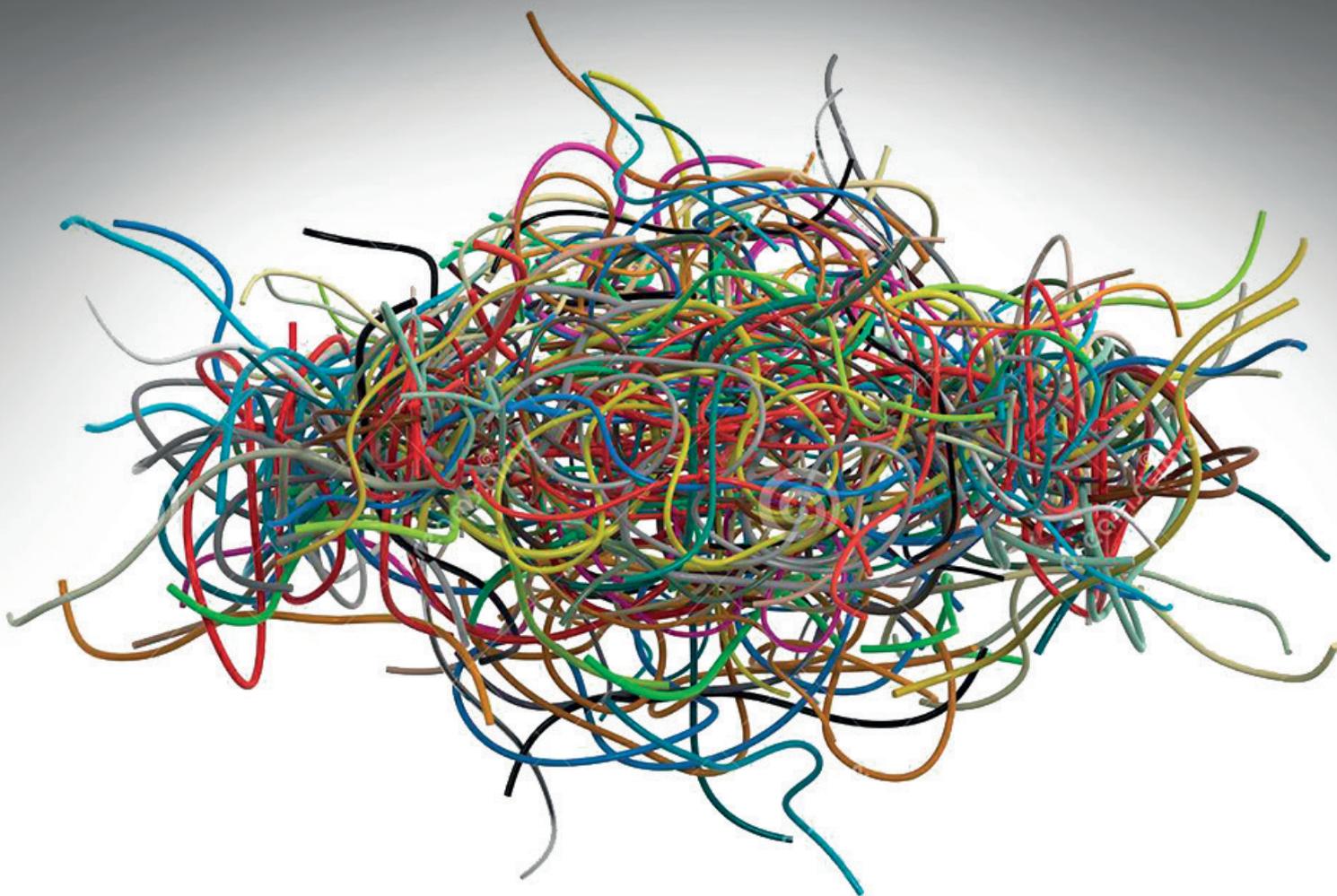


URUGUAY ESTRENA SU TRATADO DE INVERSIONES CON ESTADOS UNIDOS: ITALBA CORPORATION INICIA DEMANDA CONTRA URUGUAY

NATALIA CARRAU

REDES-AT
JUNIO 2017



REDES AT URUGUAY

JUNIO 2017

Maldonado 1390 Bis
Montevideo, Uruguay
Tel.: 2904 2661
e mail: admin@redes.org.uy
www.redes.org.uy

:: Introducción

Las políticas de promoción y protección de inversiones tienen una larga trayectoria en el país y en la región del MERCOSUR. Basadas en diagnósticos provenientes de la teoría económica dominante, encontraron en el crecimiento económico, generación de empleo y desarrollo, los pilares fundamentales para justificar implementar una batería de políticas tendientes a generar un clima y ambiente favorable para la llegada de inversiones extranjeras. Si bien la evidencia empírica comprueba algunos procesos causales positivos a partir de la entrada de inversión extranjera¹, a largo plazo no parece existir evidencia amplia y contundente que respalde la causalidad entre inversiones y crecimiento económico o desarrollo.

