIs más predominantes. Y en particular, ¿cuál es la postura de China en torno a extender el alcance de los tratados de inversión introduciendo controvertidas reglas de acceso al mercado?²

Tres generaciones de tratados de inversión chinos

Los tratados de inversión chinos pueden ser categorizados en tres generaciones. La primera generación de TBIs, negociados entre las décadas de 1980 y 1990, incluían varias salvaguardias para el país anfitrión; más notablemente las cláusulas para la solución de controversias entre inversionista y estado (en inglés, ISDS) se limitaban a diferencias que involucran el monto de la indemnización en caso de expropiación. China ha negociado más de 70 de este tipo de TBIs.

El TBI entre China y Barbados firmado en 1998 fue el primero de aproximadamente 50 tratados de segunda generación. El mismo puede ser considerado como un punto clave en la elaboración de tratados de inversión por parte de China. Por primera vez, este país aceptaba permitir que los inversores extranjeros sometieran “cualquier diferencia relativa a una inversión” a arbitraje internacional³. China también introdujo gradualmente un número de innovaciones en sus tratados, tales como cláusulas menos restrictivas de trato nacional.

En los últimos años, el enfoque chino a la elaboración de tratados de inversión ha progresado mucho y una tercera generación de TBIs chinos ha entrado en escena. Estos tratados pretenden alcanzar un mejor equilibrio entre los derechos del inversor y los del estado anfitrión⁴. Para esto, se inspiró en las innovaciones que incorporaron los miembros del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) en respuesta a una gran cantidad de reclamaciones ISDS. Frente a esta situación, los expertos chinos hablan de una “Americanización” de los tratados de inversión chinos⁵. En los últimos años, China ha adoptado un número de conceptos desarrollados por los países del TLCAN, tales como referencias al concepto de nivel mínimo de trato, la adopción del término “en circunstancias similares” para especificar el significado de la cláusula de trato nacional y excepciones a la cláusula de transferencia.

Un aspecto que vale la pena destacar de la práctica de tratados de inversión de China es que se están negociando tratados de segunda generación paralelamente con los de tercera generación. La razón que subyace a este patrón aparentemente paradójico es que China, a diferencia de los países tradicionalmente exportadores de capital, no insiste en su propio modelo como base de negociación. Entrevistas realizadas por el autor a los negociadores de tratados de inversión revelan que China está dispuesta a negociar sobre la base de los modelos de texto de sus socios.

China y las reglas de acceso al mercado

Además de su densa red de TBIs, hasta el momento China ha celebrado 12 acuerdos preferenciales de comercio, de los cuales cuatro incluyen reglas comprehensivas de inversión⁶. En sus PTIAs, este país sigue un enfoque ampliamente conservador que se centra en el comercio de productos, pese a que las reglas de inversión han sido incorporadas por solicitud de su país socio. Con la excepción del PTIA firmado con Pakistán, el cual meramente copia el enfoque de China con respecto a los TBIs de segunda generación, los PTIAs firmados con Nueva Zelanda, Perú y los Países SEAN entran en la tercera generación de tratados chinos de inversión. China, no

obstante, sigue oponiéndose a extender la cobertura de las obligaciones de trato nacional al establecimiento de las inversiones; preservando de esta manera, su derecho a regular la entrada de inversiones extranjeras. Más que nada, China está dispuesta a dispensar trato de nación más favorecida con respecto al acceso al mercado, garantizando que los inversores de sus países socios se beneficien de un trato más preferencial que el que China podría otorgar a terceros países en un futuro. Además de los PTIAs, China también se ha rehusado a admitir reglas de acceso al mercado en un TBI firmado recientemente con Canadá y en un acuerdo trilateral de inversión celebrado con Japón y Corea del Sur, apartándose así del enfoque habitualmente adoptado por estos países socios.

Próximas Negociaciones

A consecuencia de la tendencia mundial hacia la celebración de acuerdos de inversión más globales, es muy posible que China enfrente más peticiones de incluir disposiciones sobre el acceso al mercado en sus TBIs y PTIAs. Estas presiones se originan de tres áreas:

1) *El canal de negociación:* China actualmente está negociando un TBI con EUA y está a punto de lanzar las negociaciones con la UE en otoño de 2013. Tanto EUA como la UE han declarado que las disposiciones de acceso al mercado serán parte integral de todo acuerdo de inversión futuro que vayan a firmar con China. Es muy probable que estas disposiciones sean enclavadas en las negociaciones de un RCEP entre las naciones ASEAN+6. Dada la importancia económica de estos países, China enfrentará una gran presión para incluir disposiciones de acceso al mercado.

2) *Un ambiente internacional en constante cambio:* Importantes países exportadores de capital están presionando para que se combine la protección de las inversiones en la etapa de post-establecimiento con las disposiciones de acceso al mercado. Esto se torna evidente por el objetivo declarado por EUA y la UE de redactar reglas de comercio e inversión del siglo 21 en el contexto del TTIP. Se puede decir lo mismo del TPP. El aspecto más notable sobre ambos procesos de negociación es que China se encuentra excluida. Independientemente de si estas negociaciones están dirigidas intencionalmente contra China, los acuerdos Mega Regionales probablemente incluyan reglas de inversión que irán más allá del nivel de protección de las inversiones que se encuentra presente en los acuerdos chinos, ejerciendo así una presión competitiva sobre este país para que se brinde a los inversores extranjeros en China y a los inversores chinos en el exterior niveles similares de protección.

3) *Una economía política interna muy cambiante:* Las presiones antes descritas a nivel internacional deben ser evaluadas con respecto al debate, dentro de China, sobre el reajuste del nivel de crecimiento chino hacia niveles más altos de consumo interno y el desarrollo económico impulsado por la innovación. Especialmente controvertida es la discusión sobre el grado en que China necesita hacer reformas estructurales orientadas al mercado. El informe "*China 2030*" publicado por el centro de investigación al desarrollo del Consejo Estatal (*Development Research Center of the State Council*), uno de los centros de expertos en temas de política

económica más influyentes de China, junto con el Banco Mundial, por ejemplo, apelaron a una mayor liberalización de la restricción de las inversiones y especialmente destacaron la importancia de incluir disposiciones de acceso al mercado en los futuros tratados de inversión chinos⁷. Las recientes iniciativas de políticas para modernizar las reglas de intercambio extranjero también apuntan a una mayor liberalización del régimen de IED de China⁸.

Dada la historia de este país sobre la elaboración de tratados así como la importancia del Estado en la economía china, parece poco probable que este país deje de oponerse a las reglas de acceso al mercado en sus TBIs y PTIAs en un futuro cercano. No obstante, las presiones internas y externas descritas anteriormente son inmensas y hacen más posible que el gobierno chino avance hacia liberalizar el proceso de admisión y aprobación de la IED. Sin embargo, aun cuando China decida liberalizar unilateralmente su régimen de inversión, sigue abierta la cuestión de si EUA y la UE, en particular, podrán utilizar este ímpetu para lograr la inclusión de disposiciones de acceso al mercado en un acuerdo de inversión firmado independientemente con China. Los inversores de este país ya gozan de un marco de inversión relativamente abierto y estable en la UE y en EUA. Resulta dudoso, por lo tanto, si estos países podrán ofrecer a China algo mejor en el contexto de un TBI. Si bien EUA y la UE se encuentran en un momento de gran cautela para entrar en negociaciones de acuerdos globales de comercio e inversión con China, un acuerdo como tal podría brindar la posibilidad de negociar concesiones a lo largo de diferentes disciplinas, brindando de esta manera, un gran impulso para lograr que China avance en dirección a un mayor acceso al mercado.

Autor

Axel Berger es investigador del German Development Institute / Deutsches Institut für Entwicklungspolitik (DIE), Departamento de Economía Mundial y Desarrollo Financiero, Bonn. Trabaja en temas de políticas mundiales de inversión, con un enfoque en los países emergentes y en vías de desarrollo. Sus principales áreas de investigación en la actualidad son los patrones de difusión y los impactos de los acuerdos internacionales de inversión en el desarrollo.

Notas

1 Alemania prácticamente ha dejado de negociar nuevos TBIs como resultado de la transferencia de capacidades para la IED al nivel de la Unión Europea. Dado que los nuevos tratados de inversión europeos reemplazarán a los actuales TBIs de los estados miembros, el número de TBIs alemanes se reducirá aún más en los próximos años.

2 Véase Axel Berger (2013): *Investment rules in Chinese preferential trade and investment agreements: is China following the global trend towards comprehensive agreements?*, Bonn: German Development Institute / Deutsches Institut für Entwicklungspolitik (DIE) (*Discussion Paper 7/2013*), en línea: [http://www.die-gdi.de/CMS-Homepage/openwebcms3.nsf/%28ynDK_contentByKey%29/ANES-96KDZQ/\\$FILE/DP%207.2013.pdf](http://www.die-gdi.de/CMS-Homepage/openwebcms3.nsf/%28ynDK_contentByKey%29/ANES-96KDZQ/$FILE/DP%207.2013.pdf)

3 Véase TBI entre China-Barbados 1998, Art. 9 (1). Sobre el programa de TBI de China véase: Axel Berger (2011): *The Politics of China's Investment Treaty-Making Program*, en: Tomer Broude, Marc L. Busch y Amelia Porges (Eds.): *The Politics of International Economic Law*, Nueva York: Cambridge University Press, párrafos 162-185.

4 Véase por ej., TBIs firmados con México (2008), Colombia (2008), Canadá (2012), el tratado trilateral de inversión entre China, Corea y Japón (2012) y los PTIAs con Nueva Zelanda (2008), Perú (2009) y ASEAN (2009).

5 Véase Cai Congyan (2009): *China-US BIT negotiation and the future of investment treaties regime: A grand bargain with multilateral implications*, en: *Journal of International Economic Law* 12 (02), párrafos 457-506.

6 Estos tratados fueron negociados con Pakistán (2006), Nueva Zelanda (2008), Perú (2009) y ASEAN (2009). El PTIA firmado con Singapur simplemente incorpora el acuerdo de inversión entre China y ASEAN, y el PTIA con Costa Rica de 2010 sólo reafirma el TBI entre China y Costa Rica firmado en 2007. El PTIA recientemente celebrado con Groenlandia sigue este enfoque y "reconoce la importancia" (Art. 92) del TBI entre China y Groenlandia de 1994.

7 Development Research Center/World Bank (2013): *China 2030. Building a Modern, Harmonious, and Creative Society*, Washington: The World Bank, pág. 389. En línea: <http://www.worldbank.org/content/dam/Worldbank/document/China-2030-complete.pdf>

8 Reuters (2013): *China to simplify foreign exchange rules on foreign direct investment*, en línea: <http://www.reuters.com/article/2013/05/11/us-china-ix-investment-idUSBRE94A01P20130511>

El Borrador del Capítulo de Inversión del Acuerdo Económico y Comercial Global de Canadá y la UE:

¿Un paso hacia atrás para la UE y Canadá?

por Nathalie Bernasconi-Osterwalder

artículo 4



Cuando en diciembre de 2009, el Tratado de Lisboa otorgó a la Unión Europea jurisdicción sobre la inversión externa directa, muchos pensaron que se abría una oportunidad para la introducción de nuevos enfoques y cambios sistémicos a los tratados de inversión. Los estados miembros de la UE son parte de aproximadamente 1.200 tratados bilaterales de inversión (TBIs)—más de un tercio del total mundial—y, por ende, un enfoque más progresivo y coherente a los tratados de inversión por parte de la UE tendría profundos cambios en el derecho internacional de las inversiones. Lamentablemente, la tendencia hasta el momento no ha satisfecho estas expectativas.

También en 2009, Canadá y la UE comenzaron a negociar un Acuerdo Económico y Comercial Global (*Comprehensive Economic and Trade Agreement*, CETA). Originalmente, el acuerdo se limitaba al comercio¹, pero en septiembre de 2011 el Consejo Europeo expandió el mandato para que la Comisión Europea negociara un capítulo de inversión². Actualmente, las negociaciones del CETA, incluyendo el capítulo de inversión, se encuentran en la etapa final y se espera la firma del acuerdo para este año.

