



## Nuevo Reglamento sobre la Transparencia en los Arbitrajes de la CNUDMI:

Aplicación, Contenido y Pasos a Seguir por Lise Johnson y Nathalie Bernasconi-Osterwalder



6



8



11



**CONOCO-PHILLIPS Y EXXON-MOBIL c. VENEZUELA Y PETRÓLEOS DE VENEZUELA:** Utilizando el arbitraje de inversión para reescribir un contrato por Juan Carlos Boué

**Amenaza de Derechos de Inversión sobre PI relativos a las Compañías Farmacéuticas en el Acuerdo de Asociación Transpacífico:** Estudio del Caso *Eli Lilly c. Canadá* por Brook K. Baker

**Declaraciones en línea de las comisiones o agencias nacionales de inversiones y sus potenciales efectos jurídicos** por Makane Moïse Mbengue y Deepak Raju

**También en este número:** Kılıç İnşaat İthalat İhracat Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi c. Turkmenistán; Garanti Koza LLP c. Turkmenistán; Ufficio S.p.A. otros (caso anteriormente denominado Giordana Alpi y otros) c. República Argentina; Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. y Abal Hermanos S.A. c. la República Oriental del Uruguay; Apotex Inc. c. El Gobiernos de los Estados Unidos de América

# contenido

- 
- 3 Artículos**  
Nuevo Reglamento sobre la Transparencia en los Arbitrajes de la CNUDMI: Aplicación, Contenido y Pasos a Seguir  
*Lise Johnson y Nathalie Bernasconi-Osterwalder*
- 
- 6** Conoco-Phillips Y Exxon-Mobil c. Venezuela Y Petróleos De Venezuela: Utilizando el arbitraje de inversión para reescribir un contrato  
*Juan Carlos Boué*
- 
- 8** Amenaza de Derechos de Inversión sobre PI relativos a las Compañías Farmacéuticas en el Acuerdo de Asociación Transpacífico: Estudio del Caso Eli Lilly c. Canadá  
*Brook K. Baker*
- 
- 11** Declaraciones en línea de las comisiones o agencias nacionales de inversiones y sus potenciales efectos jurídicos  
*Makane Moïse Mbengue y Deepak Raju*
- 
- 17 Noticias en Breve:**  
Ministro de Comercio Sudafricano confirma renuncia a TBIs con la UE; Diferencia en el caso Renco c. Perú transparente y atendida por el CIADI; Inversores amenazan con presentar arbitraje contra Serbia por presunta falta de otorgamiento de tierras para la construcción de parque solar; Mali enfrenta reclamación por ajustes impositivos; El CIADI actualiza estadísticas para el año fiscal 2013
- 
- 18 Laudos y Decisiones:**  
Kılıç İnşaat İthalat İhracat Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi c. Turkmenistán; Garanti Koza LLP c. Turkmenistán; Ufficio S.p.A. otros (caso anteriormente denominado Giordana Alpi y otros) c. República Argentina; Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. y Abal Hermanos S.A. c. la República Oriental del Uruguay; Apotex Inc. c. El Gobierno de los Estados Unidos de América
- 
- 27 Recursos y Eventos**

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

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

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

Gerente del Programa de Inversiones para el Desarrollo Sostenible  
Nathalie Bernasconi

Redactor  
Damon Vis-Dunbar

Redactor edición francesa  
Henrique Suzy Nikema

Traductora edición francesa  
Isabelle Guinebault

Redactor edición en español  
Fernando Cabrera

Traductora edición en español  
Maria Candeli Conforti

Diseño  
The House London Ltd.  
Web: [www.thehouselondon.com](http://www.thehouselondon.com)

## artículo 1

## Nuevo Reglamento sobre la Transparencia en los Arbitrajes de la CNUDMI: Aplicación, Contenido y Pasos a Seguir

por Lise Johnson y Nathalie Bernasconi-Osterwalder



En julio de 2013, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) adoptó un paquete de reglas destinadas a garantizar la transparencia en el arbitraje entre inversionistas y Estados (el “Reglamento sobre la Transparencia”), ratificando un trabajo realizado por las delegaciones de la CNUDMI—compuestas por 55 Estados Miembros, más Estados y organizaciones observadoras—en el transcurso de casi tres años de negociaciones.<sup>1</sup>

Según versiones anteriores del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, las controversias entre inversionistas y Estados a menudo no eran hechas públicas, aun cuando involucraban políticas públicas importantes o cuando las prácticas comerciales ilegales o corruptas fueran descubiertas. En contraste, el nuevo reglamento, que entrará en vigencia el 1 de abril de 2014, brinda un importante grado de apertura a lo largo de los procedimientos arbitrales.

Con la adopción de este reglamento, ahora se contará con una plantilla que ha sido minuciosamente negociada y ampliamente aprobada que podrá servir como modelo para conducir los arbitrajes entre inversionistas y Estados de manera transparente. Este modelo refleja y es congruente con tendencias mundiales más generales, reconociendo la importancia de la transparencia como una herramienta para fomentar y garantizar la participación democrática efectiva, la buena gobernanza, responsabilidad, predictibilidad y el imperio de la ley.<sup>2</sup>

### El status quo antes del Reglamento sobre la Transparencia

Antes del Reglamento sobre la Transparencia, ningún reglamento de arbitraje utilizado en los arbitrajes entre inversionistas y Estados exigía la transparencia a lo largo del proceso arbitral. De hecho, fundamentalmente la mayoría de los reglamentos de arbitraje referidos en los tratados de inversión (con la excepción de los que requieren el consentimiento de las dos partes litigantes a las audiencias públicas) no mencionan el tema de la transparencia, ni exigen la confidencialidad ni requiriendo la divulgación de documentos pertinentes al arbitraje.

Sin embargo, todos los reglamentos de arbitraje otorgan a las partes litigantes y al tribunal gran flexibilidad para determinar—individualmente o por acuerdo—el grado de apertura de los procedimientos. El nuevo Reglamento sobre la Transparencia, por lo tanto, no representa un cambio total en el enfoque a la transparencia en los arbitrajes, sino que hay una modificación en la presunción que subyace tras la apertura,

en lugar de la privacidad, en los arbitrajes entre inversionistas y Estados en el marco de los tratados de inversión. Resulta muy importante, que el nuevo reglamento también establece un proceso y un marco institucional para garantizar que la transparencia sea puesta en práctica de manera clara y congruente.

### Nuevo reglamento sobre la transparencia en los arbitrajes de la CNUDMI

El nuevo reglamento garantiza la transparencia desde el comienzo hasta el final de los arbitrajes entre inversionistas y Estados a los que éste rige. Contiene un artículo que gobierna el ámbito y la forma de aplicación de aquellas disposiciones (Artículo 1); tres artículos que exigen la divulgación y apertura (Artículos 2, 3 y 6); dos que requieren la participación de partes no litigantes (Artículos 4 y 5); uno que establece cuatro excepciones para los requisitos de divulgación (Artículo 7) y uno que trata el manejo de la divulgación a través de un depositario específico (Artículo 8).

Después de gran debate sobre la forma del nuevo Reglamento sobre la Transparencia (por ej., si serían reglas o meras directrices, un instrumento único o parte integral del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI), la Comisión determinó que su mejor resultado sería un reglamento (a) parte del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (b) y que esté disponible como un instrumento único independiente para su aplicación en las controversias regidas por otros reglamentos de arbitraje. Para cumplir, de manera clara y efectiva, con el objetivo de incorporar el Reglamento sobre la Transparencia como parte integral de los arbitrajes de la CNUDMI, la Comisión modificó su reglamento general de arbitraje de 2010 insertando un nuevo párrafo (4) al Artículo 1. El Artículo 1(4) del nuevo Reglamento de Arbitraje de 2013 de la CNUDMI establece expresamente que el mismo incluye el Reglamento sobre la Transparencia cuando la controversia subyacente surja en el marco de un tratado de inversión.

### Artículo 1 – Ámbito de Aplicación

El nuevo Reglamento sobre la Transparencia será aplicado por defecto a los arbitrajes entre inversionistas y Estados bajo la CNUDMI conducidos en el marco de un tratado de inversión celebrado después de que este reglamento haya entrado en vigor el 1 de abril de 2014. Sin embargo, los Estados parte del tratado en cuestión pueden acordar modificar la regla de aplicación por defecto y “optar por no” incorporarla en tratados (futuros), por ejemplo, excluyendo expresamente la aplicación del Reglamento sobre la Transparencia de la CNUDMI o señalando que se aplicará “el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, tal como fue adoptado en 1976”. En los arbitrajes de la CNUDMI instituidos en el marco de tratados celebrados antes del 1 de abril de 2014, el Reglamento sobre la Transparencia no será aplicable a menos que los Estados o las partes litigantes “opten por” hacerlo expresamente.

Este reglamento también deja explícito lo que de otra manera quedaría implícito: que el nuevo reglamento podría ser utilizado en conexión con otros arbitrajes conducidos en virtud de otros reglamentos de arbitraje. Durante las negociaciones, varias instituciones de arbitraje, incluyendo la Corte Permanente de Arbitraje (por sus siglas en inglés, PCA) y el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), confirmaron que el Reglamento sobre la Transparencia podría aplicarse a los procedimientos conducidos conforme a sus respectivos reglamentos.<sup>3</sup>

Algunas de las disposiciones contenidas en este reglamento

instan a los tribunales a ejercer discreción. En aquellos casos, el reglamento ordena expresamente que un tribunal tome en cuenta, primero, el interés público—tanto en el arbitraje entre inversionistas y Estados en general, como en controversias, en particular—y, en segundo lugar, el interés de las partes litigantes para una resolución “justa y eficiente” de su controversia.

El Reglamento sobre la Transparencia también aborda la autoridad del tribunal para permitir o exigir la transparencia en los arbitrajes de la CNUDMI que *no* utilicen el presente Reglamento, y está destinado a contrarrestar cualquier presunción potencial que vaya en *contra* de la transparencia. Los niveles de transparencia que ya se encuentran permitidos por el Reglamento general de Arbitraje de la CNUDMI (2010 o 1976) no pretenden ser reducidos por ninguna falta de aplicación del Reglamento sobre la Transparencia. Los redactores también incorporaron límites sobre la capacidad de los Estados para evadir la aplicación de este Reglamento cuando sí sea aplicable.

En cuanto a su lugar en la jerarquía legal, el Reglamento sobre la Transparencia supera aquellas disposiciones conflictivas de los reglamentos de arbitraje aplicables (por ej. el Art. 1(1) del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI de 1976, 2010 y de 2013). Sin embargo, en caso de conflicto con las disposiciones del tratado aplicable, prevalecerán las disposiciones de tratado. El principio de que las reglas de arbitraje no pueden prevalecer sobre leyes obligatorias también está reflejado.<sup>4</sup>

#### **Artículo 2 – Publicación de información al comienzo del procedimiento de arbitraje**

El compromiso alcanzado en el Artículo 2 requiere la divulgación oportuna de una serie de hechos básicos (que no requerirá el ejercicio de un juicio subjetivo o la discreción del depositario) una vez que haya evidencia de que el/ la demandado/a ha recibido la notificación de arbitraje. En algunos casos, las partes litigantes podrían no estar de acuerdo sobre si se aplicará o no el Reglamento sobre la Transparencia. No obstante, el Artículo 2 dispone que cada parte litigante y el depositario tomen acciones antes de que se instituya un tribunal para resolver cualquier diferencia en torno a este tema. La notificación de arbitraje en sí misma estará sujeta a una divulgación automática obligatoria conforme al Artículo 3 (a continuación), pero sólo después de la constitución del tribunal.

#### **Artículo 3 – Publicación de documentos**

El Artículo 3 establece la divulgación de documentos presentados o emitidos por el tribunal bajo tres categorías: (1) una amplia serie de documentos presentados ante el tribunal o emitidos por el mismo durante el procedimiento será *obligatoria y automáticamente* divulgada (incluyendo todas las declaraciones y presentaciones de las partes litigantes y Estados partes no litigantes o terceras partes; transcripciones de audiencias y ordenanzas, decisiones y laudos del tribunal arbitral); (2) documentos tales como declaraciones de testigos e informes de expertos serán *obligatoriamente* divulgadas una vez que cualquier persona lo solicite al tribunal; y (3) puede ordenarse que otros documentos, tales como exposiciones, sean publicados por el tribunal dependiendo del ejercicio de su discreción.

Cuando la divulgación sea obligatoria, el tribunal deberá enviar la información al depositario “tan pronto como sea posible” después de que se hayan tomado todas las medidas para restringir la divulgación de información que sea considerada protegida o confidencial<sup>5</sup>. El depositario posteriormente deberá publicar la información en su sitio web.

#### **Artículo 4 – Presentación de una tercera parte**

En línea con la práctica anterior de los tribunales, el Reglamento sobre la Transparencia confirma expresamente la autoridad de los tribunales de inversión para aceptar presentaciones de los denominados *amicus curiae* (amigos de la corte), mientras que se incorporan reglas y directrices detalladas. Este otorgamiento o reconocimiento expreso de autoridad concierne “presentaciones escritas” y no aborda otras formas de participación, tales como declaraciones en audiencias. Los tribunales, sin embargo, podrían permitir otras formas de participación conforme a su autoridad discrecional bajo el Artículo 15 del Reglamento de Arbitraje de 1976 de la CNUDMI y el Artículo 17 del Convenio de 2010 y de 2013.

#### **Artículo 5 – Presentación de una parte no litigante en el marco del tratado**

El Reglamento sobre la Transparencia *requiere* que los tribunales acepten presentaciones sobre temas de *interpretación de tratado* de los Estados parte del tratado en cuestión aunque no sean litigantes, siempre y cuando la presentación no “altere o sobrecargue el procedimiento arbitral, o perjudique injustamente a ninguna de las partes litigantes”. Además autoriza expresamente a los tribunales a recibir presentaciones (no solo “presentaciones escritas”) de Estados parte no litigantes sobre asuntos de interpretación de tratados bajo las mismas condiciones. El tribunal también tiene la autoridad de aceptar presentaciones sobre otros asuntos pertinentes a la controversia de Estados parte no litigantes en el marco del tratado en cuestión.

#### **Artículo 6 – Audiencias**

Un notable distanciamiento de otros reglamentos de arbitraje es que el Reglamento sobre la Transparencia requiere que las audiencias sean abiertas, sujeto a tres limitaciones: (1) proteger información confidencial; (2) proteger la “integridad del proceso arbitral” y (3) por razones logísticas. Las partes litigantes—unilateralmente o en conjunto—no pueden vetar las audiencias abiertas. Este artículo autoriza explícitamente al tribunal a determinar la manera de abrir las audiencias, y contempla que el tribunal podría decidir facilitar el acceso público a través de herramientas en línea. También otorga al tribunal una autoridad limitada para cerrar las audiencias por razones logísticas, mientras se garantiza que este poder no será aplicado estrechamente y que no se abusará del mismo.<sup>6</sup>

#### **Artículo 7 – Excepciones a la transparencia**

Para equilibrar las disposiciones sobre divulgación del Reglamento sobre la Transparencia, el mismo también especifica que la divulgación esté sujeta a excepciones de confidencialidad o información protegida. El Artículo 7(2) lista cuatro categorías de información confidencial o protegida, que posiblemente se superpongan. Si y qué información recaerá dentro de las excepciones será un tema que se decidirá caso por caso en base a la naturaleza de la información y la ley aplicable. Además, el Artículo 7(5) brinda a los Estados demandados una excepción por la cual ellos mismos podrán protegerse de divulgar información que “consideren” que iría en contra de sus intereses esenciales de seguridad. Por último, también hay una excepción al reglamento sobre la transparencia que permite a los tribunales restringir o limitar la divulgación, cuando esto resulte necesario, para proteger la “integridad del proceso”; una categoría reducida que sólo está destinada a restringir o demorar la divulgación para cubrir circunstancias excepcionales, tales como intimidación de testigos o circunstancias excepcionales similares.

#### **Artículo 8 – Depositario de la información publicada**

Este artículo refleja la decisión unánime de la CNUDMI de que el depositario sea la misma Comisión. Al momento de la adopción del Reglamento sobre la Transparencia, sin embargo, no se sabe si la CNUDMI tendrá los recursos necesarios para desempeñar este papel. Si, el 1 de abril de 2014, la Comisión no puede actuar como depositario, la

PCA asumirá esta función. Esta delegación de la función a la PCA, sin embargo, pretende ser temporaria: la misma será transferida nuevamente a la CNUDMI si y cuando se encuentre preparada para desempeñar esta tarea.

### Los esfuerzos de la CNUDMI en contexto y pasos a seguir

El objetivo de la CNUDMI de “garantizar la transparencia en los arbitrajes entre inversionistas y Estados”<sup>7</sup> es complejo. En sus tratados de inversión, la mayoría de los Estados ofrecen a los inversores la opción de llevar a arbitraje internacional las controversias surgidas en el marco de un tratado y a elegir, de un menú de opciones, qué reglas procesales regirán el mismo. Las opciones podrían incluir los reglamentos de arbitraje de la CNUDMI, del CIADI o el Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI, la Cámara Internacional de Comercio (por sus siglas en inglés, ICC) o la Cámara de Comercio de Estocolmo (por sus siglas en inglés, SCC).

Pese a que el reglamento de arbitraje de la CNUDMI ahora exige la transparencia, el inversor puede optar por elegir un foro alternativo propuesto en el tratado. Además, conforme a una disposición contenida en el Artículo 1(2) del Reglamento sobre la Transparencia, el mismo no será aplicado por defecto a ninguno de los arbitrajes de la CNUDMI que surjan en el marco de tratados de inversión existentes.

De esta manera, pese a que la adopción del Reglamento sobre la Transparencia de la CNUDMI representa un avance clave en los esfuerzos de larga data para aumentar la transparencia en los arbitrajes entre inversionistas y Estados surgidos en el marco de tratados de inversión bajo el reglamento de arbitraje de la CNUDMI; para garantizar un cambio real, la CNUDMI y los Estados deben tomar medidas adicionales.

### Oferta de consentimiento, declaraciones interpretativas, enmiendas de tratados y adopción de una convención sobre la transparencia

A través de ofertas unilaterales de consentimiento para aplicar el Reglamento sobre la Transparencia, los Estados podrían posibilitar y alentar su aplicación a las controversias regidas por el reglamento de la CNUDMI y de otros foros, independientemente de la fecha en la cual el tratado en cuestión haya sido celebrado<sup>8</sup>. La otra posibilidad es emitir declaraciones unilaterales o conjuntas manifestando dicho consentimiento. Si bien estas opciones aún no han sido discutidas en mayor detalle en las sesiones de la CNUDMI, representan mecanismos viables y sencillos para facilitar el amplio uso del Reglamento sobre la Transparencia.