Tampoco pareciera existir evidencia que corrobore fehacientemente la correlación entre las políticas de promoción y protección de inversiones y la llegada de inversiones extranjeras. La experiencia de algunos países (el caso de Brasil es un ejemplo) que no han implementado algunas políticas de promoción de inversiones y a pesar de ello han sido receptores históricos de importantísimos flujos de inversiones extranjeras, refuta las virtudes tan subrayadas de este tipo de políticas.

Las políticas para las inversiones son diversas y componen, junto a instrumentos de liberalización y apertura comercial y económica, el régimen de inversiones que lleva adelante un país. En este régimen conviven instrumentos internacionales con instrumentos nacionales. Los instrumentos internacionales son, por excelencia, los Tratados Bilaterales de Inversiones (TBI) creados para promover y proteger la inversión entre dos Estados. Los instrumentos nacionales son las leyes de promoción de inversiones, tanto generales como sectoriales. Dependiendo del país, estas pueden ser más o menos complejas previendo ciertos mecanismos o requisitos para asegurar objetivos de desarrollo nacional.

Los efectos que sufren los Estados a partir de las demandas entabladas por inversionistas constituyen el principal factor de alarma que surge del análisis de estas políticas. La fragilidad que le impone a los Estados los mecanismos de solución de controversias tiene impactos invisibilizados en las políticas públicas, los derechos y la soberanía del Estado en diseñar y ejecutar una estrategia de desarrollo para el país.

Uruguay inauguró su prontuario de demandas de la mano de Philip Morris Internacional (PMI) que en 2010 registró una demanda ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) por la política antibacato implementada por el primer gobierno del Frente Amplio con el objetivo de proteger la salud de la población. Hoy, tenemos una segunda demanda que evidencia la necesidad de evaluar estas políticas y rediscutir los instrumentos.

Detalles del caso presentado por ITALBA

Fecha registro de la demanda	24 de Marzo 2016
Tribunal constituido	27 de Mayo 2016
Tribunal	CIADI
TBI utilizado	Estados Unidos – Uruguay en vigor desde 1/11/2006
Monto de la demanda	100 millones de dólares ²
Composición del Tribunal	<ul style="list-style-type: none">▪ Rodrigo Oreamuno (Costa Rica) – elegido por las partes▪ John Beechey (Gran Bretaña) – elegido por Italba▪ Zachary Douglas (Australia) – elegido por Uruguay
Buffet representante de Uruguay	Foley Hoag (Estados Unidos) ³

1. Como la dinamización indirecta a corto plazo de la económica local producto de emprendimientos de gran magnitud.

2. Como referencia, esta suma es cinco veces mayor de la solicitada por Philip Morris Internacional en su demanda que fue de entre 22 a 25 millones de dólares. La información respecto al monto de la demanda solo se pudo obtener de una nota de prensa del Diario El Observador de Uruguay: <http://www.elobservador.com.uy/uruguay-enfrenta-un-segundo-juicio-internacional-ahora-us-100-millones-n902895>

3. Foley Hoag es el mismo estudio que representó a Uruguay en la demanda contra PMI. Se trata de un buffet que generalmente representa a Estados aunque esto no implica que no cobre por la representación, iguales montos millonarios que otros estudios que habitualmente representan empresas transnacionales. Habitualmente se señala este buffet como uno de los más reconocidos en cuanto a casos ganados a favor de Estados y en obtener rebajas sustantivas de los reclamos de parte de inversionistas. Muchos de los países que representó son latinoamericanos o del Sur global.

¿Qué dice Italba sobre los motivos de su demanda?

Italba Corporation es una empresa dedicada al sector de las telecomunicaciones. En Uruguay está presente a través del nombre Trigosul SA y se dedica a la provisión de servicios de banda ancha satelital. En 2011, la Unidad Reguladora de los Servicios de Comunicaciones (URSEC) decide revocar la licencia que Trigosul SA (en adelante Italba) poseía desde el año 2000. Las razones que declara la URSEC para revocar la licencia indican que la empresa incumplió con el compromiso asumido de instalación de una estación para la cual le fueron asignados sub bloques de frecuencias. En palabras del organismo *“incumplimiento de la principal obligación inherente a la calidad de un prestador de servicio, prestación que en el caso involucra la asignación de espectro radioeléctrico”* ⁴.