Lograr que el texto sobre inversión sea ‘correcto’ resulta crucial; cualquier error persistirá durante un mucho tiempo. Aun si Canadá o la UE deciden en algún momento terminar el acuerdo, el borrador del CETA establece que las disposiciones del mismo continuarán teniendo vigencia por 20 años.

Lamentablemente, un reciente borrador del capítulo de inversión del CETA (con fecha del 31 de mayo de 2013) solo presenta mejoras menores, principalmente en torno a cuestiones procesales, en los actuales TBIs de los estados miembros de la UE³. Además, el texto ignora ampliamente los “cambios principales” solicitados por un comité del Parlamento Europeo en un informe de 2011 sobre la política de inversión de la UE⁴. El borrador de capítulo de inversión también implica un paso hacia atrás para Canadá, quien durante la última década ha introducido un número de innovaciones procesales y sustantivas a sus acuerdos

de inversión que se verían significativamente socavadas bajo el actual texto.

En este breve artículo se describen algunos aspectos importantes del borrador del capítulo, así como un comentario sobre las potenciales implicancias que surgirían si Canadá y la UE adhirieran a estas disposiciones. Aquí también se destacan las propuestas presentadas tanto por la UE como por Canadá para el borrador del texto—pero éstas aún no han sido acordadas.

Definición de inversión

La definición de “inversión” es muy amplia, y cubre “todo tipo de bienes” independientemente de si las inversiones se encuentran asociadas con una empresa existente o nueva en el estado anfitrión o no. Esta definición resulta crucial ya que determinará qué inversiones se beneficiarán de fuertes protecciones en otras partes del acuerdo. Contar con una lista exhaustiva de las inversiones cubiertas o una definición basada en empresas garantizaría de mejor manera que el acuerdo sea interpretado de modo que se protejan los tipos selectos de inversión, en lugar de un vasto universo de inversiones.

El borrador del capítulo expande la definición de inversor a las personas o empresas naturales que “*pretendan hacer, estén haciendo o hayan hecho una inversión*”. Esto también amplía el alcance de la aplicación del tratado a la fase de pre-establecimiento de una inversión (es decir, a la etapa donde el inversor está buscando invertir pero aún no ha establecido la inversión). Al mismo tiempo, Canadá y la UE han acordado limitar el alcance del término ‘inversor’ excluyendo, de la definición, a las empresas que no poseen actividades sustanciales en el presunto estado anfitrión. De esta manera se aborda el tema del ‘*treaty shopping*’* y la mala utilización de inversores ‘*mailbox*’ o fantasmas, lo cual es un resultado muy bienvenido.

Establecimiento de la inversión

El borrador del capítulo de inversión sugiere que Canadá y la UE acuerdan compromisos extensivos de acceso al mercado, lo cual prohibiría una amplia gama de medidas que regulan la entrada de inversores extranjeros y sus operaciones. Si bien el alcance de los compromisos de liberalización dependerá de las excepciones aplicadas a los compromisos de acceso al mercado, no obstante este enfoque supone el riesgo de exponer a Canadá y la UE a compromisos de larga data en áreas que estos países no pretendían cubrir. Este riesgo se intensifica debido al uso de un enfoque de lista negativa, que es nuevo para la UE, y se aumentaría aún más si estos compromisos fueran a estar sujetos al arbitraje entre inversor y estado.

Otro elemento problemático es la prohibición de los requisitos de desempeño. Esto elimina la flexibilidad de los países para utilizar estas medidas como herramientas de políticas económicas, reduciendo significativamente el alcance general de discreción

política de estos países. Mientras que en los tratados de la UE hasta el momento se encuentran ausentes, Canadá ha prohibido el uso de algunos requisitos de desempeño en sus anteriores tratados, y ya ha perdido en un arbitraje presentado por empresas petroleras de EUA en relación con una disposición similar bajo el TLCAN. Si fuera incluida en el CETA, esta disposición no debería estar sujeta al arbitraje entre inversor y estado, tal como lo sugiere la UE. En cambio, debería considerarse un enfoque más flexible para resolver los desacuerdos sobre el uso de los requisitos de desempeño.

Trato No-discriminatorio

El borrador del capítulo combina los compromisos de pre-establecimiento con las obligaciones de dispensar trato nacional y de nación más favorecida (NMF). Esto significa que, además de las prohibiciones contra los límites sobre el acceso al mercado, Canadá y la UE están contemplando derechos *relativos* de establecimiento incorporados a través de la cláusula de trato nacional y de NMF. Como consecuencia, los estados anfitriones asumen obligaciones frente a los posibles inversores aun antes de que se realice la inversión. Esto podría limitar significativamente la capacidad de los estados miembros de la UE y Canadá para regular determinadas inversiones extranjeras en las etapas de entrada y pre-entrada, sujeto a una lista de excepciones.

Una de las desventajas más significativas del borrador se relaciona con la formulación de la disposición de NMF. La misma, tal como se encuentra redactada, no limita la posibilidad de que los inversores puedan importar disposiciones de otros tratados de inversión. En efecto, esto permitiría a los inversores extranjeros escoger cuidadosamente disposiciones de tratados, incluyendo anteriores, pertenecientes a la UE y a Canadá, lo cual supone el riesgo de anular todo progreso realizado en el CETA para modernizar el derecho de las inversiones. Esto implicaría un serio revés de la postura de Canadá en su Modelo FIPA 2004, el cual impedía optar por el lenguaje presente en antiguos tratados.

Protección de las Inversiones/Trato Justo y Equitativo

El borrador del CETA incluye una disposición para dispensar trato justo y equitativo (en inglés, FET) a los inversores y las inversiones. Disposiciones similares se han convertido en una obligación que “atrapa a todo” invocada por los inversores, y en muchos casos han sido interpretadas por los tribunales de manera incoherente y de gran alcance.

De acuerdo con un borrador anterior del texto, Canadá había favorecido una lista cerrada de situaciones que constituyen una violación de la norma de trato justo y equitativo (denegación de justicia, violación fundamental del proceso debido, arbitrariedad manifiesta, discriminación dirigida a una empresa (*targeted discrimination*), trato abusivo).

La UE, por otro lado, propuso una lista abierta, ampliando demasiado el concepto de trato justo y equitativo, lo cual, como consecuencia, resulta muy problemático.

Las partes ahora han acordado un nuevo enfoque, que comienza con una lista cerrada pero incorpora un mecanismo de flexibilidad que permite a las partes debatir periódicamente el contenido de la obligación FET. Este agregado interesante podría ser utilizado también en otras cláusulas.

Además, las partes coincidieron en que también podría ocurrir una violación de la obligación FET en otras situaciones que constituyen una violación del derecho consuetudinario internacional (es decir, cuando una obligación es “reconocida en la práctica general de los estados y aceptada como ley”). Lamentablemente, esto re-introduce lo que se pretendía evitar con la lista cerrada. Hubiera sido preferible definir el trato justo y equitativo solamente mediante una lista de situaciones que constituyen una violación de la obligación.

Es importante destacar, no obstante, que debido a la ausencia de una cláusula adecuada de excepciones a la disposición de NMF (véase más arriba), toda precisión en la formulación de la cláusula FET podría ser ignorada por los tribunales, ya que un inversor podría recurrir a disposiciones FET más vagas extraídas de otros tratados al entablar una reclamación en virtud del capítulo de inversión del CETA.

La UE también propone la inclusión de la denominada “cláusula paraguas”, que posibilita a los inversores reclamar la violación de un contrato o de otro acuerdo como una violación de tratado en sí misma. Como resultado, los compromisos del estado anfitrión son ampliados significativamente, dejando a los estados mucho más expuestos a reclamaciones de arbitraje internacional. Los tratados canadienses habitualmente no contienen una cláusula paraguas, y el Parlamento de la UE ha expresado gran preocupación por su uso en los tratados de inversión.

Expropiación

Anteriormente en las negociaciones, Canadá y la UE habían presentado propuestas divergentes con respecto a la expropiación indirecta. En línea con su práctica desde hace mucho tiempo, Canadá propuso excluir las medidas de bienestar público (es decir, regulaciones ambientales, de salud y seguridad) de la noción de expropiación indirecta, lo cual limitaría la interpretación expansiva de los tribunales sobre si una medida gubernamental constituye una expropiación o no. La UE, sin embargo, sugirió que tales medidas deberían ser sometidas a una prueba tanto de “necesidad” como de “proporcionalidad” a fin de determinar si constituyen una expropiación indirecta. El borrador de mayo sobre expropiación se basa en el lenguaje utilizado en ambas propuestas pero no incorpora los elementos de necesidad y

proporcionalidad. Este es un avance muy bienvenido. Nuevamente, tal como se remarcó más arriba, dado que el lenguaje del CETA sobre expropiación es diferente al utilizado en algunos TBIs de los estados miembros de la UE o en algunos TBIs anteriores de Canadá, la cláusula de NMF, si no se encuentra calificada adecuadamente, podría permitir que los inversores importen otras cláusulas de expropiación a las controversias relativas al CETA.

Reservas y Excepciones

Las disposiciones relativas a reservas y excepciones establecen que algunos compromisos sustantivos no se aplican a aquellas medidas disconformes que se encuentran listadas en los programas. Esto significa que los estados no pueden conservar leyes, regulaciones y otras medidas pre-existentes, de conformidad con los compromisos asumidos en el capítulo de inversión a menos que esto se encuentre explícitamente excluido en un programa. Esto es riesgoso, ya que resulta muy difícil saber con certeza si todas las medidas disconformes se encuentran listadas en el programa. Un enfoque mejor sería el de apadrinar las medidas disconformes, a menos que se establezca lo contrario. Canadá ha sentado un precedente sobre este enfoque en algunos de sus tratados más recientes.

“ A medida que la UE y Canadá están entrando en las etapas finales de negociación, surge la oportunidad de crear un enfoque verdaderamente progresivo al derecho internacional de las inversiones. ”

Cláusulas de excepciones generales

Tanto Canadá como la UE han acordado la arquitectura de una cláusula de excepciones generales en el capítulo de inversión, pero aún no han llegado a un acuerdo sobre su contenido. Si bien Canadá parece pretender limitar el alcance de medidas permitidas ('que puede adoptar una parte') a solo tres categorías de medidas (para proteger la vida o la salud humana, animal o vegetal, para garantizar el cumplimiento con la legislación interna y para conservar los recursos naturales agotables bióticos o abióticos), la UE también desea agregar otras categorías de medidas, incluyendo el resguardo de la seguridad pública, la

moral pública y el orden público, así como tesoros nacionales de valor artístico, histórico y arqueológico. Ambas partes pretenden someter las excepciones a una denominada 'prueba de necesidad', que plantea varios obstáculos legales, tal como se ha observado en el contexto de la OMC. Las cláusulas de excepción tales como las propuestas no resguardarán el espacio político de los gobiernos de manera satisfactoria. Resulta mucho más importante incluir aclaraciones y delimitaciones de las disposiciones sustantivas fundamentales incluidas en el capítulo de inversores, tales como las relativas al trato justo y equitativo, expropiación, NMF, etc. Esta necesidad se torna aún más evidente dado que la UE propone específicamente que la cláusula de excepciones no se aplique a la expropiación y al trato justo y equitativo.

Arbitraje entre Inversor y Estado

El elemento más preocupante del borrador de la UE y Canadá con respecto a las inversiones es la inclusión de la solución de controversias entre inversionista y estado⁵. Considerando que los sistemas judiciales de Europa y Canadá se encuentran bien desarrollados, permitir que los inversores pasen por encima de los sistemas judiciales nacionales en favor de tribunales privatizados y cuya responsabilidad no puede reclamarse, resulta fuera de lugar. Si fueran mantenidos, estos tribunales solo deberían actuar como el último recurso, después de que los remedios locales hayan sido agotados. De hecho, esto es lo que el Parlamento Europeo sugirió como uno de los "cambios principales" solicitados⁶. En su resolución del 6 de abril de 2011, el Parlamento afirmó "que los cambios deben ser aplicados al actual régimen de solución de controversias, a fin de incluir ... la obligación de agotar los remedios judiciales locales cuando sean lo suficientemente confiables para garantizar un proceso debido ..." (Párrafo 31)⁷. La UE y Canadá han ignorado completamente este pedido.