Otra opción para hacer posible que este Reglamento sea aplicado a tratados existentes y futuros es que los Estados modifiquen sus actuales tratados de inversión para permitir expresamente, o exigir, su uso. Sin embargo, la renegociación de tratados es una opción que muchos Estados probablemente querrán evitar, ya que esto podría complicar sus relaciones económicas internacionales con sus socios comerciales.

Un enfoque más sencillo sería que los Estados adhiriesen a un nuevo tratado—es decir una convención sobre la transparencia. Conforme al Artículo 30 de la Convención de Viena sobre la Ley de Tratados (*Vienna Convention on the Law of Treaties*, VCLT), un tratado como tal podría complementar o reemplazar las disposiciones contenidas en los tratados de inversión entre partes de la convención sobre la transparencia. Resulta prometedor que la CNUDMI haya ordenado continuar el trabajo en torno a la convención sobre la transparencia para facilitar la aplicación del Reglamento sobre la Transparencia a las controversias que surjan en el marco de tratados celebrados antes de la fecha de entrada en vigor del mismo, incluyendo los arbitrajes que están siendo conducidos en virtud de reglamentos de arbitraje que no son

el de la CNUDMI. Un borrador del texto de esta convención fue elaborado por la Secretaría de la CNUDMI, pero aún no ha sido discutido abiertamente en las sesiones de esta Comisión. Esto sucederá cuando el Grupo de Trabajo II comience su trabajo enfocado en la convención sobre la transparencia este otoño.

### Conclusión

Cinco años después de reconocer oficialmente el interés público en los arbitrajes entre inversionistas y Estados que surgen en el marco de los tratados de inversión, y tres años después de iniciar las negociaciones sobre la norma legal para garantizar la apertura de dichos procedimientos, la CNUDMI ha adoptado el Reglamento sobre la Transparencia que dispone una mayor divulgación de la información generada desde la iniciación hasta la conclusión de las controversias. Al incorporar este reglamento como una parte integral del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI tal como fue modificado en 2013, la Comisión también ha tomado una importante decisión política de reflejar el compromiso de este organismo de la Organización de Naciones Unidas de que la transparencia, en vez de la confidencialidad, sea la regla por defecto en las controversias entre inversionistas y Estados.

Sin embargo, la CNUDMI aún no ha concluido esta tarea. A fin de cumplir realmente con el objetivo de garantizar la transparencia en la solución de controversias entre inversionistas y Estados, ahora debe tomar medidas adicionales para facilitar la aplicación del Reglamento sobre la Transparencia en las controversias surgidas de tratados existentes como futuros. Si logra hacerlo correctamente, el nuevo Reglamento de UN sobre la Transparencia irá más allá de las controversias conducidas bajo el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI para aplicarse a todas las controversias entre inversionistas y Estados.

### Autor

Lise Johnson es investigadora sénior de asuntos jurídicos: derecho y políticas de inversión del *Vale Columbia Center on Sustainable International Investment*. Nathalie Bernasconi-Osterwalder es abogada internacional sénior y directora del programa de inversiones del *International Institute on Sustainable Development*. El presente artículo está basado en un escrito más extenso, con el mismo título. Las autoras desean agradecer a Diana Rosert por su asistencia en la elaboración esta versión abreviada.

### Notas

1 *UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration* (Publicación antes del lanzamiento— 30 de julio de 2013) disponible en: <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/rules-on-transparency/pre-release-UNCITRAL-Rules-on-Transparency.pdf>.

2 *Delivering Justice: Programme of action to strengthen the rule of law at the national and international levels*, Informe de la Secretaría General (2012), A/66/749.

3 Notablemente, la Comisión rechazó la idea de que la excepción del Artículo 1(2), que limita la aplicabilidad del Reglamento sobre la Transparencia a las controversias en virtud de tratados adoptados después de que el Reglamento sobre la Transparencia entre en vigor, sea extendida a arbitrajes fuera de la CNUDMI.

4 Sin embargo, si el Reglamento sobre la Transparencia es incorporado en una convención sobre la transparencia, tal como se discute abajo en la Parte IV, entonces la legislación interna deberá ser modificada en conformidad con la convención.

5 En contraste, el tribunal posee mayor flexibilidad en cuanto a los medios de divulgación de las exposiciones solicitadas o de otros documentos.

6 Las transcripciones están sujetas a diferentes reglas contenidas en el Artículo 3. Por ende, si toda o parte de la audiencia es cerrada por cualquiera de estas tres razones permisibles identificadas en el Artículo 6, los aspectos no-confidenciales de la transcripción de dicha audiencia (si es confeccionada) serán no obstante revelados conforme a los Artículos 3 y 7.

7 *Report of the United Nations Commission on International Trade Law*, sesión 41 (16 de junio- 3 de julio, 2008), *Gen. Ass. 63rd session, supp. no. 17, A/63/17*, párrafo 314; *Report of the United Nations Commission on International Trade Law*, sesión 45 (25 de junio- 6 de julio, 2012), *Gen. Ass. 66th session, supp. no. 17, A/67/17*, párrafo 200; *Report of the United Nations Commission on International Trade Law*, sesión 45 (25 de junio- 6 de julio, 2012), *Gen. Ass. 67th session, supp. no. 17, A/67/17*, párrafo 69.

8 Las partes del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) utilizaron este enfoque en 2003 para establecer audiencias abiertas.

# CONOCO-PHILLIPS Y EXXON-MOBIL c. VENEZUELA Y PETRÓLEOS DE VENEZUELA: Utilizando el arbitraje de inversión para reescribir un contrato

por Juan Carlos Boué

## artículo 2



A mediados de la década de 1990, la compañía petrolera venezolana, PDVSA, implementó una política conocida como *Apertura Petrolera*, mediante la cual se pretendía movilizar el capital, la tecnología y la capacidad de gestión de las compañías petroleras internacionales para maximizar la producción de petróleo crudo mientras también se reducía drásticamente el peso fiscal sobre la exploración de hidrocarburos y las actividades productivas del país. La *Apertura* logró sus objetivos en gran medida, aunque lo hizo de una manera reminiscente a aquellas operaciones que son aclamadas como un triunfo médico pese a que el paciente termine muerto: la producción *à outrance* por parte de Venezuela fue un factor clave que llevó al colapso del precio del petróleo en 1998, y el mísero ingreso fiscal generado por algunos proyectos de la era de *Apertura* los tornaron los más desfavorables—para el Estado—de toda la historia de la industria petrolera venezolana.<sup>1</sup>

Los proyectos más importantes de la *Apertura* fueron cuatro grandes, costosos y complejos proyectos de producción, promoción (es decir, refinería parcial) y comercialización (de crudo sintético) de hidrocarburos extra pesados provenientes de la Faja Petrolífera del Orinoco (*Orinoco Oil Belt*, OOB), un reservorio inmenso con más de 1 trillón de barriles de hidrocarburos—más pesados que el agua. En la actualidad, tres de estos proyectos (Petrozuata, Hamaca y Cerro Negro) son parte de procedimientos de arbitraje que ConocoPhillips (COP) y ExxonMobil (XOM) iniciaron contra Venezuela ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) a finales de 2007.

Estos arbitrajes caracterizan algunas de las mayores reclamaciones que han sido entabladas contra un estado por inversores internacionales: US\$30 mil millones en el caso de COP y más de US\$15 mil millones en el caso de XOM. Sin embargo, una lectura minuciosa de los antecedentes fácticos de la controversia sugiere que estas reclamaciones tienen poca conexión con los tratos que estas compañías petroleras realmente acordaron en Venezuela.

### ¿Un contrato simple y puro?

En la raíz de estos arbitrajes se encuentra la decisión del gobierno venezolano de reestructurar los proyectos del OOB para que éstos se desarrollaran de conformidad con los requisitos legales y las condiciones fiscales aplicables a todas las demás compañías que llevaban a cabo

actividades petroleras en Venezuela, tal como lo establece la Ley Orgánica de Hidrocarburos de 2001. Esto incluía un requisito de que los proyectos fueran transformados en empresas mixtas donde los afiliados al PDVSA tendrían una participación accionaria del 60 por ciento; para cumplir con esto, COP y XOM debían reducir sus intereses accionarios en los proyectos vendiendo parte de sus acciones a PDVSA. La resistencia de las compañías a los términos del gobierno provocó la retirada de las mismas de Venezuela, y posteriormente el PDVSA tomó completamente sus acciones.

Las cuestiones legales que ocupan el centro de estos arbitrajes son altamente complejas, y explicarlas incluso de manera resumida ha llevado alrededor de cien páginas de texto<sup>2</sup>. Y aun así, paradójicamente, el CEO de XOM Rex Tillerson señaló: “[n]uestra situación en Venezuela es un contrato simple y puro. El contrato fue ignorado”.<sup>3</sup>

En resumidas cuentas, COP y XOM alegan que, al cambiar las condiciones fiscales para los proyectos de promoción, y luego reestructurarlos de conformidad con lo citado anteriormente, el gobierno de Venezuela no tuvo la menor consideración de los derechos adquiridos de las empresas, tratando los compromisos contractuales “como un consabido ‘pedazo de papel’ que pueden descartar a su conveniencia... rompiendo todos los compromisos... asumidos para inducir... la inversión”<sup>4</sup>. No obstante, cuando se trata de referirse a cuáles son exactamente estos compromisos, COP y XOM evitan calculadamente entrar en detalles, lo cual no es de extrañar ya que documentos clave sobre los antecedentes del caso muestran que estos presuntos compromisos son producto de la hiper activa imaginación corporativa.

Las inversiones de COP y XOM solo pudieron llevarse a cabo gracias al *régime d’exception* legal definido en el Artículo 5 de la Ley de Nacionalización del Petróleo venezolana de 1975 que —“en casos especiales y si resulta conveniente para el interés público”—permitía a las entidades estatales “celebrar acuerdos de asociación con entidades privadas.... [con] la previa autorización de las Cámaras [Parlamentarias] en sesión conjunta, *dentro de las condiciones que establezcan*”<sup>5</sup>. Entre las numerosas condiciones que el Congreso venezolano estipuló para todos los proyectos de promoción se encuentra una que resulta fatal para las reclamaciones de las empresas con respecto a los compromisos gubernamentales a los efectos de no alterar el marco fiscal ni el legal de los proyectos de promoción. En el caso del proyecto Cerro Negro, una empresa mixta entre XOM, PDVSA y British Petroleum<sup>6</sup>, esta condición fue expresada en los siguientes términos: “[e]l Acuerdo de Asociación, y todas las actividades y operaciones conducidas bajo el acuerdo, no deben imponer ninguna obligación a la República de Venezuela ni deben restringir sus poderes soberanos, el ejercicio del cual *no dará lugar a ninguna reclamación*, independientemente de la naturaleza o características de la misma...”<sup>7</sup>. Tal como puede apreciarse claramente, esta condición constituye una reserva plena de los derechos soberanos por parte de la República (que, además, no era parte de ninguno de los acuerdos de asociación).

### ¿Una verdad inconveniente?

Hay documentos de dominio público, contemporáneos a las medidas, que muestran que COP y XOM sabían plenamente que su situación frente al gobierno

venezolano no se trataba de un “contrato simple y puro”. Estos documentos son de especial interés ya que las declaraciones y opiniones contenidas en los mismos fueron expresadas bajo la creencia de que serían mantenidos como confidenciales, pero que salieron a la luz con la publicación de 250.000 cables diplomáticos estadounidenses por Wikileaks. Uno de estos cables reportó que el agregado de la embajada de EUA sobre asuntos petroleros en Caracas recibió dichos de un “ejecutivo de ExxonMobil ... el 17 de mayo [de 2006] expresando que su firma no pensaba que tuviera una base legal para oponerse al aumento de los impuestos” producto de “las enmiendas a la Ley Orgánica de Hidrocarburos que aumentaba los impuestos a las ganancias de las asociaciones estratégicas de un 34 a un 50 por ciento e introducía un impuesto de extracción del 33,3 por ciento”<sup>8</sup>. Esta franca confesión es irreconciliable con los imaginativos alegatos de garantías fiscales presentados por COP y XOM. Pero el cable contiene un dicho aún más revelador, que va al centro de la suma de compensación que se les debe a COP y XOM por la nacionalización de sus intereses, y deja en ridículo sus colosales demandas por daños:

... Cada uno de los acuerdos de asociación estratégica contiene alguna forma de cláusula de inmunidad que los protege de cualquier aumento de impuestos. Bajo estas cláusulas, PDVSA indemnizará a sus socios si se produce un incremento en los impuestos. Sin embargo, para recibir el pago, debe generarse cierto nivel de daño económico. A fin de determinar el nivel de daño, las cláusulas de inmunidad contienen fórmulas que, lamentablemente, asumen precios bajos del petróleo. Debido a la actual suba del precio del petróleo, es altamente improbable que los incrementos creen un daño lo suficientemente significativo para que, al aplicar las fórmulas, se llegue al umbral dentro del cual se determine que PDVSA deba pagar a los socios<sup>9</sup>.

Las cláusulas de inmunidad mencionadas anteriormente fueron introducidas dentro de los acuerdos de asociación entre PDVSA y sus partes extranjeras conforme a otra condición establecida por el Congreso para todas las asociaciones, y destinada a compensar a las partes extranjeras por los efectos económicos de medidas gubernamentales adversas, tales como el aumento de impuestos o la nacionalización de sus intereses<sup>10</sup>. Sin embargo, la compensación que correspondería a los afiliados de PDVSA no era abierta e ilimitada. En cambio, las partes extranjeras no podían reclamar que hayan sufrido *ningún* daño económico cuando el precio (ajustado a la inflación) del petróleo crudo tomado como referencia (Brent) en el mercado internacional excediera un cierto límite. En el caso de Cerro Negro, este precio fue de 27 USD/B (según el dólar de 1996) mientras que para Petrozuata y Hamaca fue de 25 USD/B (según el dólar de 1994) y 21 USD/B (según el dólar de 1996), respectivamente. Todo flujo de dinero en efectivo generado a precios que estuvieran más allá de estos límites (lo cual actualmente podría ser considerado como modesto, pero que, cuando fueron negociados, eran percibidos como inalcanzables<sup>11</sup>), y que fuera apropiado por el gobierno *no* sería compensable en favor de los afiliados de PDVSA, independientemente de la manera en que dicha apropiación ocurriese. Por lo tanto, los ingresos de los proyectos estaban, en efecto, sujetos a un tope, cuya activación se encontraba a plena discreción del gobierno.

## Conclusión

Cuando se observa a través del prisma de los documentos producidos en cumplimiento con los procedimientos contemplados en el Artículo 5 de la Ley de Nacionalización, el cuadro de situación que surge de las acciones del gobierno venezolano se encuentra en fuerte contraste con la versión de COP y XOM. De acuerdo con estas empresas, sus procedimientos legales estaban fueron impulsados por el compromiso de respetar el principio de inviolabilidad del contrato. Sin embargo, el registro documental muestra que todos los proyectos del OOB estaban autorizados por el Congreso venezolano sujeto a la condición expresa y esencial de que el Estado conservaba todos sus poderes soberanos, incluyendo el poder de promulgar y cambiar leyes e impuestos. Precisamente debido a esta amplia reserva de los derechos soberanos, COP y XOM negociaron con PDVSA para obtener la protección de sus inversiones a través de mecanismos específicos de compensación, que hacían referencia explícita a una limitación de responsabilidad por parte de PDVSA, y disponían que debería determinarse que los inversores extranjeros no hayan sufrido ninguna consecuencia económica adversa a causa de las medidas gubernamentales cuando el precio del petróleo crudo excediera un determinado nivel límite. De esta manera, las negociaciones que COP y XOM insisten en defender no pueden encontrarse en ningún rincón de los acuerdos que efectivamente firmaron. Los arbitrajes de COP y XOM ante el CIADI, por lo tanto, constituyen un intento por su parte de utilizar los tribunales arbitrales para reescribir contratos y disposiciones que ellos mismos negociaron, a fin de asegurarse una ganancia inesperada (que nunca negociaron) tras su salida de Venezuela.

## Autor

Juan Carlos Boué es becario sénior en investigación del Oxford Institute for Energy Studies.

## Notas

1 En 2004, antes de que cualquier cambio en el régimen fiscal fuese adoptado, el ingreso bruto por la exploración y los segmentos de producción de los proyectos de promoción llegó a alrededor de 25 USD/B (por barril), con regalías de 0,25 USD/B (el 1 por ciento del ingreso bruto) y sin ningún pago de impuesto a las ganancias. El ingreso fiscal es comparable (a precios debidamente devaluados) con el generado ocho años antes por la concesión de General Asphalt (ingreso bruto en 1924, a precios de 2004, 11,32 USD/B; ingreso fiscal 0,35 USD/B o 3,1 por ciento del ingreso bruto).

2 Juan Carlos Boué, *Enforcing Pacta Sunt Servanda? Conoco-Phillips and Exxon-Mobil versus the Bolivarian Republic of Venezuela and Petróleos de Venezuela* (Cambridge, University of Cambridge Centre of Latin American Studies, *Work Paper Series 2(1)*, 2013).

3 Steve Coll, *Private Empire. ExxonMobil and American Power*. London, Allen Lane, 2012: 426.

4 Caso de la ICC No. 15415/JRF: *Mobil Cerro Negro Ltd. c. Petróleos de Venezuela S.A. y PDVSA Cerro Negro S.A.*; *Laudo Final con fecha del 23 de diciembre de 2011*: ¶¶5,18.

5 “Ley que Reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos”, *Gaceta Oficial*, No. 1.769 (Extraordinaria), publicada el 29 de agosto, 1975: artículo 5.

6 British Petroleum continúa siendo socia de PDVSA en la empresa mixta que sucedió a Cerro Negro.

7 “Autorización del Congreso del Marco de Condiciones para el Acuerdo de Asociación con Cerro Negro”, *Gaceta Oficial No. 36.224*, publicada el 10 de junio, 1997, Condición nro. Dieciocho. Debido a razones de espacio, las condiciones equivalentes en los otros acuerdos de asociación no pueden ser citadas. Los lectores son remitidos a Boué, *op. cit.*

8 Cable 06CARACAS1445 (confidencial) con fecha del 19 de mayo de 2006, “*Temperature Rises for Strategic Associations*”: ¶¶3, 5.

9 Cable 08CARACAS1246 (confidencial) con fecha del 5 de septiembre de 2008, “*Venezuela: ConocoPhillips Negotiations Staff*”: ¶3.

10 En el Acuerdo de Asociación con Cerro Negro, entre los eventos que se considera que constituyen una “Medida Discriminatoria” compensable se encontraba “la expropiación o confiscación de activos del Proyecto o de los intereses de una Parte Extranjera en el Proyecto”.

