



Ampliación de la Misión:

Acuerdos Internacionales sobre Inversiones y la Reestructuración de la Deuda Soberana
Por Kevin P. Gallagher



Centro de Arbitraje de UNASUR: Las Principales Características de la Propuesta de Ecuador por Silvia Karina Fiezzoni

Progresos sobre la Inversión en el Acuerdo de Asociación Trans-Pacífico por Jane Kelsey

Países Bajos: Una puerta de entrada al *'Treaty Shopping'* para la Protección de las Inversiones por Roeline Knottnerus & Roos van Os

También en este número: Philip Morris c. Australia; Abaclat y Otros c. La República Argentina; Hochtief AG c. La República Argentina; HICEE B.V. c. La República de Eslovaquia; Resumen de las negociaciones sobre transparencia de la CNUDMI

contenido

-
- 3 **Artículos**
Ampliación de la Misión:
Acuerdos Internacionales sobre Inversiones y
la Reestructuración de la Deuda Soberana
Por Kevin P. Gallagher
-
- 6 Centro de Arbitraje de UNASUR: Las
Principales Características de la Propuesta de
Ecuador
Por Silvia Karina Fiezzoni
-
- 8 Progresos sobre la Inversión en el Acuerdo de
Asociación Trans-Pacífico
Por Jane Kelsey
-
- 10 Países Bajos:
Una puerta de entrada al 'Treaty Shopping'
para la Protección de las Inversiones
Por Roeline Knottnerus & Roos van Os
-
- 13 **Noticias en Breve:** Philip Morris presenta
solicitud de arbitraje sobre diferencia
por propiedad intelectual con Australia;
Divisiones siguen retrasando el progreso en
las negociaciones sobre transparencia de la
CNUDMI; Brote de protestas coreanas por
disposiciones de arbitraje entre inversor y
estado en TLC entre EUA y Corea del Sur;
Presuntamente Vattenfall está considerando
recurrir a arbitraje debido al cierre de plantas
nucleares por Alemania; Inversores extranjeros
demandan al gobierno de España por
reducción de tarifas de energía solar
-
- 15 **Laudos y Decisiones:** Abaclat y Otros c.
La República Argentina; Hochtief AG c.
La República Argentina; HICEE B.V. c. La
República de Eslovaquia; Chevron Corporation
y Texaco Petroleum Company c. La República
de Ecuador; Libananco Holdings Co c. la
República de Turquía
-
- 19 **Recursos y Eventos**

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

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

Presidente y Consejero Delegado
Franz Tattenbach

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

Centro de Arbitraje de UNASUR: Las Principales Características de la Propuesta de Ecuador

Por Silvia Karina Fiezzoni

artículo 2



En los últimos cinco años, algunos países latinoamericanos comenzaron un movimiento en contra del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), institución del Banco Mundial dedicada al arbitraje de diferencias entre inversores extranjeros y los países receptores. En los últimos años, estos países han percibido que los procedimientos de arbitraje del CIADI se tornaron conflictivos debido a su falta de transparencia y a que sus laudos no abordan las necesidades de la sociedad. También ha surgido una gran preocupación por la falta de precedentes, lo cual ha generado decisiones incongruentes entre los tribunales sobre cuestiones fundamentales relativas al derecho de inversión internacional. Así, en un esfuerzo por limitar y/o excluir la jurisdicción del CIADI¹, un grupo de países latinoamericanos se encuentran estudiando un proyecto de Ecuador tendiente a crear un centro de arbitraje alternativo bajo la órbita de la Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR).

UNASUR, cuyo tratado constitutivo entró en vigor con fecha 11 de marzo de 2011, es la primera organización regional que reúne a los principales países de Sudamérica. Brasil, quien ratificó el tratado de UNASUR en el mes de julio de 2011², es el país que ha logrado atraer el mayor flujo de inversión extranjera directa en la región. Es de destacar que Brasil no es signatario del Convenio del CIADI ni ha ratificado ningún tratado bilateral de inversión. Por lo tanto, la inclusión de Brasil a UNASUR y la voluntad política de todos los países miembros de esta organización para crear un centro de arbitraje en el UNASUR, representa un importante avance para el derecho de arbitraje internacional.

