



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
PROGRAMA DE POSGRADO EN DERECHO**

FACULTAD DE DERECHO
DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO

***LA REFORMA DEL ARBITRAJE ISDS COMPATIBLE CON LOS FINES DEL
DESARROLLO SOSTENIBLE***

T E S I S

QUE PARA OPTAR POR EL GRADO DE:
MAESTRA EN DERECHO

PRESENTA:
VICTORIA LESKOVETS

DIRECTOR DE TESIS
DR. CARLOS HUMBERTO REYES DÍAZ
PROGRAMA DE POSGRADO EN DERECHO

CIUDAD UNIVERSITARIA, CD. MX., 2021
ABRIL



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

Tabla de Contenido

GLOSARIO.....	4
INTRODUCCIÓN	6
CAPÍTULO 1. EL DERECHO INTERNACIONAL DE INVERSIONES Y EL DESARROLLO SOSTENIBLE	9
1.1. Antecedentes del sistema de protección de inversiones.....	9
1.2. Los nuevos actores del campo jurídico en el mundo globalizado.....	18
1.3. El desarrollo sostenible	26
1.3.1. El papel de la IED y los AIs en el fomento del desarrollo sostenible	29
1.4. Las fuentes del derecho internacional de inversiones.....	35
1.4.1. Los acuerdos multilaterales.....	35
1.4.2. Tratados bilaterales de inversión.....	43
1.2.3. Tratados de Libre Comercio	48
1.2.4. Normas internacionales consuetudinarias.....	50
1.2.5. Legislación nacional	53
CAPÍTULO 2. LA CRISIS DE LEGITIMIDAD DEL SISTEMA ISDS CONTEMPORÁNEO	56
2.1. Introducción.....	56
2.1. Las razones de la crisis del sistema ISDS actual	62
2.1.1. Problemas provocados por la estructura institucional del sistema ISDS ...	64
2.3. Problemas provocados por la existencia la protección especial para las inversiones extranjeras	82
2.3.1. Introducción.....	82
2.3.2. El problema de <i>regulatory chill</i> (enfriamiento regulatorio)	87
2.3.3. <i>Treaty shopping</i>	96
2.3.4. Financiación de los arbitrajes por terceras personas (<i>third party funding</i>)	100
CAPÍTULO 3. LAS OPCIONES DE REFORMA DEL SISTEMA ISDS	104
3.1. Foros de discusión	104

3.1.1. La Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, CNUCYD (<i>United Nations Conference on Trade and Development, UNCTAD</i>)	104
3.1.2. La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, CNUDMI (<i>United Nations Commission on International Trade Law, UNCITRAL</i>)	108
3.1.3. El CIADI	111
3.1.4. La Unión Europea (UE)	117
3.2. Las propuestas de reforma del sistema ISDS	127
3.2.1. Corrección del mecanismo ISDS actual	129
3.2.2. Agregar al sistema actual nuevos elementos	147
3.2.3. Reemplazar el sistema actual con nuevas instituciones	157
CAPÍTULO 4. LA OPCIÓN DE REFORMA QUE FORTALECERÁ LA PROTECCIÓN DE LOS OBJETIVOS LIGÍTIMOS DEL INTERÉS GENERAL Y AYUDARÁ A LOGRAR LOS FINES DE DESARROLLO SOSTENIBLE	176
4.1. El restablecimiento de balance de poder entre los Estados y los agentes económicos	176
4.2. La opción de reforma de ISDS más apropiada para el desarrollo sostenible	182
CONCLUSIONES	185
FUENTES CONSULTADAS	189

GLOSARIO

Acuerdo sobre las MIC - Acuerdo sobre las Medidas en materia de Inversiones relacionadas con el Comercio, en inglés *Trade-Related Investment Measures* o *TRIMS*

Acuerdo sobre los ADPIC - Acuerdo sobre Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, en inglés *The Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights* o *TRIPS*

AIIIs - Acuerdos Internacionales de Inversión

APPRIIs - Acuerdos para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones

CETA -*Canada-Europa Trade Agreement*, Acuerdo Económico y Comercial Global Entre Canadá y La Unión Europea y sus Estados miembros

CIADI - Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, en inglés *ICSID - International Centre for Settlement of Investment Disputes*

CONVEMAR - Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, en inglés *United Nations Convention on the Law of the Sea*, o *UNCLOS*

CPTPP - *Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership*, o Tratado Integral y Progresivo de Asociación Transpacífico (TIPAT)

EMN - empresas multinacionales

FMI - Fondo Monetario Internacional

GATS - *General Agreement on Trade in Services*, Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS)

IBA - *International Bar Association*, Asociación Internacional de Abogados

IED - inversión extranjera directa

ISDS - *Investor-State Dispute Settlement*, solución de controversias entre inversionistas y Estados (SCIE)

MASC - medios alternos de solución de conflictos

MIDSI - *Multilateral Institution for Dispute Settlement on Investment*, Institución Multilateral para la Solución de Controversias sobre Inversiones

MIGA - *Multilateral Investment Guarantee Agency*, Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones

NMF – nación más favorecida

OCDE - Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos

OMC - Organización Mundial del Comercio

ONG - organización no gubernamental

TBIs - Tratados Bilaterales de Inversión, en inglés *BITs – Bilateral Investment Treaties*.

TCE - Tratado de la Carta de la Energía

TLC - Tratados de Libre Comercio

TLCAN - Tratado de Libre Comercio de América del Norte

T-MEC - Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá, en inglés *United States–Mexico–Canada Agreement o USMCA*

TTIP - *Transatlantic Trade and Investment Partnership*, Acuerdo de la Asociación Transatlántica de Comercio e Inversión (ATCI)

UE - Unión Europea

UNCITRAL - *United Nations Commission on International Trade Law*, Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)

UNCTAD - *United Nations Conference on Trade and Development*, Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (CNUCYD)

INTRODUCCIÓN

El derecho internacional de inversiones es una de las áreas más controvertidas del Derecho internacional. Poco conocida hasta los años recientes, hoy cobra cada vez más importancia por su influencia y creciente interés de la ciudadanía. Podemos decir que en la última década todos los aspectos de regulación internacional de las inversiones extranjeras han sido criticados, pero la mayor atención (y la crítica más desarrollada) se ha dado al sistema de resolución de conflictos entre los inversores extranjeros y los Estados receptores de la inversión (ISDS por su nombre en inglés, *Investor-State Dispute Settlement*), que en su gran mayoría sucede en forma de arbitraje de inversión *ad hoc*.