Italba recurrió a los procedimientos establecidos en la legislación uruguaya e impugna la decisión de la URSEC ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo (TCA). El TCA falló a favor de la empresa en 2014. Italba sostiene que el fallo del TCA establece que le fuera restituida la licencia pero la URSEC no lo hizo. A diferencia de Philip Morris International (PMI) que, siendo una empresa de origen estadounidense recurrió al CIADI amparándose en el TBI que Uruguay tiene vigente con Suiza, Italba recurre al CIADI a través del TBI con Estados Unidos. Esta es la primera vez que el TBI con Estados Unidos es utilizado para iniciar una demanda ante un tribunal internacional por parte de una empresa transnacional.

En Abril de 2016 –y ante el conocimiento de que Italba iniciaría una demanda ante el CIADI contra Uruguay, el actual gobierno instruye mediante una Resolución (N°176/016), a la URSEC a reasignar las frecuencias correspondientes a la empresa que le fueron retiradas en el año 2011. Con este decreto se revoca la resolución del Poder Ejecutivo de 2011 que retiró las frecuencias a la empresa ⁵.

Durante el proceso de intercambio de documentación en el CIADI, Uruguay inicia una investigación criminal a dos de los testigos presentados por Italba a partir de la presunción de que la documentación presentada en el CIADI podría constituir una falsificación. Uruguay comienza a investigar en calidad de indagados a dos testigos presentados por Ital-

ba. Esta investigación provoca que Italba solicite “medidas provisionales” ante el CIADI con el objetivo de detener temporalmente la investigación iniciada por Uruguay considerando que la misma perjudica la defensa de su caso y acusa al país de mantener una actitud intimidatoria y hostil con respecto a otros testigos de Italba.

Resulta interesante observar las objeciones que presenta Italba respecto a la forma en que Uruguay inicia esa investigación, aduciendo que la documentación ya había estado en conocimiento de autoridades uruguayas y que solo a partir de la demanda ante el CIADI, el país inicia acciones. Italba incluso sugiere que la investigación criminal que constituye una obstaculización de su caso y que está motivada por factores políticos y no jurídicos, acusando a Uruguay y en particular al Secretario de Presidencia de iniciar la investigación para desacreditar a la empresa.

El CIADI en respuesta a las medidas provisionales solicitadas por Italba define, en su respuesta, que constituye parte de la soberanía nacional del país realizar las investigaciones que considere necesarias y que el tribunal no puede impedir ese derecho. Al mismo tiempo, el tribunal también deja en claro que los resultados de la investigación que inició la justicia uruguaya no serán tenidos en cuenta en el curso de la demanda iniciada por Italba. Uruguay alega además que existe plena separación de poderes en el país y que en ninguna forma la investigación está motivada por fines políticos. Asegura que actuará de buena fé y que la investigación no impedirá la participación de los testigos de las diferentes instancias estipuladas en el curso de la demanda.

La preocupación de Italba y su insistencia en las medidas provisionales radica en la creencia de que una vez que los testigos regresen al país serían detenidos por la justicia y que Uruguay no ofrece garantías suficientes de que el curso de la investigación no perjudique su defensa.

Respecto a las medidas provisionales y cautelares solicitadas por Italba, el CIADI resuelve ⁶ no dar lugar enumerando una serie de razones:

Uruguay es soberano en la aplicación de procedimientos legales que considere necesarios:

“115. El Tribunal considera que Uruguay tiene el derecho y el deber soberanos de investigar supuestos actos delictivos que hayan tenido lugar en su territorio, de conformidad con las reglas y los procedimientos establecidos por su legislación.

4. Resolución N° 335/011 “Revocación de la Autorización transferida a Trigosul SA relativa a la Transmisión de datos a través de líneas dedicadas digitales inalámbricas”, publicada el 25/07/2011.

5. El texto de la Resolución N° 176/016 publicado el 14/04/2016 “[...] establécese la plena vigencia de la autorización otorgada a Gustavo Alberelli, [...] indicándose que el mismo queda autorizado en las condiciones establecidas en la resolución original: a proveer en el territorio nacional, en carácter comercial, líneas dedicadas digitales inalámbricas, sin conexión a la red telefónica pública, para la transmisión de datos punto a punto y punto a multi-punto.”