Para comprender el recelo que muestran algunos países latinoamericanos hacia el CIADI, y el impulso para establecer una alternativa regional, es importante considerar que 9 de los 12 países de UNASUR han enfrentado 111 demandas en el CIADI, que representan un 31% del total de casos de este centro.³

En el siguiente artículo se expone brevemente la presente situación de UNASUR y las características más sobresalientes de la propuesta de Ecuador para crear un centro de arbitraje en UNASUR.

La situación actual de UNASUR y la propuesta de crear su centro de arbitraje

Con fecha 23 de mayo de 2008, el tratado constitutivo de UNASUR⁴ fue firmado por Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Guyana, Paraguay, Perú, Surinam, Uruguay y Venezuela. El mismo implicó la conclusión de una importante integración económica en Sudamérica.⁵

En el mes de junio de 2009, durante la 39ª Sesión de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, el Ministro de Relaciones Exteriores de Ecuador, Fander Falconí, propuso que UNASUR crease un centro de arbitraje alternativo al CIADI.⁶ En el mes de diciembre de 2010 en Guyana, los Ministros de Relaciones Exteriores de los países miembros de UNASUR decidieron de manera unánime que Ecuador debía presidir el grupo de trabajo sobre solución de controversias e inversiones. En la misma reunión, Ecuador presentó un proyecto de reglamentación del centro arbitral.⁷ Actualmente el mencionado grupo de trabajo se encuentra analizando la propuesta, que va a ser presentada ante los países miembros de UNASUR para su posterior aprobación⁸.

Las características más importantes de la propuesta de Ecuador

La propuesta ecuatoriana de la creación de un centro arbitral en UNASUR se encuentra contenida en tres documentos: 1. Reglamento de funcionamiento del Centro de Solución de Controversias de UNASUR; 2. Código de Conducta para los miembros de los procesos de manejo de conflictos y tribunales arbitrales del centro de arbitraje de UNASUR y; 3. Creación del Centro de Asesoría Legal en Materia de Inversiones de UNASUR. En el presente artículo se desarrollará solamente el análisis del primer documento.

De acuerdo con el reglamento propuesto el centro arbitral tiene competencia para resolver diferencias entre estados, y entre inversores y el estado receptor si se encontrara contemplado en disposiciones contractuales o en un instrumento internacional. La jurisdicción del centro excluye las disputas que involucran temas de salud, impuestos y energía, entre otros, a menos que se establezca lo contrario en tratados o en los contratos pertinentes. Además, bajo ninguna circunstancia el tribunal arbitral tendrá jurisdicción para resolver diferencias que conciernan a la legitimidad de las leyes internas (ni de sus efectos económicos) de los países miembros de UNASUR⁹. Pese a que la jurisdicción del centro de arbitraje propuesto para UNASUR no solo se limita a las diferencias relativas a inversiones, la estipulación mencionada anteriormente reduce considerablemente su ámbito de aplicación. Asimismo, los países miembros pueden requerir, como una precondition para el arbitraje, el agotamiento de todos los recursos administrativos y judiciales a nivel local. Esta precondition podría forzar a la parte damnificada a esperar un largo período de tiempo para acceder al arbitraje de UNASUR. Por lo tanto, sería necesario establecer un límite razonable de tiempo para la conclusión de los procedimientos locales, a fin de otorgar mayor certeza y seguridad a las partes.

El mencionado reglamento posee una serie de características interesantes, tales como:

1. Las partes deben esforzarse por resolver cualquier diferencia por medio de consultas (con un máximo de 6 meses de duración desde la fecha de presentación de la solicitud de la consulta, a menos que las partes acuerden continuar con las mismas) y/o por medio de mediación previa al arbitraje (sin un límite de tiempo establecido).