De acuerdo con una tabla presente en el texto del 17 de mayo, Canadá y la UE no han llegado a un acuerdo sobre el alcance de la solución de controversias entre inversionista y estado. Aun es preciso considerar si los asuntos relativos al acceso al mercado y establecimiento así como la prohibición de los requisitos de desempeño estarán sujetos a la solución de controversias entre inversionista y estado.

En torno a algunos de los problemas inherentes al arbitraje relativo a las inversiones, la principal mejoría comparada con los TBIs de los estados miembros de la UE es la mayor transparencia en todos los niveles del proceso arbitral—algo que Canadá ha incorporado hace mucho tiempo en sus tratados. Además, también se destacan expresiones entre paréntesis en torno a la independencia de los árbitros. Se establece que los árbitros deben cumplir con las Directrices del Colegio Internacional de Abogados sobre Conflictos de Intereses (en inglés, *International Bar Association (IBA) Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration*) o con

un Código de Conducta bajo el tratado. Introducir un código como tal resultaría muy útil y necesario, considerando el actual estado del arbitraje relativo a las inversiones. Será de tanta utilidad porque urdirá o completará normas menos adecuadas establecidas por otros organismos tales como el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) del Banco Mundial. Sin embargo, las partes están considerando una formulación tal que el Código de Conducta no deba ser necesariamente aplicado, ya que los árbitros deben cumplir con el Código o con las Directrices sobre Conflictos de Interés del IBA. Si bien estas Directrices son una referencia muy útil, las mismas son demasiado generales para el arbitraje internacional. Un código de conducta puede ser mejor diseñado para abordar problemas específicos sobre conflictos que involucran a los árbitros en el arbitraje de *inversión*. Por lo tanto, las partes no deberían tener la opción de elegir entre las Reglas del IBA o un código especial, sino que el Código deberían integrar y basarse en las Reglas del IBA e introducir elementos específicos relacionados con la inversión. En particular, el Código de Conducta debería establecer claramente que los árbitros en un caso de tratado de inversión no puedan actuar concurrentemente como defensores en otros arbitrajes de este tipo. Por último, el borrador de la tabla de compromisos indica que las partes podrían acordar la adopción de un código de conducta únicamente *después* de la adopción del acuerdo. Este tipo de aplazamiento debería ser evitado.

Canadá y la UE también parecen estar de acuerdo en crear un "Comité sobre Servicios e Inversión", el cual ha de supervisar la implementación de las disposiciones relativas a la solución de controversias entre inversionista y estado. El comité estaría a cargo de examinar "bajo qué condiciones, debería crearse un mecanismo de apelación". Sin embargo, este parece un compromiso muy débil para considerar la posibilidad de crear un mecanismo de apelación. Dado el hecho de que no hay urgencia para introducir la solución de controversias entre inversionista y estado en el contexto de Canadá y la UE, las partes negociadoras están perdiendo la oportunidad de incorporar un enfoque verdaderamente nuevo. Una opción preferible sería la de introducir la solución de controversias entre inversionista y estado que dependa de la creación de un apropiado mecanismo de apelación o algo similar.

Conclusión

La UE y Canadá están negociando un capítulo de inversión que se asemeja a una combinación entre las cláusulas de los TLC de la UE sobre establecimiento y acceso al mercado, los capítulos y tratados de inversión de Canadá y los tratados de los estados miembros de la UE. El borrador de mayo no introduce ningún cambio fundamental para abordar los problemas que han salido a la luz en torno a la solución de controversias entre inversionista y estado, y parece pasar por alto el hecho de que tanto Canadá como los países de la UE poseen marcos legales y sistemas judiciales que funcionan adecuadamente.

El borrado de mayo de 2013 del capítulo de inversión del CETA contiene mejoras tímidas en comparación con los TBIs de los estados miembros de la UE con respecto al trato justo y equitativo y a la expropiación. Sin embargo, estas mejoras son en vano si la cláusula de NMF permite a los inversores importar garantías en virtud de otros tratados canadienses y de la UE en caso de que se entable una reclamación conforme al capítulo de inversión del CETA.

En términos de la liberalización de las inversiones ambas partes también parecen coincidir en incluir compromisos obligatorios de acceso al mercado y derechos de pre-establecimiento. Un asunto particularmente desconcertante en este contexto es que la UE parece haber sido convencida de pasar de adoptar un enfoque de lista positiva a uno de lista negativa en torno al acceso al mercado, lo cual resulta menos predecible y más difícil de determinar. Otra cuestión importante que todavía parece estar abierta es si la UE aceptará someter sus compromisos de acceso al mercado y de establecimiento a la solución de controversias entre inversionista y estado; algo que no lo ha hecho en el pasado.

A medida que la UE y Canadá están entrando en las etapas finales de negociación, surge la oportunidad de crear un enfoque verdaderamente progresivo al derecho internacional de las inversiones, particularmente con respecto a temas relativos a la solución de controversias. Ojalá que esta oportunidad sea aprovechada.

Autor

Nathalie Bernasconi-Osterwalder es abogada senior en derecho internacional y lidera el Programa de Inversión del International Institute on Sustainable Development (IISD).

Notas

1 Comisión Europea, *Overview of FTA and other Trade Negotiations*, 9 de abril de 2013, disponible en: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2006/december/tradoc_118238.pdf.

2 Consejo Europeo, *Press Release*, pág. 13, 12 de septiembre de 2011, disponible en: http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/EN/genaff/124579.pdf.

3 El texto del 31 de mayo de 2013 no ha sido hecho público por las partes negociantes. Sin embargo, un borrador de febrero de 2013 se encuentra disponible en: <http://tradejustice.ca/fr/section/3>.

4 Véase Committee on International Trade (Kader Arif), *Report on the future European international investment policy (2010/2203(INI))*, 22 de marzo de 2011, disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=REPORT&reference=A7-2011-0070&language=EN>.

* Nota del Traductor: La expresión "*treaty shopping*" hace referencia a optar por un tratado que sea más favorable.

5 Esta información está basada en una tabla sobre el compromiso no público del texto sobre solución de controversias entre inversionista y estado del capítulo de inversión del CETA con fecha del 17 de mayo, 2013.

6 Véase Comité sobre Comercio Internacional (Kader Arif), *Report on the future European international investment policy (2010/2203(INI))*, 22 de marzo de 2011, disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=REPORT&reference=A7-2011-0070&language=EN>.

7 Véase también Resolución del 6 de abril de 2011 del Parlamento Europeo sobre la futura política de inversión internacional europea (2010/2203(INI)), disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2011-0141+0+DOC+XML+V0//EN>. [La traducción de la cita nos pertenece]. Para consultar un comentario, véase Marc Maes, *While the EU member states insist on the status quo, the European Parliament calls for a reformed European investment policy*, Investment Treaty News, 1 de julio de 2011, disponible en: <http://www.iisd.org/itn/2011/07/01/while-the-eu-member-states-insist-on-the-status-quo-the-european-parliament-calls-for-a-reformed-european-investment-policy/>.

La Evolución del TBI Canadiense: Comentario sobre el Acuerdo Modelo de 2012

por Catharine Titi

artículo 5



Mientras que la revisión de abril de 2012 que dio origen al Modelo de Tratado Bilateral de Inversión (TBI) de Estados Unidos fue seguida de cerca y muy comentada¹, los cambios introducidos al Modelo canadiense de TBI han recibido mucha menos atención. Muy probablemente, esto se debe a que el texto ha sido revisado varias veces a lo largo del tiempo. La última actualización formal del Modelo canadiense tuvo lugar en 2004, pero desde entonces han habido esfuerzos continuos por refinar y mejorar la organización del texto del tratado. Estos cambios se han acumulado significativamente a lo largo del tiempo; el texto del Modelo de 2012 contiene alrededor de 10 páginas menos que la versión de 2004. En este breve comentario se destaca la evolución del Modelo canadiense desde 2004. Las observaciones que siguen a continuación no pretenden ser exhaustivas sino simplemente arrojar luz sobre algunas de las enmiendas o nuevas disposiciones adoptadas en la versión de 2012 del nuevo Modelo.

Probablemente, el primer cambio observado concierne la disposición sobre expropiación contenida en el Artículo 10 de la versión 2012 del Modelo (anteriormente el Artículo 13). Si bien la mayoría de sus disposiciones no ha sufrido cambios², la nueva disposición abandona los requisitos explícitos de la fórmula Hull sobre "compensación oportuna, adecuada y efectiva"³, favoreciendo una redacción que se hace eco del TLCAN⁴. También hace referencia al "pago de compensación conforme a los párrafos 2 y 3" del mismo artículo, exigiendo que "la compensación sea equivalente al valor justo de mercado de la inversión expropiada inmediatamente antes de que la expropiación tuviera lugar... [y que] el pago de la indemnización se haga sin demora y sea completamente liquidable". La misma disposición incluye una nota al pie en la versión anterior, que ahora es parte del texto del Artículo 10(1), donde se especifica que "este párrafo debe ser interpretado de acuerdo con el Anexo B.10" sobre expropiación indirecta. El Anexo B.10 no ha sido alterado.

Probablemente, el cambio más significativo del Modelo de TBI canadiense es la incorporación de una disposición sobre responsabilidad social empresarial. El nuevo Artículo 16 titulado *Responsabilidad Social Empresarial* establece que:

'Cada Parte deberá alentar a las empresas que operan dentro de su territorio o que están sujetas a su jurisdicción a que incorporen voluntariamente normas internacionalmente reconocidas de responsabilidad social empresarial en sus prácticas y políticas internas, tales como las declaraciones de principios que han sido suscriptas o apoyadas por las Partes. Estos principios abordan asuntos tales como trabajo, medio ambiente, derechos humanos, relaciones comunitarias y anti-corrupción'. [La traducción nos pertenece]

En el marco de su artículo sobre excepciones generales, el Artículo 18(1) (ex-Artículo 10(1)) del Modelo canadiense de TBI elimina el encabezado que precedía a su cláusula sobre excepciones generales diseñadas a partir del Artículo XX del

GATT. Los requisitos en este encabezado relacionados con la aplicación de una medida estatal permisible de manera que esa medida no constituya un medio de discriminación arbitraria o injustificable, o una restricción encubierta al comercio o la inversión internacional, continúan siendo válidos por medio de un segundo inciso de la misma disposición⁵. El propósito de este cambio no queda claro, si no está destinado a desasociar la disposición del Artículo XX del GATT y el debate que ha generado su inclusión en los tratados de inversión. La excepción cultural del Modelo de TBI canadiense es levemente diferente, pese a que también en este caso no resulta evidente el impacto que tiene esta diferencia en la redacción de la excepción, si es que lo tiene. La definición de lo que constituye una "persona involucrada en una industria cultural" (anteriormente la definición de 'industrias culturales') ahora se encuentra contenida dentro del Artículo 18(7) que también incorpora la excepción. Este último ahora reza: "Este Acuerdo no se aplica a una medida adoptada o mantenida por una Parte con respecto a una persona involucrada en una industria cultural". [La traducción nos pertenece]

Algunos cambios finales a destacar consisten en la eliminación de unas pocas disposiciones de la nueva versión del Modelo canadiense de TBI. Primero, el ex Artículo 8 sobre *Monopolios y Empresas Estatales* ha sido eliminado, y, al mismo tiempo un segundo párrafo ha sido incorporado al Artículo 2 sobre *Alcance*, en torno al ejercicio de la autoridad gubernamental delegada por una persona de una de las partes contratantes. Este cambio presuntamente pretende modernizar el Modelo mientras se preserva explícitamente la cobertura de los monopolios y empresas estatales consistente con el derecho consuetudinario internacional. También se han realizado dos nuevas eliminaciones en la nueva versión; a saber, la ausencia del anexo sobre *Presentaciones de Partes No Contendientes*⁶, y del anexo sobre el formulario estándar de renuncia y consentimiento⁷, los dos eliminados para modernizar el Modelo.

