

TELECOMUNICACIONES Y ARBITRAJE DE INVERSIÓN

FEDERICO GODOY

BOGOTÁ - 13 DE MAYO DE 2010

BERETTA GODOY
SARMIENTO 580 4TO PISO
BUENOS AIRES, ARGENTINA
WWW.BERETTAGODOY.COM

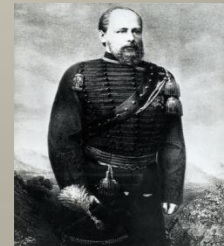
Antecedentes de protección de inversiones

Siglo XVIII – Colonialismo: aplicación extraterritorial del derecho.

Siglo XIX – Independencia: protección Diplomática + Intervención Armada.

1868 - Calvo: los extranjeros gozan de todos los derechos civiles de que gozan los nacionales y deben hacer uso de ellos en los mismos términos que los nacionales

1902 - Drago: “...la deuda de un Estado no puede ser argumento para justificar la agresión militar ni la ocupación de su territorio...”



Doctrina Calvo

- Constitución Argentina: Art. 20
- Constitución Colombiana: Art. 100
- Prot. de Cartagena de Indias: Art. 36



Convención de Washington de 1966 - CIADI

Artículo 1

(1) Por el presente Convenio se crea el Centro Internacional Diferencias Relativas a Inversiones.



Los laudos CIADI son:

- ✓ Inapelables.
- ✓ Ejecutables para los Estados parte como sentencias de tribunales locales.

En los 60' ningún país latinoamericano adhirió a la Convención.

Consenso de Washington - 1989

■ John Williamson – 1989: “What Washington Means by Policy Reform”, Diez políticas pensadas para los países latinoamericanos:

1. Disciplina fiscal
2. Reordenamiento de las prioridades del gasto público
3. Reforma Impositiva
4. Liberalización de las tasas de interés
5. Una tasa de cambio competitiva
6. Liberalización del comercio internacional
7. Liberalización de la entrada de inversiones extranjeras directas
8. Privatización
9. Desregulación
10. Derechos de propiedad

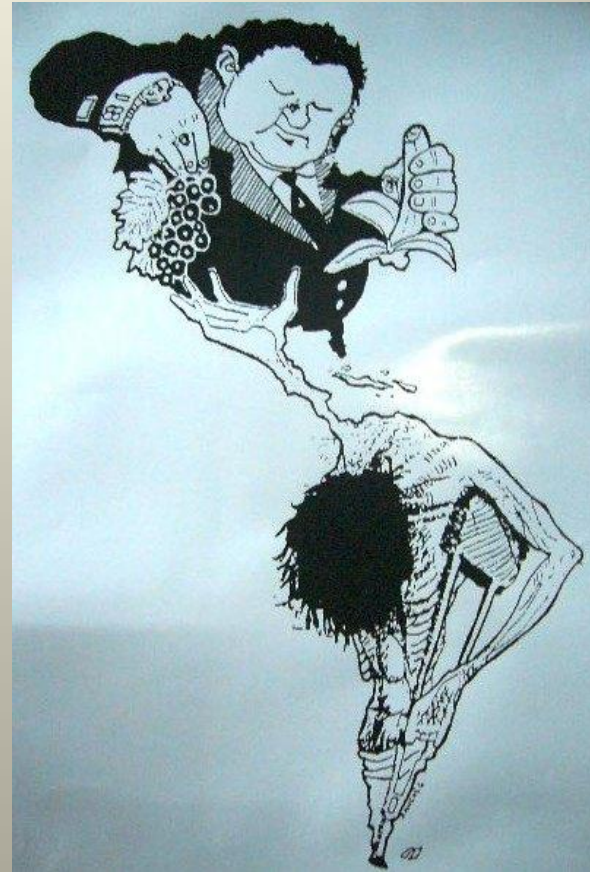
■ 1994 Cumbre de las Américas



Latinoamérica adhiere al Convenio de Washington

En los 90' luego del consenso de Washington:

- ✓ Argentina, octubre 1994
- ✓ Bolivia, junio 1995
- ✓ Chile, septiembre 1991
- ✓ Colombia, julio 1997
- ✓ Guatemala, enero 2003
- ✓ Panamá, abril 1996
- ✓ Paraguay, enero 1983
- ✓ Perú, agosto 1993
- ✓ Uruguay, agosto 2000
- ✓ Venezuela, mayo 1995
- ✓ Ecuador, enero 1986
- ✓ Honduras, febrero 1989