6. CIADI, Decisión Sobre la Solicitud de la Demandante de Medidas Provisionales y Medidas Cautelares, Caso CIADI N° ARB/16/9. Disponible en: <https://icsid.worldbank.org>

Ese derecho goza del reconocimiento y de la protección del derecho internacional. [...]"

El CIADI no le puede impedir esa soberanía a Uruguay:

"116. El Tribunal no tiene la facultad de ordenar o recomendar el cese de una investigación penal que están conduciendo los órganos competentes de Uruguay en relación con un supuesto acto delictivo cometido en su territorio. [...]"

"117. [...] el Tribunal no está convencido de que haya todavía pruebas sustantivas y concluyentes de la existencia de un riesgo grave de que los derechos de la Demandante sufran un daño irreparable como consecuencia de la investigación ni de que la integridad de este arbitraje pueda verse comprometida."

El CIADI subraya el compromiso de Uruguay de no obstaculizar el curso de la demanda en el Tribunal y su reconocimiento de que el CIADI no está sujeto a las resoluciones de esa investigación:

"118. [...] el Tribunal está satisfecho de que sus funciones no serán usurpadas por la Investigación. La Demandada ha aceptado, tal como debe hacerlo, que el Tribunal no está sujeto de manera alguna a cualquier determinación final de los tribunales uruguayos en relación con la autenticidad u otra característica de los documentos en cuestión. [...] La Demandante no puede tener ninguna expectativa legítima de que la tramitación de un arbitraje CIADI contra Uruguay le confiere inmunidad general a sus directores y testigos respecto de una investigación penal en ese país."

Luego de expedido el Tribunal respecto a las Medidas Previsionales y Cautelares solicitadas por Italba, el proceso sobre el fondo de la demanda, sigue su curso.

¿En qué se basa Italba para iniciar la demanda?

En su argumento, la empresa sostiene que Uruguay violó la disposición del tratado de otorgar a las empresas un "Trato Justo y Equitativo". Además sostiene que le fue denegado el acceso a la justicia y que las acciones constituyen una Expropiación.

1. Trato Justo y Equitativo (TJE)

En general, la gran mayoría de los TBI establecen una serie de conceptos de lo que es considerado un "Nivel Mínimo de Trato" para las inversiones entre las partes signatarias del acuerdo que incluye la noción de TJE. En el TBI con Estados Unidos, el Artículo 5 aborda este concepto incluyendo la cláusula de TJE, definida como "la obligación de no denegar justicia en procedimientos criminales, civiles, o contencioso administrativo, de acuerdo con el principio del debido proceso incorporado en los principales sistemas legales del mundo [...]"⁷.

Asimismo, el Artículo 5 en su Párrafo 2 describe las condiciones del nivel mínimo de trato asociándolas a lo que el Derecho Internacional Consuetudinario, el cual está explícitamente en el Anexo A:

Anexo A

Derecho Internacional Consuetudinario

Las Partes confirman su común entendimiento acerca de que "derecho internacional consuetudinario" generalmente y como refiere específicamente el Art. 5 y el Anexo B resulta de una práctica general y constante seguida por los Estados a la que se asigna carácter legal y obligatorio. Con relación al Artículo 5, el nivel mínimo de trato a extranjeros en el derecho internacional consuetudinario refiere a todos los principios de derecho internacional consuetudinario que protegen los derechos e intereses económicos de los extranjeros.

Fuente: TBI Estados Unidos - Uruguay

7. TBI Estados Unidos-Uruguay. Vigente desde el 1/11/2006.

La forma en que se presentan estos conceptos y cláusulas resulta sumamente vaga y por tanto, el alcance que se le puede adjudicar es amplísimo. Como en otras disposiciones de estos instrumentos, el uso que se ha hecho de la cláusula de Trato Justo y Equitativo, deja a los Estados desprotegidos frente a situaciones de interpretación abusiva de la letra del acuerdo. Indirectamente, la noción de TJE indica que los Estados están obligados a mantener un marco legal y regulatorio predecible, estable y fuertemente alineado a las expectativas e intereses de los inversionistas extranjeros. Esta cláusula ha sido utilizada para sustentar demandas de inversionistas contra normativas que introducen aumentos en el salario mínimo nacional, establecimiento de negociación colectiva, exigencias de contratación de mano de obra nacional, entre otros.

Además, las disposiciones y cláusulas de los TBI se complementan entre sí conformando interpretaciones de mayor alcance (y más agresivas) a favor del inversionista que demanda. A menudo la cláusula de TJE se establece en asociación a aquellas que no permiten la Expropiación. Así es como se presentan casos en que el Estado es acusado de violar el TJE de un inversionista introduciendo disposiciones de protección a los derechos laborales (ej. salario mínimo, negociación colectiva) que son entendidas como una Expropiación Indirecta de la inversión establecida.