En conclusión, el Modelo canadiense de TBI ha evolucionado mucho desde el 2004, pese a que sus disposiciones más sustantivas en general no han sido alteradas. Es importante destacar que Canadá ocasionalmente también está aceptando cambios significativos a las disposiciones principales de su Modelo en las actuales negociaciones. Esto ha sido observado recientemente en el acuerdo negociado con China, donde Canadá ha aceptado omitir disposiciones relativas a los derechos de trato nacional previo al establecimiento de la inversión y a la prohibición de los requisitos de desempeño, entre otras divergencias del Modelo⁸. En resumidas cuentas, a medida que Canadá se encuentra adaptando su propio Modelo, también se muestra dispuesta a aceptar cambios a algunas de las principales disposiciones que proponen sus socios en las negociaciones.

Autor

Catharine Titi es asistente en investigación de la Universidad de Siegen, Alemania.

Notas

1 Por ejemplo, véase Muchlinski, P. (2010). *Trends in International Investment Agreements, 2008/2009: Review of the Model Bilateral Investment Treaties of Norway, South Africa, and the United States*. En Sauvant, K. P. ed. *Yearbook on International Investment Law & Policy 2009-2010*. Nueva York: Oxford University Press; *BIT Review: Written Comments Concerning the Administration's Review of the U.S. Model Bilateral Investment Treaty* (Docket ID: USTR-2009-0019). *Transnational Dispute Management* 7 (1); Alvarez, J. E. (2011a). *The Public International Law Regime Governing International Investment*. Hague Academy of International Law, pág. 340.

2 Véase especialmente el Artículo 10(2)-(5) Modelo de TBI canadiense 2012.

3 Artículo 10(1) Modelo de TBI canadiense 2012.

4 Véase Artículo 1110 del TLCAN.

5 Artículo 18(1)(b) Modelo de TBI canadiense (2012).

6 Artículo 40(1)-(2) del Modelo de TBI canadiense (2004).

7 Artículo 33(2) del Modelo de TBI canadiense (2012).

8 Artículo 5(3) TBI Canadá-China.

Noticias en Breve

Comisión Europea solicita permiso para comenzar negociaciones de un tratado de inversión con China

La Comisión Europea ha propuesto un mandato de negociación a los estados miembros de la UE para celebrar un acuerdo de inversión con China. Este podría convertirse en el primer acuerdo que la UE firma independientemente con este país desde que obtuvo jurisdicción sobre la inversión externa directa en 2009.

El mandato de negociación debe ser aprobado por el Consejo Europeo antes de que la Comisión pueda comenzar con las negociaciones. China también debe dar su venia para dar inicio a las conversaciones formales. El 14 de febrero de 2012, en la Cumbre entre la UE y China, estos países acordaron comenzar a trabajar sobre un acuerdo de inversión.

Actualmente, China y los 26 Estados Miembros de la UE ya han firmado tratados bilaterales de inversión, que, mediante un acuerdo firmado por la UE, se verían modernizados dentro de un "único texto coherente", según lo expresado por la Comisión.

Esta institución pretende celebrar un acuerdo que abarcaría la protección y la liberalización de las inversiones. Un tema "crucial" es el "acceso al mercado chino", señaló la Comisión. Hasta el momento, China se ha resistido a asumir compromisos de trato nacional con respecto al acceso al mercado en sus acuerdos de comercio e inversión.

Es posible que la Comisión enfrente un desafío considerable para persuadir a China en su postura a este respecto. Los incentivos parecen ser más fuertes para Europa, dado que el mercado europeo se encuentra más abierto a los inversores extranjeros que China. Un funcionario de la Comisión también ha reconocido a *European Voice* que la protección otorgada a los inversores chinos no es una gran preocupación para China.

En 2011, empresas europeas invirtieron 17,5 mil millones de euros en China, mientras que este país invirtió 2,8 millones de euros en el mismo año. La Comisión remarca que esto representa menos del 3% del total de los flujos de salida de la UE y China—y, por lo tanto, afirma que "existe un enorme potencial de desarrollar en mayor medida los lazos de inversión bilateral". [La traducción de la cita nos pertenece]

Si bien esto marcaría los primeros esfuerzos de la UE destinados a la firma de un tratado bilateral de inversión independiente, la Comisión ha estado agrupando activamente las disposiciones relativas a la inversión en sus acuerdos comerciales y económicos más amplios. Actualmente, la UE está negociando con Canadá, India, Japón, Malasia, Tailandia, Vietnam y los estados miembros del Mercosur.

Grecia enfrenta reclamación por restructuración de deuda soberana

Una reclamación ha sido entablada contra el gobierno de Grecia por medidas relacionadas con la restructuración de su deuda soberana.

Las demandantes, Postova Banka A.S., con sede en Eslovaquia, y su accionista Istrokapital, reclaman que Grecia las forzó a canjear sus bonos griegos por títulos de menor valor. La reclamación fue registrada ante el CIADI el 20 de mayo de 2013.

El servicio de noticias especializado *IReporter* también ha reportado otra posible reclamación entablada contra Grecia;

esta vez presentada por el Popular Bank of Cyprus, que emitió una notificación de controversia en noviembre de 2012. De acuerdo con *IReporter*, el banco reclama que Grecia discriminó a bancos de propiedad extranjera en virtud de su programa de emergencia para asistencia a la liquidez (en inglés, *Emergency Liquidity Assistance program*), por medio del cual los bancos nacionales brindan apoyo a los bancos que carecen de liquidez.

Grecia no es el primer país que enfrenta reclamaciones entabladas por tenedores de deuda soberana. Argentina está haciendo frente a tres demandas como tales, relacionadas con la restructuración de su deuda en 2005. En la mayor de estas demandas, decenas de miles de tenedores de bonos italianos reclaman alrededor de \$4,3 mil millones por daños (*Abaclat c. Argentina*).

Inversores presentan arbitraje contra la República Checa en respuesta a cambios en incentivos a energía renovable

Un grupo de ocho inversores en energía fotovoltaica ha presentado un arbitraje contra la República Checa por cambios en los incentivos a la energía renovable.

El grupo, que se hace llamar International PhotoVoltaic Investors Club, se queja por "drásticos cambios introducidos al marco legal y regulatorio para el apoyo al sector de energía solar a fines de 2010". Las medidas fueron recusadas por incluir un impuesto del 26 por ciento sobre los ingresos de las instalaciones solares.

Los inversores reclaman que la República Checa dio marcha atrás en los incentivos diseñados para atraer capital extranjero para la inversión en proyectos de energía solar. En una declaración, el grupo señaló que está presentando su caso a arbitraje en virtud de varios tratados bilaterales de inversión y el Tratado de la Carta de la Energía.

En otras partes de Europa, están surgiendo similares tipos de reclamaciones. Catorce inversores han entablado una demanda contra España por recortes retroactivos en las tarifas de energía solar. España experimentó un boom en las inversiones en energía renovable debido a una tarifa favorable de alimentación (*feed-in-tariff*), que mantenía las tasas altas aun cuando los costos de tecnología descendieron. Los inversores en Italia también reclaman que el gobierno quebró sus compromisos a largo plazo de mantener los precios para los prestadores de energía renovable.

La UNCTAD nombra a nuevo director general

El Secretario General de las Naciones Unidas, Ban Ki-moon, ha designado a Mukhisa Kituyi, ex miembro del Parlamento de Kenia y ex Ministro de Comercio e Industria de ese país, para asumir el cargo de Secretario General de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo Sostenible (por sus siglas en inglés, UNCTAD) durante un período de cuatro años, comenzando el 1 de septiembre de 2013.

El Sr. Kituyi actualmente es becario pasante de la Institución Brookings con sede en Washington y director del Institute of Governance en Nairobi. Su nominación procederá a la Asamblea General de la ONU para su confirmación.

Si su nominación fuera confirmada, el Sr. Kituyi sucederá a Supachai Panitchpakdi de Tailandia, quien asumió el cargo el 1 de septiembre de 2005 y fue re-designado en 2009. El Sr. Supachai concluirá su segundo período de cuatro años de mandato el 31 de agosto de 2013.

Laudos y Decisiones

Se demuestra violación limitada de la cláusula FET en reclamación contra Rumania; no se otorgan daños *The Rompetrol Group N.V. c. Rumania, Caso del CIADI No. ARB/06/3*
Margaret Devaney

En un laudo del 6 de mayo de 2013, un tribunal del CIADI falló que Rompetrol Group (TRG) había demostrado una violación limitada del Tratado Bilateral de Inversión (TBI) entre Holanda y Rumania pero que no pudo demostrar pérdida económica ni daño moral. La empresa holandesa había alegado que las investigaciones penales conducidas por las autoridades rumanas sobre los oficiales de una empresa particular violaban las disposiciones del TBI sobre trato justo y equitativo (*fair and equitable treatment*, FET), así como las de protección física y seguridad y de no menoscabo (*non-impairment*).

Antecedentes

En 1998, un grupo inversor dirigido por el Sr. Mr. Dinu Patriciu, un ciudadano rumano, compró la mayoría de las acciones de Rompetrol S.A., una empresa de servicios petroleros romana que había sido de propiedad estatal hasta 1993. Esta inversión fue reestructurada y pasó a ser manejada por la empresa holandesa TRG. TRG compró al Estado rumano la mayoría de las acciones de Petromidia, propietaria de una refinería de petróleo más grande, que posteriormente pasó a ser conocida como Rompetrol Rafinare S.A (RRC).

En 2004, la Oficina Nacional de Anti-Corrupción de Rumania inició investigaciones relacionadas con la privatización de Petromidia. El caso pronto fue transferido a la Oficina del Procurador General (*General Prosecutor's Office*, GPO). El GPO abrió una investigación sobre RRC, que incluyó el arresto y detención del Sr. Patriciu, escuchas telefónicas a su teléfono y la imposición de una prohibición para abandonar el país.

TRG alegó que las investigaciones del Sr. Patriciu y sus asociados por parte de las autoridades estatales fueron conducidas de manera opresiva y poco transparente y se encontraban en violación con las normas internacionales de proceso debido. También argumentó que las investigaciones constituían un abuso apoyado por el estado y estaban motivadas por un deseo de perjudicar al Sr. Patriciu por razones políticas y comerciales. Además reclamó que estas entidades estatales (o procurador individual) habían actuado en connivencia con una refinería de petróleo de la competencia. TRG también alegó la violación de derechos procesales en relación con varios cargos penales declarados en contra del Sr. Patriciu y de otro oficial de TRG, el Sr. Philip Stephenson, poco después del comienzo de los procedimientos relativos al tratado de inversión.

Rumania respondió que las investigaciones formaban parte de una estrategia nacional anti-corrupción, que también involucran la investigación de otros actores comerciales, lo cual estaba siendo impulsado con mayor vigor para obtener acceso a la UE. Rumania también reclamó que TRG estaba abusando del proceso de arbitraje relativo a la inversión utilizándolo para conseguir el cierre de las investigaciones en contra del Sr. Patriciu.

Necesidad de vincular la conducta estatal dirigida a los individuos con la violación del tratado

El tribunal remarcó que, inusualmente, las medidas que fueron recusadas en primer lugar no estaban dirigidas al demandante o a su principal subsidiaria rumana, RRC, sino más bien a individuos que manejaban los asuntos de estas empresas. El tribunal sostuvo que los derechos de dichos individuos eran personales y distintos de aquellos pertenecientes a TRG y afirmó que, aun cuando se demostrara un acto dirigido en contra de un individuo como una violación de sus derechos

personales, un demandante debería demostrar la conexión entre esta conducta y la conducta dirigida al inversor o a su inversión a fin de probar una violación de TBI.

El tribunal consideró que el vínculo necesario podría tomar una de dos formas: (a) una conducta dirigida en contra de los individuos por acciones tomadas en nombre de, o en beneficio del inversor o (b) una conducta dirigida en contra de individuos (incluso en su capacidad personal) con el propósito de perjudicar al inversor.