Jurisdicción del CIADI

Artículo 25.1

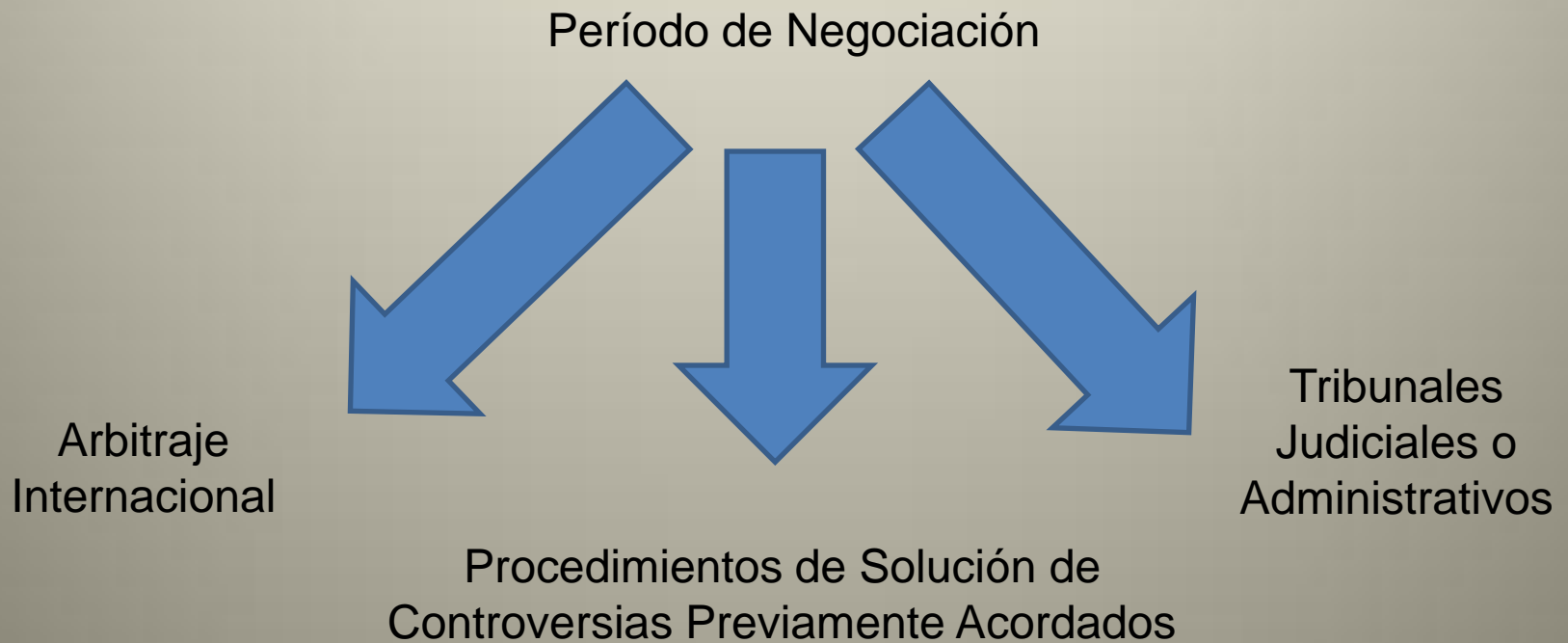
- ❖ Diferencias de naturaleza jurídica
- ❖ Que surjan directamente de una inversión
- ❖ Entre un Estado Contratante y un nacional de otro Estado contratante.
- ❖ Consentimiento por escrito de someter la diferencia al CIADI.
- ❖ Consentimiento no puede ser retirado unilateralmente.



Acceso a la Jurisdicción CIADI – TBIS

“BIFURCACIÓN EN EL CAMINO”

En caso de surgir una controversia relativa a una inversión, las partes deberán procurar primero solucionarla mediante consultas y negociaciones por un período determinado antes de someterla a tribunales locales o internacionales.



SIN “BIFURCACIÓN EN EL CAMINO”

Ante el fracaso de las negociaciones, el inversor extranjero deberá primero someter la disputa a los tribunales locales y posteriormente, a arbitraje.