El arbitraje de inversiones cobra cada vez más relevancia por su creciente impacto a la vida económica y política, así como sobre el medio ambiente y salud pública. Siendo diseñado en los albores de la globalización, el sistema vigente buscaba otorgar la mayor protección posible al inversor como un sujeto cuya actividad se desarrollaba en condiciones de alto riesgo de carácter no comercial. Sin embargo, a finales de la segunda década del siglo XXI los que están en la posición de la vulnerabilidad son los Estados, o bien, su capacidad a contribuir al bienestar de su población. La protección del interés público requiere la revisión del sistema de arbitrajes ISDS para ajustarlo (o incluso elaborar un sistema mejor) a las condiciones del mundo globalizado donde las empresas internacionales disponen el poder económico y político que puede ser comparado con el de los Estados.

La inversión extranjera, a diferencia de los derechos humanos, no es un objeto de protección *per se*¹. Los Estados atraen grandes recursos financieros para realizar los proyectos cuya meta principal debería servir a los intereses de su población.

¹ Cfr. García-Bolívar, Omar E. "La crisis del derecho internacional de inversiones extranjeras" en *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, Secretaría del Tribunal permanente de revisión del MERCOSUR, Paraguay, año 3, #5, 2015, p. 148; Joseph Charles Lemire v. Ukraine, Caso CIADI No. ARB/06/18, Laudo de jurisdicción y responsabilidad, 14 de enero de 2010, párr. 273: "Thus, the object and purpose of the Treaty is not to protect foreign investments per se, but as an aid to the development of the domestic economy. And local development requires that the preferential treatment of foreigners be balanced against the legitimate right of Ukraine to pass legislation and adopt measures for the protection of what as a sovereign it perceives to be its public interest". Disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0453.pdf> (fecha de consulta 17.06.2020).

Incluso las inversiones menores finalmente servirán como un estímulo de la economía local de esta manera favoreciendo el desarrollo gradual.

El sistema de ISDS claramente está en crisis de legitimidad. Es obvio que para que no colapse debe acudir a algún tipo de reforma. Pero la opción institucional a seguir depende de la finalidad última de dicho sistema. Mientras que antes la finalidad era la protección de derechos privados de inversionista, el análisis de los documentos internacionales y los artículos académicos revela que hoy el día para obtener legitimidad el sistema de resolución de conflictos deberá orientarse a las metas más generales, como son el desarrollo sostenible, la protección del interés público y de los derechos humanos, etc.

El propósito del presente estudio es analizar las deficiencias del sistema existente de ISDS, así como las opciones actuales para reformar dicho sistema con el fin de identificar el diseño institucional más óptimo del sistema que resolvería tanto problemas causados por la inconsistencia del arbitraje ISDS a la naturaleza de las disputas resueltas dentro de su marco, como los problemas provocados por misma existencia de un mecanismo internacional especializado para la protección de la inversión extranjera. Al tener el desarrollo sostenible como el principio rector para la reforma del arbitraje de inversión, la pregunta de la investigación presente es: ¿Cuál opción institucional de ISDS es la más compatible con el propósito de los Estados para lograr los fines del desarrollo sostenible? La hipótesis preliminar de presente estudio es que el modelo de la corte permanente o de una red de las cortes regionales con los jueces designados previamente por los Estados para los puestos y plazos definidos es preferible porque resuelve la mayoría de las preocupaciones respecto del sistema actual y además propone la estabilidad necesaria de la regulación jurídica del campo analizado.

Siguiendo las directivas de las organizaciones internacionales especializadas en tema de estudio y la parte importante de material académico, el presente trabajo parte de que la inversión extranjera debe servir a los fines de desarrollo integral y sostenible de las naciones receptoras de recursos, por lo tanto la protección de aquella debe ser realizada dentro de este marco. El capítulo primero explicará la evolución del derecho internacional de inversiones y sus fuentes jurídicas actuales,

y también examinará la conexión entre la inversión extranjera directa y el desarrollo sostenible. En el segundo capítulo se explicará las críticas existentes al sistema ISDS, enfocando a los problemas de corte institucional, o procedimental, mientras que en el tercer capítulo se analizarán las propuestas para reformar el sistema ISDS contemporáneo. Finalmente, en el cuarto capítulo, se sacarán conclusiones sobre la organización más óptima de resolución de disputas entre inversionistas y Estados en términos de cumplimiento de la naturaleza de las disputas resueltas, su importancia para la población y los objetivos de desarrollo sostenible perseguidos por los Estados.

CAPÍTULO 1. EL DERECHO INTERNACIONAL DE INVERSIONES Y EL DESARROLLO SOSTENIBLE

1.1. Antecedentes del sistema de protección de inversiones

La regulación jurídica de relaciones comerciales con los extranjeros desde hace siglos era el objeto de un trato especial. Su característica principal es la intervención de un soberano más intensa que en la regulación de las relaciones semejantes entre sujetos nacionales².

Las primeras disputas internacionales sobre la protección de los derechos de inversión estuvieron relacionadas con el desarrollo de nuevos territorios y del comercio. La política de expansión predeterminó la necesidad de representar los intereses de la metrópoli en el territorio de las nuevas colonias. Para estos fines en el siglo XVII fueron creadas las primeras empresas internacionales que persiguieron no solo objetivos económicos, sino también políticos. Para proteger sus intereses, los poderes estatales fueron transferidos a estas empresas, por ejemplo, la Compañía Británica de las Indias Orientales recibió de la corona el derecho a administrar los asuntos públicos de la India, incluidos los asuntos militares transferidos a su responsabilidad³.