No hay evidencia de abuso apoyado por el estado pero sí de violación limitada de la cláusula FET

Si bien subrayó que el papel de un tribunal de tratado de inversión no es el de juzgar si las investigaciones o acusaciones penales son justificadas bajo el derecho interno, el tribunal determinó que las acusaciones penales en contra del Sr. Patriciu y sus asociados no parecen estar "fabricadas" y que la investigación y acusación de aquellos individuos en sí mismas no eran improcedentes. Además, señaló que las acusaciones de una campaña de abuso patrocinada por el estado no se encontraban substanciadas por evidencias, ya que no había pruebas de un propósito común que se vinculase con las acciones de las autoridades estatales.

A pesar de esto, el tribunal aceptó que un "patrón de conducta ilegal" durante investigaciones legales, en caso contrario, podría dar lugar a una violación de TBI si la misma fuera lo suficientemente grave y persistente para afectar los intereses del inversor y cuando el estado no respete adecuadamente la manera en que los intereses del inversor deberían ser protegidos. El tribunal vinculó esta obligación a las expectativas legítimas del inversor protegido, considerando que las expectativas legítimas del inversor incluyen la expectativa de que el estado anfitrión pretenderá evitar causar un daño innecesario a la inversión si los intereses del inversor se encontraran afectados directa o indirectamente por el proceso penal.

Aplicando este razonamiento a los hechos, el tribunal determinó que las acciones de algunos procuradores individuales estaban impulsados por cierta "animosidad y hostilidad" hacia el Sr. Patriciu. El tribunal también concluyó que las irregularidades procesales habían ocurrido durante las investigaciones penales junto con una demora innecesaria para retirar una orden del GPO que imponía un embargo sobre las acciones de RRC. Resulta crucial, según el tribunal, que desde un determinado punto en el tiempo, las autoridades estatales fueran conscientes de que estas acciones estaban afectando negativamente a TRG y que no tomaran medidas tanto para evaluar o para minimizar las posibilidades de daño. Sobre esta base, el tribunal concluyó que había ocurrido una limitada violación de la cláusula FET del TBI.

El tribunal acentuó que esta conclusión se basaba enteramente en los hechos y no debería ser considerada para indicar que la violación de las salvaguardias procesales en el contexto de una investigación o acusación penal automáticamente daba lugar a la violación de la cláusula FET.

Pérdida económica no demostrada

Avocándose al reclamo de TRG por daños, el tribunal señaló que, si bien, como una cuestión de derecho, la violación de disposiciones tales como la cláusula FET no necesariamente requieren la prueba de daño; si una parte elige entablar su demanda en términos de daños monetarios, debe demostrar el grado de su pérdida y el vínculo causal entre la pérdida o daño y la violación del TBI.

A este respecto, el tribunal concluyó que, dada la naturaleza limitada de la violación de la cláusula FET, muchos de las

asunciones en las cuales se basó la valuación de TRG ya no tenían sustento. En particular, el tribunal declaró que el método utilizado por los expertos de TRG para calcular las pérdidas era deficiente ya que partían de la premisa de que todas las investigaciones penales conducidas por las autoridades rumanas debían ser consideradas ilegales en su totalidad conforme al TBI, lo cual ya se había establecido que no era el caso. Sobre esta base, el tribunal determinó que TRG no pudo probar que la violación del TBI había causado una pérdida económica real. El mismo también denegó el pedido de reparación judicial declaratoria, dada la naturaleza limitada de la violación del TBI.

Denegación de daño moral

El tribunal denegó la acusación de daño moral presentada por TRG. El mismo hizo esta determinación primordialmente sobre la base de que la medida discrecional de daño moral no debería ser otorgada como un poder para justificar la incapacidad de probar una pérdida económica real. A este respecto, el tribunal remarcó que los costos surgidos de un daño a la reputación (tales como mayores costos financieros) son de hecho una forma de pérdida económica que debe ser probada, y que TRG no había podido citar evidencia suficiente para demostrar que había enfrentado mayores problemas con sus banqueros y potenciales inversores durante el período pertinente. Más generalmente, el tribunal expresó la opinión de que, dado que el daño moral es nocional y discrecional, los tribunales deben adoptar “un considerable grado de cautela” al otorgar daños como tales a un inversor corporativo.

Costos

Si bien el tribunal adhiere al principio de que los costos deben ser ‘seguir el evento’, el mismo determinó que los mismos debían ser asumidos igualmente por las partes ya que los procedimientos de hecho constituían una serie de eventos. El tribunal remarcó que TRG tuvo éxito en dos de estos ‘eventos’ (es decir, en la etapa de objeciones preliminares y en la recusación del principal asesor jurídico de TRG iniciada por Rumania) pero que, en la etapa de determinación de los méritos del procedimiento, el balance de éxito favorecía primordialmente a Rumania, ya que TRG había logrado demostrar sólo una violación limitada del TBI.

Los árbitros del caso son Franklin Berman (presidente), Donald Francis Donovan (nominado por la demandante) y Marc Lalonde (designado por la demandada).

El laudo se encuentra disponible en: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1408.pdf>

Mayoría desestima objeciones de Argentina a jurisdicción en segunda reclamación de bonos soberanos *Ambiente Ufficio S.p.A c. La República Argentina (Caso anteriormente conocido como Giordana Alpi and others v. Argentine Republic), Caso del CIADI No. ARB/08/9, Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad* **Diana Rosert**

La mayoría de un tribunal del CIADI ha aceptado jurisdicción sobre una reclamación entablada por aproximadamente noventa tenedores de bonos italianos en contra del gobierno argentino. Para arribar a esta decisión, el Juez Bruno Simma y el Profesor Karl-Heinz Böckstiegel se remitieron a una controvertida decisión jurisdiccional de 2011 del caso *Abaclat and others v. Argentina*, que involucra a más de 60.000 demandantes italianos que presentaron reclamos similares contra Argentina.

El tercer árbitro, Santiago Torres Bernárdez, disintió de la decisión de la mayoría. Notablemente, el Dr. Torres Bernárdez también actúa como árbitro en el caso *Abaclat* donde

reemplazó al Profesor Georges Abi-Saab, quien renunció a su cargo poco después de la publicación de su opinión disidente en 2011.

Otra decisión jurisdiccional de un tercer caso del CIADI que trata los bonos emitidos por el gobierno argentino, *Giovanni Alemanni and others v. Argentine Republic* (Caso del CIADI No. ARB/07/8), se encuentra pendiente.

Antecedentes

El tribunal fue constituido en 2008 después de un pedido de instituir los procedimientos bajo el TBI entre Argentina e Italia. La reclamación comenzó con la solicitud de indemnización de más de 100 tenedores de bonos italianos por el presunto incumplimiento, por parte del gobierno argentino, de sus obligaciones de tratado en el transcurso de la restructuración de su deuda soberana en 2001.

Basado en el consentimiento de ambas partes, el tribunal dio lugar a 29 demandantes que habían aceptado la oferta de canje de los bonos, por parte de Argentina en 2012, por bonos nuevos para que se retirasen del procedimiento. En ese punto, el caso anteriormente conocido como *Giordano Alpi v. Argentina* se convirtió en *Ambiente Ufficio S.p.A c. La República Argentina*

Los demandantes afirman que los actos de Argentina constituyen una violación de las cláusulas de trato justo y equitativo, protección plena y seguridad y las normas de compensación por expropiación incluidas en el TBI. Pretenden conseguir un reintegro del valor nominal de los bonos en cuestión, más intereses, otros daños y que los costos de arbitraje estén a cargo del gobierno argentino.

Se determina que procedimiento de múltiples partes se encuentra “en armonía” con TBI y el Convenio del CIADI

Argentina insistió en que este caso constituía una acción de clase o una demanda en masa que requería su consentimiento explícito, ya que ni el Convenio del CIADI ni el TBI cubrían demandas colectivas. Argentina también alegó que la aceptación de la reclamación podría realizarse a costas del proceso debido.

Sin embargo, la mayoría del tribunal determinó que no existía un riesgo como tal en este caso en particular. También determinó que existían suficientes cosas en común entre los demandantes, y por lo tanto, rechazó la afirmación de Argentina de que los demandantes tenían intereses no relacionados entre sí y que poseían diferentes bonos, que les prohibieran entablar una demanda colectiva.

Además, el Juez Simma y el Profesor Böckstiegel determinaron que numerosos tribunales del CIADI habían aceptado su jurisdicción sobre casos con demandantes múltiples. De acuerdo con el tribunal, la jurisprudencia y la literatura académica también consideran el arbitraje con múltiples partes como una práctica común.

El tribunal también consideró el papel que jugó la *North Atlantic Société d’Administration*, NASAM, en el procedimiento, una empresa con la cual los demandantes habían firmado un arreglo de financiamiento que establecía, entre otras cosas, los pagos que los demandantes debían hacer a NASAM por sus servicios y las respectivas cuotas que correspondían a cada uno por toda compensación otorgada.

De acuerdo con Argentina, NASAM ejercía “pleno control del arbitraje” y distorsionaba la relación entre cliente y abogado. Además afirmó que NASAM había hecho campaña entre los potenciales demandantes para que iniciaran un arbitraje contra Argentina y que NASAM era el “único beneficiario” de la diferencia.

Pero el tribunal concluyó que, pese a la existencia de una “relación especial” entre los demandantes y NASAM, esta empresa no había tenido el papel que le era atribuido por Argentina y que “no había indicios sustanciales” de que el acuerdo impidiera la jurisdicción del tribunal.

Demandantes cumplen con requisitos de nacionalidad

Tanto el Convenio del CIADI como el TBI entre Argentina e Italia contienen un requisito de nacionalidad que es relevante para determinar si el tribunal tiene jurisdicción o no. Si bien el TBI requiere que los demandantes sean ciudadanos italianos, el Convenio del IADI requiere la nacionalidad italiana de los demandantes en el día en que los demandantes dan consentimiento a la presentación de la diferencia ante la Secretaría del CIADI y su fecha de registro, no permitiendo la doble nacionalidad ítalo-argentina de los demandantes.

Mientras que Argentina sostuvo que los documentos presentados por los demandantes no satisfacían los requisitos necesarios, el tribunal decidió que los demandantes proporcionaron evidencia suficiente para cumplir con los requisitos de nacionalidad en la etapa jurisdiccional. La decisión de los dos árbitros de dividir el peso de la prueba contribuyó a esta conclusión. Ambos expresaron la opinión de que era responsabilidad de los demandantes probar la nacionalidad italiana, mientras que para descalificar a los demandantes, la demandada debía demostrar la doble nacionalidad argentina o ítalo-argentina. Argentina no presentó pruebas concretas a este respecto. El tribunal no evaluó si los demandantes individuales cumplían con todos los requisitos de nacionalidad, pero señaló que lo hará más adelante en una etapa posterior si fuera necesario.

“No hay duda” de que los bonos son una inversión protegida

El tribunal apoyó las conclusiones del tribunal del caso *Abaclat* a este respecto, declarando que “no hay duda” de que los bonos de los demandantes constituían una inversión conforme al Convenio del CIADI y el TBI entre Argentina e Italia.

Dada la ausencia de una definición de inversión en el Convenio del CIADI, el tribunal examinó los debates que tuvieron lugar en torno a la adopción de este Convenio y el clima general en ese momento. Si bien destacó lo controvertido que es este tema en la jurisprudencia y los escritos académicos sobre el significado exacto de “inversión” bajo el Convenio, la mayoría concluyó que se trataba de una decisión deliberada de los signatarios del CIADI dejar esta definición abierta, y por consiguiente, que cubra una amplia gama de operaciones económicas. Sin embargo, el tribunal remarcó que el mecanismo de notificación del Convenio y los TBIs de los signatarios brindaban a los países la posibilidad de imponer límites sobre el alcance de cobertura del término inversión.

La mayoría también consideró que el TBI entre Argentina e Italia proporcionaba una lista abierta para cubrir diferentes tipos de inversiones, incluyendo bonos. El principal contra argumento de Argentina fue que las palabras “obligaciones” y “*obbligazioni*” utilizadas en las versiones en español e italiano del TBI debían ser traducidas al inglés como “*obligations*” y no como “*bonds*”. Argentina rebatió que los signatarios del TBI desearan incluir los bonos.