Disputa

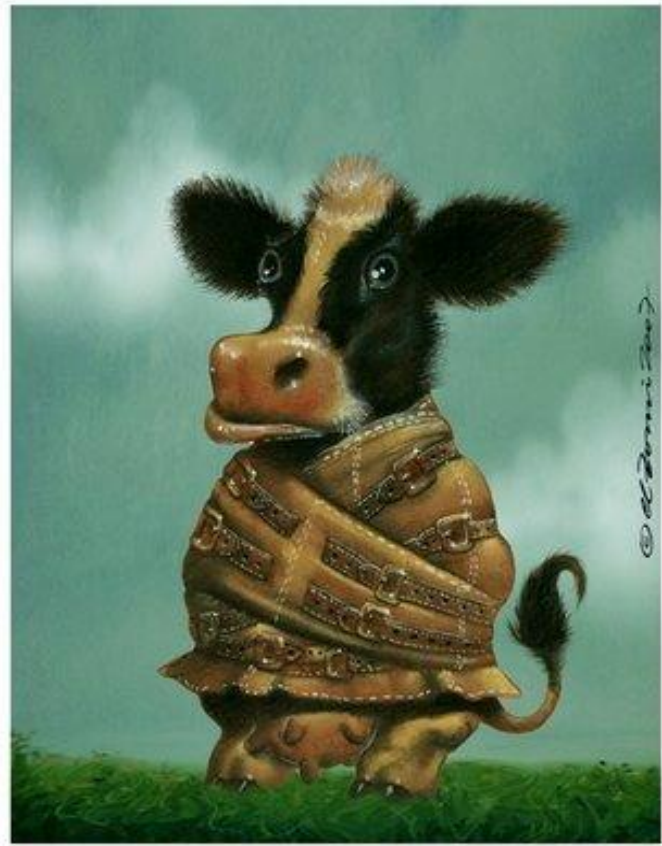


Sometimiento de la Disputa a Tribunales Locales



Sometimiento de la Disputa a Arbitraje
Internacional

Protecciones de los TBIS



- ✓ Protección contra la expropiación
- ✓ Trato Justo y Equitativo
- ✓ Prohibición de medidas irrazonables, idiosincráticas y/o discriminatorias.
- ✓ Libre Transferencia y disponibilidad de remesas
- ✓ Cláusulas Paraguas
- ✓ Trato Nacional
- ✓ Protección y Seguridad Plena
- ✓ No discriminación

Expropiación

EJEMPLO: TBI COLOMBIA – REINO UNIDO

Artículo 6.1

Las inversiones de nacionales o compañías de cualquiera de las Partes Contratantes no serán sometidas en el territorio de la otra Parte Contratante, a:

- a) Nacionalización o medidas equivalentes, por medio de las cuales una de las Partes Contratantes tome el control de ciertas actividades estratégicas o servicios, o
- b) Cualquier otra forma de expropiación o medidas que tengan un efecto equivalente, salvo que cualquiera de esas medidas se realicen de acuerdo con la ley, de manera no discriminatoria por motivos de utilidad pública o interés social relacionados con las necesidades internas de esa Parte y con una compensación pronta, adecuada y efectiva.”

Argumentos de los Estados



Los gobiernos generalmente alegan que los siguientes actos no son expropiatorios:

- ❖ Incumplimiento de contratos
- ❖ Interferencia en las inversiones
- ❖ Actos u omisiones basados en motivos políticos, sociales o económicos
- ❖ Actos que no están caracterizados como expropiaciones por el Estado

Casos Irán – EE.UU.



❖ Casos:

- ✓ Amoco – Phillips Petroleum c. Irán: Luego de la creación de la República Islámica de Irán, los trabajadores tomaron las industrias de Petróleo & Gas incitados por autoridades revolucionarias, las gerencias de las empresas fueron reemplazadas por funcionarios gubernamentales y el petróleo se vendió a través de una empresa estatal.
- ✓ Tippetts c. Irán: Era una empresa de consultores en ingeniería. El gobierno revolucionario designó un administrador “temporario” que en la práctica tomó el control de la empresa.

❖ **Postura de Irán:** No hubo una expropiación formal de las empresas y el Estado no tuvo la intención de expropiarlas.

❖ Laudo:

- (a) Hay expropiación si se priva de manera permanente al titular de un bien de sus derechos de propiedad.
- (b) Lo que importa es el efecto e impacto de las medidas y no la forma o la intención del gobierno.