Por lo tanto, era la época del colonialismo cuando los inversores comenzaron a preguntarse sobre las garantías de inviolabilidad de su propiedad fuera de la metrópoli. Para ellos la mejor solución era “exportar” el derecho de su país de procedencia a las tierras conquistadas dado que así sus intereses se respetaran de la misma manera que en su jurisdicción materna. Por consiguiente, una de las consecuencias de la colonización era la modificación de los sistemas legales de las colonias para hacerlos congruentes con el sistema jurídico de metrópoli. El cambio no era total, en muchas ocasiones la esfera de familia o las relaciones comerciales entre locales no eran trastocados, sin embargo, en el caso de derechos de los extranjeros, su propiedad y libertades obviamente estaban protegidas por el

² Cfr. González de Cossío, Francisco. *Arbitraje de Inversión*, México, Editorial Porrúa, 2009, p. 18.

³ Cfr. Kaysin, Dmitriy y Demina, María. “International investment court: to be or not to be?”, *Journal of foreign legislation and comparative law*, Moscú, 2018, núm. 4, julio-agosto, p. 90 (en ruso). Disponible en <https://jzsp.ru/articles/article-2726.pdf> (fecha de consulta 23.04.2020).

derecho “más desarrollado”, es decir, lo de la metrópoli. En este contexto la necesidad práctica de un derecho internacional de la inversión extranjera era mínima. Aunque en la doctrina existió la idea de que debe darse a los extranjeros igual trato que a los nacionales, el estándar nacional o trato igualitario eran construcciones sumamente teóricas⁴ dada la regulación de las relaciones por derecho nacional de inversores.

Con la terminación de colonización en el campo económico internacional surgen nuevos actores - los Estados ex colonias. Su interés principal era adquirir un mayor control de sus propios recursos y mercados, además, trataron de acceder a los mercados mundiales y crear un nuevo orden económico. La tendencia general era excluir la participación extranjera de los sectores considerados vitales para la economía⁵, cuyo resultado era la amplia nacionalización de los bienes extranjeros. Además, las expropiaciones (nacionalizaciones⁶) masivas surgieron en las primeras décadas del siglo XX en países de socialismo real, sobre todo en la URSS. Mientras que los Estados jóvenes tenían un fuerte sesgo nacionalista, los Estados ex colonizadores (y los poderes económicos privados dentro de ellos) en ausencia de instrumentos jurídicos que antes disponían, estaban interesados en la creación de un sistema supranacional de protección a la inversión extranjera. Así nacen dos polos antagónicos de interés económico y político⁷.

El primer instrumento de amparo internacional de las inversiones era la protección diplomática por parte del país de origen de la inversión. El principio general de protección diplomática fue formulado en 1758 por el abogado suizo

⁴ Cfr. González de Cossío, Francisco. *Op.cit.*, pp. 18-19.

⁵ México no era la exclusión, el artículo 27 Constitucional prohíbe la adquisición de propiedad por los extranjeros en las zonas fronterizas, además, las leyes de inversión hasta los últimos años excluían la participación de los extranjeros en los sectores importantes (telecomunicaciones, extracción de recursos naturales, ferrocarriles y transporte, sector financiero, etc.)

⁶ En materia de las inversiones extranjeras, algunos autores manejan los términos “expropiación” y “nacionalización” como iguales (cfr. Iruretagoiena Agirrezabalaga, Iñigo. *El arbitraje en los litigios de expropiación de inversiones extranjeras*, Bosch, 2010, p. 246), mientras que otros tratan de hacer una distinción (cfr. Sornarajah M., *The International Law On Foreign Investment*, 3ra edición, Cambridge University Press, 2010, p. 364 y ss.). En la doctrina soviética el término utilizado era el de “nacionalización”, pero actualmente los investigadores de países ex comunistas siguen la tendencia global de denominar la privación de un particular de su propiedad por parte de Estado como “expropiación”.

⁷ Cfr. González de Cossío, Francisco. *Op.cit.*, p. 20.

Emerich de Vattel: “Whoever uses a citizen ill, indirectly offends the state, which is bound to protect this citizen”⁸. En 1924, la Corte Permanente de Justicia Internacional en el caso *The Mavrommatis Palestine* reconoció el derecho del Estado a proteger diplomáticamente los derechos de sus ciudadanos como un principio fundamental del derecho internacional⁹. Pronto la protección diplomática se extendió de la persona y su integridad a los bienes e inversiones en el extranjero.

No obstante, con dicho instrumento los inversores no pudieron iniciar el proceso por su propia cuenta, además, su Estado de origen no tuvo obligación a entrar en el conflicto dado que la protección diplomática es un derecho propio del Estado y no del inversionista, mientras que el bien protegido a través de este instrumento no es la propiedad privada, sino las buenas relaciones internacionales¹⁰. Además, la protección diplomática no preveía normas sustantivas uniformes de protección de la inversión. Para llenar este vacío, fue elaborado el “estándar mínimo internacional”, luego abarcado por la regla Hull (aceptada por los países desarrolladas y criticada por los países en desarrollo) que estipula que “ningún gobierno tiene derecho a expropiar propiedad privada, para cualquier propósito, sin disposición de pago rápido, adecuado y efectivo por tal expropiación”. Encima, en esta etapa podemos observar el uso de derecho y de la doctrina jurídica por parte de Estados ex colonizadores para justificar el uso de la fuerza con fines de cobrar deudas (*gunboat diplomacy*).

Obviamente dicho método de resolución de conflictos provocaba problemas, sobre todo porque los Estados anfitriones lógicamente consideraban tal “protección”

⁸ De Vattel, Emerich. *The Law of Nations, or Principles of the Law of Nature Applied to the Conduct and Affairs of Nations and Sovereigns*, 6a edición, Philadelphia, T.&J.W. Johnson, libro II, capítulo VI, p. 161. Disponible en https://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/Lieber_Collection/pdf/DeVattel_LawOfNations.pdf (fecha de consulta 28.03.2020).

⁹ Corte Permanente de Justicia Internacional. Caso *Mavrommatis Palestine Concessions*, Decisión sobre la excepción a la jurisdicción, 30 de agosto de 1924, Publications of the Permanent Court of International Justice, Collection of Judgments, serie A, núm. 2, 30 de agosto de 1924, p. 12. Disponible en <https://jsumundi.com/fr/document/decision/en-the-mavrommatis-palestine-concessions-judgment-objection-to-the-jurisdiction-of-the-court-saturday-30th-august-1924> (fecha de consulta 28.03.2020).