Argentina también afirmó que los demandantes “no son los tenedores de los bonos, sólo poseen, en el mejor de los casos, intereses indirectos en los bonos inscriptos globalmente” y “no tienen relación directa con el emisor del bono (en este caso, la Demandada) o con el suscriptor del bono”. Sin embargo, el tribunal coincidió con los demandantes en que la compra no alteraba la naturaleza o calidad de la inversión.

Argentina también insistió en que el tribunal debía emprender la denominada “prueba de Salini” por la presunta inversión, para evaluar si los bonos cumplían con los criterios definidores de tener “cierta duración, regularidad de ganancias y rendimiento, riesgo, un compromiso significativo, y una contribución sustancial a la economía del Estado receptor”. El tribunal acordó con los demandantes que los bonos cumplían con los criterios anteriores, pero concluyó que, en todo caso el Convenio del CIADI no requería una prueba de este tipo.

Al evaluar si la afirmación de Argentina de que la inversión recaía fuera de su territorio y, por lo tanto, no estaba cubierta por el TBI, el tribunal encontró que el criterio más importante era que Argentina había sido el beneficiario de la inversión, y que la misma había contribuido a su desarrollo económico, lo cual era considerado como suficiente para establecer que la inversión había sido hecha “en el territorio” de Argentina.

No se establece falta de legitimación

El tribunal también declaró que la inversión había sido realizada de acuerdo con el derecho del estado anfitrión, tal como lo requería el TBI entre Argentina e Italia.

Argentina había alegado que la compra de los bonos por parte de las demandantes violaba las restricciones de venta que regía los bonos bajo el derecho italiano. Las leyes presuntamente prohibían la venta de bonos a clientes minoristas tales como los demandantes. Contrario al alegato de Argentina, sin embargo, el tribunal concluyó que las disposiciones del TBI no se extendían a la ilegalidad de una inversión bajo el derecho italiano (es decir, el estado de origen), sino que solo se refería a las leyes del estado anfitrión. Además, el tribunal agregó que la presunta ilegalidad habría sido cometida por los bancos, y por ende, no afectaba la legitimación de los demandantes.

Basándose en la decisión de aceptar los bonos como una inversión protegida, el tribunal también denegó la objeción de Argentina en torno a la presunta falta de legitimación de los demandantes. Pese al hecho de que los bonos habían sido comprados a través de intermediarios en un mercado secundario fuera del territorio argentino, se consideraba que los demandantes tenían derechos con respecto a Argentina. La mayoría determinó que “no hay siquiera una relación demasiado remota entre los Demandantes y Argentina, ni existe, [...] ‘un punto de corte’ más allá del cual los Demandantes no podrían invocar los bonos/derechos sobre títulos frente a la Demandada”.

La mayor parte de los argumentos de la demandada en torno a la falta de legitimación de los demandantes fue rechazada porque Argentina no pudo convencer al tribunal de que sus objeciones aplicaban a todos o a la mayoría de los demandantes o que se basaban en un problema “omnipresente”.

Sin embargo, uno de los argumentos de Argentina fue admitido en parte. El tribunal aceptó que aquellos demandantes que iniciaron un procedimiento separado en contra del banco vendedor para invalidar los contratos de venta podrían correr el riesgo de perder su calificación como inversores. Sin embargo, el tribunal determinó que los demandantes no tendrían que retirarse del procedimiento del CIADI en caso de que la pérdida total de “dichos Demandantes” hubiera sido completamente resarcida” en una decisión de un tribunal interno. Procedimientos paralelos a nivel nacional e internacional no deberían causar conflictos con la jurisdicción del CIADI *per se*. La evaluación de la situación individual de los demandantes a este respecto fue pospuesta a la etapa de determinación de los méritos.

Se determinan “posibles violaciones” del TBI entre Argentina e Italia

El tribunal tenía que determinar si las acusaciones de los demandantes podrían constituir violaciones de las disposiciones del TBI o si, tal como alegó Argentina, se trataba de una diferencia contractual relacionada con la falta de pago de deudas que recaían fuera de las disposiciones del tratado. También concluyó que el caso era capaz de demostrar posibles violaciones de las disposiciones del tratado hasta tal punto que involucraran el uso, por parte de Argentina, de sus poderes soberanos, derecho y leyes.

Los demandantes no violan prerequisites de consultas amistosas y recurso a los tribunales nacionales

Argentina alegó que los demandantes no habían cumplido con el requisito presente en el TBI de intentar realizar consultas amistosas y presentar la diferencia ante los tribunales nacionales antes de iniciar un arbitraje internacional. Si bien Argentina argumentó que se trataba de dos “requisitos jurisdiccionales obligatorios”, los demandantes respondieron que la disposición en cuestión “meramente establece prerequisites procesales que no precisan ser cumplidos estrictamente”.

El tribunal reconoció que la jurisprudencia del CIADI no era coherente en estas cuestiones.

De acuerdo con las conclusiones de la decisión de la mayoría del tribunal del caso *Abaclat* sobre jurisdicción, consideró que los prerequisites eran “requisitos de admisibilidad más que de jurisdicción”; sin embargo, también apoyó la opinión disidente del Profesor *Abi-Saab* donde consideraba estos prerequisites como obligatorios.

El tribunal destacó precisamente dos características de la redacción del artículo sobre consultas amistosas. Primero, remarcó que el TBI solo establece que debe procurarse un arreglo amistoso “en la medida de lo posible”. Segundo, dio importancia a la ausencia de un período mínimo de consultas que es común en otros tratados.

También determinó que los demandantes, pese a no realizar las consultas, no violaron el artículo porque varias circunstancias tornaron imposible las consultas para la resolución del caso con el gobierno argentino. La mayoría del tribunal apuntó a que la Oferta de Canje en 2005 y la adopción de la Ley No. 26.017 que regula la elegibilidad y canje de bonos, imposibilitaron a Argentina realizar las consultas.

Si bien los demandantes tampoco presentaron el caso ante los tribunales nacionales antes de iniciar el arbitraje internacional, la mayoría concluyó que un esfuerzo como tal hubiera sido “inútil”, y, por lo tanto, se justificaba una excepción del requisito de recurrir a los tribunales nacionales por 18 meses. El tribunal también remarcó que el artículo se refería exclusivamente a un requisito de “recurso temporal a los tribunales locales, por oposición a un verdadero requisito de agotamiento de los recursos locales”.

La decisión se encuentra disponible en inglés aquí: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1276.pdf>

Y en español: <http://icsid.worldbank.org>

Inversores españoles superan obstáculo jurisdiccional en reclamación contra Argentina 5 años después de que el caso fuera registrado *Urbaser S.A. y Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa c. La República Argentina, Caso del CIADI No. ARB/07/26*
Damon Vis-Dunbar

Un tribunal del CIADI aceptó su jurisdicción para atender una reclamación entablada por demandantes españolas que invirtieron en servicios de agua y alcantarillado en Argentina.

La decisión, dictada el 19 de diciembre de 2012, versa sobre la cuestión contenciosa de si las demandantes deben cumplir con una regla de litigar diferencias durante un período de 18 meses ante tribunales nacionales antes de recurrir a arbitraje internacional—un requisito que caracteriza a un número de tratados de inversión argentinos, y que ha sido el centro de gran atención de los tribunales arbitrales.

Las demandantes también superaron las acusaciones de Argentina tendientes a que carecían de legitimidad como accionistas de la concesionaria, y que su inversión no se encontraba protegida por el TBI entre Argentina y España.

Al igual que la mayoría de las reclamaciones de inversión que enfrenta Argentina, la diferencia se originó en las medidas que introdujo el país para combatir su crisis financiera en 1999-2002.

En junio de 2011, se dictó un fallo sobre los méritos de otro caso que involucra a un inversor italiano (*Impregilo S.p.A.*) sobre la misma concesión de agua y alcantarillado. *Impregilo* fue otorgado \$21 millones más intereses. En contraste, el caso *Urbaser* ha avanzado muy lentamente. Si bien el mismo fue registrado en 2007, las partes han luchado para llegar a un acuerdo sobre la selección de los jueces.

Antecedentes

Las demandantes, *Urbaser* y Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia (CABB), poseían colectivamente el 47 por ciento de las acciones de Aguas del Gran Buenos Aires S.A. (AGBA), una empresa argentina que tenía la concesión para abastecer agua potable y servicios de cloacas a 7 distritos de Buenos Aires.

Como Argentina entró en una profunda crisis financiera, las tarifas fueron reducidas y congeladas. Posteriormente, la Provincia de Buenos Aires dio marcha atrás en la privatización de algunos servicios públicos, que finalmente llevaron a AGBA a la liquidación. Las demandantes solicitan más de \$100 millones por daños, más intereses, por la presunta violación del TBI entre Argentina y España.

Argentina objeta que los tratos con AGBA hablan de una “historia de total incumplimiento con las expectativas que tenía el Estado”. Incluso antes de que las medidas de emergencia fueran introducidas para responder a la crisis financiera, Argentina sostiene que AGBA no cumplía con sus obligaciones.

Litigio durante un período de 18 meses es una “precondición”, pero “injusta” en este caso

Apenas un tercio de la decisión del tribunal se enfoca en el Artículo X (2) y (3) del TBI, que establece las condiciones para proceder a arbitraje internacional. Este Artículo, y otros similares presentes en otros TBIs de Argentina, ha preocupado a más de una docena de tribunales—y los árbitros han llegado a conclusiones muy conflictivas.

Argentina ha alegado casi invariablemente que el Artículo, que requiere que las diferencias sean litigadas por un tribunal competente del Estado receptor durante al menos 18 meses antes de ser sometidas a arbitraje internacional, es una condición jurisdiccional que debe ser cumplida. No obstante, la mayoría de los tribunales—incluyendo al del presente caso—ha encontrado razones por las cuales las demandantes pueden omitir este requisito.

Algunos tribunales se han enfocado en determinar si el Artículo X es una cuestión de jurisdicción o de admisibilidad, sobre la base de que los asuntos de jurisdicción son inalterables por el tribunal, mientras que los de admisibilidad pueden ser descartados a discreción del mismo. Sin embargo, este tribunal desestimó tales categorizaciones como “interpretaciones teóricas equivocadas”, remarcando que el “Convenio del CIADI no contiene un concepto semejante al de los reclamos de ‘admisibilidad’”. El Convenio hace una distinción entre jurisdicción y los méritos de una reclamación”. [La traducción de la cita nos pertenece]

Dejando de lado la distinción entre ‘admisibilidad’ versus ‘jurisdiccional’, el tribunal se centró en dos preguntas: “¿se exigía a las Demandantes presentar la diferencia ante los tribunales competentes de la República Argentina antes de recurrir a arbitraje ante el CIADI?”; y segundo, “¿Argentina fue denegada la oportunidad justa de atender la diferencia dentro del marco de su propio sistema jurídico interno porque las Demandantes omitieron el requisito de litigio durante 18 meses?”.

Al responder estas preguntas, el tribunal afirmó que el Artículo X de hecho presenta una “precondición” para acceder a arbitraje. Sin embargo, prosiguió a señalar que el Artículo también implica una obligación por parte del estado anfitrión. Específicamente, el estado anfitrión debe posibilitar “que sus tribunales operen de manera que se brinde la oportunidad de llegar a un remedio adecuado en términos eficaces”. [La traducción de la cita nos pertenece]

De acuerdo con el tribunal, Argentina no brindó una oportunidad como tal a las demandantes. Las opciones disponibles “excederían por mucho” los 18 meses antes de llegar a una decisión sobre la sustancia, y, por lo tanto, sería injusto que las demandantes insistieran en procedimientos que no tenían esperanzas de llegar a una conclusión dentro del marco de tiempo pertinente.

El tribunal también remarcó que Argentina ha alegado que las demandantes carecen de legitimación legal ante los tribunales nacionales sobre la base de que están reclamando derechos que pertenecen a la concesionaria argentina, AGBA, en lugar de los de sus accionistas. “La Demandada no puede tener las dos cosas,” expresó el tribunal por escrito.

Las demandantes también alegaron que podían omitir el requisito de litigio interno por 18 meses por medio de la cláusula de nación más favorecida del TBI —ya que Argentina también ha firmado TBIs que no contienen la misma regla. Pero habiendo concluido que sería “injusto” imponer el requisito a las demandantes, el tribunal creyó innecesario considerar la aplicación de la cláusula de NMF.