Algunos casos ⁸ en donde inversionistas han reclamado la violación al Trato Justo y Equitativo ilustran y ofrecen amplia evidencia jurídica, conceptual y política de cómo opera la interpretación abusiva de parte de empresas transnacionales y sus buffets de abogados.

Por otra parte, las últimas generaciones de acuerdos internacionales de comercio que incluyen capítulos de inversiones, están incorporando la noción de “arbitrariedad manifiesta” como incumplimiento a la cláusula de TJE. En el caso de PMI contra Uruguay, la empresa consideró que las medidas implementadas por el gobierno uruguayo fueron “excesivas”, “no razonables” y “arbitrarias”. Es así como la interpretación de lo que constituye una arbitrariedad comienza a colarse en las clásicas cláusulas que constitu-

yen los principios de no discriminación para las inversiones extranjeras. Y no es la justicia doméstica y nacional la que tiene competencia para dirimir respecto a si una medida es arbitraria, razonable o excesiva.

2. Expropiación

En el TBI entre Estados Unidos y Uruguay, el Artículo 6 “Expropiación e Indemnización” especifica que: “Ninguna parte expropiará ni nacionalizará una inversión cubierta, directa ni indirectamente mediante la aplicación de medidas equivalentes a la expropiación o nacionalización (“expropiación”) [...]”⁹. De ocurrir una expropiación, ésta debe ser indemnizada en las condiciones que establece el TBI en el Párrafo 2 del Artículo 6: “La indemnización a que hace referencia el párrafo 1 (c) deberá: (a) ser abonada sin demora; (b) ser equivalente al valor justo de mercado de la inversión expropiada inmediatamente antes de efectuada la expropiación (“fecha de expropiación”); no reflejar ningún cambio en el valor debido a que la intención de expropiar haya sido conocida con antelación, y (d) ser completamente liquidable y libremente transferibles”¹⁰. Son los tribunales arbitrales quienes definen el monto de esa “indemnización adecuada”, teniendo en cuenta lo establecido en la letra del TBI.

Sin embargo, como se puede apreciar el texto citado se presta a una interpretación amplia de lo que implica el “valor justo de mercado de la inversión expropiada”. Al mismo tiempo, es importante recordar que en la experiencia de demandas contra Estados, el propio concepto de expropiación y su interpretación se ha expandido y flexibilizado asumiendo que determinadas medidas legislativas implementadas para proteger la salud de la población o el medio ambiente, pueden considerarse expropiación indirectas a una inversión cubierta por un tratado. Este es el caso de PMI quien aludió que Uruguay estaba expropiando su inversión (entendiendo que sus derechos de Propiedad Intelectual constituían una inversión), al limitar la cantidad de subproductos por marcas.

8. Caso Noble Ventures versus Rumania: la empresa de origen estadounidense invirtió en una acería privatizada de Rumania. Su reclamo alegada violaciones al TJE, Nivel Mínimo de Trato (incluyendo denegación de justicia), Protección y seguridad plenas, Expropiación Indirecta. La empresa sostenía que las autoridades no había cumplido con la protección de la inversión contra conflictos laborales surgidos en la acería. En 2015 el CIADI se expidió a favor del Estado pero el Tribunal nunca desestimó el aspecto laboral asociado al reclamo, legitimando los motivos y la misma constitución del caso por parte de la empresa. Información disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS/Details/58>

9. TBI Estados Unidos-Uruguay. Vigente desde el 1/11/2006. El Anexo B del TBI ahonda en el alcance y tipos de expropiaciones que pudiesen existir, afirmando además que el Artículo 6 en su párrafo 1 refleja las obligaciones de los Estados respecto a la expropiación según el derecho internacional consuetudinario. En cuanto a la determinación de si las acciones de una parte constituyen una expropiación indirecta, el TBI establece en el Anexo B que se requiere una investigación caso a caso considerando un conjunto de factores: impacto económico de la acción gubernamental, la constatación de que la “acción gubernamental interfiere con expectativas inequívocas y razonables basadas en la inversión” y “el carácter de la acción gubernamental”. En el TBI entre Uruguay y Suiza, por el cual la Philip Morris demandó a Uruguay, se establece en el Artículo 5 sobre Expropiación y Compensación que las acciones de expropiación indirecta no alcanzan las medidas tomadas en beneficio del interés público. A pesar de ello, Philip Morris logró construir un caso que el CIADI tomara en su jurisdicción, iniciar un proceso y llevar al Estado uruguayo a juicio. Este hecho constata que la letra de estos tratados son extremadamente laxas e interpretadas en su enorme mayoría a favor de los intereses de los inversionistas que demandan a los Estados. En el TBI con Estados Unidos la expropiación indirecta no incluiría acciones regulatorias implementadas para “proteger objetivos legítimos de bienestar público, tales como la salud pública, la seguridad y el medio ambiente.”