11 Bernard Mommer, “*Venezuela, política y petróleo*”, *Cuadernos del CENDES*, 16, no. 42, (septiembre-diciembre, 1999): ¶4.3.5.

# Amenaza de Derechos de Inversión sobre PI relativos a las Compañías Farmacéuticas en el Acuerdo de Asociación Transpacífico: Estudio del Caso *Eli Lilly c. Canadá*

por Brook K. Baker

## artículo 3



Después de perder dos casos sobre patentes ante tribunales de apelación de países democráticos occidentales; ¿puede una empresa farmacéutica multinacional extranjera contrariada, tener la libertad de llevar a un país a arbitraje privado reclamando que sus expectativas de ganancias por monopolio se han visto frustradas por las decisiones de los tribunales? ¿Deberían los gobiernos continuar negociando tratados de comercio cuando los expansivos derechos del inversor en cuanto a la Propiedad Intelectual (en adelante, PI) y la solución de controversias entre inversionista y estado (por sus siglas en inglés, ISDS) se encuentran consagrados? ¿Deberíamos preocuparnos por el impacto de fallos arbitrales de miles de millones de dólares sobre la voluntad de los gobiernos de regular a las compañías farmacéuticas y acorralar sus esfuerzos para expandir sus monopolios de patentes y de protección de información? Por último, ¿deberían los diseñadores de políticas preocuparse por el impacto de los derechos de los inversores sobre la asequibilidad y la accesibilidad a medicamentos tanto en los países ricos como en los de ingresos medios y bajos?

Las respuestas a estas preguntas se están tornando cada vez más urgentes dados los capítulos que están siendo propuestos sobre PI e Inversión en el Acuerdo de Asociación Transpacífico (*Trans-Pacific Partnership Agreement*, TPP)<sup>1</sup> y las recientes notificaciones de controversias de inversores presentadas por Eli Lilly contra Canadá en virtud del TLCAN<sup>2</sup>. El caso Eli Lilly deja en claro los riesgos de incluir derechos de PI en los capítulos de inversión y las reclamaciones que están ejerciendo gran presión sobre los límites, las cuales pueden ser entabladas en nombre de empresas farmacéuticas extranjeras.

### Derechos de PI del inversor en el borrador del Acuerdo de Asociación Transpacífico

La definición de inversión en el borrador del TPP seguramente es lo suficientemente amplia para cubrir Derechos de Propiedad Intelectual (Intellectual Property Rights, IPRs) relacionados con la industria farmacéutica (es decir, patentes, datos regulatorios y otros secretos de comercio) ya que sólo requiere un “*compromiso de capital y otros recursos, la expectativa de ganancia o lucro o la presunción de riesgo (la cursiva nos pertenece)*.”<sup>3</sup> Más precisamente, la definición propuesta incluye directamente “derechos de propiedad intelectual [que son conferidos conforme a las leyes nacionales de cada Parte]”.<sup>4</sup>

Con respecto al tratamiento de la PI y otros de derechos de inversión, el Artículo 12.6.1 del Borrador del Capítulo de

Inversión del TPP requiere que, como *nivel mínimo de trato*, “Cada Parte deberá dispensar a las inversiones cubiertas un trato conforme al derecho consuetudinario internacional, incluyendo el trato justo y equitativo y la plena protección y seguridad”. En el inciso 2(a) se interpreta el “trato justo y equitativo” de manera que incluye “la obligación de no denegar justicia en procedimientos adjudicatarios penales, civiles o administrativos en conformidad con el principio de proceso debido que abarcan los principales sistemas legales del mundo”. Las interpretaciones más flexibles de este requisito sugieren que como nivel mínimo de trato se protejan todas las “expectativas razonables” de un inversor incluso en ausencia de representaciones directas<sup>5</sup>. En el contexto farmacéutico, los inversores extranjeros podrían reclamar que el nivel mínimo de trato cubra sus expectativas razonables en cuanto a las ganancias surgidas de victorias en casos sobre PI, o incluso simplemente de por reclamaciones. Por lo tanto, cambiar o reinterpretar judicialmente normas o directrices sustantivas de PI, decidir administrativamente oposiciones de patentes en favor de un recusante o adjudicar limitaciones y excepciones a derechos otorgados; todo esto podría ser interpretado como una violación al nivel mínimo de trato.

El Artículo 12.12 del Borrador del Capítulo de Inversión del TPP también prohíbe la *expropiación directa e indirecta* de una inversión cubierta, lo cual incluye la falta de pago del pleno valor de mercado tras una expropiación. Pese a que hay una excepción en el inciso 5 con respecto a las “licencias obligatorias otorgadas en relación con los derechos de propiedad intelectual de acuerdo con el Acuerdo sobre los ADPIC”, la misma no parecería cubrir excepciones a la exclusividad de datos ni muchas otras limitaciones y excepciones relacionadas con patentes. Incluso gran parte del inciso 5 que se encuentra entre corchetes, que incluye una excepción a la regla de expropiación para la “revocación, limitación o creación de derechos de propiedad intelectual, en la medida en que tal emisión, revocación, limitación o creación se encuentre en conformidad con el Capítulo \_\_ (Derechos de Propiedad Intelectual)”, no dispensa derechos para crear excepciones a los derechos de propiedad intelectual en ausencia de una total remuneración. Conforme a la regla de expropiación indirecta, discutiblemente, sería ilegal crear una excepción, relativa a la salud pública, con respecto a la exclusividad de datos o adoptar normas más estrictas para las invenciones tal como lo ha hecho la Corte Suprema de EUA en el caso *Myriad*.

En los Anexos 12-B, C y D propuestos, se abordan en mayor medida los posibles significados de expropiación indirecta y se aclara la obligación de proteger las expectativas del inversor. En el Anexo 12-C se requiere una investigación caso por caso, basada en hechos, que considere los factores del inciso 4(a):

- (i) el impacto económico de la acción gubernamental, pese al hecho de que una acción o serie de acciones de una Parte tengan un efecto adverso sobre el valor económico de una inversión, independientemente, no establece que haya ocurrido una expropiación indirecta; (ii) la medida en que la acción gubernamental interfiera con expectativas *distintivas, razonables y respaldadas por la inversión* (la cursiva nos pertenece); y (iii) el carácter de la acción gubernamental.

El inciso (b) dispone algunas limitaciones bastante flojas sobre estas expectativas:

Excepto en raras circunstancias, las acciones regulatorias no discriminatorias de una Parte, diseñadas y aplicadas para proteger objetivos legítimos de bienestar público [23 para mayor precisión, la lista de objetivos legítimos de bienestar público en este inciso no es exhaustiva] tales como los relativos a la salud pública, seguridad y medio ambiente, no constituyen expropiaciones indirectas.

Pese a que esta excepción de bienestar público resulta útil, no confiere un privilegio absoluto. Los inversores aún pueden reclamar que: (1) las decisiones que afectan adversamente sus IPRs no favorecen objetivos legítimos de bienestar público; (2) sus derechos son instancias inusuales donde no se permite la regulación no discriminatoria; y (3) las acciones regulatorias recusadas son discriminatorias, por ejemplo, estando apuntadas específicamente a inversores farmacéuticos.

Además de apoyar las reclamaciones de trato injusto y expropiación, el Borrador del Capítulo de Inversión del TPP también contiene disposiciones típicas sobre trato nacional (dispensando un trato no menos favorable a las inversiones extranjeras que el dispensado a las nacionales) y de nación más favorecida (otorgar a la inversión y los inversores extranjeros un trato no menos favorable que a las inversiones y los inversores de cualquier otra Parte o no Parte).<sup>6</sup>

### **Eli Lilly c. Canadá – reclamaciones de inversores desvinculadas**

El potencial impacto de los derechos propuestos en el TPP para los inversores extranjeros puede ser observado en las reclamaciones pendientes contra Canadá. El 2 de noviembre de 2012, Eli Lilly presentó una notificación de intención de arbitraje contra Canadá reclamando \$100 millones de dólares canadienses en virtud del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN). La diferencia se centra en una decisión tomada por el Tribunal Federal de Apelaciones de Canadá que invalidaba la patente de Eli Lilly sobre Strattera, un medicamento para el tratamiento del trastorno de hiperactividad y déficit de atención; una apelación a dicha decisión fue desestimada por la Corte Suprema de Canadá. Subsecuentemente, después de la invalidación de otra patente sobre el medicamento psiquiátrico Zyprexa, su afirmación por el Tribunal Federal de Apelaciones y una denegación de una posterior apelación ante la Corte Suprema, Eli Lilly presentó una segunda notificación de intención para llevar a Canadá a arbitraje, ahora reclamando \$500 millones de dólares canadienses por los dos medicamentos. Al fallar en contra de Eli Lilly, el Tribunal Federal de Apelaciones sostuvo en ambos casos que la utilidad de la patente es determinada a través de una promesa de inventar que el solicitante ha realizado directamente o por una “predicción válida”, y que dicha promesa o predicción debe ser revelada en la aplicación de la patente.

En esencia, los tribunales canadienses han interpretado el elemento de aplicabilidad/utilidad industrial de las patentes requiriendo que un reclamo sobre la patente revele la utilidad alegada. Si no hay una promesa específica de utilidad, al menos debe haber un “indicio de utilidad” discernible en la aplicación. Sin embargo, si el solicitante va más allá, predice indirectamente o promete una utilidad específica, entonces dicha predicción o promesa debe estar respaldada por una evidencia revelada en la aplicación de la patente. Dado que Eli Lilly esencialmente reclamó o “prometió” beneficios terapéuticos a largo

plazo con respecto a Strattera y efectos a largo plazo y la disminución de efectos secundarios con respecto a Zyprexa, los tribunales revisaron la evidencia de las aplicaciones y la encontraron deficiente.

Eli Lilly afirma que tanto la doctrina canadiense de promesa como el relativo requisito de revelación van más allá de la práctica normal en los Estados Unidos y la Unión Europea, y que estos requisitos adicionales no se encuentran presentes en el Tratado de Cooperación en materia de Patentes (*Patent Cooperation Treaty*, PCT), un tratado legal internacional sobre patentes<sup>7</sup>. En esencia, Eli Lilly pretende recusar por completo tanto la invalidación de sus dos patentes como la doctrina sobre la promesa/revelación de utilidad<sup>8</sup>. Para lograr esto, la compañía reclama la violación de las normas de nivel mínimo de trato, expropiación indirecta y trato nacional.

Con respecto al nivel mínimo de trato, Eli Lilly reclama que sus expectativas de ganancia fueron contrariadas injustamente por la adopción judicial de nuevas normas de utilidad y revelación. Eli Lilly también reclama que esta ley creada por un juez, que es distinta a la utilizada en cualquier otro lado, alteraba el marco legal que rige sus inversiones y violaba sus “expectativas básicas y legítimas de un ambiente comercial estable y legal”<sup>9</sup>. Alega que “no podría haber sabido cuando realizó su inversión que el requisito de utilidad (un “mero indicio”) sería alterado tan drásticamente por la adopción ... de la doctrina de ‘promesa de patentes’ ...”<sup>10</sup>. En el momento de su inversión, Eli Lilly alega que “se basó en obligaciones de revelación razonables que se encontraban consagradas en el derecho interno a través de la incorporación por referencia de los requisitos del PCT, y que no podría haber sabido que nuevas obligaciones no estatutarias adoptadas años después serían aplicadas retroactivamente para invalidar la patente sobre Strattera”<sup>11</sup>. En resumen, Eli Lilly afirma que: “Las medidas... violaron el requisito de ‘plena protección y seguridad’ del Artículo 1105(12), que incluye, de manera semejante, requisitos básicos de seguridad legal”.<sup>12</sup>

Con respecto a la expropiación, Eli Lilly reclama expropiación tanto directa como indirecta<sup>13</sup>. La reclamación sobre expropiación directa parece descabellada dada la existencia de jurisprudencia unánime que limita este concepto a la confiscación de bienes inmuebles por parte del gobierno. La reclamación sobre expropiación indirecta, por otro lado, es más sutil. En este punto, Eli Lilly reclama: “Las decisiones judiciales que invalidan las Patentes sobre Strattera y Zyprexa son ilegales desde la perspectiva del derecho internacional, y por lo tanto, constituyen una expropiación (la cursiva nos pertenece)”<sup>14</sup>. También alega que: “El Gobierno de Canadá tiene la obligación positiva de garantizar que el derecho canadiense cumpla con las obligaciones de tratado internacionales, así como con las expectativas razonables respaldadas por la inversión del inversor”.<sup>15</sup>

Pese a la existencia de una cláusula que resguarda la revocación de patentes conforme al TLCAN de las disciplinas de expropiación, semejante a una cláusula contenida en el TPP, Eli Lilly ha presentado reclamaciones no solo basadas en el capítulo del TLCAN sobre PI sino también sobre reglas de PI importadas de otras fuentes. En particular, Eli Lilly alega que las reglas de promesa/revelación de Canadá violan: (1) El Acuerdo sobre los ADPIC, que ni siquiera estaba vigente cuando se negoció el TLCAN<sup>16</sup>, (2) el PCT, que cubre expresamente elementos

procesales de aplicación de patentes, no normas sustantivas de patentes<sup>17</sup> y (3) el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial<sup>18</sup>, la cual literalmente no posee una disposición pertinente sobre normas para determinar la utilidad.

La última reclamación importante sobre inversiones de Eli Lilly acusa la discriminación en el trato nacional. Es en este punto que los esfuerzos de la compañía para incorporar normas extranjeras de PI llegan a su cúspide. En lugar de comparar el trato acordado a firmas extranjeras y nacionales bajo el derecho canadiense, Eli Lilly se basa en normas de utilidad y revelación utilizadas en EUA y la UE. De esta manera la empresa señala que:

Las medidas en cuestión discriminan *de facto* a Lilly, un inversor estadounidense, en comparación con los inversores nacionales, requiriendo que la patente sobre Strattera (la cual fue presentada en base a una aplicación internacional) satisfaga elevadas normas adicionales de utilidad y revelación que no son requeridas por las leyes de los *Estados Unidos de América, la Unión Europea o las reglas combinadas del PCT [Patent Cooperation Treaty]*. Las medidas en cuestión ponen en desventaja a los ciudadanos extranjeros y tornan sus patentes especialmente vulnerables al ataque, insistiendo en la presentación de pruebas de utilidad y revelación de evidencia que no son exigidas por las propias *jurisdicciones nacionales* de los solicitantes extranjeros o por las reglas internacionales. (La cursiva nos pertenece).<sup>19</sup>

Como característica final de un análisis tan desordenado sobre trato nacional, Eli Lilly argumenta que las invalidaciones de las patentes por parte de Canadá de alguna manera beneficiaron a las compañías canadienses que pueden producir y comercializar libremente versiones genéricas de Strattera y Zyprexa, pudiendo por ende, obtener los beneficios económicos asociados con las inversiones de Lilly, y destruyendo así su participación [exclusiva] en el mercado y las ganancias asociadas de la empresa.<sup>20</sup>

Según la lógica de la reclamación entre inversor y estado entablada por Eli Lilly, las expectativas de los inversores extranjeros ahora se han desvinculado. Incluso la doctrina de expectativas legítimas, que en sí misma es una expansión de los principios operativos del nivel mínimo de trato, ya no se encuentra sujeta a las normas operativas de proceso debido (nivel mínimo de trato) o a promesas de coherencia regulatoria (expropiación indirecta) o al trato igualitario en comparación con las firmas nacionales (trato nacional). En cambio, Eli Lilly trata de enganchar su expectativa sobre la inversión con el mejor tratado que se haya logrado sobre la PI en cualquier otro lado. Además, sugiere que sus expectativas toleran modificaciones en la política sobre PI solo en una dirección—hacia arriba. Cualquier disminución prudente de las expectativas sobre patentes o derechos sobre datos podría dar como resultado, primero, la pérdida de una reclamación de tipo ISDS y, segundo, un acceso reducido a medicinas asequibles.

## Conclusión

Hay muchas razones para ir en contra del Borrador del Capítulo de Inversión del TPP, ya que se trata de un capítulo que restringe la soberanía gubernamental para regular las actividades comerciales mientras que

simultáneamente cede de facto el poder regulatorio a los inversores extranjeros y a los árbitros privados. Además, se ha prestado muy poca atención al grave riesgo que el Capítulo de Inversión supone para el acceso a medicamentos. Big Pharma ha tenido gran participación en el Capítulo de PI del TPP propuesto por EUA y ahora también está ejerciendo presión para la aprobación del Capítulo de Inversión. Las Partes del TPP deberían rechazar tanto la PI en el acuerdo sobre los ADPIC-plus como las disposiciones sobre inversión que restrinjan adversamente su capacidad de salvaguardar la salud de sus pueblos. Asimismo, la mejor solución con respecto a las reclamaciones de inversión específicas a la PI, y a los riesgos más amplios de las reclamaciones entre inversor y estado, es la de eliminar por completo el Capítulo de Inversión—otra buena solución sería la de excluir más explícita y efectivamente su cobertura de los derechos de propiedad intelectual y su aplicación.

---

## Autor

Brook K. Baker es profesor de la Facultad de Derecho de *Northeastern University* y afiliado de su Programa de Derechos Humanos y Economía Mundial; también es Asistente Honorario en Investigación de la *University of KwaZulu Natal* y Analista Senior de Políticas del proyecto GAP (*Global Access Project*) sobre Salud.

---

## Notas

1 Véase en general, Fuentes de EUA sobre el TPP se encuentran disponibles en: <http://www.ustr.gov/tpp>; Asociación Transpacífica, Capítulo sobre Derechos de Propiedad Intelectual Borrador de septiembre de 2011 (Disposiciones Seleccionadas), disponible en: <http://www.citizenstrade.org/ctc/wp-content/uploads/2011/10/TransPacificIP1.pdf>; Borrador del Capítulo de Inversión del TPP, disponible en: <http://www.citizenstrade.org/ctc/wp-content/uploads/2012/06/tpinvestment.pdf>;

2 *Eli Lilly and Company c. El Gobierno de Canadá*, Notificación de la Intención de Someter una Reclamación a Arbitraje bajo el TLCAN (7 de noviembre, 2012) (*Eli Lilly I*), disponible en: <http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1172.pdf>. Más recientemente se registró una segunda notificación de la intención de someter una reclamación a arbitraje (13 de junio, 2013) (*Eli Lilly II*), disponible en: <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/disp-diff/eli-02.pdf>.

3 Artículo 12.2.

4 Artículo 12.2(g).

5 Véase Fiona Marshall, *Fair and Equitable Treatment in International Investment Agreements*, Institute for Sustainable Development (2007), disponible en: [http://www.iisd.org/pdf/2007/inv\\_fair\\_treatment.pdf](http://www.iisd.org/pdf/2007/inv_fair_treatment.pdf).