Se sostiene la legitimidad de las demandantes

El tribunal rápidamente desestimó la objeción presentada por Argentina contra legitimidad de las demandantes. Argentina había alegado que las demandantes estaban entablando una reclamación “derivativa o indirecta”, dada su legitimidad como accionistas de AGBA. Sin embargo, el tribunal aceptó la respuesta de las demandantes de que sus reclamos se relacionaban con sus propios derechos, no aquellos pertenecientes a AGBA.

El tribunal también rechazó el argumento de Argentina de que las demandantes estaban entablando demandas de naturaleza contractual, en lugar de demandas relacionadas con el TBI. También destacó las afirmaciones de las demandantes de que sus reclamos se relacionaban con sus derechos como accionistas, y también subrayó que el TBI hace referencia a “acciones” y “participación en una empresa” en su descripción de inversiones protegidas.

En respuesta a la preocupación de Argentina de que las demandantes pudieran beneficiarse de un “doble resarcimiento” en caso de que también hayan iniciado una causa en los tribunales nacionales, el tribunal reconoció que este es un riesgo que es “inherente a muchas diferencias relativas a inversión...” Sin embargo, agregó que en tal caso, la compensación otorgada, ya sea en un arbitraje internacional o en los tribunales internos, afectaría la decisión de compensación en el otro foro.

¿Una inversión protegida bajo el TBI?

Argentina proporcionó varias razones por las cuales la inversión de las demandantes no estaría protegida por el TBI entre Argentina y España, todas las cuales fueron desestimadas por el tribunal.

Primero, Argentina alegó que Urbaser adquirió las acciones de AGBA de una empresa llamada Dycasa en violación del derecho argentino. Dycasa tenía dos categorías de acciones—aquellas que eran transferibles, y aquellas que necesitaban la aprobación del gobierno para ser transferidas dentro de los primeros seis años de la concesión. Argentina alegó que Dycasa transfirió acciones no transferibles a Urbaser sin cumplir con el requisito de autorización.

Sin embargo, el tribunal determinó que si bien había un acuerdo para transferir las acciones no transferibles a Urbaser dentro del marco de seis años, la transferencia real tuvo efecto después de transcurrido el período de seis años.

Segundo, Argentina afirmó que CABB había transferido ilegalmente sus acciones a Urbaser. Como operador técnico de la concesión, CABB fue obligada a obtener un mínimo del 20 por ciento de las acciones nominativas y derechos de voto. Argentina alegó que CABB había transferido acciones que estaba obligada a conservar, pero nuevamente el tribunal determinó que este no era el caso. En cambio, Urbaser había proporcionado financiamiento para apoyar los intereses accionarios de CABB, pero no tomó propiedad de las acciones.

Finalmente, Argentina caracterizó a CABB como una agencia del gobierno español (CABB brinda servicios a un gran número de municipalidades españolas y al Gobierno Vasco). En referencia al Artículo 25 (1) y (3) del Convenio del CIADI, Argentina alegó que CABB requería la aprobación del gobierno español para entablar una reclamación ante el CIADI.

Las demandantes aceptaron que CABB era de hecho una agencia pública, pero que realiza actividades privadas. También subrayaron que la naturaleza legal de CABB era distinta a la de sus miembros.

Avocándose al Artículo 25 (1) y (3), el tribunal concluyó que la referencia al consentimiento en casos que involucran a una agencia gubernamental aludían al estado anfitrión (es decir, casos donde una agencia de un estado se convierte en parte de un arbitraje como demandada). La misma regla no se aplica al estado contratante del inversor.

En cuanto a los costos del arbitraje, el tribunal reservó su decisión para una etapa posterior del procedimiento.

Los árbitros del caso son Andreas Bucher (presidente), Pedro J. Martínez-Fraga (nominado por las demandantes) y Campbell McLachlan (designado por la demandada).

La decisión está disponible en: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1324.pdf>

Empresas alemanas reciben 3 millones de euros en diferencia por barco a vela contra Ucrania *Inmaris Perestroika Sailing Maritime Services GmbH y otros c. Ucrania, Caso del CIADI No. ARB/08/8, Laudo Diana Rosert*

Un tribunal del CIADI ha fallado en favor de cuatro empresas alemanas en una diferencia por el uso de un barco a vela de propiedad de Ucrania. De acuerdo con Grischenko & Partners, el estudio jurídico que representa a Ucrania en este caso, las demandantes fueron otorgadas alrededor de 3 millones de euros más intereses frente a los 13 millones de euros que habían reclamado¹.

Recientemente, el CIADI publicó extractos del laudo dictado en marzo de 2012. El laudo redactado contiene las conclusiones del tribunal sobre los temas en disputa, pero omite gran parte de los antecedentes factuales de la diferencia, las posturas de las partes contendientes, las sumas reclamadas y las otorgadas. Una descripción detallada de estos antecedentes se encuentra contenida en la decisión jurisdiccional del tribunal de marzo de 2010.

Antecedentes

La diferencia se relaciona con la operación conjunta de un barco por las demandantes alemanas, las empresas Inmaris, y un instituto estatal ucraniano, el *Kerch Maritime Technological Institute* (KMTI). Las empresas Inmaris utilizaron el barco para paseos comerciales y eventos de navegación a vela, mientras que KMTI lo utilizó para entrenar a cadetes ucranianos.

Un número de contratos entre las empresas Inmaris y KMTI establecieron el marco de operación conjunta. El primer contrato acordado era que las empresas Inmaris cubrirían los gastos operacionales, mientras que estarían facultadas para recibir las ganancias de los paseos. Posteriormente, se estableció una compleja estructura financiera y operativa para financiar la restauración del buque a vela, que llegó a alrededor de 550 mil euros, incluyendo un acuerdo de arrendamiento y múltiples contratos paralelos.

La diferencia concierne principalmente una ‘prohibición de traslados’ en el barco impuesta por el ministerio de Ucrania en 2006, así como acciones tomadas por el gobierno poco después de la prohibición. De acuerdo con las demandantes, estas medidas causaron serios daños a sus inversiones y provocaron la insolvencia de dos de las empresas Inmaris, en violación del TBI entre Ucrania y Alemania. Específicamente, las demandantes alegaron que los actos de Ucrania infringieron la obligación de dispensar trato justo y equitativo, eran arbitrarios y discriminatorios y que constituían una expropiación indemnizable.

Aparte de rechazar todo acto ilegal frente a las empresas Inmaris, Ucrania entabló una contrademanda donde reclamó compensación por los costos operativos del barco en invierno.

Denegación de trato justo y equitativo

Las demandantes alegaron que una “serie de acciones” tomadas por el gobierno ucraniano violaban las obligaciones de trato justo y equitativo. La primera violación presuntamente ocurrió a consecuencia del cambio de gobierno de Ucrania en 2005, cuando un ministerio de ese país “cuestionó arbitrariamente la legalidad” de los contratos y demandó a los demandantes que pagaran 50.000 euros como un “préstamo no repagable” al instituto estatal. De acuerdo con las demandantes, ocurrió otra violación, más significativa, un año después cuando una orden ministerial prohibió al barco de dejar puerto. Debido a esta ‘prohibición de traslado’, o lo que las demandantes consideraron un “arresto” del barco, las empresas Inmaris cancelaron sus paseos de verano ya programados y no operaron el barco desde entonces.

Ucrania insistió en que, para constituir una violación de la norma, las acciones de un gobierno precisan ser violaciones “burdas” e “impactantes” tal como lo establece la norma internacional de nivel mínimo de trato y el derecho consuetudinario internacional. Sin embargo, el tribunal sostuvo que el TBI no prescribía una interpretación como tal y decidió adherir al “lenguaje tal como está escrito” en el TBI.

Posteriormente falló que la prohibición de traslado era de hecho un acto estatal que constituía una violación de trato justo y equitativo. También consideró esta prohibición como una “medida arbitraria” que impedía el uso de la inversión, y por ende, no era permisible.

Sin embargo, el tribunal concluyó que las acciones de Ucrania antes de la prohibición de traslado—incluyendo el préstamo no reembolsable—no constituían una violación. También determinó que Ucrania no “actuó de mala fe o denegó a los Demandantes el proceso debido” cuando cuestionó el acuerdo contractual. Según la opinión del tribunal, los contratos “no eran para nada claros” y “contenían muchas incoherencias internas aparentes, que requerían un significativo esfuerzo interpretativo para descifrar”. Por ejemplo, el tribunal destacó que un contrato no determinaba cómo serían distribuidas las ganancias e ingresos, mientras que otro no identificaba quién sería responsable por los costos de invierno del barco.

Expropiación sin compensación

El tribunal sostuvo que la prohibición de traslado privaba a las demandantes de su inversión, causaba un “daño sustancial” y, por lo tanto, constituía una expropiación sin compensación, en violación con el TBI. Rechazando el argumento de Ucrania de que la prohibición era temporaria por naturaleza, el tribunal determinó que la misma provocó la insolvencia de dos de las empresas de las demandantes. Al arribar a esta decisión, el tribunal no consideró importante determinar si la prohibición era un caso de expropiación directa o indirecta.

Al contrario de las afirmaciones de Ucrania, el tribunal también decidió que el TBI no contenía un prerrequisito de agotar los remedios locales.

Notablemente, el tribunal aceptó que “las acciones del Ministerio estaban genuinamente motivadas por una intención de proteger el interés público”, pero agregó que no obstante constituían una expropiación y que debía pagarse compensación.

Si bien el laudo redactado no aclara la intención del gobierno, un comunicado de prensa del Ministerio de Política Agraria de 2006² alude indirectamente a su preocupación. El ministerio afirma que los gastos del gobierno en el barco aumentaron once veces durante 7 años, “pero no ganó nada de dinero a través del arrendamiento” del barco. El comunicado de prensa también reclama que KMTI “no tenía derecho a firmar” contratos con las demandantes, dado que no estaba a cargo del manejo de propiedad del barco. En el mismo se explica que la prohibición fue impuesta debido a “multitudinarias irregularidades de índole legal”.

Compensación por daños

El tribunal determinó que las acciones de Ucrania causaron daños directos a las demandantes, siendo la insolvencia de las empresas Inmaris la más evidente. Autorizó a las demandantes compensación por los reclamos relativos a la insolvencia, incluyendo por un acuerdo de préstamo y las ganancias perdidas. El cálculo de las ganancias perdidas se basó en un promedio del desempeño pasado, que fue menos al de las proyecciones de ingresos “excesivamente optimistas” que reclamaban las demandantes.

El tribunal no otorgó daños por ítems “ya sea en disputa o

no verificados” y notó errores en el cálculo de daños de las demandantes. También rechazó el reclamo de compensación de los gastos terminales y el reembolso del préstamo no reembolsable dispensado al instituto en 2005. Dado que consideró la diferencia como un resultado de un “malentendido genuino”, decidió no otorgar compensación por “daño moral”.

Contrademanda

El tribunal desestimó la contrademanda de la Demandada por la compensación de los gastos del barco durante el invierno. Si bien el tribunal asumió jurisdicción sobre la contrademanda, concluyó que, bajo el contrato aplicable, Ucrania debía asumir los costos.

Costos

El tribunal ordenó a ambas partes que cubrieran sus propias costas y aranceles. Explicó esta decisión subrayando que “los hechos de la diferencia y la relación contractual de las partes eran complejas y, a veces, ambiguas” y apuntó a “deficiencias en las presentaciones de ambas Partes”.

Los miembros del tribunal son el Dr. Stanimir A. Alexandrov (árbitro presidente), el Prof. Bernardo Cremades (nominado por la demandada) y el Sr. Noah Rubins (designado por las demandantes).

El laudo se encuentra disponible en: https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC3296_En&caselId=C320

La decisión sobre jurisdicción está disponible en: https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC1490_En&caselId=C320

Inversor holandés supera objeción jurisdiccional preliminar por poco margen *Tulip Real Estate and Development Netherlands B.V. c. La República de Turquía, Caso del CIADI No. ARB/11/28* **Damon Vis-Dunbar**

En una decisión que estaba “cerca del margen”, un tribunal del CIADI ha aceptado que un demandante holandés había cumplido con una notificación y un período de negociación obligatorios antes de presentar un arbitraje contra Turquía.