Ejemplos de expropiación indirecta por acción regulatoria

República Checa: cambio del marco regulatorio de las comunicaciones

CME c. República Checa: Una modificación de la ley de medios que prohibió la prestación de servicios en forma exclusiva se consideró una interferencia en relaciones contractuales que acabó con la utilidad de la inversión.

México: cambio de marco regulatorio por cuestiones ambientales.

Metalclad c. México: El cambio de legislación, motivado en cuestiones de protección ambiental resultó una interferencia en los derechos del inverso que se equiparó con una expropiación.

Argentina: Medidas regulatorias por emergencia económica - Congelamiento de tarifas.

Azurix y CMS c. argentina: Las acciones del Gobierno no fueron expropiatorias

- No perdieron sus derechos de propiedad.
- No perdieron el control de sus inversiones.



Tratamiento Justo y Equitativo

TBI COLOMBIA – REINO UNIDO:

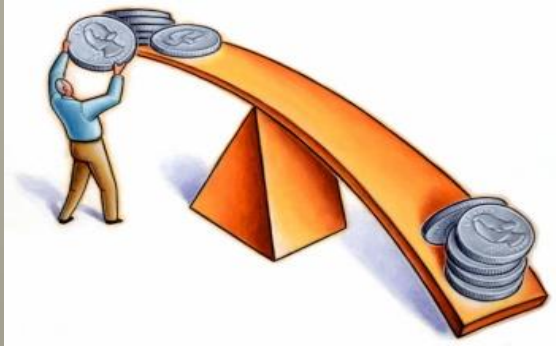
Artículo 3.1

“Las inversiones de nacionales o compañías de cada Parte Contratante deberán en todo momento recibir un trato justo y equitativo...”

¿Estándar mínimo del derecho internacional o estándar independiente?

- *Mondev c. EE.UU.*: No es necesario que exista mala fe por parte del Estado.
- *Metalclad c. México*: Los Estados deben proporcionar un marco de inversión transparente y previsible.
- *Tecmed c. México*: Los Estados no deben violar las expectativas legítimas de los inversores.
- *CMS – Azurix c. Argentina*: El estándar requiere estabilidad y previsión. Es violado al incumplir garantías cruciales para la decisión de invertir.

Potestad Regulatoria de los Estados vs. Garantías de los Inversores



Saluka c República Checa:

En similar sentido, se ha sostenido que el derecho internacional confiere un alto grado de deferencia al derecho de los Estados de regular sus asuntos dentro de sus propias fronteras, y por ello las expectativas legítimas y razonables del inversor deben ser balanceadas con los intereses regulatorios legítimos del Estado.

Parkerings c. Lituania:

Es un derecho innegable el de todos los Estados a ejercer su soberanía legislativa. El Estado tienen el derecho de aprobar, modificar cualquier ley según su discreción. Excepto cuando existan cláusulas de estabilización.

La protección de las expectativas legítimas del inversor, sin socavar el derecho legítimo del Estado receptor a tomar medidas para la protección de su interés público, incluye el deber de no actuar de una forma inconsistente, no transparente, irrazonable (es decir, sin relación con una política racional) o discriminatoria (basada en distinciones injustificadas

❖ *Lauder c. República Checa:*

El tribunal rechazó los reclamos de Lauder por violación del trato justo y equitativo y el de no discriminación.

❖ *CME c. República Checa:*

El estado expropió porque sus medidas acabaron con la utilidad de los contratos. Violó el trato justo y equitativo porque no se cumplieron las legítimas expectativas.

❖ *Telnor c. Hungría:*

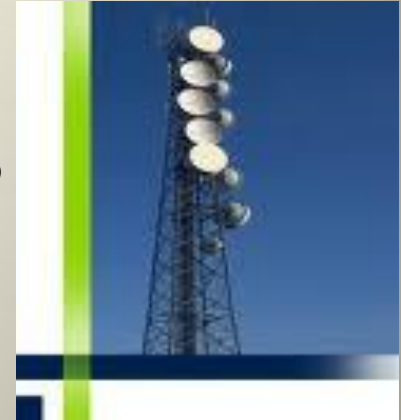
El tribunal se declaró incompetente para entender en los reclamos de Telnor.