6 Véase Artículos 12.4 y 12.5.

7 *Eli Lilly II*, nota ii supra, en ¶¶ 56-66, 79-84, 98, 104.

8 *Id.* en ¶ 99.

9 *Id.* en ¶ 111.

10 *Id.* en ¶ 112.

11 *Id.* en ¶ 113.

12 *Id.* en ¶ 114.

13 *Id.* en ¶¶ 102-103.

14 *Id.* en ¶ 103.

15 *Id.* en ¶ 106.

16 *Id.* en ¶¶ 6, 9-11, 17, 27-28, 30, 32, 42, 49, 52, 60 y 104.

17 *Id.* en ¶¶ 19-21, 23-26, 28, 33, 56-57, 60, 63, 65, 79, 104, 113, 117.

18 *Id.* en ¶¶ 34, 104.

19 *Id.* en ¶ 117.

20 *Id.* en ¶ 118.

## Declaraciones en línea de las comisiones o agencias nacionales de inversiones y sus potenciales efectos jurídicos

por Makane Moïse Mbengue y Deepak Raju

### artículo 4



Las comisiones o agencias nacionales de inversiones operan en varios países con el objetivo de atraer la inversión extranjera. Para lograr esto, a menudo poseen sitios web donde destacan las ventajas de invertir en sus países. En este artículo se estudian algunas de las categorías más comunes sobre la representación y promesas que las comisiones nacionales de inversiones realizan en sus sitios web y se discuten sus posibles implicancias jurídicas. Aquí se sugiere que, bajo determinadas circunstancias, tales declaraciones en línea podrían ser consideradas por los tribunales como actos unilaterales que crean compromisos en virtud del derecho internacional.

#### Actos unilaterales de los estados y su valor bajo el derecho internacional

Varios fallos de la Corte Internacional de Justicia (CIJ), y de su predecesora, la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPIJ), han reconocido que los estados pueden asumir obligaciones en el plano internacional a través de declaraciones unilaterales<sup>1</sup>. En el caso *Eastern Greenland*, la CPJI sostuvo que Noruega se encontraba comprometida por la '*Ihlen Declaration*', una declaración de su Ministro de Asuntos Exteriores, en respuesta a una pregunta de un diplomático danés, de que Noruega no se opondría al establecimiento de Dinamarca en Groenlandia.<sup>2</sup>

Explicando la legislación a este respecto, la CIJ destacó el caso relativo a los *Ensayos Nucleares*, con referencia a las declaraciones francesas de que no se realizarían más pruebas en el Pacífico Sur:

“Se reconoce en general que las declaraciones hechas mediante actos unilaterales, respecto a situaciones jurídicas o de hecho, pueden tener el efecto de crear obligaciones jurídicas. Las declaraciones de este tipo podrían ser, y a menudo son, muy específicas. Cuando la intención del Estado es hacer una declaración que lo comprometerá conforme a sus términos, esa intención confiere a la declaración el carácter de promesa legal, y el Estado estaría desde entonces legalmente obligado a seguir una conducta conforme a dicha declaración. Una promesa de este tipo, si se realiza públicamente, y con una intención de compromiso, aunque no se haga dentro del contexto de una negociación internacional, es vinculante. Para que estas declaraciones tengan validez no se requiere nada con la naturaleza de un *quid pro quo* ni ninguna aceptación subsiguiente, ni siquiera una reacción por parte de otros Estados, dado que tal requerimiento

sería incongruente con la naturaleza estrictamente unilateral del acto jurídico por medio del cual se realizó el pronunciamiento mm”del Estado”.<sup>3</sup>

Extrayendo los principios fundamentales de los pronunciamientos de la CIJ y de la CPJI, la Comisión de Derecho Internacional (CDI) ha formulado una serie de 'Principios rectores aplicables a las declaraciones unilaterales de los Estados capaces de crear obligaciones jurídicas'<sup>4</sup>. La CDI aclara que “para determinar los efectos jurídicos de tales declaraciones, es necesario tener en cuenta su contenido, todas las circunstancias de hecho en que se produjeron y las reacciones que suscitaron”<sup>5</sup>. Además, la CDI destaca el requisito de que la declaración emane de una autoridad que tenga competencia para obligar internacionalmente al Estado.

Frente a estos antecedentes, podría alegarse que las declaraciones hechas por las comisiones nacionales de inversiones en sus sitios web podrían, bajo ciertas circunstancias, ser categorizadas como declaraciones/ actos unilaterales de los Estados y que podrían generar obligaciones para los Estados involucrados a raíz de las mismas. Tal como fue reconocido por la CIJ, “en las modernas relaciones internacionales es cada vez más frecuente que otras personas que representan a un Estado en esferas específicas estén autorizadas por dicho Estado a obligarlo mediante sus declaraciones con respecto a los asuntos comprendidos dentro de su ámbito de competencia”<sup>6</sup>. Tal como se detalla a continuación, las implicancias jurídicas de las declaraciones hechas en línea por las agencias nacionales de inversiones dependen de si las mismas pueden atribuirse al Estado y si muestran una intención del Estado de asumir obligaciones internacionales frente a los inversores/inversiones extranjeras.

#### El efecto de las declaraciones en línea– la experiencia hasta el momento

En el caso *Brandes Investment Partners c. Venezuela*<sup>7</sup>, la demandante intentó de basar el consentimiento a arbitraje de Venezuela ante el CIADI en declaraciones publicadas en los sitios webs de varias embajadas de dicho país<sup>8</sup>. El tribunal arbitral rechazó esta presentación y se rehusó a aceptarla como pertinente para justificar la jurisdicción del CIADI. Sin embargo, lamentablemente, el tratamiento del tema por parte del tribunal fue superficial y no brindó razones para justificar esta conclusión<sup>9</sup>. El hecho de que el tribunal examinase las declaraciones en detalle y no las desestimara por ser inadmisibles, sugiere que las declaraciones hechas en sitios web serían una manera efectiva de crear un compromiso para justificar la jurisdicción del Centro o como un medio para crear otros compromisos en virtud del derecho internacional.

#### Estudio de declaraciones realizadas por las comisiones nacionales de inversiones en sitios web

En un estudio de los sitios web de diferentes comisiones nacionales de inversiones se identificaron algunas de las representaciones y promesas realizadas a los inversores en un intento de atraer la inversión extranjera. A continuación se encuentran las principales categorías de declaraciones que aparecen en estos sitios web junto con ejemplo de cada una:

1. Declaraciones generales sobre las condiciones económicas

Varias comisiones nacionales de inversiones realizan declaraciones sobre el estado de la economía,

proyecciones de crecimiento, disponibilidad de mano de obra y recursos naturales, infraestructura, etc. A continuación se encuentran algunos ejemplos:

Comisión Nacional de Inversiones	Declaración
Agencia de Apoyo a las Inversiones de Afganistán	<p>“Afganistán es un mercado en rápido crecimiento de importancia estratégica localizado cerca de algunos de los mercados más importantes y de mayor crecimiento del mundo “</p> <p>“Afganistán es rico en recursos naturales “</p> <p>“Incluso las inversiones más pequeñas pueden generar altas ganancias en un período corto de tiempo”</p> <p>“Los factores de riesgo de seguridad se han reducido a un nivel manejable en la mayor parte de Afganistán. El país ha forjado una nueva constitución y ha elegido libremente a su Presidente y Parlamento”.</p> <p>Declaraciones sobre disponibilidad limitada de electricidad, agua, infraestructura, etc.</p>
Agencia Nacional para el Desarrollo de la Inversión (Algeria)	<p>Disponibilidad de recursos naturales</p> <p>Estabilidad económica</p> <p>Acceso a mercados regionales</p> <p>Mano de obra joven y competitiva</p> <p>Costos competitivos de factores de producción</p> <p>Infraestructura</p> <p>Oportunidades para obtener financiamiento a través de bancos públicos, fondos de inversiones &amp; instituciones financieras</p>

Prosperar (Argentina)	<p>“Unos de los países en mayor crecimiento del mundo: líder en Latinoamérica en la última década”</p> <p>“Capacidad comprobada para mantener el ciclo de crecimiento económico desde el comienzo de la crisis mundial, superando al promedio de los países emergentes”</p>
Comisión de Inversiones de Bangladesh	<p>“Bangladesh ofrece una base de costos verdaderamente competitivos. Los sueldos y salarios todavía son los más bajos de la región, una gran ventaja comercial. Aun así, la población está bien educada, es adaptable y muy pacífica, contando con muchos trabajadores capacitados”.</p>

## 2. Declaraciones generales sobre el clima regulatorio

Varias comisiones nacionales de inversiones publican declaraciones de carácter general en sus sitios web sobre el marco jurídico y regulatorio del país. A continuación, brindamos algunos ejemplos.

Comisión Nacional de Inversiones	Declaración
Agencia de Apoyo a las Inversiones de Afganistán	<p>“Los principios de una economía libre de mercado fueron incorporados en la nueva Constitución {art. 10} así como el crecimiento del sector privado es la piedra angular de la Estrategia de Desarrollo Nacional. Consecuentemente, tanto el Presidente como el Gobierno se han enfocado intensamente en eliminar los obstáculos para el desarrollo del sector privado.”</p> <p>“Afganistán todavía se está recuperando de un período de casi tres décadas de guerra y devastación. Resulta poco sorprendente que muchas cuestiones relativas a la reconstrucción del Estado sigan siendo parte de la agenda. Si bien la comunidad internacional está colaborando con asistencia técnica y financiera para llevar a cabo las principales reformas en muchos sectores, la respectiva formulación de leyes ha sido lenta. La mayoría de la legislación que afectará a su empresa y que será muy necesaria para fomentar la inversiones y el crecimiento, aún se encuentra bajo discusión”.</p>

Invest Barbados	“Barbados ha establecido un sólido marco regulatorio para su sector comercial internacional. Legislación clara y estricta establece rigurosas directivas para la buena gobernanza, que a su vez son aplicadas por los reguladores de cada sector. La aprobación de Barbados por parte de la OCDE da cuenta de la fortaleza de su sistema regulatorio”.
Agencia de Promoción de Inversiones y Obras (Senegal)	“La atracción del destino Senegal en términos de inversiones se basa en un programa para realizar reformas fundamentales al ambiente de inversión sobre asuntos decididos por consenso con los actores involucrados del sector público y privado.”
Agencia Nacional de Promoción de las Inversiones de Mauricio	“El derecho comercial en Mauricio es una combinación del Common Law inglés con el Código Napoléonico francés”  “Los derechos y obligaciones de empleo en Mauricio ahora se encuentran regidos por la nueva ley de derechos de empleo (Employment Right Act) de 2008. Esta legislación relativamente nueva ha sido diseñada para atender las necesidades del ambiente moderno de trabajo en Mauricio que ahora abarca un porcentaje importante de trabajadores extranjeros en todos los niveles del estrato laboral”
Agencia de Promoción de las Inversiones de Chipre	“Pro-business, basado en el Common Law, transparencia contable y jurídica”  “El sistema jurídico está basado en los principios del Common Law del R.U. y está alineado con las leyes y regulaciones de la UE (Acqui Communautaire).”

3. Declaraciones específicas sobre leyes y regulaciones  
Algunas comisiones nacionales de inversión hacen declaraciones de carácter específico sobre determinadas leyes y regulaciones. Algunas de las mismas reproducen meramente el texto de leyes existentes en las principales áreas de interés de los inversores. A continuación se encuentran algunos ejemplos.

Comisión Nacional de Inversiones	Declaración
Prosperar (Argentina)	Brinda una introducción a legislación sobre empleo, impuestos y medio ambiente, haciendo referencia a los títulos de las distintas leyes.
Comisión de Inversiones de Bangladesh	Ofrece enlaces a la principal legislación nacional
Agencia de Promoción de Inversiones y Obras (Senegal)	“No, no hay un límite para la repatriación de las ganancias devengadas por una empresa en Senegal”.

#### 4. Declaraciones específicas sobre incentivos a los inversores

En algunos casos, los sitios web de las comisiones nacionales de inversiones brindan detalles sobre incentivos tales como exoneraciones fiscales para los inversores. A continuación, se encuentran algunos ejemplos.

Comisiones Nacionales de Inversiones	Declaración
Prosperar (Argentina)	Brinda detalles sobre varios programas de incentivos para los inversores, específicos a sectores, locaciones, empleos y otros.
Comisión de Inversiones de Bangladesh	“Bangladesh ofrece algunos de los incentivos fiscales y no fiscales más competitivos del mundo. BOI ( <i>Board of Investment</i> ) puede brindar más asesoramiento sobre este asunto”.  Proporciona detalles introductorios de: Remisión de regalías, conocimientos técnicos y aranceles de asistencia técnica; facilidades de repatriación de dividendos y capital de salida; permisos de residencia permanente al invertir US\$ 75.000 y ciudadanía al invertir US\$ 500.000; exoneración fiscal; reserva de depreciación; incentivos de dinero en efectivo y demás incentivos para las industrias exportadoras.

Autoridad para el Desarrollo de las Inversiones de Malasia	Proporciona detalles específicos a cada sector disponibles para los inversores.
Agencia Nacional de Promoción de las Inversiones de Mauricio	También brinda detalles específicos a cada sector sobre incentivos a la inversiones, tales como un descuento del 50% anual para el balance de saldos decrecientes en la compra de equipos electrónicos e informáticos.
Bureau de Inversiones Extranjeras de Kuwait	<p>“1. ¿Cuáles son los criterios para otorgar incentivos bajo la legislación actual para los proyectos de IED?”</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Tecnología y administración moderna así como pericia práctica, técnica y de comercialización.</li> <li>• Extender y activar el rol del sector privado en Kuwait.</li> <li>• Crear oportunidades de trabajo para los trabajadores nacionales y brindarles capacitación.</li> <li>• Planes de desarrollo económico y sectores específicos.</li> <li>• Ubicación”.</li> </ul>
InvestHK (Hong Kong)	Se brindan detalles sobre programas incubadora, garantías de préstamo y fondos para la comercialización.
Desarrollo de la Exportación y Autoridad de Inversiones de Botswana	Se proporcionan detalles sobre la concesión de deducciones industriales, deducciones generales, facilidad de reintegro de impuestos de aduana, etc. Por ejemplo, en el sitio web se afirma que: “Maquinaria y equipamiento: la importación de toda maquinaria y equipamiento para la fabricación está libre de impuestos de aduana”

## 5. Declaraciones sobre la disponibilidad de arbitraje internacional en asuntos relativos a inversiones

En algunas instancias, las declaraciones de las comisiones nacionales de inversiones en los sitios web tratan la disponibilidad de mecanismos para la solución de controversias, incluyendo el acceso a tribunales nacionales o al arbitraje relativo a inversiones. Algunos ejemplos son:

Comisión Nacional de Inversiones	Declaración
Algeria	<p>“Se intensificó la protección y los acuerdos de arbitraje internacional”</p> <p>- “Membresía a convenios internacionales para la protección de los inversores, en relación con garantías y el arbitraje internacional.”</p>
Invest Barbados	<p>“Barbados ha celebrado tratados para la promoción y protección de las inversiones con Canadá, China, Cuba, Alemania, Italia, Mauricio, Suiza, el RU y Venezuela. Los tratados de inversiones firmados con la Unión de Bélgica y Luxemburgo, y con Ghana están aguardando ratificación. Conforme a estos acuerdos, las entidades de Barbados que invierten en los otros estados contratantes se benefician de disposiciones que ofrecen protección, que incluye garantías de trato no discriminatorio a sus inversiones, la transferencia de inversiones e ingresos obtenidos en el Estado receptor y la posibilidad de recurrir a arbitraje internacional para resolver sus controversias con el Estado receptor”.</p>
Autoridad General de Inversiones (Yemen)	<p>“En el caso de cualquier controversia entre el inversor y el gobierno con respecto al proyecto, la controversia puede ser remitida a arbitraje de acuerdo con los siguientes reglamentos:</p> <p>El reglamento y procedimiento de arbitraje de cualquier centro nacional o regional aprobado; o</p> <p>El reglamento y procedimiento de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Comercio Mercantil Internacional (CNUDMI)”.</p>

Comisión de Inversiones de Jordania	"A nivel internacional, Jordania ha accedido a un número de tratados bilaterales y multilaterales de inversiones, muchos de los cuales establecen métodos estructurados para la solución de controversias, tales como el Tratado sobre la solución de controversias en los Países Árabes que dispone el arreglo de diferencias a través de conciliación y arbitraje, y el Tratado entre Jordania y el Gobierno de los Estados Unidos sobre el fomento mutuo y la protección de la inversiones ( <i>Mutual Encouragement and Protection of Investment</i> ). Asimismo, está disponible el Convenio de Washington sobre la Solución de Controversias relativas a la Inversión ( <i>Washington Convention on the Settlement of Investment Disputes</i> )".
Agencia de Promoción de las Inversiones de la RD del Congo	"Membresía al CIADI (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones) con sede en Washington DC garantiza el arreglo, a través del arbitraje, de todas las diferencias relativas a inversiones de la RDC".

“ Bajo determinadas circunstancias, tales declaraciones en línea podrían ser consideradas por los tribunales como actos unilaterales que crean compromisos en virtud del derecho internacional. ”

#### Efecto jurídico de las declaraciones

Hay dos elementos clave para determinar el efecto jurídico, si es que hay alguno, de las declaraciones realizadas por las comisiones nacionales de inversiones en sus sitios web. Primero, será necesario determinar si las declaraciones

son atribuibles al Estado en cuestión como para crear obligaciones que lo comprometan internacionalmente<sup>10</sup>. Si la declaración puede ser atribuida al Estado, entonces la declaración debe ser interpretada de acuerdo con los principios aplicables a las declaraciones unilaterales de los Estados para determinar su efecto Jurídico.

Al tratar el primer aspecto de esta evaluación, la naturaleza de la comisión de inversiones y su caracterización nacional, así como las funciones que desempeña, juegan un papel fundamental. En primer lugar, de acuerdo con el reglamento general del derecho internacional sobre la atribución de responsabilidad de los Estados<sup>11</sup>, tal como se encuentra codificado en los Artículos de la CDI sobre responsabilidad estatal, la conducta de todos los órganos de un Estado ha de ser atribuida al Estado<sup>12</sup>. En consecuencia, será necesario examinar si una comisión nacional de inversiones forma parte de la maquinaria del Estado de manera tal que justifique su clasificación como un órgano del estado. Si la comisión de inversiones es un órgano estatal, las declaraciones en línea hechas por dicha comisión, que constituyan un compromiso claro bajo el derecho internacional, podrían ser automáticamente consideradas como actos unilaterales del Estado al cual la comisión de inversiones se encuentra vinculada.

