

Cláusulas de Arbitraje en Tratados

Acuerdo Triángulo Norte: Los principios de la resolución de controversias.

CONTENIDO

I. INTRODUCCIÓN	1
II. RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS Y SUS PRINCIPIOS.....	1
A. Controversia entre estados en relación con el TLC.....	1
B. Controversias entre inversores y Estados Parte	2
III. ARBITRAJES DE INVERSIÓN.....	2
IV. CONCLUSIÓN	3

I. INTRODUCCIÓN

El Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos y las Repúblicas de El Salvador, Guatemala y Honduras (ahora en adelante, TLC) fue firmado el nueve de agosto del año dos mil siete y entró en vigor el quince de marzo del dos mil diez después de cumplir con los procedimientos de ratificación y promulgación en los respectivos países, a partir de su entrada en vigor, se han dado dieciocho decisiones acordadas en el marco de TLC. El fin de este TLC es incentivar y promover la inversión extranjera en los territorios de Colombia y el Triángulo Norte de Centro América (es decir, El Salvador, Guatemala y Honduras).

II. RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS Y SUS PRINCIPIOS.

El tratado prevé dos tipos de controversias que pudieran suscitarse: a) las disputas de la aplicación, interpretación y cumplimiento del tratado o bien medidas vigentes que pudieran afectar el cumplimiento del tratado; y, b) las controversias que suscitan entre inversores de un Estado Parte con otro Estado Parte.

A. Controversia entre estados en relación con el TLC

La forma para resolver las controversias entre los Estados en relación con el TLC, la normativa prevé y se rige bajo dos principios: cooperación y última instancia. El principio de cooperación es la obligación que asume un Estado Parte con los otros Estados Parte para resolver las controversias de forma eficiente a través del mecanismo de consultas.

Las consultas¹ son un mecanismo donde una parte puede solicitar a otro Estado Parte la realización de consultas sobre asuntos que considere que pudieran vulnerar los preceptos del tratado. El fin de las consultas es buscar una solución de mutuo acuerdo de forma eficaz y rápida, sobre los alcances e interpretaciones del tratado para que, de esta forma, no impida su funcionamiento.

Por otro lado, el principio de última instancia², consiste en que para que las partes puedan llegar a resolver cualquier controversia ante los tribunales arbitrales, debe agotarse previamente los

¹ Artículo 18.6 del TLC.

² Artículo 18.6 al 18.11 del TLC.

procedimientos de consulta y la intervención de la Comisión Administradora del Tratado³ para que emita recomendaciones y recurra a los buenos oficios, o bien, se dé una conciliación, mediación u otros medios alternativos para la resolver las controversias que se susciten, como por ejemplo, emitir interpretaciones sobre las disposiciones del tratado, convocar a negociaciones futuras a las Partes para examinar los alcances de la inversión, solicitar asesoría de personas respecto a determinados puntos, crear comités técnicos para que realicen estudios técnicos, formular recomendaciones, entre otras funciones que le atribuye el TLC.

B. Controversias entre inversores y Estados Parte

En relación con las controversias que suscitan entre inversores de un Estado Parte y un Estado Parte, se rige bajo los principios de negociación y definitividad.

El primer principio consiste en que cualquier controversia⁴, en la medida de lo posible, se resolverá de mutuo acuerdo amistoso sin que este sea un requisito necesario para proceder al arbitraje.

Por otro lado, la definitividad⁵ consiste en que, en el caso de que la controversia suscite de actos administrativos, es decir, declaraciones unilaterales de voluntad de un ente administrativo competente de un Estado Parte en determinada materia, que producen efectos jurídicos subjetivos; ante estos actos, antes de recurrir al arbitraje, es necesario haber acudido a los recursos internos jurisdiccionales del Estado Parte siempre que fueran procedentes y así se exigiere. Esto pues, la pretensión para recurrir al arbitraje es la denegación de justicia y la falta de otorgamiento de trato justo y equitativo. Este último principio se encuentra en concordancia con el principio procesal de derecho de defensa, puesto que al inversor le dan el mismo trato que a cualquier nacional para que cuando están inconformes con las resoluciones de las autoridades administrativas, puedan tener acceso a los recursos nacionales para que encuentre resolución de forma mucho más rápida y menos onerosa de manera interna. En el caso excepcional de que se le deniegue su petición en los recursos administrativos o en la legislación interna del Estado Parte no prevé recursos administrativos para la protección de derechos violentados o el Estado Parte no permita el acceso a los recursos y se haya impedido de agotarlos o bien, exista un retardo en la resolución, entonces permite al inversor poder acudir directamente al arbitraje para que en ningún momento su inversión quede desprotegida.