❖ *Telsim c. Kazajistán:*

Violación del trato justo y equitativo por la falta de previsibilidad y transparencia. Expropiación indirecta por el traspaso de las acciones.

❖ *TSA y TSI c. Argentina:*

El Tribunal se declaró incompetente por que tras el corrimiento del velo societario descubrieron que el inversor no era extranjero.



TSA Thales Spectrum y TSI c. República Argentina



- Sociedad argentina controlada por sociedad holandesa.
- Concesionaria para administrar, gestionar y controlar el espectro radioeléctrico. Plazo: 15 años.
- Enero de 2004: Se declara caducidad del contrato.
- Inversor somete disputa a CIADI.
- Ausencia de jurisdicción: La sociedad holandesa era controlada por un ciudadano argentino.

- ❖ Inversores: Rumeli Telekom y Telsim, compañías turcas.
- ❖ Crean Kar-Tel en Kazakhstan, proveedora de telefonía celular
- ❖ Kar-Tel era un joint venture con Investel, empresa local.
- ❖ En 1999 Kar-Tel firmó un acuerdo de inversión con el Comité de Inversiones de Kazakhstan.
- ❖ Según Telsim, Investel influenció al Comité de Inversiones para terminar el acuerdo de inversión.
- ❖ Ausente Telsim, en una reunión de accionistas de Kar-Tel se la salida de Telsim de la inversión, por supuestos daños a Kar -Tel.
- ❖ Decisión ratificada por la justicia. Precio: USD 3.000.
- ❖ **Trato justo y equitativo:** Violado por la intempestiva terminación del contrato de inversión y por falta de transparencia en el proceso.
- ❖ **Expropiación ilegal:** “Creeping expropriation”) por el traspaso forzoso de la acciones sin precio justo.

Telnor Mobil c. Hungría



- ❖ Pannon GSM Telecommunications, subsidiaria de Telnor, era concesionaria de servicios de telefonía celular.
- ❖ Cambio en la regulación de la mercado por normativa de la UE.
- ❖ Ingresaron nuevos actores – Se creó un fondo al que Pannon fue obligado a aportar – Se reguló el precio de los servicios.

- ❖ Telnor reclamó:
 - ✓ Que perdió oportunidades de negocios.
 - ✓ El estado quitó parte de las ganancias de Pannon para transferirlas en beneficio de otros operadores y competidores sin compensación.
- ❖ TBI: La jurisdicción CIADI es sólo por reclamos de expropiación.
- ❖ No hubo expropiación: Los bienes de Pannon no fueron transferidos y seguía gobernada por su el mismo directorio.
- ❖ No se extendió la jurisdicción a otros estándares. Cláusula de nación más favorecida no aplica a temas de jurisdicción.

CME c. República Checa



- ❖ CME Czech Republic BV (Holanda) adquirió el 99% de CNTS, una compañía Checa que prestaba servicios televisivos en forma exclusiva a CET 21.
- ❖ Cambio en la legislación llevó a una reforma del contrato entre CME y CET 21.
- ❖ CME reclamó violación a los estándares de trato justo y equitativo, seguridad y protección plena, no expropiación ilegítima y no discriminación.
- ❖ Expropiación: el cambio en la legislación acabó con la utilidad de CNTS, privándola de su valor.
- ❖ Trato justo y equitativo: la interferencia en las relaciones contractuales acabó con las legítimas expectativas de CME, motivo principal de la inversión.
- ❖ Protección y seguridad plena: Violación de la obligación del Estado de no afectar derechos de los inversores por medio de sus legislación o los actos de su administración.

Ronald S. Lauder c. La República Checa

- ❖ Mismos hechos que CME.
- ❖ Lauder era un ciudadano estadounidense, dueño indirecto de CEDC, accionista de CNTS.
- ❖ Tribunal UNCITRAL rechazó los reclamos de Lauder.
- ❖ El Consejo de Medios cumplía su función de autoridad de aplicación de la ley de medios e impuso las mismas sanciones a empresarios checos.
- ❖ La relación entre CNTS y CET 21 era meramente contractual. Las diferencias contractuales no implicaban incumplimiento de obligaciones internacionales por el Estado.



FIN DE LA PRESENTACIÓN

FEDERICO GODOY

BERETTA GODOY

SARMIENTO 580 4TO PISO

BUENOS AIRES, ARGENTINA

WWW.BERETTAGODOY.COM