¹⁰ Echaide, Javier. “Inversiones y solución de controversias: el proyecto dentro de la Unasur y propuestas alternativas”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, UNAM-IIJ, 2017, vol. XVII, p. 373. Disponible en <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/article/view/11040> (fecha de consulta 04.07.2020).

como una interferencia a los asuntos locales y una violación de su soberanía. Dado el papel central de los Estados, este método estaba altamente politizado y no se basaba en reglas predecibles del derecho internacional. América Latina, en particular, dio su respuesta en doctrinas Calvo, Drago y Cárdenas¹¹, argumentando el rechazo a otorgar a los extranjeros derechos adicionales y exigiendo de los últimos a no invocar a la protección diplomática de su Estado de origen.

En el periodo posterior, hasta finales de siglo XX, se mantiene el desacuerdo ideológico entre los países desarrollados exportadores de capital y los países en vías de desarrollo. La ola de nacionalizaciones después de la Segunda Guerra Mundial hizo las cosas aún más difíciles. Los Estados recién independizados argumentaron a favor de un control total sobre el territorio nacional. Como una respuesta de sus exigencias políticas, en varios actos de la ONU fue expresamente proclamada la soberanía de los Estados sobre sus recursos naturales dentro de su territorio.

Sin embargo, con el paso de tiempo el tema de inversiones extranjeras cobró otro sentido. En el último cuarto del siglo XX la inversión comenzó a actuar como incentivo para el desarrollo económico y no como instrumento de opresión. Parcialmente el interés creciente a la inversión extranjera es resultado de su papel en el éxito de los países recientemente industrializados; además, la apertura de los países ex comunistas a los capitales extranjeros y la simultánea escasez de los últimos por la recesión de muchas economías de Estados exportadores de capital hicieron que la demanda fuera más grande que la posible oferta. Los países del Sur global empezaron a competir por la inversión a través de medidas de distinta índole, sobre todo otorgando a las empresas extranjeras o internacionales los beneficios fiscales.

En los años noventa del siglo XX y en adelante podemos observar el auge de celebración de Tratados Bilaterales de Inversión (TBIs, o *BITs* en inglés)¹² y de

¹¹ Para la explicación de las doctrinas, ver González de Cossío, Francisco. *Op.cit.*, p. 23-25.

¹² En 1959 se suscribió el primer tratado de protección de inversiones extranjeras entre Alemania y Pakistán. Ese tratado era una evolución de los Tratados de amistad, comercio y navegación establecidos en el siglo XIX y aunque no contenía muchas de las garantías que hoy se observan en los TBIs, creó el paradigma de futuro sistema de protección a la inversión extranjera.

Tratados de Libre Comercio (TLC) con los capítulos acerca de la inversión (también conocidos como *Treaties with Investment Provisions*, o *TIPs*). Aunque solo existían 381 TBIs a fines de la década de 1980, su número se multiplicó por cinco durante la siguiente década para llegar a 2.067 a fines de 2000. A la fecha de cerrar el presente estudio, de acuerdo con los datos de UNCTAD se han firmado los 2899 TBIs (en vigor los 2340) y los 389 TIPs (en vigor los 319)¹³. Los TBIs se volvieron atractivos porque pusieron fin a la naturaleza inestable de las normas internacionales consuetudinarias que habían regido las inversiones extranjeras. Según algunos académicos, también ayudaron a las naciones en desarrollo a atraer inversión extranjera directa (IED)¹⁴. Pero en la práctica, estos TBIs de primera generación no fueron acuerdos recíprocos. Como señala Joost Pauwelyn:

“...early BITs were de facto one-way streets (one country exporting capital; the other importing capital) and consistently concluded between developed and developing countries until the late 1980s when South-South BITs emerged, and mid 1990s when investment chapters were included in FTAs between developed countries”¹⁵.

Por lo tanto, en la etapa inicial la regulación del campo de inversiones a través de los TBIs surgió en el contexto de relaciones políticas y económicas asimétricas y unidireccionales.

Con el paso del tiempo, la mayoría de los países, tanto desarrollados como en desarrollo, empezaron a considerar la participación en dicho régimen internacional como un “deber” en la competencia mundial por recursos financieros, de modo que a mediados de la década de 2000 casi ningún país tenía al menos unos pocos tratados suscritos. La función clave esperada de los diferentes Acuerdos Internacionales de Inversión (AIIs)¹⁶ fue contribuir a la previsibilidad, la estabilidad y

¹³ Datos consultados en la página de Investment Policy Hub de la UNCTAD <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements> (fecha de consulta 03.09.2020).

¹⁴ Bento, Lucas. “From Anarchy to Rational Design: Direction and Perception in International Investment Law” en Bjorklund, Andrea K. (ed.). *Yearbook on International Investment Law & Policy 2014–2015*, Nueva York, Oxford University Press, 2016, p. 245.

¹⁵ Pauwelyn, Joost. “Rational Design or Accidental Evolution? The emergence of International Investment Law” en Douglas, Zachary *et al.* (eds.). *The foundations of International Investment Law*, Nueva York, Oxford University Press, 2014, p. 26.

¹⁶ El término “acuerdo internacional de inversión” es el más general que abarca cualquier tipo de acuerdo bilateral o multilateral acerca de la protección de inversiones extranjeras. También es

la transparencia en las relaciones de inversión, y ayudar a trasladar las disputas de inversión del ámbito de la acción diplomática de Estado a Estado al ámbito no politizado de la resolución de disputas. Además, los inversores buscaron oportunidades de protegerse por su propia cuenta sin necesidad de acudir a su Estado de origen.