En segundo lugar, la conducta de las entidades que no son órganos estatales, pero que ejercen ciertos elementos de autoridad gubernamental y se encuentran facultadas por el Estado para hacerlo, también puede atribuirse al Estado<sup>13</sup>. Por ejemplo, si la comisión nacional de inversiones se encuentra a cargo de la política de inversión extranjera de un Estado, podría deducirse que la comisión en cuestión está ejerciendo algún elemento de autoridad gubernamental. Similarmente, los poderes y funciones ejercidas por la comisión nacional de inversiones y la fuente de donde emanan esos poderes deberían ser examinados a fin de determinar si las declaraciones en línea de la comisión pueden ser consideradas como compromisos unilaterales del Estado donde opera la comisión.

En tercer lugar, la declaración de la comisión nacional de inversiones también podría atribuirse al Estado si se comprueba que la manutención del sitio web o la emisión de la declaración está controlada *de facto* o dirigidas por el Estado<sup>14</sup> o que el Estado ha reconocido y adoptado la declaración como propia.<sup>15</sup>

Una vez que la cuestión de atribución ha sido determinada, se puede proceder a determinar los efectos jurídicos de la declaración que ha sido atribuida al Estado.

Cuando las declaraciones son de carácter específico, por ejemplo, declaraciones relativas a incentivos para los inversores, representaciones específicas sobre disposiciones jurídicas o presentación a arbitraje, podría alegarse que la declaración constituye un hecho unilateral que crea compromisos legales vinculantes bajo el derecho internacional. En tales circunstancias, la declaración podría ser tratada como una promesa (es decir, una oferta unilateral permanente) que el estado está obligado a cumplir. A fin de determinar un efecto jurídico como tal de una declaración realizada en línea por una agencia nacional de inversiones, se debe examinar su contenido real así como las circunstancias en las cuales fue realizada<sup>16</sup>. En otras palabras, la declaración en línea puede crear obligaciones legales "solo si es hecha en términos claros y específicos".<sup>17</sup>

Las declaraciones generales, dependiendo del contexto, pueden contribuir a crear expectativas en el inversor<sup>18</sup>. Cuando estas expectativas son legítimas<sup>19</sup>, podrían ser

protegidas a través de la invocación de la norma de trato justo y equitativo (por sus siglas en inglés, FET) tal como ha destacado la jurisprudencia actual sobre inversiones.<sup>20</sup>

En ambos casos, será necesario estudiar el lenguaje cuidadosamente para determinar si la declaración reviste un carácter tal como para que, (i) se encuentre expresada la intención del Estado de que la misma esté vinculada a un compromiso<sup>21</sup> y (ii) que los inversores puedan basar razonablemente sus expectativas en la misma. Los patrones generales de conducta seguidos por un estado, las representaciones del Estado en otros lugares, etc. podrían ser relevantes para realizar esta determinación.<sup>22</sup>

“ Las comisiones nacionales de inversiones, en su afán por atraer a los inversores extranjeros no deberían perder de vista las potenciales implicancias jurídicas de las declaraciones vertidas en sus sitios web. ”

### Conclusión

Los tribunales de los arbitrajes relativos a inversiones aún deben desarrollar jurisprudencia comprensiva sobre los efectos jurídicos de las declaraciones hechas por las comisiones nacionales de inversión en sus sitios web a fin de atraer la inversión extranjera. Sin embargo, no hay un fundamento lógico para tratar las declaraciones realizadas en internet de manera diferente a las declaraciones hechas fuera de la red. Por lo tanto, si una declaración hecha en el sitio web de una comisión nacional de inversiones crea obligaciones internacionales para el Estado dependerá de (i) si la declaración es atribuible al Estado y (ii) si la declaración es de un carácter tal que podría calificar como un hecho unilateral que comprometa al Estado bajo el derecho internacional, cuando es evaluada en su contexto.

Las comisiones nacionales de inversiones, en su afán por atraer a los inversores extranjeros no deberían perder de vista las potenciales implicancias jurídicas de las declaraciones vertidas en sus sitios web. Es preciso prestar mucha atención al contenido de estos sitios y es necesario que las comisiones procedan con cautela a este respecto. También podrían consignarse adecuados avisos de descargo de responsabilidad y advertencias de consulta a otras fuentes oficiales.

### Autor

Makane Moïse Mbengue es profesor adjunto, Facultad de Derecho de la Universidad de Ginebra y profesor invitado de Sciences Po Paris (Facultad de Derecho). Deepak Raju (LL.M., Universidad de Cambridge, 2013) es ex socio de Clarus Law Associates, Nueva Delhi.

### Notas

1 Véase M. M. Mbengue, "Investment National Legislation and Unilateral Acts of States", en E. de Brabandere & T. Gazzini, *International Investment Law. The Sources of Rights and Obligations*, Martinus Nijhoff Publishers, 2012, párrafos 183-214.

2 *Legal Status of Eastern Greenland (Norway v. Denmark)* [1933] C.P.J.I. Ser. A/B, No. 53, pág. 71.

3 *Caso relativo a los Ensayos Nucleares (Nueva Zelanda c. Francia)*, Fallo, C.I.J. Informes 1974, pág. 472, párrafo 46.

4 CDI, *Principios rectores aplicables a las declaraciones unilaterales de los Estados capaces de crear obligaciones jurídicas*, *Yearbook of the International Law Commission*, 2006, vol. II, Parte Dos ("Principios Rectores").

5 *Ibid.*, Artículo 3.

6 *Actividades Armadas en el Territorio del Congo (Nueva Demanda: 2002) (República Democrática del Congo c. Rwanda)*, Competencia de la Corte y Admisibilidad de la Demanda, Fallo, C.I.J. Informes 2006, pág. 27, párrafo 47.

7 *Brandes Investment Partners, LP c. La República Bolivariana de Venezuela* (Caso del CIADI No.Arb/08/3), Laudo, 2 de agosto de 2011.

8 *Ibid.*, párrafo 50.

9 El Tribunal meramente señaló en el párrafo 100 de su laudo que: "El Tribunal ha analizado aquellas referencias minuciosamente y no ha podido encontrar en las mismas ninguna manifestación expresa por parte de la Demandada de su consentimiento a la jurisdicción del CIADI". La traducción nos pertenece.

10 Tal como lo explicó la CIJ, "es una regla asentada del derecho internacional que se considera que el Jefe de Estado, el Jefe de Gobierno y el Ministro de Relaciones Exteriores representan al Estado simplemente en virtud de ejercer su funciones, inclusive a los efectos del cumplimiento, en nombre de dicho Estado, de actos internacionales con fuerza de compromisos internacionales." (*Actividades Armadas en el Territorio del Congo (Nueva Demanda: 2002) (República Democrática del Congo c. Rwanda)*, Competencia y Admisibilidad, Fallo, C.I.J. Informes 2006, pág. 27, párrafo 46). Por lo tanto, generalmente no se considera que una comisión nacional de inversiones represente a un Estado y, debido a esto, es necesario probar caso por caso si, al desempeñar un acto específico, una comisión está representando a un Estado o no.

11 Generalmente, la legislación sobre responsabilidad estatal es aplicada para atribuir a un Estado un hecho ilícito a nivel internacional, es decir, cuando un Estado es acusado, por otro Estado, de una potencial violación de derecho internacional. Sin embargo, consideramos que las reglas de atribución pueden ser pertinentes y pueden aplicarse para determinar en qué circunstancias las declaraciones en línea de las comisiones nacionales de inversiones pueden ser calificadas como compromisos unilaterales de un Estado.

12 CDI, *Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, vol. II, Parte Dos ("ARSIWA"), Artículo 4.

13 ARSIWA, Artículo 5.

14 ARSIWA, Artículo 8.

15 ARSIWA, Artículo 11.

16 Véase por analogía, *Caso relativo a los Ensayos Nucleares (Australia c. Francia)*, Fallo, C.I.J. Informes 1974, párrafos 269-270, párrafo 51; *Caso relativo a la Controversia Fronteriza (Burkina Faso/República de Mali)*, Fallo, C.I.J. Informes 1986, párrafos 573-574, párrafos 39-40.

17 Véase por analogía, *Caso relativo a los Ensayos Nucleares (Australia c. Francia)*, Fallo, C.I.J. Informes 1974, pág. 267, párrafo 43; pág. 269, párrafo 51; pág. 472, párrafo 46; pág. 474, párrafo 53.

18 Véase en términos generales, *International Thunderbird Gaming Corporation c. Estados Unidos Mexicanos*, CNUDMI, Opinión Separada del Profesor Thomas Walde, párrafo 37 (diciembre de 2005); *Saluka Investments BV (The Netherlands) v. The Czech Republic*, CNUDMI, *Laudo Parcial*, párrafo 307 (17 de marzo, 2006); Abhijit PG Pandya and Andy Moody, 'Legitimate Expectations in Investment Treaty Arbitration: An Unclear Future' (2010-11) 15 *Tilburg L Rev* 93, 105.

19 Véase en términos generales, *EDF (Services) Limited v. Romania*, Caso del CIADI No ARB/05/13, Laudo, 8 de octubre de 2009, párrafo 219.

20 *Metalclad Corporation v. United Mexican States*, Caso del CIADI No ARB(AF)/97/1, Laudo, 30 de agosto de 2000, párrafos 37-59, 74-101.

21 Véase en términos generales, *Caso de la Anglo-Iranian Oil Co. (Reino Unido c. Irán)*, C.I.J. Informes 1952, pág. 93.

22 Véase en términos generales, Pandya & Moody, nota 9 *supra*.

# Noticias en Breve

## Ministro de Comercio Sudafricano confirma renuncia a TBIs con la UE

El Ministro de Comercio e Industria sudafricano, Rob Davies, confirmó que su gobierno está cancelando sus tratados con Bélgica, Luxemburgo y España porque contienen “defectos graves”.

Respondiendo a una pregunta parlamentaria sobre la razón de cancelar dichos acuerdos, el Ministro Davies explicó que estaban “deficientemente redactados” y que “jugaban un papel muy pequeño, si lo hacían, sobre la decisión de los inversores de invertir o no en cualquier países”.

El Ministro Davies explicó que Sudáfrica, en cambio, se estaba enfocando en fortalecer su “régimen nacional de protección de las inversiones”.

En total, Sudáfrica ha celebrado 13 tratados con estados miembros de la UE, y según ITN entiende, este país pretende cancelar otros tratados, además de aquellos firmados con Bélgica, Luxemburgo y España.

En 2010, el gobierno sudafricano terminó una revisión de sus TBIs, la cual arrojó extensas críticas al enfoque sobre la redacción de tratados que existió después de la transición de este país a la democracia en 1994.

## Diferencia en el caso Renco c. Perú transparente y atendida por el CIADI

Un arbitraje de la CNUDMI que involucra a un productor de plomo de EUA y al gobierno de Perú será administrado por el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) del Banco Mundial. Esta es la primera vez que el CIADI hará un registro procesal de un arbitraje utilizando el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI en su sitio web.

La controvertida diferencia, que enfrenta a Renco Group contra Perú, se centra en una empresa de fundición y refinado de metales que dejó al pueblo peruano de La Oroya gravemente contaminado.

Este es el primer arbitraje entablado en virtud del Acuerdo de Promoción del Comercio (por sus siglas en inglés, PTPA) entre EUA y Perú. De acuerdo con los requisitos de transparencia del PTPA, la primera orden procesal del tribunal, con fecha del 22 de agosto de 2013, establece que las audiencias serán abiertas y que se publicarán los documentos relativos al arbitraje.

## Inversores amenazan con presentar arbitraje contra Serbia por presunta falta de otorgamiento de tierras para la construcción de parque solar

Un grupo de inversores en energías renovables ha anunciado que presentará un arbitraje contra Serbia ante la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (*London Court of International Arbitration*) por una diferencia sobre el mayor parque de energía solar del mundo, según lo reportado por el servicio de información *Global Arbitration Review*.

Los inversores, Securum Equity Partners, reclaman que Serbia violó un acuerdo paraguas celebrado entre las partes al no otorgar y especificar las tierras adecuadas para la construcción del parque solar OneGiga.

Según los abogados de los inversores, el acuerdo con Serbia estipulaba la adquisición de al menos 3.000 hectáreas de tierra, bajo un arrendamiento de sesenta años como mínimo, en un área localizada a no más de un kilómetro de una red de transmisión eléctrica.

El gobierno serbio negó la violación del acuerdo y acusó a los inversores de mala fe. Serbia afirma que en total otorgó a la empresa 30.000 hectáreas—diez veces más de la cantidad de tierra acordada con el inversor para el desarrollo del proyecto.

En una carta dirigida al estudio jurídico de los inversores el 25 de julio de 2013, el Secretario de Estado serbio dijo que el gobierno “se ha comprometido a hacer sus mejores esfuerzos y todo lo que esté en su poder” para procurar tierras adecuadas para la construcción del Parque Solar OneGiga.

El proyecto, valuado en €1,75 mil millones, será finalizado a finales de 2015.

## Mali enfrenta reclamación por ajustes impositivos

Randgold Resources—una empresa registrada en Jersey, Channel Islands—está demandando a Mali a través de un arbitraje internacional por una diferencia de US\$ 46,5 millones sobre ajustes impositivos.

La empresa reclama que el gobierno de Mali violó un acuerdo imponiendo ajustes impositivos para el período de 2008 a 2010 sobre el salario de empleados extranjeros. Société des Mines de Loulo, una subsidiaria de Randgold Resources, registró su caso el 18 de julio de 2013, en el CIADI.

*Reuters* reportó que Mali redujo la suma que reclamaba en concepto de impuestos, pero aun así no llegó a un acuerdo con la empresa. Las empresas mineras de metales preciosos se encuentran presionadas para recortar gastos desde que cayeron los precios este año. Randgold anunció una disminución de un 62 por ciento en las ganancias del segundo trimestre a US\$ 54 millones y prometió recortar gastos, incluyendo en la mina Loulo-Goukoto en Mali.

## El CIADI actualiza estadísticas para el año fiscal 2013

El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones recientemente lanzó una nueva edición de su publicación en línea *Carga de Casos del CIADI— Estadísticas* (Edición 2013-2), mediante la cual brinda una descripción de los casos registrados o administrados por este Centro al 30 de junio de 2013.

La nueva edición proporciona un perfil actualizado de la carga de casos del CIADI, históricamente y durante el ejercicio de 2013 (1 de julio–30 de junio).

El CIADI registró 14 nuevos casos en la primera mitad del 2013. El año pasado, el Centro registró 50 casos nuevos, el mayor número en su historia y considerablemente más alto que el de años anteriores (38 en 2011, 26 en 2010 y 25 en 2009).

Similarmente al año pasado, en el ejercicio de 2013 los países de Europa del Este y de Asia Central estuvieron primeros en la lista de demandados con el 26 por ciento de los casos, seguidos por países de Sudamérica (24 por ciento), de Medio Oriente y de África del Norte (10 por ciento). Venezuela enfrentó el mayor número de reclamaciones, con 9 nuevos casos entablados en 2013, el mismo número de casos que en el ejercicio de 2012.

Tal como en el ejercicio de 2012, el mayor número de casos del 2013 se dio en los sectores de petróleo, gas y minería.

En el ejercicio de 2013, la jurisdicción fue otorgada principalmente a través de tratados bilaterales de inversión (74 por ciento), seguido por el derecho de las inversiones del estado receptor (16 por ciento), contratos entre inversionistas y estados (8 por ciento) y el Tratado sobre la Carta de la Energía (2 por ciento). Estos porcentajes están cerca del promedio histórico de 65 por ciento en virtud de TBIs, 19 por ciento bajo contratos entre inversionistas y estados, 7 por ciento bajo el derecho de las inversiones del estado receptor, 4 por ciento bajo el TCE y 3 por ciento en virtud del TLCAN.

La Publicación *Carga de Casos del CIADI - Estadísticas* (Edición 2013-2) se encuentra disponible aquí: <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDDocRH&actionVal=CaseLoadStatistics>

# Laudos y Decisiones

**Reclamación contra Turkmenistán desestimada por falta de jurisdicción; demandante no cumple con requisito de entablar proceso legal ante tribunales nacionales** *Kılıç İnşaat İthalat İhracat Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi c. Turkmenistán, Caso del CIADI No. ARB/10/1*  
**Damon Vis-Dunbar**

Un caso presentado por una empresa turca ante el CIADI ha sido desestimado por no haber presentado la diferencia en primer lugar ante los tribunales nacionales de Turkmenistán.

En una decisión del 2 de julio de 2013, los árbitros J. William Rowley y el Profesor Philippe Sands rechazaron su jurisdicción, mientras que el árbitro nominado por la demandante, el Profesor William W. Park, emitió una opinión separada. La demandante, Kilic, es una empresa constructora turca con inversiones que se tornaron problemáticas en Turkmenistán.

La misma no niega haber pasado por alto los tribunales de Turkmenistán en su camino hacia el arbitraje internacional—pero alega que esto estaba permitido debido a la cláusula de Nación Más Favorecida (NMF) en virtud del TBI entre Turquía y Turkmenistán.

Específicamente, Kilic pretendió “tomar prestadas” las disposiciones de solución de controversias contenidas en el TBI entre Suiza y Turkmenistán, un tratado que no exige que los inversores litiguen ante los tribunales nacionales del estado receptor como una precondition para acceder a arbitraje internacional. En el caso de que el tribunal rechazara este argumento, la demandante también alega que recurrir a los tribunales de Turkmenistán habría sido “inefectivo y fútil”.

*Se considera que recurrir a los tribunales nacionales es una precondition para acceder a arbitraje*

EL tribunal comenzó su análisis del caso considerando si, en efecto, el TBI exigía que la diferencia fuera presentada primero ante los tribunales de Turkmenistán como una condición para el consentimiento a arbitraje por parte del estado.

La decisión se complicó por el hecho de que el TBI estaba traducido en diferentes idiomas, y las partes contendientes no se ponían de acuerdo sobre cuáles textos deberían ser considerados como oficiales—así como sobre la manera en que deberían ser traducidos. Finalmente, la traducción de la versión oficial del ruso al inglés convenció a la mayoría de que presentar el litigio ante los tribunales nacionales era un requisito jurisdiccional. Esta decisión fue publicada en una anterior decisión del 7 de mayo de 2012.

*Tribunal rechaza distinción entre jurisdicción y admisibilidad*

Refiriéndose a la decisión sobre jurisdicción del caso *Abaclat c. Argentina*, la demandante argumenta que el requisito de recurrir a tribunales nacionales debería ser considerado como un tema de “admisibilidad” en vez de “jurisdicción”. Sobre esta base, la demandante afirmó que el tribunal podría suspender el procedimiento mientras la misma ‘mejoraba’ su cumplimiento con los

requisitos de admisibilidad presentando su caso ante los tribunales de Turkmenistán.