10. Artículo 6, Párrafo 2, TBI Estados Unidos-Uruguay. Vigente desde el 1/11/2006.

El compromiso de no expropiar (o nacionalizar, ya que son equivalentes en el artículo) se aplica a inversiones cubiertas (vigentes al momento de entrar en vigor el TBI o establecidas, adquiridas o expandidas con posterioridad a la entrada en vigor).

También existen casos en que este compromiso es interpretado de forma abusiva por parte de inversionistas y recogido en tribunales arbitrales como legítimas¹¹.

3. Plazos y Limitaciones al Arbitraje

Las memorias sobre los méritos de las partes implicadas en la controversia no son de conocimiento público. Por tanto, el análisis sobre los elementos que el Tribunal expone durante el procedimiento y las respuestas que da a los méritos presentados por las partes, queda excluido del conocimiento público. Esto deja espacio a ciertas lagunas sobre las derivaciones del caso y sobre los argumentos esgrimidos por las partes. El análisis que se pueda hacer sobre el caso se ve restringido, por tanto, a información de prensa común y especializada y a expresiones de autoridades.

En este sentido, el canciller Rodolfo Nin Novoa en declaraciones sobre el caso afirmaba la inviabilidad de la demanda por parte de la empresa dado que esta había presentado recursos en el país, concretamente ante el TCA¹². El canciller se refiere a las limitantes que establecen algunos TBI a las posibilidades de un inversionista de presentar una demanda ante un tribunal internacional. En muchos casos, éstas se agotan cuando el inversionista ya presentó recursos a nivel de la jurisdicción doméstica. Los Artículos 24 y 26 del TBI entre Estados Unidos y Uruguay abordan las condiciones de posibles controversias y el sometimiento de las mismas a arbitrajes internacionales.

El Artículo 24 “Sometimiento de una Reclamación a Arbitraje” habilita la posibilidad de un arbitraje cuando la controversia no fuese resuelta en consultas y negociación y habiendo entregado al demandado por lo menos 90 días antes “una notificación escrita de su intención de someter la reclamación a arbitraje (“notificación de intención”)¹³.” El Párrafo 3 del mismo Artículo establece asimismo que el reclamo podría someterse “En tanto hayan transcurrido seis meses

desde que tuvieron lugar los hechos que motivaron la reclamación [...]”.

Sin embargo, el Artículo 26 “Condiciones y Limitaciones al Consentimiento de las Partes” establece limitantes al sometimiento del arbitraje y en ellas establece que:

“1. Ninguna reclamación podrá someterse a arbitraje, conforme a esta Sección, si han transcurrido más de tres años a partir de la fecha en que el demandante por primera vez tuvo o debió haber tenido conocimiento del incumplimiento alegado [...]”

“2. Ninguna reclamación podrá someterse a arbitraje conforme a esta Sección a menos que: a) el demandante consienta por escrito someterse al arbitraje, de conformidad con los procedimientos previstos en este Tratado; y b) la notificación de arbitraje se acompañe:

(i) de la renuncia por escrito del demandante, para las reclamaciones sometidas a arbitrajes en virtud del artículo 24 (1)(a),

(ii) de las renunciaciones por escrito del demandante y de la empresa, para las reclamaciones sometidas a arbitraje en virtud del artículo 24 (1)(b),

de cualquier derecho a iniciar o continuar ante un tribunal judicial o administrativo sujeto a la legislación de cualquiera de las Partes, u otros procedimientos de solución de controversias, cualquier acción relacionada con medidas respecto de las cuales se sostiene que constituyen un incumplimiento previsto en el Artículo 24”

Las limitantes del mencionado Artículo parecieran indicar que la demanda establecida por Italba no debió ser considerada en primer lugar ya que el inversionista ya hizo uso de procedimientos ante un tribunal judicial o administrativo nacional.