2. El proceso de elegir y recusar árbitros responde a las críticas dirigidas al procedimiento del CIADI en estas áreas. Según las reglas del CIADI, el Presidente del Banco Mundial está a cargo de designar a un árbitro si una parte no lo hace, y a nominar al árbitro presidente si no hay acuerdo entre las mismas. Esta regla ha sido criticada por algunos países latinoamericanos que alegan que esto compromete la imparcialidad de los

procedimientos y podría generar conflictos de intereses. Por el contrario, en los procedimientos de UNASUR, la Dirección General debe designar a los árbitros por sorteo cuando una parte no elija el suyo, o las partes no lleguen a un acuerdo sobre el árbitro que presidirá el caso. Con respecto a la recusación de los árbitros, el CIADI dispone que el árbitro debe revelar cualquier interés, relación o asunto que pueda afectar su independencia en el procedimiento. El reglamento propuesto para UNASUR va más allá, e incluye la evaluación de la probabilidad de que un árbitro tenga cierta predisposición o un prejuicio que favorezca a una de las partes.

3. Para evitar decisiones y laudos incongruentes, el tribunal arbitral debe consolidar uno o más procedimientos donde se decida una cuestión de hecho o de derecho sobre la misma medida o decisión. Además, las reglas propuestas establecen un mecanismo de apelación para permitir la revisión de cuestiones de derecho utilizando un sistema de precedentes. Con esto se pretende garantizar una jurisprudencia coherente y congruente, otorgando previsibilidad a los inversores y a los estados, a diferencia de lo que sucede en el ámbito del CIADI, que carece de un adecuado mecanismo de apelación y no se rige por el sistema de precedentes.

4. En relación con la transparencia, las reglas establecen que todos los procedimientos de arbitraje deben ser hechos públicos (esto incluye documentos, registros, evidencia, audiencias y laudos) excepto aquellos que se relacionan con la defensa y seguridad de los estados y, en casos especiales, los que las partes determinen por acuerdo mutuo. Esta regulación propuesta coincide con las reglas de arbitraje del Tratado de Libre Comercio de América del Norte.

5. Las reglas propuestas especifican que el único fundamento para denegar el reconocimiento y ejecución de un laudo sería cuando, de acuerdo con la constitución o las leyes del estado demandado, el objeto de la diferencia no sea arbitrable o que sea derogatorio de las políticas públicas. Esta regla es similar a la del Convenio de Nueva York de 1958 y a la mayoría de las reglas de arbitraje internacional. Sin embargo, difiere del procedimiento del CIADI, donde los Estados no pueden invocar las políticas públicas para evitar la ejecución de un laudo del mismo (Artículo 53 del Convenio del CIADI). Pese a que esta es una característica típica que distingue el procedimiento del arbitraje del CIADI de otros centros de arbitraje, es preciso notar que esto no significa que los inversores puedan lograr la ejecución del laudo automáticamente bajo este sistema, ya que existe el obstáculo de las reglas de inmunidad. Se desprende del Artículo 55 del Convenio del CIADI que después que un inversor obtiene un laudo en contra de un estado, el inversor debe iniciar un proceso formal de ejecución del mismo que dependerá de la legislación interna del país donde se inicia ese proceso.

6. El centro de arbitraje de UNASUR tendrá diferentes etapas de implementación. Inicialmente estará reservado a los países que son parte de UNASUR. En una segunda etapa, el centro abrirá sus servicios a Centroamérica y en la etapa final estará abierto a todos los países que deseen utilizarlos. Este proceso gradual de implementación facilitará el desarrollo constante del centro.