Sin embargo, esta línea de razonamiento ejerció poca influencia sobre el tribunal, quien concluyó que el tribunal del caso *Abaclat* “cayó en un error legal”. En lugar de ser una cuestión de admisibilidad, el tribunal determinó que el tema crucial era el consentimiento a arbitraje por parte del estado contratante—y cualquier condición que determinase dicho consentimiento.

El tribunal apuntó al Artículo 26 del Convenio del CIADI, el cual “reconoce explícitamente que un Estado Contratante puede imponer condiciones a su consentimiento a arbitraje conforme al Convenio del CIADI”. Según la opinión de la mayoría, el requisito de entablar el litigio ante los tribunales nacionales contenido en el TBI entre Turquía y Turkmenistán era mejor entendido en virtud de este concepto.

*Se determina que la disposición de NMF no se extiende a la solución de controversias*

Tal como se remarcó, la primera línea de argumento de la demandante está unida a la cláusula de NMF del TBI, la cual se encuentra respaldada por un número de casos donde los tribunales han dictaminado que una cláusula de NMF permite a los demandantes acceder a disposiciones de solución de controversias más liberales contenidas en los tratados firmados con terceras partes.

El tribunal comenzó su análisis de estos casos subrayando que “no debería *presumirse*” que las disposiciones de solución de controversias “recaen dentro del alcance de las cláusulas de NMF”. En cambio, el tribunal consideró el contexto más amplio del tratado, y cómo la disposición de NMF “se ajusta al TBI como un todo”.

El tribunal dio relevancia a la estructura del tratado, que separa “los derechos sustantivos, en relación con las inversiones, de las disposiciones sobre los remedios en relación con aquellos derechos”. Según la opinión del tribunal, esta “distinción sugiere firmemente que el ‘tratamiento’ de las ‘inversiones’ a las cuales se otorgaron los derechos de NMF solo se refería al ámbito de los *derechos sustantivos*...”

El tribunal también remarcó que Turquía había firmado numerosos TBIs antes de su acuerdo con Turkmenistán, algunos de los cuales no exigían que las diferencias fueran presentadas ante tribunales locales como condición para su consentimiento a arbitraje. Habría tenido poco sentido, razonó el tribunal, que Turquía tuviera la intención de que la cláusula de NMF se extendiese a la solución de controversias en su tratado con Turkmenistán. Hacer esto significaría que “las condiciones jurisdiccionales cuidadosamente redactadas” en el TBI entre Turquía y Turkmenistán podrían ser pasadas por alto directamente por la demandante.

Observando el tratado en un contexto histórico—fue firmado en 1992—el tribunal concluyó que muy probablemente nunca se cruzó por la mente de los negociadores que la cláusula de NMF podría extenderse a las disposiciones de solución de diferencias contenidas en el tratado. No fue hasta la decisión sobre

jurisdicción del caso *Maffezini c. España*, del 2000, que un tribunal de inversión dictaminara por primera vez que era apropiado vincular la cláusula de NMF con la solución de controversias.

Volviendo a las decisiones en las que se basó la demandante para reforzar su reclamo de que la cláusula de NMF debería extenderse a la solución de controversias, el tribunal destacó la manera en que las cláusulas de NMF de esos casos diferían con la contenidas en el TBI entre Turquía y Turkmenistán. Los tratados relacionados con estos casos tendían a contener cláusulas de NMF más amplias—por ejemplo, las cláusulas en las cuales el trato de NMF abarcaba “todos los asuntos sujetos a este acuerdo”—en comparación con la cláusula encontrada en el TBI entre Turquía y Turkmenistán.

#### *Tribunal no encuentra ‘evidencia’ de futilidad*

La demandante tampoco pudo convencer al tribunal de que entablar su demanda ante los tribunales locales hubiera sido “fútil”.

La demandante alegó que Turkmenistán carecía de un poder judicial independiente y que poseía antecedentes muy pobres sobre el respeto a los derechos humanos. Sin embargo, según la visión del tribunal, estos alegatos perdían el punto. Las cuestiones más relevantes son si: a) los tribunales de Turkmenistán estaban disponibles; y b) si las fallas particulares de estos tribunales hubieran tornado fútil la presentación del caso de la demandante.

Según palabras del tribunal, la demandante “aparentemente no ha tomado ni una sola medida procesal [para iniciar el procedimiento en los tribunales de Turkmenistán] antes de presentar la diferencia ante el CIADI”, ni ha ofrecido evidencia que sugiera que aunque sea haya investigado sus opciones. Así, el tribunal determinó que la demandante no pudo probar la futilidad de someter su caso a litigio ante los tribunales nacionales de Turkmenistán.

#### *Costos*

La demandante reclamó costos de aproximadamente US\$1,8 millones, mientras que los de Turkmenistán fueron sustancialmente más elevados hasta alcanzar los US\$4,2 millones.

El tribunal estimó razonable que la demandante asumiera parte de los costos de Turkmenistán, dada su aparente falta de consideración de la posibilidad de que su incumplimiento con el requisito de litigar ante tribunales nacionales menoscabaría la jurisdicción del tribunal.

Sin embargo, el tribunal simpatizó con la idea de la demandante de que las costas legales de Turkmenistán—calculadas en base de 13.415 horas de trabajo reportadas por su equipo legal—parecía demasiado alto, dado que el caso hasta el momento se había enfocado en temas jurisdiccionales relativamente discretos.

Finalmente, el tribunal decidió que US\$2 millones era un costo más razonable para los gastos de Turkmenistán, y que la demandante debería pagar el 50 por ciento

de los mismos. Con respecto a los costos del tribunal y los aranceles del CIADI, se ordenó a la demandante a pagar el 75 por ciento y a Turkmenistán el 25 por ciento.

#### *Opinión separada de William W. Park*

Según la opinión del Profesor Park, el tribunal debería haber suspendido el procedimiento para dar tiempo a la demandante a presentar su caso ante los tribunales de Turkmenistán. Según sus palabras: “Si un juicio oportuno prueba ser aceptable para el inversor, el procedimiento termina. Si el inversor continúa agraviado, el arbitraje se reanuda, dado que la reclamación recae dentro del alcance del TBI”.

El Profesor Park remarcó que la traducción del TBI al inglés estaba mal hecha, lo cual no dejó claro si el litigio interno era obligatorio u opcional. Obligar a la demandante a pagar los costos de un arbitraje fallido, pese a la deficiente redacción del tratado, va “en contra de los términos y propósito del TBI”, escribió el Profesor William.

#### *“Seis meses significa seis meses”*

El Profesor Park enfatizó que el TBI establece claramente que las diferencias “pueden ser” sometidas a arbitraje “dentro de los seis meses siguientes a la fecha de notificación por escrito”. Esto sugeriría que presentar el litigio ante los tribunales nacionales durante un año no es un requisito jurisdiccional estricto, señaló el Profesor Park.

El Profesor Park también señaló problemas en aquellos casos donde una diferencia ha sido presentada ante un tribunal nacional, y donde se ha emitido una decisión *dentro* del período de un año (es decir, dado que el tratado establece que una diferencia puede ir a arbitraje si un laudo final de un tribunal nacional “no ha sido emitido dentro del período de un año”).

La mejor manera de resolver estos conflictos, de acuerdo con el Profesor Park, es interpretar el texto sobre litigio ante tribunales nacionales como un requisito procesal—más que jurisdiccional—diseñado para otorgar a los tribunales locales la oportunidad para resolver la diferencia. Esto permitiría al tribunal aceptar su jurisdicción, pero únicamente permitir que el procedimiento proceda a la etapa de consideración de los méritos si se satisfacen determinadas condiciones. En este caso esto implicaría dar al sistema legal de Turkmenistán la oportunidad de atender la diferencia.

Si Turquía y Turkmenistán pretendieran que el requisito de entablar el proceso legal ante los tribunales nacionales estuviera ligado a su consentimiento a arbitraje, deberían haber utilizado un lenguaje más directo, escribió el Profesor Park. Una declaración tal como “los inversores están facultados a arbitrar únicamente después de recurrir a los tribunales locales”, habría emitido un mensaje claro a los árbitros.

El laudo se encuentra disponible en: [http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1515\\_0.pdf](http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1515_0.pdf)

La opinión separada del Profesor William W. Park está disponible en: [http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw5002\\_0.pdf](http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw5002_0.pdf)

## **Tribunal acepta jurisdicción sobre reclamación entablada por inversor del RU contra Turkmenistán por intervención de la cláusula de NMF** *Garanti Koza LLP c. Turkmenistán, Caso del CIADI No. ARB/11/20 Oleksandra Brovko*

La mayoría de un tribunal de tres miembros ha otorgado acceso a arbitraje ante el CIADI a un inversor del RU, importando disposiciones más flexibles para la solución de controversias contenidas en el TBI entre Turkmenistán y Suiza.

La decisión sobre jurisdicción, con fecha del 3 de julio de 2013, una vez más se centra en la contenciosa cuestión de si la cláusula de nación más favorecida (NMF) podría ser utilizada para pasar por alto restricciones sobre la solución de controversias. En el caso del TBI entre el RU y Turkmenistán, esta cláusula se encuentra expresamente extendida a la solución de controversias. Según la opinión de la mayoría, que permitió a la demandante evitar la contradictoria exigencia contenida en el TBI de que las partes resuelvan sus diferencias a través del arbitraje en la CNUDMI, a menos que acuerden otro foro para el arbitraje (tal como el del CIADI).

### *Antecedentes*

La demandante, Garanti Koza LLP, una sociedad de responsabilidad limitada constituida en el Reino Unido, fue contratada por la empresa estatal Turkmenautoyollari (*Turkmen Road*) para construir puentes y viaductos de autopista. Garanti reclama que Turkmenistán empleó los poderes estatales para forzar cambios en el contrato, lo cual le generó pérdidas y la eventual confiscación de sus bienes.

Turkmenistán alega que terminó el contrato debido a que Garanti no concluyó su trabajo según el cronograma acordado.

Dado que los procedimientos se bifurcaron, la actual decisión aborda las objeciones de Turkmenistán a la jurisdicción del tribunal. Este país afirma que no consintió la jurisdicción del CIADI en el TBI entre el RU y Turkmenistán y que, además, en ausencia de un expreso consentimiento en el TBI original, tal consentimiento no puede ser importado de otro Tratado Bilateral de Inversión.

### *TBI establece que el arbitraje en la CNUDMI es el foro por defecto*

El tribunal se enfocó en la interpretación de los párrafos (1) y (2) del Artículo 8 del TBI entre el RU y Turkmenistán. El Artículo 8(1) versa sobre el consentimiento del estado receptor para resolver las diferencias por medio de arbitraje internacional y el Artículo 8(2) brinda opciones para el proceso de arbitraje. Notablemente, el arbitraje en la CNUDMI es la selección por defecto, mientras que el CIADI y la Cámara Internacional de Comercio (*International Chamber of Commerce, ICC*) están disponibles con el consentimiento de las partes.

El tribunal aclaró que el Artículo 8(1) aborda el consentimiento de Turkmenistán para participar en el arbitraje internacional y el Artículo 8(2) concierne los sistemas de arbitraje que podrían ser utilizados si las

condiciones del Artículo 8(1) son satisfechas. Apuntando a las palabras “debe” y “podría” de los Artículos 8(1) y 8(2) respectivamente, la mayoría del tribunal decidió que únicamente el Artículo 8(1) trata el tema del consentimiento.

Tal como se explica a continuación, la Profesora Boisson de Chazournes disintió sobre este punto, concluyendo que el Artículo 8(2) también concierne el consentimiento del estado anfitrión a arbitraje. Esta conclusión contribuiría a su decisión de distanciarse de la opinión de la mayoría sobre el tema de si la cláusula de NMF podría ser utilizada para acceder a opciones alternativas para la solución de controversias encontradas en otros TBIs firmados por Turkmenistán.

### *La mayoría permite el consentimiento a arbitraje ante el CIADI a través de la cláusula de NMF*

Al decidir si la cláusula de NMF abarca disposiciones para la solución de controversias—y por ende, si permitiría a la demandante pasar por alto la condición de recurrir sólo a la CNUDMI, estipulada en el Artículo 8(2)—el tribunal recurrió a la formulación de la cláusula de NMF y su cobertura. En el Artículo 3(3) del TBI original se establece que esta cláusula es aplicable a las disposiciones contenidas en los Artículos 1 al 11. De esta manera, el tribunal decidió que esta cláusula claramente se aplica a las disposiciones de solución de controversias contenidas en el Artículo 8.

Por lo tanto, el tribunal autorizó a la demandante a invocar disposiciones más favorables a estos efectos (es decir, aquellas que permiten el arbitraje ante el CIADI) que se encontraban en los tratados celebrados por Turkmenistán con Suiza, Francia, Turquía, India y en la Carta sobre el Tratado de la Energía.

Al hacer esto, el tribunal rechazó el argumento de Turkmenistán de que la aplicación de la cláusula de NMF a la solución de controversias privaría al TBI original de su *effet utile* (efectividad práctica). Turkmenistán remarcó que en 1995 (la fecha de la firma del TBI entre el RU y Turkmenistán), el RU ya era parte de otros tratados que brindaban consentimiento a arbitraje ante el CIADI. Así, una decisión consciente de extender la cláusula de NMF a la solución de diferencias, mientras simultáneamente se establece una restricción del consentimiento a arbitraje únicamente en la CNUDMI, habría sido algo contradictorio.

Sin embargo, el tribunal señaló que la ‘efectividad práctica’ de la mismísima cláusula de NMF se encontraba en riesgo. Según palabras del tribunal “la cláusula de NMF en sí misma se vería privada de su *effet utile* si nunca pudiera utilizarse para pasar por encima de otra disposición del tratado”.

### *Una opción es mejor que no tener opción*

Finalmente, el tribunal consideró si el TBI entre Suiza y Turkmenistán, en el cual se basó particularmente la demandante, realmente disponía un trato más favorable que el TBI original, brindando una opción entre el arbitraje en el CIADI y en la CNUDMI.

El tribunal no ahondó sobre las diferencias procesales entre el reglamento del CIADI y el de la CNUDMI, sino

que decidió que el mero hecho de que un tratado disponga una opción resulta más favorable que un tratado que no lo haga.

*La opinión disidente de Laurence Boisson de Chazournes*

Según la opinión de la Profesora Boisson de Chazournes, la función de la cláusula de NMF es garantizar relaciones de tratado coherentes y equilibradas entre los miembros de la comunidad internacional. Afirmó que los TBIs nunca fueron celebrados por estados soberanos con la idea de permitir la elección del consentimiento que más les convenga (en inglés, “*consent shopping*”). Por lo tanto, la tarea primordial del tribunal es establecer, sin ninguna presunción, si el consentimiento a arbitraje ante el CIADI se encuentra establecido en el TBI entre el RU y Turkmenistán. Si no, la falta de consentimiento no puede ser remediada importándolo de otro tratado.

*Interpretación del Artículo 8 del TBI entre el RU y Turkmenistán*

La Profesora Boisson de Chazournes disintió con la interpretación del Artículo 8, contenido en el TBI entre el RU y Turkmenistán, por la mayoría del tribunal. En su opinión, las condiciones que establece el Artículo 8(1) con respecto al consentimiento a arbitraje internacional deben ser interpretadas en virtud de las condiciones específicas listadas en el Artículo 8(2). En otras palabras, el Artículo 8(1) no es el único que trata el tema del consentimiento; la iniciación del arbitraje de inversión en un foro selecto también está sujeta a consentimiento bajo el Artículo 8(2).

*Cláusula de NMF y disposición sobre solución de controversias del TBI entre el RU y Turkmenistán*

La opinión disidente establece que la cláusula de NMF sólo se aplica si un inversor extranjero ya se encuentra en una relación de solución de controversias con el estado receptor; si esa relación no ha sido conformada, no hay fundamentos para plantear la cuestión de un mayor o menor trato favorable.

Sobre esta base, la Profesora Boisson de Chazournes acentuó que la aplicación de la cláusula de NMF está subordinada a la previa aplicación del Artículo 8(2) del TBI entre el RU y Turkmenistán. Dado que Turkmenistán no había otorgado su consentimiento a arbitraje ante el CIADI, tal como lo requiere el Artículo 8(2), la Profesora Boisson de Chazournes concluyó que la demandante no debería estar facultada para invocar un trato más favorable con respecto al arbitraje ante el CIADI bajo los TBIs acordados por Turkmenistán.

Según la opinión de la Profesora Boisson de Chazournes, la cláusula de NMF no es “una forma de aceptación mediante la cual la jurisdicción del CIADI pueda ser satisfecha”.

El laudo se encuentra disponible en:  
<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1541.pdf>

La opinión disidente de Laurence Boisson de Chazournes se encuentra en:  
<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1540.pdf>

**Árbitro en reclamación sobre bonos soberanos sugiere que decisión de la mayoría excedió su jurisdicción** *Ufficio S.p.A. otros (caso anteriormente denominado Giordana Alpi y otros) c. República Argentina, Caso del CIADI No. ARB/08/9, Opinión disidente*

**Diana Rosert**

Un árbitro defiende firmemente la causa de que un tribunal del CIADI no debería haber asumido jurisdicción en una de varias reclamaciones sobre los títulos de seguridad relacionados con la restructuración de la deuda soberana de Argentina.

En su opinión disidente, que consta de 160 páginas, en el caso *Ambiente Ufficio S.p.A. y otros c. República Argentina* registrado el 2 de mayo de 2013, el Dr. Santiago Torres Bernárdez critica el enfoque interpretativo adoptado por sus dos colegas del tribunal, el Juez Bruno Simma y el Profesor Karl-Heinz Böckstiegel.<sup>1</sup>

Al principio, el Dr. Torres Bernárdez señaló que la decisión de la mayoría mostró “fervor excesivo por la protección de los intereses de los supuestos inversores extranjeros (que también se puede ver en otras decisiones arbitrales de casos que contemplan controversias entre un inversor y un Estado receptor)”. Sostuvo que sus co-árbitros interpretaron erróneamente el Convenio del CIADI y partes fundamentales del tratado bilateral de inversión (TBI) entre Argentina e Italia y, por consiguiente, excedieron los límites jurisdiccionales del tribunal.

El Dr. Torres Bernárdez consideró que la decisión de la mayoría se distanciaba de una interpretación de “buena fe” del TBI, tal como lo prescribe la Convención de Viena sobre la Ley de Tratados (*Vienna Convention on the Law of Treaties*, VCLT) en el hecho de que las disposiciones fueron mal interpretadas u omitidas y que la jurisprudencia fue citada de manera muy selectiva. Más generalmente, el Dr. Torres Bernárdez acentuó que los tribunales de inversión eran “tribunales internacionales de *jurisdicción limitada*” y que, como regla por defecto, deberían rechazar la jurisdicción cuando existan dudas sobre el consentimiento de un estado parte. Lo consideró como el papel de los estados, pero “no corresponde a los tribunales arbitrales del CIADI establecidos para pronunciarse sobre un determinado caso, asumir facultades legislativas generales”.