La necesidad de crear un foro internacional se basaba también en la percepción de que la protección jurisdiccional nacional otorgada por los Estados receptores a las entidades económicas privadas fue insuficiente para garantizar la seguridad jurídica necesaria. Se buscaba un foro mejor, imparcial y neutral, por lo tanto se desarrolló una amplia gama de arbitrajes internacionales, mientras que en la mayoría de los TBIs fueron incluidas las cláusulas acerca de arbitraje internacional como un método para resolver disputas relevantes a la inversión. Entre otros, por el Convenio de Washington de 1965 fue creado el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI, o *ICSID* por sus letras en inglés) que actualmente resuelve la mayoría de todas las controversias¹⁷. El primer ejemplo conocido de la cláusula de resolución de conflictos entre un inversor y un Estado por arbitraje internacional de inversiones (en inglés *Investor-state dispute settlement*, o *ISDS*) incluido en un tratado es el TBI entre Indonesia y los Países Bajos de 1968¹⁸. Varios otros países siguieron en las décadas de 1970 y 1980, hasta que el arbitraje internacional se convirtió en una disposición estándar en los TBIs a partir de la década de los años 1990s. La protección de la inversión también se fortaleció en cuanto a las disposiciones sustantivas de los tratados.

Con el aumento de la cantidad de los acuerdos de inversión crece también la cantidad de los conflictos entre los Estados y los inversores y la cantidad de laudos arbitrales en materia de inversiones. Por ejemplo, entre 1972 y el 2000 solo se

frecuente encontrar la noción de Acuerdos para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones (APPRI), que básicamente es un sinónimo de TBIs.

¹⁷ De acuerdo con las estadísticas proporcionadas por la UNCTAD en la página <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement>, de los 1023 casos conocidos de 1987 hasta 31 de diciembre de 2019 los 630 son administrados por CIADI.

¹⁸ Acuerdo de Cooperación Económica entre el Gobierno de Reino de los Países Bajos y el Gobierno de la República de Indonesia celebrado en Yakarta en 7 de julio de 1968, artículo 22. Texto en inglés disponible en <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/3329/download> (fecha de consulta 24.02.2020)

presentaron 81 demandas ante el CIADI, mientras que entre el 2001 y el 2020 fueron registrados otros 716 casos¹⁹. El aumento en los casos que han involucrado como demandados tanto a los países en desarrollo como los desarrollados, contribuyó a cambio de perspectiva con que los gobiernos, sociedad civil y el mundo académico habían considerado al ISDS. Las disputas de inversión se volvieron más complejas, lo que generó preguntas jurídicas difíciles sobre la línea divisoria entre las actividades regulatorias justificadas y la interferencia ilegal con los derechos de los inversores por los cuales se debe pagar una compensación. Al mismo tiempo, también ha empezado aumentar drásticamente la cantidad de compensación buscada por los inversores en sus reclamos y otorgada por los tribunales arbitrales a los demandantes, con lo máximo de 50 mil millones USD de compensación en el caso de *Yukos v. Rusia*.

La meta de creación del CIADI y otras instituciones que prestan sus servicios en materia de arbitraje de inversión era reducir el riesgo político para las inversiones proporcionando un foro independiente, imparcial, internacional para resolver cualquier disputa con el Estado receptor. Como señala el preámbulo del Convenio CIADI, la resolución de conflictos por una instancia internacional debía ser una excepción mientras tanto la regla general era la sumisión de las disputas a la jurisdicción nacional. No obstante, la cantidad de las disputas cada vez más creciente señala que *de facto* el arbitraje no es una medida alternativa o excepcional. Las causas del incremento de este tipo de demandas (y asimismo de los AIs en su base) pueden ser explicadas, primero, a partir de la entrada de un nuevo actor económico - las empresas multinacionales (las EMN) - en las relaciones internacionales, principales beneficiarias de la protección de sus inversiones por este régimen jurídico. En segundo plano, algunos autores expresan la opinión que el ISDS es utilizado por las EMN no como remedio frente a situaciones

¹⁹ Del año 2001 hasta el año 2019 fueron registrados 664 casos, de acuerdo con los datos proporcionados por el CIADI en *Carga de Casos del CIADI – Estadísticas*, edición 2020-1, p. 7. Disponible en <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/Caseload%20Statistics/sp/The%20ICSID%20Caseload%20Statistics%20%282020-1%20Edition%29%20SPA.pdf> (fecha de consulta 24.07.2020). Además, para el 03 de septiembre de 2020 fueron registrados otros 52 casos, datos consultados en la página oficial del CIADI <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/AdvancedSearch.aspx>.

excepcionales que resultan injustas, sino como “mecanismo normal de salida de sus capitales ante las crisis, o también para impedir la aplicación de determinadas políticas públicas”²⁰.

Las tendencias expuestas han producido dos consecuencias en el desarrollo del derecho internacional de inversiones. Primero, el número de los acuerdos de inversión firmados cada año ya no es tan alto como antes dado que los países entendieron el peligro que ellos provocan. La experiencia de Canadá y Estados Unidos como partes demandadas en los arbitrajes de inversión del TLCAN los impulsó a crear nuevos TBIs modelo a fin de aclarar el alcance y el contenido exacto de las obligaciones de Estado en materia de inversión extranjera. Además, estos nuevos modelos utilizan un lenguaje específico destinado a dejar en claro que los objetivos de protección de la inversión y liberalización incluidos en los AII no deben perseguirse a expensas de la protección de la salud, la seguridad, el medio ambiente y la promoción de los derechos laborales internacionalmente reconocidos.

Segundo, un debate muy fuerte acerca de la necesidad del ISDS en general y su forma particular se lleva a cabo en varios foros con la amplia participación de los gobiernos de muchos países y las ONGs. Por un lado, la evidencia empírica indica la relevancia y efectividad del arbitraje de inversiones. Por otro lado, el sistema de arbitraje existente está sujeto a críticas masivas de abogados, instituciones de arbitraje y Estados, tanto desarrollados como en desarrollo²¹.

Los investigadores, analizando el proceso de evolución de arbitraje de inversión con frecuencia llegan a la conclusión que dicho proceso está estrechamente relacionado con los acontecimientos históricos y el contexto político. Por ejemplo, Pauwelyn argumenta que el derecho internacional de inversiones en su representación actual no es producto del diseño racional, sino que evolucionó accidentalmente²². Para Pauwelyn, el derecho de inversiones extranjeras “surgió a través de la evolución, en lugar de la revolución, en parte diseñada por Estados, en

²⁰ Echaide, Javier. “El derecho internacional de las inversiones, los Derechos Humanos y la gobernabilidad democrática” en von Bogdandy, Armin *et al.* (coords.) *El constitucionalismo transformador en América Latina y el derecho económico internacional. De la tensión al diálogo*, UNAM, 2018, p. 150

²¹ Cfr. Kaysin, Dmitriy y Demina, María. *Op. cit.*, p. 91.