Un segundo elemento pareciera poner en duda la viabilidad de la demanda de la empresa. Según informa el portal especializado en la materia “Investment Arbitrator Reporter” (IAR), Uruguay había disputado la jurisdicción del CIADI frente a este caso argumentando que ITALBA no había podido proveer evidencia suficiente de que era propietaria de la pretendida inversión. Sin embargo, para poder dar respuesta a las medidas provisionales solicitadas por ITALBA, el tri-

11. En el caso Piero Foresti versus Sudáfrica, el país africano debió enfrentar una demanda de un conjunto de inversionistas europeos vinculados al sector minero. El objeto de la demanda es el Acta de Desarrollo de los Recursos Mineros y Petrolíferos (MPRDA por su sigla en inglés) que recogía algunas disposiciones antidiscriminatorias de la Ley de Empoderamiento Económico de la Población Negra. Las disposiciones implicaban que las empresas mineras dejaran parte del paquete accionario a inversores negros. Basados en el TBI entre Sudáfrica y Bélgica-Luxemburgo, los inversionistas alegaron que esta ley violaba las disposiciones contra la Expropiación y la Discriminación establecidas en el Tratado.

12. La Diaria, “Buena Defensa. Nin dijo que Uruguay tiene <argumentos muy sólidos> para enfrentar demanda de empresa de telecomunicaciones ante el CIADI”, 31 de Marzo de 2016.

13. Artículo 24, Párrafo 2, TBI Estados Unidos-Uruguay. Vigente desde el 1/11/2006.

14. Artículo 24, Párrafo 3, TBI Estados Unidos-Uruguay. Vigente desde el 1/11/2006.

15. Para acceder a las notas y análisis de Investment Arbitrator Reporter se requiere de suscripción.

bunal debía primero establecer si la disputa estaba dentro de la jurisdicción del tribunal. Según establece el informe de IAR, el tribunal consideró que Uruguay había aceptado que su reclamo sobre jurisdicción se respondiera dentro de la fase de deliberación sobre méritos.

De esta manera, el tribunal asumió que Uruguay reconoció las competencias del tribunal para conducir estos procedimientos. Asimismo se menciona que con esta respuesta el tribunal no está prejuzgando de ante mano la validez de la objeción de Uruguay respecto a la jurisdicción. En este pronunciamiento —o en el informe del IAR— no se aclara la interpretación que se realizó sobre el Artículo 28 del TBI entre Estados Unidos y Uruguay sobre “Procedimiento de Arbitraje”. El párrafo 5 de dicho Artículo menciona las formas y plazos para que el tribunal se expida sobre objeciones presentadas por la parte demandada *“en el sentido de que la controversia no se enmarca dentro de la competencia del tribunal.”*¹⁶ El párrafo 4 del mismo Artículo incluso establece que el tribunal primero definirá sobre la objeción del demandado para luego poder pasar a la cuestión de fondo, de la cual surgiría un laudo favorable o desfavorable para el demandante.

Más allá de las dudas respecto a cómo se aplica la letra del Tratado y a la falta de información pública sobre los argumentos establecidos por las partes, queda en evidencia la enorme discrecionalidad en la interpretación del Tratado, sus cláusulas y el alcance de lo que puede ser objeto de un arbitraje internacional al mismo tiempo que la alegada jurisdicción del tribunal para los casos de controversias. Esta situación se repite en todos los tratados puesto que la lógica sobre la que se sostienen es fuertemente asimétrica a favor de derechos asociados a la propiedad privada, derechos de los inversionistas. Optar por este tipo de lógicas refuerza la asimetría en la forma en que son tratados los derechos humanos que ciertamente no son colocados en un lugar de jerarquía ni son tenidos en cuenta de forma privilegiada en estos sistemas de solución de controversias.

Más allá de que en este caso no esté involucrada una medida o disposición de interés público sensible, como lo fue la política de protección de la salud de la población frente al consumo de tabaco, las referencias a los textos, la escasa información que se posee y las formas en que operan de hecho los tribunales y los sistemas de arbitraje, el país sigue colocado en una posición de fuerte vulnerabilidad que implica riesgos e impactos directos no solo a las políticas pero también a la incertidumbre de decisiones sobre sus políti-

cas y la justicia nacional, de parte de tribunales internacionales que son ajenos a los intereses nacionales y públicos. Este nuevo caso de demanda contra Uruguay vuelve a colocar algunas interrogantes sobre la forma en que las inversiones extranjeras se promueven y protegen y sobre el régimen de inversiones que utiliza el país. Incluso aceptando como correctas las premisas de la teoría económica dominante que establecen una relación causal entre la llegada de inversiones y el crecimiento del empleo y el desarrollo del país, evitar un debate sobre los instrumentos que están al servicio de las inversiones y los mecanismos que el país tiene para protegerse de arbitrariedades o de la vulnerabilidad impuesta por las fuertes asimetrías, es poco estratégico.