*La “relación especial” de la decisión de la mayoría con el caso Abaclat y otros c. Argentina*

El Sr. Torres Bernárdez criticó a sus co-árbitros por “adherir desde el principio hasta el final la conclusiones de la decisión de la mayoría del tribunal del caso *Abaclat* independientemente de sus méritos legales objetivos”. El caso *Abaclat* involucra a 60.000 demandantes italianos que presentaron reclamos sobre la restructuración de la deuda soberana por parte de Argentina. Tal como en el presente caso, la mayoría del tribunal del caso *Abaclat* aceptó la jurisdicción, mientras que el tercer miembro omitió una acérrima opinión disidente.

Sin embargo, el Sr. Torres Bernárdez enfatizó que la semejanza (o falta de ella) entre las diferencias merecía

un análisis minucioso, pese a que ambos casos estaban relacionados con títulos de bonos soberanos y que fueron planteados en virtud del mismo TBI. Según su opinión, existían diferencias factuales muy notorias entre ambos casos que instaban una evaluación autónoma, tal como lo requiere el Convenio del CIADI en cualquier caso. Aparte del número de demandantes (90 en este caso y aproximadamente 60.000 en el caso *Abaclat*), las diferencias también incluían el tipo de transacciones económicas, el papel de la tercera parte respectiva y el cumplimiento de las precondiciones jurisdiccionales por los demandantes.

#### *Instrumentos de bonos soberanos no son una “inversión protegida”*

En primer lugar, el Sr. Torres Bernárdez encontró que el tribunal del CIADI no tenía una base jurisdiccional para adjudicar el caso porque ningún instrumento de bono soberano o ninguna “de las transacciones económicas eran susceptibles de ser caracterizadas como una “operación de inversión” en el sentido del Convenio CIADI y el TBI Argentina-Italia”.

Consideró que, independientemente de la redacción del TBI y la cuestión del consentimiento de las partes, el Convenio del CIADI dispone “límites externos” objetivos para establecer la jurisdicción del Centro. Observó también, que el presente caso involucraba “meras transacciones comerciales”, no inversiones protegidas en virtud del Convenio del CIADI. Además, el Sr. Torres Bernárdez afirmó que las transacciones en los mercados primarios y secundarios no constituían una “única operación económica” o una sola inversión, tal como alegó la mayoría, sino que estaban “desconectadas” y creaban diferentes instrumentos financieros.

El Sr. Torres Bernárdez tampoco estuvo de acuerdo con la conclusión de la mayoría de que los denominados criterios Salini hubieran sido satisfechos. Según su opinión, los criterios Salini eran de naturaleza jurisdiccional y determinaban si existía o no una “inversión protegida” bajo el Convenio del CIADI. Insistió en que los títulos de seguridad no satisfacían “ninguno de esos criterios”. Entre otras razones, consideró que los títulos de seguridad relacionados con los bonos no poseían la característica de “duración” necesaria para manifestar la existencia de una operación de inversión debido a la “fugacidad de la colocación y circulación de los bonos en los mercados” y su naturaleza como “transacciones de capital volátil”.

El Sr. Torres Bernárdez además opinó que sus co-árbitros “malinterpretaron” la disposición pertinente del TBI (Artículo 1) cuando decidieron que el tratado cubría los instrumentos de bonos soberanos de los demandantes. Explicó que la mayoría concluyó que los “bonos” se encontraban en una lista no exhaustiva de ejemplos en una traducción no oficial del TBI al inglés proporcionada por los demandantes. El Sr. Torres Bernárdez no solo objetó que las palabras utilizadas en las versiones originales en español e italiano estaban traducidas incorrectamente al inglés; sino también sostuvo que el tribunal pasó por alto el encabezado de la disposición, un elemento clave que requiere que los ejemplos listados en primer lugar constituían una “inversión”. Basándose en la “interpretación correcta de buena fe” del término “inversión” tal como se encuentra empleado en el TBI, los títulos de seguridad recaían

fuera de su cobertura, afirmó el Sr. Torres Bernárdez. Confirmó el reclamo de Argentina de que la disposición contenía un requisito claro de que la inversión protegida fuera hecha en el territorio del país y en conformidad con sus leyes y regulaciones. Dado que el Sr. Torres Bernárdez era de la opinión de que “[l]os bonos de deuda soberana en cuestión son flujos de capital intangible sin implantación física en el territorio de un Estado receptor determinado”, consideró que no constituían una inversión realizada en el territorio argentino. También consideró aún más difícil justificar cómo los títulos de seguridad en cuestión cumplían con el requisito sobre el territorio.

El Sr. Torres Bernárdez no estuvo de acuerdo con que Argentina fuera el beneficiario de la presunta inversión en su territorio o que el título haya contribuido a su desarrollo económico, tal como afirmó la mayoría. Criticó al Juez Simma y al Profesor Böckstiegel por aplicar estos criterios para establecer la territorialidad mientras que omitieron el “significado habitual” del requisito sobre el territorio. Además, sostuvo que dado que “la Demandada no ha sido anfitriona de nada ni nadie”, el requisito de que la inversión fuera realizada de acuerdo con las leyes y regulaciones del estado receptor no podría ser cumplido.

También consideró que la reestructuración de la deuda soberana “no es *prima facie* un hecho internacionalmente ilícito”. Por lo tanto, resultaba “injustificable y prematuro” que sus co-árbitros dictaminaran acerca del tema en favor de los demandantes. Según sus palabras, la mayoría pasó por alto que “la reestructuración de la deuda soberana de Argentina en 2005 siguió los principios, pasos y métodos generalmente aplicados entonces por la comunidad internacional a este tipo de operaciones financieras soberanas con ramificaciones internacionales”.

#### *Procedimiento de múltiples partes “recae fuera” de la jurisdicción del tribunal*

El Sr. Torres Bernárdez coincidió con la decisión de la mayoría de que el caso era mejor caracterizado como un procedimiento de múltiples partes en lugar de ser un “reclamo masivo”, y por lo tanto, “no es inmanejable” para el tribunal. Sin embargo, objetó que el Convenio del CIADI no obstante requiere un consentimiento explícito del estado demandado para tal procedimiento. De esta manera, no coincidió con la conclusión de la mayoría de que el Convenio brindara alcance para permitir el procedimiento a través de su silencio sobre el tema. En cambio, insistió en que, basándose en reglas generales contenidas en el derecho internacional público, la regla por defecto en caso de silencio debería ser la de no dar por sentada la jurisdicción.

Además argumentó que la oferta de arbitraje contenida en el TBI no contenía el consentimiento a procedimientos de múltiples partes. El Sr. Torres Bernárdez remarcó que, al contrario, la “Demandada manifestó su oposición desde un comienzo”. Según su opinión fue una “falacia” decidir que el consentimiento de Argentina estaba dado en este caso específico.

También rebatió el enfoque interpretativo de sus co-árbitros, alegando que hicieron un uso selectivo de la jurisprudencia para demostrar que un procedimiento de múltiples partes era una práctica generalmente

aceptada que no requería el consentimiento explícito de la demandada.

*La mayoría “prejuzó” la jurisdicción ratione personae*

El Sr. Torres Bernárdez consideró que la nacionalidad de los demandantes era otro tema jurisdiccional clave, sin embargo argumentó que el mismo debería haber sido evaluado en la etapa de consideración de los méritos de manera concreta y minuciosa, y no en la etapa preliminar. Según el Sr. Torres Bernárdez la mayoría “prejuzó” cuando confirmó *prima facie* tener jurisdicción sobre los demandantes. En particular, la conclusión de la mayoría de tribunal de que los demandantes cumplían con el requisito de nacionalidad sobre una base *prima facie* debería haber sido considerada como una “presunción a favor de los Demandantes con respecto a cuestiones de nacionalidad y domicilio”, ya que en ese punto el tribunal no había verificado la nacionalidad de los demandantes individuales. Otra señal de la falta de neutralidad de la mayoría fue que pasó parte de la carga de la prueba de los demandantes a Argentina, mientras que, según su opinión, “en virtud del derecho internacional” toda la carga de la prueba en relación con la nacionalidad y el consentimiento debe recaer sobre los demandantes.

Además, el Sr. Torres Bernárdez dirigió la atención al requisito de territorialidad exigido a los inversores, pero esto fue presuntamente omitido por la mayoría. Para el Sr. Torres Bernárdez esto fue “un ejemplo de la tendencia de la Decisión de la Mayoría a eludir los requisitos jurisdiccionales todo lo posible o a marginarlos”.

*Condiciones “clarísimas” en la oferta de arbitraje de Argentina*

El Sr. Torres Bernárdez remarcó que el consentimiento a arbitraje de Argentina contenía dos precondiciones obligatorias—consultas previas y amistosas y el recurso a tribunales internos durante 18 meses—con las cuales los inversores extranjeros debían cumplir antes de poder iniciar un arbitraje internacional. Alegó que el tribunal no tenía jurisdicción sobre la causa, porque los demandantes no cumplieron con ninguna de estas condiciones; un hecho que los demandantes admitieron en su solicitud de arbitraje. Rechazó el intento de los demandantes de importar, de otros tratados, disposiciones más favorables para la solución de controversias a través de la cláusula de nación más favorecida del TBI, ya que consideró que esta cláusula no se extiende a tales asuntos.

La mayoría decidió que pese a la ausencia de consultas previas, los demandantes no infringieron el requisito de consultas amigables porque no existía la posibilidad de un arreglo verdadero. Además determinó que se justificaba una excepción al requisito de litigio interno durante 18 meses ya que ese esfuerzo hubiera sido “fútil”.

El Sr. Torres Bernárdez rebatió que, como regla general, los inversores extranjeros no tenían derecho a alterar u omitir las condiciones para el consentimiento a arbitraje de los estados. Más específicamente, concluyó que no había una base legal para una “excepción de ineffectividad”. Se dijo que la decisión de la mayoría estaba basada en argumentos “especulativos” presentados por los demandantes.

Además, el Sr. Torres Bernárdez afirmó que la solicitud de arbitraje de los demandantes estaba “*viciada de incongruencia* en muchos aspectos fundamentales” lo cual la tornaba inadmisibile. No solo faltaban las firmas de los demandantes, sino que, en su opinión, también carecía de evidencia factual para probar la existencia de una “controversia legal” previa, en el sentido del Convenio del CIADI y del TBI. En general, el Sr. Torres Bernárdez coincidió con “la mayoría de las objeciones preliminares presentadas por la Demandada”.

La opinión disidente de Santiago Torres Bernárdez se encuentra disponible en: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1487.pdf>

**Philip Morris pasa prueba jurisdiccional en reclamación contra Uruguay** *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. y Abal Hermanos S.A. c. la República Oriental del Uruguay, Caso del CIADI No.ARB/10/7 (anteriormente, FTR Holding SA, Philip Morris Products S.A. y Abal Hermanos S.A. c. la República Oriental del Uruguay)*  
**Yalan Liu**

En una decisión del 2 de julio de 2013, un tribunal del CIADI ha confirmado su jurisdicción para atender las reclamaciones entabladas por Philip Morris contra Uruguay en una diferencia de alto perfil sobre las restricciones en la comercialización de productos tabacaleros.

*Antecedentes*

La diferencia surgió de tres regulaciones promulgadas por Uruguay en relación con el empaquetado y comercialización de cigarrillos: 1) un requisito de que las cajillas de cigarrillos incluyan “pictogramas” para ilustrar los efectos adversos para la salud del consumo de tabaco; 2) un requisito que exige que cada marca comercial tenga una “única presentación” y prohíbe paquetes o presentaciones diferentes para los cigarrillos vendidos bajo una misma marca; 3) y finalmente, un requisito de que las advertencias sanitarias ocupen el 80 por ciento de las dos caras frontales de las cajillas de cigarrillos.

Philip Morris alega que estos requisitos no están destinados a fomentar políticas de salud legítimas, sino que están diseñados para socavar sus marcas registradas legalmente protegidas, provocando pérdidas sustanciales a su inversión en Uruguay.

Específicamente, Philip Morris alega que Uruguay violó el tratado bilateral de inversión (TBI) entre Suiza y Uruguay sometiéndolo sus inversiones a medidas “irrazonables”, expropiando sus marcas registradas y no dispensándoles un trato justo y equitativo. Además, Philip Morris alega que Uruguay no observó sus compromisos bajo el acuerdo de la OMC sobre los Aspectos relacionados con los Derechos a la Propiedad Intelectual y al Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial, lo cual, según argumenta la empresa, constituye una violación del tratado a través de la cláusula paraguas del TBI.

*Requisitos pre-arbitraje: arreglo amigable por seis meses y litigio ante tribunales nacionales por dieciocho meses*

El TBI estipula que, antes de iniciar un arbitraje internacional, las diferencias deben ser sometidas a un arreglo amigable durante 6 meses y, luego, a los tribunales nacionales por 18 meses.

Con respecto al requisito de arreglo durante 6 meses, el tribunal encontró que las demandantes cumplieron; basándose en que Abal Hermanos S.A. (Abal), la subsidiaria de Philip Morris en Uruguay, intentó recusar las regulaciones en disputa a través de canales administrativos.

En cuanto a entablar un proceso legal por un plazo de 18 meses ante los tribunales nacionales, Uruguay planteó sus objeciones jurisdiccionales sobre la base de dos fundamentos: 1) pese a que las demandantes solicitaron la anulación de las regulaciones ante tribunales locales, esto no involucraba la “misma diferencia” que la presentada a arbitraje internacional; 2) aun si fuera considerada la misma diferencia, el período de 18 meses aún no había expirado cuando el arbitraje fue iniciado. Uruguay subrayó que el requisito de presentar el caso ante los tribunales nacionales era una precondition jurisdiccional que debe ser completamente cumplida antes de iniciar arbitraje. En otras palabras, el incumplimiento al momento de instituir un arbitraje debería dar como resultado la denegación de la jurisdicción del tribunal sobre la reclamación.

En cuanto a la primera objeción, el tribunal señaló que la diferencia entablada ante los tribunales nacionales no necesariamente debe tener la misma base legal o causa de acción que la diferencia presentada a arbitraje. En cambio, solo es necesario que “se base en hechos y materias sustancialmente similares al reclamo en virtud del TBI presentado con posterioridad por el inversor al arbitraje”. En este caso, el tribunal aceptó que la diferencia presentada ante los tribunales uruguayos estaba suficientemente alineada con la diferencia sometida a arbitraje ante el CIADI.

La segunda objeción de Uruguay, basada en el hecho de que Philip Morris no había sometido la diferencia a un proceso legal ante los tribunales nacionales durante un período completo de 18 meses antes de iniciar arbitraje, también fue rechazada por el tribunal.

En este punto el tribunal decidió que dado que el requisito de litigar ante los tribunales nacionales no había sido cumplido al momento de instituir el procedimiento de arbitraje, el requisito podría ser cumplido posteriormente al mismo. Volviendo sobre los hechos, el tribunal encontró que el tribunal uruguayo emitió sus decisiones después del vencimiento del período de 18 meses pero antes de que el tribunal del CIADI decidiera sobre su jurisdicción. Tomando en cuenta el objetivo de este requisito (es decir, dar al sistema judicial nacional la oportunidad de considerar la diferencia), el tribunal consideró que “exigirles a las Demandantes que comiencen nuevamente y vuelvan a presentar este arbitraje hoy, habiéndose cumplido el plazo de 18 meses, sería solo una pérdida de tiempo y recursos”.

Finalmente, en respuesta a la invocación de la cláusula de NMF por las demandantes, el tribunal, habiendo determinado el cumplimiento de ambos requisitos, no vio la necesidad de evaluar con mayor detalle la cláusula de NMF.

*Medidas de Salud Pública no excluidas del alcance de las protecciones otorgadas a los inversores*

Uruguay refutó que el Artículo 2 (1) del TBI excluyera las medidas de salud pública, a las cuales pertenecían las regulaciones recusadas, del alcance de protección de las inversiones.

Sin embargo, el tribunal determinó que el Artículo 2 (1) sólo se aplicaba a la fase de pre-establecimiento de una inversión (es decir, las excepciones permitían a Uruguay bloquear nuevas inversiones en base a consideraciones de salud pública, pero no se extendía, a las inversiones que ya habían sido realizadas). Como resultado, el tribunal determinó que el Artículo 2 (1) no creaba una excepción a las obligaciones sustantivas del TBI con respecto a las inversiones que habían sido legalmente admitidas.

*Las actividades de las demandantes en Uruguay constituyen una “inversión”*

Uruguay, insistiendo en la prueba *Salini*, alegó que las actividades de las demandantes no deberían ser consideradas una “inversión” en base a su presunta falta de contribución al desarrollo económico de Uruguay. Específicamente, los costos directos relacionados con la atención médica por el consumo de tabaco superan su contribución al desarrollo económico del país, según Uruguay.

El tribunal rechazó esta objeción sosteniendo que el criterio de contribución al desarrollo no era un requisito legal obligatorio de una inversión bajo el Convenio del CIADI. Asimismo, remarcó que los cuatro elementos constitutivos de la prueba *Salini* eran meramente “características típicas de inversiones en virtud del Convenio CIADI”, no “un grupo de requisitos legales obligatorios”. Como tales, “pueden contribuir para la identificación o exclusión, en casos extremos, de la presencia de una inversión”, pero no deben ser utilizados para desestimar el concepto amplio y flexible del término inversión que establece el Convenio del CIADI.

El tribunal remarcó que el tratado pertinente podría imponer límites sobre la definición de inversión, pero en este caso, el TBI entre Suiza y Uruguay no presenta restricciones sobre la definición de este término que plantearan un problema para la ‘inversión’ a la que Philip Morris se refería en su reclamación.

*Se sostiene reclamo de jurisdicción sobre denegación de justicia*

En su memorial de contestación, Philip Morris planteó otro reclamo, alegando que la decisión de un tribunal uruguayo de desestimar su acción de nulidad contra una de las ordenanzas recusadas y la posterior solicitud de corregir la decisión anterior constituía una denegación de justicia, en violación de la garantía de trato justo y equitativo del TBI. Al determinar su jurisdicción sobre esta reclamación, el tribunal sostuvo que, conforme al Artículo 46 del Convenio del CIADI, deben cumplirse tres condiciones: 1) presentarse a más tardar en la réplica; 2) relacionarse directamente con la diferencia; 3) estar dentro de los límites del consentimiento de las partes y caigan además dentro de la jurisdicción del Centro.