²² Cfr. Pauwelyn, Joost. *Op.cit.*, p. 35.

parte construida por árbitros, en parte moldeada por litigantes, académicos y comentaristas, y fuertemente influenciada por eventos históricos y sucesos”²³. Según el autor, este enfoque explica la confusión actual acerca de los fines últimos de la protección especial otorgada a los inversores extranjeros a través de un arbitraje internacional, desde la promoción de la IED hasta el desarrollo sostenible y el buen gobierno²⁴.

Por otro lado, Lucas Bento afirma que el enfoque dialéctico para analizar la evolución del sistema de ISDS explica los cambios más significativos: el hecho de recurrir al arbitraje internacional en lugar de métodos militares para resolver disputas, el establecimiento de foros adjudicadores multilaterales, como el CIADI, sobre alternativas *ad hoc*, y recientemente, la rebelión contra los instrumentos y prácticas de primera generación de inspiración colonial a favor de una configuración institucional que se ajuste mejor a la naturaleza multipolar de la economía globalizada. Las críticas al arbitraje ISDS y otros signos de rechazo del sistema actual indican que éste está experimentando un período de cambio o negación, lo que finalmente conducirá a la mejora del sistema a largo plazo²⁵.

En los tiempos de redacción del Convenio del CIADI la idea de creación de tribunales permanentes de inversión podría haber sido innecesaria dada la poca cantidad de demandas esperada, además, se esperaba que los tribunales arbitrales considerarían disputas relacionadas con la violación de los contratos de inversión entre un inversionista y un Estado. Nadie podría haber imaginado que los arbitrajes se ocuparían principalmente de disputas derivadas de acuerdos internacionales, incluidas las relacionadas con medidas regulatorias de los Estados. Por lo tanto se creó una secretaría permanente sin la carga de un tribunal, mientras que el arbitraje parecía la opción institucional más adecuada para resolución de los conflictos de inversión extranjera por razones de la flexibilidad del procedimiento y la eficacia supuesta (la posibilidad de obtener una solución final en plazos cortos y con costos menores). Coincidimos con los autores antes mencionados en la posición de que el derecho internacional de inversiones surgió de manera espontánea y su diseño

²³ Cfr. *Ibidem*, p. 15-16.

²⁴ Cfr. *Ibidem*, p. 42.

²⁵ Bento, Lucas. *Op. cit.*, p. 241.

institucional fue formado por diferentes acontecimientos históricos de distinta naturaleza²⁶ y por distintos actores del campo jurídico (legisladores, árbitros, abogados). Mientras tanto, debido al nivel significativo de globalización económica, creemos que el diseño institucional del mecanismo para resolver disputas entre los inversores y los Estados no satisface las necesidades de los inversores de buena fe, los Estados o la sociedad civil debido al hecho de que no es capaz de resolver adecuadamente los conflictos que involucran intereses económicos globales.

1.2. Los nuevos actores del campo jurídico en el mundo globalizado

Numerosos estudios académicos destacan el carácter único del derecho internacional de inversiones: lo que lo distingue de otros regímenes es su propósito específico, naturaleza, estructura y el mecanismo de solución de controversias. El régimen de protección de inversiones se caracteriza como un régimen jurídico autocontenido (*self-contained regime*)²⁷, es decir un espacio de regulación que cuenta con reglas, valores, principios y fuentes jurídicas propias. El rechazo de los tribunales arbitrales a aplicar las fuentes de otros regímenes de derecho internacional, punto muy criticado en las discusiones recientes (sobre todo en conexión con los derechos humanos), es una característica del derecho internacional contemporáneo que actualmente está en la fase de alta fragmentación. Este hecho es originado por la amplia gama de las materias en las cuales la regulación a nivel internacional juega un papel importante, además, el paisaje internacional es mosaico por la prerrogativa de los Estados de ser o no parte de tal o cual tratado. La existencia de regímenes jurídicos autocontenidos provoca un surgimiento de los métodos específicos para resolver conflictos internos de cada

²⁶ En particular: la colonización, la siguiente descolonización y aversión general contra la inversión extranjera por países en desarrollo en las décadas de 1950 a 1970; la crisis de la deuda latinoamericana de la década de 1980; el final de la Guerra Fría y el Consenso de Washington de la década de 1990, y actualmente los procesos de integración económica a nivel mundial y regional.

²⁷ Cfr. Bas Vilizzio, Magdalena. "Protección de los Derechos Humanos en la solución de controversias inversor-Estado: ¿confluencia o bifurcación de caminos?", *Revista de la secretaría del Tribunal permanente de revisión*, Secretaría del Tribunal permanente de revisión del MERCOSUR, Paraguay, año 7, núm. 14, agosto de 2019, p. 130. Disponible en <http://www.revistastpr.com/index.php/rstpr/article/view/359> (fecha de consulta 14 de febrero 2020).

régimen los cuales no necesariamente tendrán en cuenta las posibles obligaciones del Estado bajo normas de otro régimen²⁸.

Adicionalmente, la fragmentación del ordenamiento jurídico internacional existente se expresa en el surgimiento de los distintos centros de la producción jurídica, la mayoría de los cuales son los centros económicos. El emergente poder económico de naturaleza privada les impone a los Estados ciertos cambios beneficiarios y las políticas determinadas, favoreciendo la desregulación, el libre cambio comercial, el flujo de capitales de la esfera pública a la privada. Así que, este poder entra en el campo jurídico como nuevo actor e interactúa con otros actores más tradicionales para el derecho internacional – Estados y organizaciones intergubernamentales. Además, este poder no se concentra en las únicas manos, sino que existen tantos centros de toma de decisiones cuantas sean las sedes de los poderes supraestatales estratégicos. Tales sedes son las grandes compañías transnacionales y los conglomerados financieros, además, las instituciones como el Banco Mundial y el FMI²⁹.