Todos los instrumentos de este tipo prevén la posibilidad de finalizarlo, renovarlo o, incluso renegociarlo. Sin entrar en un debate acerca de la posibilidad de reevaluar o auditar el conjunto de TBI¹⁷ que Uruguay tiene firmado, pareciera importante conocer los plazos que rigen estos tratados. En el caso del TBI entre Uruguay y Estados Unidos, el Artículo 22 especifica los periodos de vigencia, duración y terminación, expresando que “2. Una Parte podrá terminar este Tratado al final del periodo inicial de 10 años o en cualquier momento después de esa fecha, dando aviso previo por escrito a la otra Parte con una antelación de un año.”¹⁸

La terminación de un tratado no garantiza que no surjan nuevas demandas. La gran mayoría de los tratados también prevén la vigencia de las cláusulas por un periodo de diez años posterior a la fecha de terminación y aplicable a todas las inversiones realizadas con anterioridad a la terminación del mismo. Previendo la virulencia que puede tomar la multiplicación de controversias y sus consecuentes demandas vía estos instrumentos, parece razonable acogerse a las mismas cláusulas que plantean los tratados y evaluar la terminación de ciertos tratados.

Sin caer en una lectura “conspiracionista”, es importante recordar quien es el interlocutor en este tratado y a quien/ es ampararía eventualmente. Si bien este tratado inaugura su cláusula de solución de controversias con Italba, ésta no es la primera empresa estadounidense en demandar a Uruguay. De hecho, de dos casos e demandas que ha tenido Uruguay, ambas corresponden a empresas de origen estadounidense. Parece sensato pensar en la potencialidad que podría llegar a tener esta, hoy, pequeña cifra.

16. Artículo 28, Párrafo 5, TBI Estados Unidos-Uruguay. Vigente desde el 1/11/2006.

17. Como referencia sobre otras experiencias de denuncia de TBI, Ecuador publicó recientemente un Informe Ejecutivo que releva un proceso de auditoría realizado a los tratados de inversiones firmados por este país considerando un conjunto amplio de variables. El gobierno de Ecuador, quien encomendó esta auditoría, decidió muy recientemente proceder a denunciar todos los tratados que el país tiene firmados y en vigencia, inaugurando una estrategia de protección de los intereses nacionales, específicamente el conjunto de políticas y sectores estratégicos que estuvieron en el centro de todas las demandas contra Ecuador. Por más información sobre la experiencia de Ecuador ver: <https://www.redes.org.uy/2016/12/15/la-experiencia-de-la-caitisa-y-la-verdadera-etica-de-la-responsabilidad/>

18. Artículo 22, Párrafo 2, TBI Estados Unidos-Uruguay. Vigente desde el 1/11/2006.

Trayectoria de la demanda:

24 Marzo 2016	El Secretario General registra pedido de la institución para procedimiento de arbitraje
5 Abril 2016	<u>John Beechey</u> acepta ser árbitro
3 Mayo 2016	<u>Zachary Douglas</u> acepta ser árbitro
27 Mayo 2016	Rodrigo Oreamuno acepta <u>presedir</u> el tribunal. Se constituye el tribunal
26 Julio 2016	Primera sesión del Tribunal por conferencia telefónica
29 Julio 2016	Orden de Procedimiento 1 sobre aspectos de procedimiento
16 Septiembre 2016	Italba ingresa una memoria de los méritos
10 Noviembre 2016	Italba ingresa un pedido de medidas provisionales
14 Noviembre 2016	Orden de Procedimiento 2 sobre aspectos de procedimiento
21 Noviembre 2016	Uruguay ingresa observaciones sobre las medidas provisionales solicitadas por Italba
24 Noviembre 2016	Italba responde a las observaciones de Uruguay
28 Noviembre 2016	Uruguay ingresa nuevas observaciones a la solicitud de Italba de medidas provisionales
5 Diciembre 2016	Italba ingresa nuevas observaciones a su solicitud de medidas provisionales
6 Diciembre 2016	Uruguay ingresa una respuesta a las observaciones realizadas por Italba el 5/12/2016
30 Enero 2017	Uruguay ingresa una contra-memoria sobre méritos y una memoria sobre jurisdicción
15 Febrero 2017	El tribunal toma decisión sobre la solicitud de Italba de medidas provisionales

Fuente: Información extraída de sitio web del CIADI.

Ver: <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/16/9>