Es importante acotar que el arbitraje es el medio idóneo, en caso de que no se llegue a un acuerdo mutuo, para resolver controversias. Permite al inversor resolver sus disputas con un Estado, ante un tercero neutral, para garantizar la ejecución de lo resuelto por el tribunal, *“cada parte da su consentimiento anticipado e irrevocable, para que toda controversia relacionada con una inversión pueda ser sometida a cualquiera de los procedimientos arbitrajes de un tribunal ad hoc, ante el CIADI, u otra institución de arbitraje”*. De esta forma, permite que, ante la soberanía del Estado, se comprometa, desde la entrada de vigencia del tratado, a someterse a un arbitraje, siendo un igual, ante el proceso, con el inversor, puesto que lo que los vincula es el contrato y el instrumento, en este caso, el TLC.

III. ARBITRAJES DE INVERSIÓN.

Ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (ahora en adelante, CIADI), con fecha del nueve de diciembre del año dos mil veintiuno se ha presentado

³ La Comisión Administradora del Tratado está conformada por los representantes de cada Parte a nivel ministerial según el artículo 17.1 y anexo 17.1 del TLC.

⁴ Artículo 12.17 del TLC.

⁵ Artículo 12.18 del TLC.

una solicitud de arbitraje por Grupo Energía Bogotá, Sociedad Anónima y Transportadora de Energía Centroamericana S.A, en contra del Estado de Guatemala (Caso CIADI No. ARB/21/59) invocando como instrumento, el TLC anteriormente analizado.

La pretensión de la entidad demandada es que el Estado de Guatemala unilateralmente modificó el contrato original, obligándola a ratificar condiciones que no favorecían al proyecto, asimismo, la falta de compensación por costos adicionales debido a los atrasos ocasionados por el Estado y la falta de reconocimiento de condiciones de fuerza mayor y caso fortuito que ocasionaron un aplazamiento de entrega del proyecto. Asimismo, se presenta el expediente 4197-2017 de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, que, en protección del derecho de consulta de los pueblos indígenas, resulta violatorio al derecho de los inversores, ya que atrasa el proyecto.

Este procedimiento, se inició en el año 2020, siendo suspendido hasta el año 2021, debido a que se estaba buscando un acuerdo entre las partes (plasmando el principio de negociación), empero, ante la falta de acuerdo, se consolidaron los procesos en diciembre del año 2021. Hasta el día de hoy, el procedimiento ha llegado a la aceptación del árbitro para su cargo.

IV. CONCLUSIÓN

En conclusión, se puede determinar que, en los últimos diez años, únicamente una controversia llegó a un arbitraje de inversiones ante el CIADI entre inversores guatemaltecos y colombianos en contra del Estado de Guatemala. Según un análisis hecho por José Armando Daeza Ávila, el TLC analizado es un ejemplo de desarrollo comercial sur-sur⁶⁷, esto pues ha existido una balanza comercial creciente desde el 2010 en exportaciones de productos. Este aumento de exportaciones puede devenir de que, a raíz del TLC, los Estados Parte han creado decisiones para implementar medidas arancelarias más favorables. Por otra parte, no se analiza a profundidad las inversiones de proyectos, y a raíz del arbitraje suscitado, los Estados Partes deberían seguir el principio fundamental que rige el TLC, la cooperación, para crear condiciones de inversión atractivas para atraer inversores en proyectos y evitar controversias.

Junio 2022

© Ana Gabriela Contreras, Pasante en Stampa Abogados

⁶ Artículo 12.19 del TLC.

⁷ ARMANDO, José, "Tratado de libre Comercio Colombia- Triangulo del Norte: un ejemplo de desarrollo comercial sur-sur", publicado en SUMA NEGOCIOS, 12 (27), en la edición julio- diciembre del 2021, ISSN 2215-910 X, publicado en: <https://doi.org/10.14349/sumneg/2021.V12.N27.A5>.