Rápidamente, el tribunal concluyó que Philip Morris cumplía con las primeras dos condiciones de límite de tiempo y de relación directa. Pero con respecto al consentimiento, consideró que era preciso que Philip Morris cumpliera con los dos requisitos pre-arbitraje (es decir, el arreglo amigable durante 6 meses y entablar un proceso legal ante los tribunales nacionales por un período de 18 meses). El tribunal concluyó que referirse a la decisión del tribunal uruguayo sobre el arreglo amigable de 6 meses era fútil, dado que el ejecutivo no tenía poder para revocar la decisión de un tribunal. De esta manera, “no habría existido una posibilidad real de llegar a un arreglo amigable de la diferencia planteada”. Se sacó la misma conclusión con respecto al requisito de entablar un proceso legal por un plazo de 18 meses ante los tribunales nacionales debido al hecho de que todas las decisiones del tribunal uruguayo eran definitivas y no apelables. Por lo tanto, el tribunal dictaminó que el reclamo de denegación de justicia, habiéndose cumplido los requisitos de pre-arbitraje, recaía dentro del ámbito del consentimiento de Uruguay y, consecuentemente, falló en favor de su jurisdicción.

Los árbitros del caso son el Profesor Piero Bernardini (presidente), el Sr. Gary Born (nominado por la demandante) y el Profesor James Crawford (nominado por la demandada).

La decisión está disponible en: <http://www.italaw.com/sites/default/files/casedocuments/italaw1531.pdf>

**Compañía farmacéutica Canadiense pierde reclamación de inversión contra Estados Unidos en virtud del TLCAN; demandante no posee inversión en Estados Unidos** *Apotex Inc. c. El Gobiernos de los Estados Unidos de América, CNUDMI*  
**Damon Vis-Dunbar**

Un tribunal de la CNUDMI aceptó todas las objeciones jurisdiccionales planteadas por los Estados Unidos, desestimando, así, los dos arbitrajes bajo el Capítulo Once del TLCAN iniciado por un productor canadiense de medicamentos genéricos.

Al ponerse del lado de Estados Unidos, el tribunal finalmente determinó que la demandante no poseía una “inversión” en el territorio de EUA, y era mejor considerado como un exportador canadiense a los Estados Unidos.

La demandante, Apotex, se vio frustrada en sus esfuerzos de vender dos tipos de medicamentos al mercado de EUA a medida que recorría los complicados procedimientos que rigen la introducción de medicamentos genéricos a los Estados Unidos.

Los dos arbitrajes transcurrieron concurrentemente, pero no fueron consolidados. El primero está relacionado con los esfuerzos de Apotex de ingresar al mercado la versión genérica del medicamento antidepresivo comúnmente conocido como Zoloft, o sertraline hydrochloride por su nombre genérico. El segundo se relaciona con un intento similar con el pravastatin sodium, una medicación para el corazón que ha sido vendida bajo el nombre comercial de Pravachol.

En ambos casos, Apotex presentó una solicitud abreviada de nuevo fármaco (“*Abbreviated New Drug Application*”, ANDA); esencialmente una solicitud de

introducir al mercado una versión genérica de una droga que ya ha sido aprobada por la *Food and Drug Administration* (FDA).

Parte del proceso puede incluir iniciar un acto de infracción ‘artificial’ contra la patente, en un esfuerzo de entrar en una diferencia con el tenedor de la patente que arrojaría un fallo, de una manera o de otra, sobre la legalidad de introducir una versión genérica de la droga en cuestión.

En el caso de la diferencia sertraline, Apotex solicitó un fallo declaratorio—una táctica legal común en el litigio sobre patentes. Sin embargo, los Tribunales Federales de EUA se rehusaron a fallar sobre el asunto, citando una falta de “aprehensión razonable” de que el tenedor de los derechos de propiedad intelectual (en este caso Pfizer) lanzaría un juicio por la infracción de la patente. Los esfuerzos de Apotex para convencer a la Corte Suprema de anular las decisiones del Tribunal Federal también fracasaron. El panorama se presentó de cierta forma diferente en la diferencia sobre el pravastatin, pese a que el resultado final fue el mismo: una falta de certeza legal sobre si podría comercializar la droga.

*¿Apotex es un ‘inversor’ que posee una ‘inversión’?*

Estados Unidos recusó la afirmación de Apotex de que era un inversor con una inversión en Estados Unidos, tal como lo define el capítulo del TLCAN. EUA describió a Apotex, esencialmente, como un exportador canadiense de drogas genéricas—una caracterización que le parecería cierta al tribunal.

En base a la presentación de Apotex, el tribunal infirió que la demandante afirmó tener tres ‘inversiones’ diferentes: el desarrollo y fabricación de drogas genéricas aprobadas para la venta en los Estados Unidos; la elaboración de ANDAs (y gastos relacionados) y varios otros gastos en EUA, tales como el uso de una filial estadounidense y la compra de materias primas.

Sobre la primera, el tribunal concluyó que el desarrollo, fabricación y testeo de las drogas genéricas por parte de Apotex era una actividad completamente canadiense, y por lo tanto, no podría ser considerada una inversión en los Estados Unidos.

En torno a la segunda, Apotex alegó que el gasto de elaborar ANDA y el ANDA ensimismo (como un producto de propiedad) podría ser considerado como una inversión protegida bajo el TLCAN. El tribunal, sin embargo, decidió que Apotex elaborada sus ANDAs en Canadá, y en todo caso se trata de un ejercicio que, fuera un ‘inversor’ o un ‘exportador’, necesitaría llevar a cabo para comercializar drogas genéricas en EUA. El tribunal agregó que los costos regulatorios, “aunque extensivos”, no podrían transformar los costos de desarrollar productos regulados en una inversión en los Estados Unidos. Como punto final, el tribunal remarcó que los costos regulatorios no recaen dentro de la lista de inversión del TLCAN.

El tribunal también rechazó la afirmación de Apotex de que sus presentaciones de ANDA podrían ser consideradas como una “propiedad” en los Estados Unidos. El TLCAN considera que una inversión incluye “propiedad... adquirida con la expectativa o utilizada

para un beneficio económico u otros propósitos comerciales”. Según la opinión del tribunal, una ANDA básicamente es una solicitud para vender un producto en los Estados Unidos—y como tal, no recae dentro del ámbito de lo que el TLCAN considera como una “propiedad”. El tribunal también subrayó que las ANDAs “sólo eran tentativamente” aprobadas por la FDA. “Si se habría otorgado, o no, la aprobación final a cada una de las ANDAs de Apotex, de ninguna manera resulta certero a partir de la evidencia”, escribió el tribunal.

Los reclamos de Apotex con respecto a “otras inversiones significativas” en los Estados Unidos tampoco lograrían convencer al tribunal. Estos incluyeron los costos asociados con su filial de EUA, que utilizó como un conducto para su correspondencia con la FDA. El tribunal coincidió con los Estados Unidos en que esencialmente se trataba de un “contrato comercial para la venta de... servicios”. La compra de materias primas en EUA por parte de Apotex tampoco podría constituir una inversión, dado que las mismas eran utilizadas para fabricar en Canadá.

Al no haber hecho una “inversión” en los Estados Unidos bajo el TLCAN, el tribunal concluyó que Apotex tampoco podría reclamar ser un “inversor”.

Mientras que esa conclusión cerró las puertas a las reclamaciones de Apotex, el tribunal consideró no obstante las otras dos objeciones jurisdiccionales planteadas por los Estados Unidos. Estas dos objeciones sólo se relacionaban con la reclamación de pravastatin.

#### *Apotex no cumple con finalidad judicial*

En contraste con la reclamación sobre sertraline, donde Apotex solicitó una revisión por parte de la Corte Suprema de EUA, en el caso de la demanda sobre pravastatin, la empresa no persiguió todos los canales judiciales disponibles. Apotex y Estados Unidos acordaron que el TLCAN requería que una reclamación relacionada con un acto judicial exigía que la demandante hubiera agotado todos los remedios judiciales (es decir, finalidad judicial) antes de recurrir a arbitraje, a menos que hacerlo fuera “obviamente fútil”.

Apotex alegó que las opciones judiciales que le quedaban en la diferencia sobre el pravastatin debían ser consideradas fútiles—mientras que Estados Unidos no estuvo de acuerdo con esta afirmación.

Estableciendo una gran barrera para lo que considera “obviamente fútil”, el tribunal señaló que este tema se vincula con el hecho de que si las opciones judiciales estaban disponibles, no si “hubieran otorgado el remedio deseado”. Dado que las opciones judiciales estaban disponibles—tales como una petición a la Corte Suprema—el tribunal no se mostró convencido de que Apotex había demostrado la finalidad judicial.

#### *Demandante no supera barrera de tres años del TLCAN*

Según el TLCAN, una reclamación debe ser entablada en no más de tres años “desde la fecha en la cual el inversor adquirió por primera vez, o debería haber adquirido, conocimiento de la presunta violación y conocimiento de que el inversor incurriera en pérdida o daño”.

En este caso, una decisión clave por parte de la FDA surgió más de tres años antes de que Apotex presentara su intención de arbitraje. Apotex intentó vincular la decisión de la FDA con las posteriores causas judiciales, para presentar una situación de “una serie única y continua” de eventos que llevaron a la presunta violación del TLCAN.

Sin embargo, el tribunal aclaró que toda reclamación basada solamente en la decisión de la FDA estaba limitada por el tiempo y que la demandante no podría comprar más tiempo recurriendo a procedimientos judiciales. “Cualquier otra conclusión brindaría un medio muy fácil para evadir la clara regla contenida en el Artículo 1116(2) del TLCAN en la mayoría de los casos (es decir, entablar cualquier acción judicial, aunque sea fútil)”.

El tribunal aceptó que las reclamaciones relacionadas con las decisiones de los tribunales de EUA no estaban limitadas por el tiempo, ya que estas ocurrieron dentro de los tres años en que la notificación de arbitraje fuera presentada por Apotex. Por lo tanto, el tribunal hizo una distinción entre dos tipos de reclamaciones—una vinculada con la decisión de la FDA y la otra vinculada con las decisiones de los tribunales de EUA—que podría haber tenido implicancias en el caso de Apotex si hubiera pasado a la etapa de consideración de los méritos.

#### *Apotex debe reembolsar a Estados Unidos por gastos legales y la mitad de los costos del arbitraje*

Se ordenó a Apotex a pagar los gastos legales de Estados Unidos (que alcanzaron US\$ 525. 814) y el 50 por ciento de los costos de las expensas del tribunal y del CIADI.

Al explicar esa decisión, el tribunal expresó que Estados Unidos “planteó objeciones absolutamente apropiadas, y... que nunca debería haberse visto involucrado en este proceso”.

Los árbitros del caso son el Sr. Toby T. Landau QC (presidente), Hon. Fern M. Smith (nominado por el demandado) y el Sr. Clifford M. Davidson (nominado por la demandante).

El laudo sobre jurisdicción y admisibilidad se encuentra disponible en: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1550.pdf>

#### **Notas**

<sup>1</sup> Un resumen de la decisión de la mayoría se encuentra disponible en: <http://www.iisd.org/itn/2013/06/26/awards-and-decisions-12/>

# Recursos y Eventos

## Recursos

### Los Estados BRIC y la inversión extranjera directa hacia fuera

Por David Collins, Oxford University Press, 2013

En este libro se examina el fenómeno relativamente reciente y poco explorado de la inversión externa directa (IED) proveniente de los mayores países con mercados emergentes, enfocándose en los cuatro estados BRIC (Brasil, Rusia, India y China) y sobre el sector de los servicios, primordialmente las telecomunicaciones, finanzas y transporte. Considera el marco legal internacional que rige la IED y presenta un debate sobre la naturaleza y el alcance de los compromisos asumidos por los estados BRIC bajo los tratados bilaterales y regionales de inversión, incluyendo sus compromisos en torno al Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios de la OMC, así como sus obligaciones como miembros del Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial. El libro se encuentra disponible para comprar en: <http://ukcatalogue.oup.com/product/9780199652716.do>

### El derecho de las inversiones: perspectivas integracionistas

Editado por Freya Baetens, Cambridge University Press, 2013

Los avances de varios sub-campos del derecho internacional han influido en el derecho internacional de las inversiones, pero los cambios en el derecho de las inversiones también han tenido un impacto en otros campos del derecho internacional. A través de la contribución de destacados letrados y profesionales, este libro analiza los vínculos específicos entre el derecho de las inversiones y otros sub-campos del derecho internacional, tales como el derecho sobre los conflictos armados, los derechos humanos, el desarrollo sostenible, el comercio, el desarrollo y el derecho de la UE. En particular, este libro examina cómo los conceptos, principios y reglas desarrollados en el contexto de tales sub-campos informan el contenido del derecho de las inversiones. Las soluciones destinadas a resolver los problemas en otros escenarios podrían brindar ejemplos instructivos para abordar las actuales dificultades en el campo del derecho de las inversiones y vice versa. La cuestión subyacente es si los principales sub-campos del derecho internacional público, especialmente el derecho internacional de las inversiones, están abiertos a la fertilización cruzada, o, si están evolucionando para convertirse en sistemas cerrados y autónomos. El libro está disponible para comprar en: <http://www.cambridge.org/asia/catalogue/catalogue.asp?isbn=9781107038882>

### ¿Liberalización o litigación? Se debe reexaminar el régimen de las inversiones internacionales

Por Simon Lester, Cato Institute, julio de 2013

En este resumen de políticas se alega que las actuales reglas de inversión internacional no están bien calibradas para liberalizar la inversión extranjera. En vez de ofrecer una política simple y directa de liberalización, incorporan principios legales muy vagos que brindan numerosas oportunidades para el litigio, y al hacerlo, menoscaban el principio más básico de dispensar un trato igualitario a la inversión extranjera y a la inversión nacional. Si las reglas internacionales han de utilizarse en esta área, sería preferible enfocarse en un marco legal no discriminatorio y más flexible que el sistema actual. En respuesta a esto, el presente escrito propone las siguientes reformas al sistema: toda regla en esta área debería ser multilateral, no bilateral o regional; los principios clave deberían ser no discriminatorios, eliminando algunos de los principios más amplios que actualmente se encuentran en vigencia; y debería utilizarse la solución de controversias entre estado y estado, en lugar de entre inversionista y estado. Las reglas que sigan esta línea reflejarían de mejor manera el actual estado de los flujos de inversión, fomentaría la inversión extranjera y preservarían la autonomía reglamentaria interna. El escrito se encuentra disponible en: [http://object.cato.org/sites/cato.org/files/pubs/pdf/pa730\\_web.pdf](http://object.cato.org/sites/cato.org/files/pubs/pdf/pa730_web.pdf)

### Hacia una nueva generación de políticas de inversión internacional: La nueva perspectiva del UNCTAD al desarrollo de políticas multilaterales de inversión

Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo Sostenible, julio de 2013

La presente UNCTAD IIA Issues Note (Nota Temática del UNCTAD sobre Acuerdos Internacionales de Inversión) fue elaborada originalmente para un seminario sobre inversión organizado en 2013 por el Ministerio de Asuntos Exteriores de Finlandia. En la nota se discute un reciente cambio de paradigma en la formulación de políticas de inversión que se ha dado como resultado de las cambiantes realidades económicas y de múltiples crisis, y que ha generado que el crecimiento inclusivo y el desarrollo sostenible se convirtieran en objetivos prominentes de los protagonistas de los AII. En la nota se abordan múltiples temas que enfrenta la formulación de políticas internacionales de inversión y se identifican cuatro principales desafíos: cómo fortalecer la dimensión de sustentabilidad de los acuerdos internacionales de inversión; cómo preservar el espacio regulatorio apropiado de los países receptores; cómo tratar la complejidad de un régimen de tratados muy fragmentado caracterizado por superposiciones e incoherencias y cómo abordar las graves deficiencias de la solución de controversias entre inversionistas y estados. El documento se encuentra disponible para descargar en: [http://unctad.org/en/pages/newsdetails.aspx?OriginalVersionID=576&Sitemap\\_x0020\\_Taxonomy=Investment+and+Enterprise;#607;#International+Investment+Agreements+\(IIA\);#20;#UNCTAD+Home](http://unctad.org/en/pages/newsdetails.aspx?OriginalVersionID=576&Sitemap_x0020_Taxonomy=Investment+and+Enterprise;#607;#International+Investment+Agreements+(IIA);#20;#UNCTAD+Home)

## Eventos 2013

### Octubre 10-11

#### ACUERDOS INTERNACIONALES DE INVERSIÓN - EQUILIBRIO EL DESARROLLO SOSTENIBLE Y LA PROTECCIÓN DE INVERSIONES, Free University of Berlin, Berlín, Alemania, [http://www.jura.fu-berlin.de/en/fachbereich/einrichtungen/oeffentliches-recht/lehrende/hindelang/Berlin\\_Oct\\_\\_2013](http://www.jura.fu-berlin.de/en/fachbereich/einrichtungen/oeffentliches-recht/lehrende/hindelang/Berlin_Oct__2013)

### Noviembre 4-5

#### CERRANDO LA BRECHA ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL DE INVERSIONES Y EL MEDIO AMBIENTE, Ministerio de Asuntos Exteriores de Holanda, Ministerio de Infraestructura y Medio Ambiente de Holanda, Facultad de Derecho de la Universidad de Utrecht y el Center for Sustainability of Nyenrode Business University, La Haya, Países Bajos, <http://www.iilconference.com/>

### Noviembre 4-6

SÉPTIMO FORO ANUAL DE LOS NEGOCIADORES DE INVERSIÓN DE LOS PAÍSES EN DESARROLLO, International Institute for Sustainable Development, South Centre y el Gobierno de Indonesia, Jakarta, Indonesia, <http://www.iisd.org/investment/dci/>

### Noviembre 7

CUESTIONES MÁS DESTACADAS EN EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL, American University, Washington College of Law, Washington, DC. Estados Unidos, <https://www.wcl.american.edu/arbitration/symposium.cfm>

### Noviembre 8

EL PAPEL DEL ESTADO EN EL ARBITRAJE ENTRE INVERSORES Y ESTADOS, World Trade Institute y University of Bern, Bern, Suiza, <http://www.wti.org/news-archive/call-for-papers-the-role-of-the-state-in-investor-state-arbitration/>

### Noviembre 14

INCENTIVOS A LA INVERSIÓN - EL BUENO, EL FEU Y EL MALO: LA EVALUACIÓN DE LOS COSTOS, BENEFICIOS Y OPCIONES PARA LA REFORMA DE LAS POLÍTICAS, Columbia University, Nueva York, Estados Unidos, <http://www.vcc.columbia.edu/content/eighth-columbia-international-investment-conference-investment-incentives-good-bad-and-ugly->



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

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

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

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

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

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