La decisión del 5 de marzo de 2013, llegó en respuesta a una solicitud de bifurcación realizada anteriormente por Turquía por medio de la cual solicitó que el tribunal tratara tres objeciones jurisdiccionales como cuestiones preliminares: 1) los demandantes entablaron reclamaciones contractuales, no de tratado; 2) es prematuro considerar cualquiera de las reclamaciones de tratado; y 3) la demandante no había respetado un requisito de resolver la diferencia en primero lugar a través de la consulta.

El tribunal aceptó el 2 de noviembre de 2012, tratar la tercera objeción, mientras que pospuso una decisión sobre las otras objeciones para la etapa de consideración de los méritos.

Antecedentes

La demandante, Tulip Real Estate and Development, es una empresa holandesa que invirtió en un proyecto de bienes raíces turco, en asociación con una empresa llamada Emlak, propiedad de la administración para el desarrollo de viviendas (*Housing Development Administration*, TOKI) de Turquía. TOKI y Emlak también comparten el mismo director.

Después de alrededor de cuatro años en el proyecto, Emlak terminó el contrato con Tulip por demoras en el proyecto, y

poco después tomó el control del sitio de construcción. La demandante argumenta que Emlak terminó el contrato como un pretexto para tomar sus bienes, y reclama que Emlak fue responsable por las demoras.

El Artículo 8(2) establece nuestros requisitos “esenciales”

El Artículo 8(2) del TBI entre Turquía y Holanda requiere que los demandantes inicialmente resuelvan sus diferencias a través de consultas y negociaciones durante un año, antes de recurrir a arbitraje. El tribunal remarcó desde un principio que no hay consenso entre los árbitros sobre la manera de interpretar las disposiciones.

“Las líneas de decisión que han determinado que tales disposiciones sobre consulta y negociación no son de naturaleza jurisdiccional, que no deben ser cumplidas estrictamente, y se emparejan con un número menor de decisiones que han sostenido que el cumplimiento de tales requisitos de notificación y negociación son una garantía, como una pre-condición para la jurisdicción del Tribunal, y deben ser cumplidas estrictamente”, expresó el tribunal por escrito.

Posicionándose en la última categoría, el tribunal determinó que el lenguaje del Artículo 8(2) es “obligatorio en forma”.

El tribunal consideró que el primer paso para cumplir con el requisito es dar notificación al demandado de que existe una diferencia relativa a la inversión. En cuanto a las características de una notificación como tal, el tribunal aclaró que la demandante no necesitaba “deletrear en detalle el caso legal”. Sino más bien, era suficiente informar al estado anfitrión de que enfrentaba acusaciones de violación del tratado que podrían llevar a arbitraje si los esfuerzos de negociación fracasaran.

En torno a la correspondencia de la demandante con TOKI y Emlak, el tribunal preguntó si la notificación había sido emitida con un año de antelación de la reclamación de arbitraje, junto con los esfuerzos para negociar una resolución de la diferencia. En general, el tribunal concluyó que la correspondencia era “confusa”, y luego admitió que “no podía entender por qué no se dio una notificación explícita”.

No obstante, el tribunal se mostró convencido de que la demandante había buscado resolver la diferencia a través de una negociación. Y una carta dirigida al presidente de Turquía servía como notificación de diferencia sobre la inversión. En la carta se delineaban las acciones presuntamente ilegales de Elmak, y también se hacía referencia al CIADI como el foro donde se buscaría recurso.

La correspondencia era imprecisa y parece haber sido malentendida por la oficina del presidente. Por lo tanto, fue “con dificultad y vacilación” que el tribunal la aceptó como cumplimiento del requisito de notificación establecido en el Artículo 8(2).

La decisión está disponible en: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1340.pdf>

Notas

1 Grischenko & Partners, Comunicado de Prensa del 29.03.2012, disponible en: <http://gp.ua/en/Press/review/itm/142/>

2 Gobierno de Ucrania, la decisión del Ministro de Política Agraria de prohibir al Chersonese navegar provoca protestas verbales en Ucrania y en el exterior, 20 de abril de 2006, disponible en http://www.kmu.gov.ua/control/en/publish/article?art_id=34549021&cat_id=32598.

Recursos y Eventos

Recursos

Investment Contracts for Farmland and Water: 10 Steps

Carin Smaller, International Institute for Sustainable Development, 2013

En esta breve publicación se delinear los 10 pasos más importantes a seguir cuando se negocian contratos de inversión de tierras agrícolas y agua. Está pensado como un recurso para legisladores, funcionarios públicos, propietarios de tierras y comunidades locales. Brinda una descripción de un manual comprensivo, que está en curso, donde se proponen diferentes modelos de disposiciones legales para los contratos de inversión. En este documento se discuten los siguientes temas relativos al proceso de negociación: preparación del ambiente de negociación; realización de estudios de viabilidad; conducción de evaluaciones de impacto; designación de derechos de tenencia de tierras y agua; determinación de incentivos financieros y otros incentivos; evitación de disposiciones de estabilización; especificación de las obligaciones del inversor en torno al desarrollo; identificación de parámetros ambientales; elección de un mecanismo apropiado para la solución de controversias y necesidad de garantizar el reporte, monitoreo y evaluación. El documento se encuentra disponible en: <http://www.iisd.org/publications/pub.aspx?pno=2804>

Reform of Investor-State Dispute Settlement: In Search of a Roadmap

Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, 2013

Como parte de su *IIA Issues Notes series*, la UNCTAD ha publicado un nuevo documento titulado *Reform of Investor-State Dispute Settlement: In Search of a Roadmap*. Las preocupaciones con respecto al actual sistema de Solución de Controversias entre Inversionista y Estado (en inglés, *Investor State Dispute Settlement, ISDS*) se relacionan, entre otras cosas, con la percepción de una falta de legitimidad y transparencia; contradicciones entre los laudos arbitrales; dificultades para corregir decisiones arbitrales erróneas; cuestionamiento sobre la independencia e imparcialidad de los árbitros y la prolongación y costos de los procedimientos de arbitraje. Estos desafíos han dado lugar a amplios debates sobre la necesidad de reformar el actual sistema de arbitraje relativo a inversiones. Para dar forma a este debate, en este documento se plantean cinco principales caminos para la reforma: promover soluciones alternativas a controversias; rediseñar el sistema actual a través de AIs individuales; limitar el acceso de los inversores a la ISDS; incorporar un mecanismo de apelación y crear una corte permanente de inversión. La UNCTAD remarca que cada una de estas cinco opciones de reforma propuestas presenta ventajas y desventajas específicas y responde a las principales preocupaciones de manera distintiva. Algunas de las opciones pueden ser implementadas a través de acciones de gobiernos individuales, mientras que otras requieren la acción conjunta de un grupo más amplio. Estas últimas podrían ir más allá para abordar los actuales problemas, pero también enfrentarían más dificultades para ser implementadas. Es documento se encuentra disponible en: [http://unctad.org/en/pages/newsdetails.aspx?OriginalVersionID=508&Sitemap_x0020_Taxonomy=Investment+and+Enterprise;#607;#International+Investment+Agreements+\(IIA\);#20;#UNCTAD+Home](http://unctad.org/en/pages/newsdetails.aspx?OriginalVersionID=508&Sitemap_x0020_Taxonomy=Investment+and+Enterprise;#607;#International+Investment+Agreements+(IIA);#20;#UNCTAD+Home)

Prospects in International Investment Law and Policy

Cambridge University Press, editado por Roberto Echandi y Pierre Sauvé, World Trade Forum, 2013

La red fragmentada pero floreciente de acuerdos internacionales de inversión y el uso creciente de los mismos está generando un cuerpo de jurisprudencia cada vez más grande que, si bien aún se encuentra en evolución, requiere un examen analítico más detallado. Basándose en muchas de las opiniones más distinguidas en el campo del derecho y las políticas de inversión, y ofreciendo perspectivas interdisciplinarias novedosas sobre la actividad y la elaboración de los tratados de inversión internacional en constante evolución, este libro explora los desafíos económicos, legales y políticos más importantes en el derecho y las políticas contemporáneas de inversión internacional. También examina las implicancias sistémicas que se desprenden de el frenético activismo judicial reciente en asuntos de inversión y plantea varias propuestas innovadoras sobre la mejor manera de promover una mayor coherencia general en el diseño de las reglas, el uso de los tratados y la formulación de políticas. De esta manera, se podría alcanzar un mejor equilibrio entre los derechos y las obligaciones de los inversores internacionales y de los estados anfitriones. Este libro pretende brindar a los lectores un debate informado sobre el campo del derecho y las políticas internacionales de inversión que está evolucionando rápidamente. También analiza los principales temas sobre las relaciones de la

inversión internacional desde una perspectiva multidisciplinaria y reúne a los académicos más destacados del mundo en el campo empresarial, económico, del derecho y las ciencias políticas que poseen vasta experiencia en el área del derecho y las políticas internacionales de inversión y la regulación del comercio internacional. Para comprar este libro visite: http://www.cambridge.org/ch/knowledge/isbn/item7113132/?site_locale=de_CH

Harnessing Foreign Investment to Promote Environmental Protection

Cambridge University Press, Editado por Pierre-Marie Dupuy y Jorge E. Viñuales, Graduate Institute of International Studies, 2013

Harnessing Foreign Investment to Promote Environmental Protection investiga los principales desafíos que enfrenta la implementación de la protección ambiental y las sinergias entre la inversión extranjera y la protección ambiental. Adoptando una perspectiva legal, económica y política, los autores que colaboraron en esta publicación analizan los diferentes incentivos que fomentan la inversión extranjera en proyectos pro-ambientales (tales como los fondos, financiación de proyectos, mecanismos de mercado, pago por servicios de ecosistema y seguros) y las salvaguardias para sus efectos potencialmente dañinos (regulación de las inversiones, CSR y mecanismos de responsabilidad, contratos y códigos de conducta). Para adquirir una copia de este libro visite: http://www.cambridge.org/ch/knowledge/isbn/item7077639/Harnessing%20Foreign%20Investment%20to%20Promote%20Environmental%20Protection/?site_locale=de_CH

Eventos 2013

Junio 20 – 21

CULTURE AND INTERNATIONAL ECONOMIC LAW,

Maastricht University, Maastricht, Países Bajos, <http://www.maastrichtuniversity.nl/law/conferences/>

Junio 26

LANZAMIENTO DEL WORLD INVESTMENT REPORT

2013, Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, Ginebra, Suiza, <http://unctad.org/en/Pages/MeetingDetails.aspx?meetingid=297>

Junio 28

INTERNATIONAL ARBITRATION AT A CROSSROADS: IS

THERE A COMING BACKLASH?, International Bar Association, St. Petersburg, Rusia, <http://www.ibanet.org/Article/Detail.aspx?ArticleUId=D1AAE6B9-1568-4ECE-9024-A574A703A087>

Octubre 10 – 11

INTERNATIONAL INVESTMENT AGREEMENTS - BALANCING SUSTAINABLE DEVELOPMENT AND INVESTMENT PROTECTION,

Free University of Berlin, Berlín, Alemania, http://www.jura.fu-berlin.de/en/fachbereich/einrichtungen/oeffentliches-recht/lehrende/hindelang/Berlin_Oct__2013

Noviembre 7

SALIENT ISSUES IN INTERNATIONAL COMMERCIAL

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

Noviembre 8

THE ROLE OF THE STATE IN INVESTOR-STATE

ARBITRATION, World Trade Institute and University of Bern, Bern, Suiza, <http://www.wti.org/news-archive/call-for-papers-the-role-of-the-state-in-investor-state-arbitration/>

Noviembre 13

EIGHTH COLUMBIA INTERNATIONAL INVESTMENT

CONFERENCE, Columbia University, Nueva York, Estados Unidos, <http://www.vcc.columbia.edu/content/eighth-columbia-international-investment-conference>



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

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

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

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

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

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