Ante la incapacidad de derecho tradicional positivo para organizar las sociedades más complejas, las empresas transnacionales y los organismos financieros internacionales asumen un papel protagónico en la producción de sus propias normas, en regulación de sus actividades al margen de ambos derecho nacional e internacional, pero muchas veces con efectos jurídicos que van más allá de la intención explícita de primera instancia que tiene dicha regulación³⁰. Estos nuevos actores realizan su producción jurídica en las condiciones de autonomía relativa: son autónomos entre sí y con relación a los Estados, aunque el grado de autonomía puede variar. Las empresas multinacionales se caracterizan por el gran poder de negociación y de mercado, elevada independencia financiera y disposición

²⁸ El tema de fragmentación del Derecho Internacional es ampliamente analizado por la Comisión de Derecho Internacional de la Asamblea General de la ONU en el “Informe sobre la Fragmentación del Derecho Internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho Internacional” en: ONU. *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 58º período de sesiones de la Asamblea General, Nueva York, 2016, p. 192 – 202. Disponible en: <http://legal.un.org/docs/index.asp?path=../ilc/reports/2006/spanish/chp12.pdf&lang=EFSRAC&referer=http://legal.un.org/ilc/reports/2006/> (fecha de consulta 04.03.2020).

²⁹ Cfr. Hernández, Aleida. *La producción jurídica de la globalización económica. Notas de una pluralidad jurídica transnacional*, San Luis Potosí, México, CEIICH-UNAM-CENEJUS, 2014, p. 112.

³⁰ Cfr. *Ibidem*, p. 113.

de los mecanismos para evadir parcialmente algunos controles de los Estados nacionales, es decir, su grado de autonomía es significativo. Además, las EMN tienen un importante peso específico en la actividad económica nacional de muchos países, puesto que de las decisiones que adopten puede depender la situación económica de los mismos. Las multinacionales buscan el mejor receptor a nivel mundial y esto les confiere un fuerte poder de presión frente a gobiernos, sindicatos y otros grupos de interés nacional³¹. Las EMN con sede en diferentes países operan fuera de las fronteras nacionales, lo que hace imposible controlarlas por la legislación nacional. Todo ello contribuye a dotar a las multinacionales de una elevada autonomía de decisión respecto de los Estados receptores³².

Luego, es necesario tener en cuenta las estrategias de las empresas y entender su lógica interna. Para una empresa multinacional el objetivo principal es hacer económicamente efectiva la actividad de la compañía en su conjunto más que aumentar la rentabilidad individual de la unidad en un país determinado. Una empresa multinacional dispone la oportunidad de cerrar su unidad productiva en un país para ubicarla en otro si las condiciones de rentabilidad global lo aconsejan, prescindiendo de los intereses nacionales del país anfitrión. El Estado receptor, por su parte, tratará de asegurarse que las empresas multinacionales cumplan con sus objetivos de política económica nacional: ocupación, exportaciones, reinversiones, investigación, desarrollo y preservación del medio ambiente. Pese a ello, aunque en sus actividades productivas las multinacionales busquen la conformidad con las orientaciones estatales, esto no implica que ese comportamiento deje de lado los propios fines que animan a esas empresas. Estos fines, de hecho, pueden chocar con los objetivos de las políticas nacionales, lo que obviamente llevará a las multinacionales a ubicar los últimos en un segundo plano³³.

Los organismos financieros internacionales son otro actor de sumamente importancia en la producción jurídica globalizada. Ellos pueden tener naturaleza

³¹ Cfr. Pérez Villanueva, Omar Everleny y Puig Gómez, Albert. "La inversión extranjera directa en la era de la globalización" en Lichtensztein, Samuel (coord.) *Inversión extranjera en países emergentes y en transición*, Xalapa, Veracruz, México: Universidad Veracruzana, 2013, p. 97.

³² Cfr. *Ibidem*, p. 96-97.

³³ Cfr. *Ibidem*, p. 97.

distinta, no obstante, su actividad se refleja claramente en el ámbito jurídico. En tanto que la economía global es un ámbito supraestatal y no puede recurrir a los mecanismos de coacción, la manera en que se imponen dichas reglas es mediante el *soft law*³⁴. Sin embargo, en realidad estas normas toman la forma y los efectos de sanciones porque mientras no se obliga a un Estado a aceptar los términos propuestos por el FMI, a la vez por no aceptar dichos términos un país no podrá acceder al crédito indispensable para seguir funcionando. Los organismos financieros importantes, sobre todo el FMI y el Banco Mundial condicionan el apoyo financiero otorgado a los países en desarrollo por el cambio en su estructura económica y política, en particular, exigen la mayor apertura a las inversiones y la liberalización de los mercados³⁵. Pese a las críticas al arbitraje ISDS, sobre todo al CIADI, “el factor de Banco Mundial” hace que los países en su mayoría cumplan con los laudos a fin de seguir recibiendo los recursos internacionales³⁶.

Así pues, las normas y los procedimientos a las cuales deben sujetarse los Estados en las condiciones actuales de la globalización no son diseñados de manera tradicional para derecho internacional. Las normas son más técnicas y se crean por las organizaciones financieras con poca participación de los Estados, especialmente los Estados en desarrollo. Las empresas internacionales actualmente tienen cada vez mayor peso en la toma de decisiones políticas en todo el mundo y disponen la posibilidad de elegir los ordenamientos jurídicos que les convienen más por razones de regulación fiscal, laboral, ambiental, etc., además, tiene un amplio margen de maniobra para que la posible controversia fuera ventilada por un tribunal más cómodo (el fenómeno de *forum shopping*).

Por tanto, desde el punto de vista económico y jurídico, durante la globalización los Estados soberanos pierden el papel de regulador del mercado nacional efectivo. Boaventura de Sousa Santos ve la raíz de la “brecha regulatoria” de la economía global en la divergencia entre el derecho y los actuales procesos

³⁴ Por ejemplo, las Directrices del Banco Mundial sobre el tratamiento de la inversión extranjera directa. World Bank Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment. Disponible en: <https://www.italaw.com/documents/WorldBank.pdf>, fecha de consulta 17.07.2019.