Es de destacar que la propuesta de Ecuador mejora la transparencia y coherencia de las decisiones al establecer un mecanismo de apelación con un sistema de precedentes y dá respuesta a la mayoría de las críticas de los países

latinoamericanos respecto al CIADI. Además, se puede observar la influencia del Entendimiento sobre Solución de Diferencias de la Organización Mundial de Comercio, al establecer una etapa de consultas, un tribunal de apelación y en la forma de regular la ejecución de los laudos.

Posibilidades de éxito

Tal como menciona Martín Doe Rodríguez, Asesor de la Corte Permanente de Arbitraje de la Haya, la creación de este centro arbitral tiene todas las posibilidades de éxito porque hay una voluntad política común de establecerlo por parte de los países miembros de UNASUR.¹⁰

Sin perjuicio de lo expuesto, garantizar en la práctica la independencia e imparcialidad de los árbitros así como también su alta calificación académica y profesional, será esencial para el éxito del centro propuesto. Además, será importante acotar las limitaciones sobre el alcance de la jurisdicción del centro y establecer un límite razonable de tiempo para agotar las instancias administrativas y judiciales locales.

Autora

Silvia Karina Fiezzoni, Doctorada en Derecho Internacional de la Universidad Marítima de Dalian, República Popular China. Es profesora de posgrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, en Argentina y profesora visitante del Instituto de Altos Estudios Nacionales (IAEN) en Ecuador. Este artículo se basa en un artículo más extenso titulado "The Challenge of UNASUR Member Countries to Replace ICSID Arbitration", publicado en el *Beijing Law Review*, 2011, 2, 134-144.

Notas

1 Marry H. Mourra, Nota Concluyente, En: M. H. Mourra, Ed., *Latin American Investment Treaty Arbitration. The Controversies and Conflicts*, Kluwer Law International BV, 1era Edición, Países Bajos, 2008, pág. 196.

2 El Ministerio de Relaciones Exteriores de Brasil ratificó la creación de UNASUR, 16 de julio de 2011. <http://www.itamaraty.gov.br/sala-de-imprensa/selecao-diaria-de-noticias/midia-internacional/italia/agencia-ansa/2011/07/16/brasil-ratifico-creacion-de-unasur>

3 Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, "Search ICSID Cases", 2011. <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&reqFrom=Main&actionVal=ViewAllCases>

4 UNASUR, Tratado Constitutivo de la Unión de las Naciones Suramericanas. <http://www.pptunasur.com/downloads/tratado-constitutivo-UNASUR.pdf>

5 Abogados del CIADI, Unión de las Naciones Suramericanas-UNASUR. <http://www.icsidlawyers.com/UNASURArbitration>

6 Katia F. Gómez, Latin America and ICSID: David versus Goliath?, Escrito de Investigación, Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 2010, párrafos 40-41. http://aragosaurus.academia.edu/katiafagomez/Papers/858321/Latin_America_and_ICSID_David_versus_Goliath

7 El ciudadano.gov.ec., Sistema de Solución de Controversias inicia su proceso, 3 de diciembre de 2011. http://www.elciudadano.gov.ec/index.php?option=com_content&view=article&id=19256:sistema-de-solucion-de-controversias-inicia-su-proceso&catid=1:actualidad&Itemid=42

8 Noticiero Legal, Comisión de UNASUR alista Centro de Arbitraje Regional, 20 de junio de 2011. http://www.noticierolegal.com/index.php?option=com_content&view=article&id=8180:comision-de-unasur-alista-centro-de-arbitraje-regional&catid=35:unasur&Itemid=38

9 Por ejemplo se excluiría la Ley de Emergencia Económica argentina, promulgada en medio de la crisis financiera de Argentina, la cual conlleva a numerosas reclamaciones contra Argentina en el CIADI.

10 Andina, Expertos aseguran que corte de arbitraje desde la UNASUR es viable, 6 de octubre de 2011. <http://www.andina.com.pe/Espanol/noticia-expertos-aseguran-corte-arbitraje-desde-unasur-es-viable-880915.aspx>