³⁵ Cfr. Sommer, Christian. *Laudos arbitrales del CIADI. Reconocimiento y ejecución*, Buenos Aires, editorial Astrea sol, 2016, p. 4; Hernández, Aleida. *Op.cit.*, p. 73.

³⁶ Cfr. González de Cossío, Francisco. *Op.cit.*, p. 64-65.

económicos, que es el resultado de las diferentes escalas o niveles en los cuales operan las actividades económicas globales y las legislaciones estatales nacionales. Los Estados-nación afrontan las graves dificultades cuando desean aplicar su lógica reguladora jerárquica a las industrias “cuyos sistemas de producción globalizados se cimientan en una combinación del mercado con una lógica organizativa de funcionamiento en redes”³⁷. Una consecuencia lógica de la pérdida de la autonomía de los Estados en toma de decisiones políticas y económicas es la pérdida de papel protagonista en producción de derecho y la resolución de disputas. Es cada vez más frecuente que el derecho provenga de las entidades distintas del Estado. En una gran variedad de materias, los Estados se ven sometidos a la jurisdicción de tribunales que están fuera de la estructura jurídica nacional; “mientras que en materia de comercio exterior la OMC ha adquirido un poder extraordinario frente al poder de los Estados en los asuntos controversiales entre uno y otro Estado miembro”³⁸.

Asimismo, en el sistema actual de resolución de conflictos inversionista-Estado el demandante no necesita la intervención de su país de origen para iniciar la demanda. Aún más, los inversionistas por sí mismo, sin considerar el posible respaldo por parte de su país de procedencia, se han convertido en una potencia importante no sólo en cuestiones de economía, sino también en el campo jurídico internacional. Las potencias económicas transnacionales exigen garantías uniformes para los derechos de propiedad y contractuales que adquieren como resultado de su actividad económica. Por otro lado, los gobiernos (ámbos de los países en desarrollo y los desarrollados) y los movimientos sociales perciben la expansión de las empresas transnacionales no susceptibles a los controles democráticos como un factor que pone en riesgo la soberanía y bienestar de la ciudadanía a largo plazo.

En varias ocasiones las empresas transnacionales por sus acciones han violado las normas del derecho internacional, de los derechos humanos y del

³⁷ De Sousa Santos, Boaventura y Rodríguez Garavito, César A. *El derecho y la globalización desde abajo: Hacia una legalidad cosmopolita*, trad. de Carlos F. Morales de Setién Ravina, Barcelona/ México, Anthropos Editorial-UAM Unidad Cuajimalpa, 2007, p. 12.

³⁸ Hernández, Aleida. *Op.cit.*, p. 183.

derecho interno de los Estados y han causado daños a la economía de los Estados y el medio ambiente. No es de extrañar que se hicieran intentos para regular las actividades de las empresas transnacionales a nivel internacional y reconocer la personalidad jurídica de las EMN a fin de que puedan ser los sujetos obligados conforme el Derecho Internacional dado que los ordenamientos nacionales no son capaces de regular su actividad de manera integral. Actualmente las actividades de las EMN en los países anfitriones están reguladas por la “Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social” adoptada en 1977 bajo los auspicios de la Organización Internacional del Trabajo³⁹. Este documento describe los estándares en materia de reclutamiento, capacitación, condiciones de trabajo y de vida, y relaciones en el lugar de trabajo. En 2003 la Comisión de Derechos Humanos aprobó el proyecto de Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos⁴⁰. El propósito del documento era imponer obligaciones a las EMN equivalentes a las obligaciones del Estado, en particular, las EMN tuvieron la obligación de monitorear sus actividades en las áreas de contaminación ambiental y violaciones de los derechos humanos, así como para garantizar condiciones de trabajo seguras, calidad y seguridad de los bienes y servicios, realizar negocios y realizar campañas publicitarias de buena fe. Aunque el proyecto finalmente fue rechazado en 2004, su importancia no es cuestionada. Además, ya en el año 2014 el Consejo de Derechos Humanos de la ONU adoptó la Resolución 26/9 por la cual decidió:

establecer un grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos, cuyo mandato será elaborar un instrumento jurídicamente vinculante para regular las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas en el derecho internacional de los derechos humanos⁴¹.

³⁹ Texto disponible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/---emp_ent/documents/publication/wcms_124924.pdf (fecha de consulta 28.03.2020).

⁴⁰ Texto disponible en <https://digitallibrary.un.org/record/501576> (fecha de consulta 28.03.2020).

⁴¹ ONU. Consejo de Derechos Humanos. Resolución 26/9 “Elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos”, 14 de julio de 2014. Disponible en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/082/55/PDF/G1408255.pdf?OpenElement> (fecha de consulta 06.03.2020).

El grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta (*the open-ended intergovernmental working group* o OEIGWG) ha tenido cinco sesiones hasta el momento. Antes de la quinta sesión, la Misión Permanente del Ecuador, en nombre de la Presidencia del OEIGWG, publicó un proyecto revisado de instrumento legalmente vinculante sobre actividades empresariales y derechos humanos⁴².

Otro aspecto importante para el tema de inversiones extranjeras es la creciente participación en la discusión de las organizaciones no gubernamentales y la sociedad civil. Desde hace muchos años, la UNCITRAL, la UNIDROIT, la Conferencia de La Haya del Derecho Internacional Privado (COHADIP), así como la Cámara de Comercio Internacional y otras organizaciones han sido los líderes en el campo de la regulación de las relaciones transfronterizas de derecho privado, y el tema de regulación de inversiones extranjeras cobra cada vez más atención dentro de su agenda. A su vez, y el sistema ISDS de un tema poco conocido por la población se ha convertido en un objeto de amplia discusión e interés público. El caso *Philip Morris vs. Uruguay* y sus repercusiones demuestran claramente el papel de los actores internacionales dado que la participación de la Organización Mundial de la Salud y Organización Panamericana de la Salud y el respaldo que éstas organizaciones proporcionaron a los argumentos de Uruguay tuvieron gran importancia para el tribunal⁴³.

Finalmente, los operadores de derecho internacional en su papel privado o como parte de las grandes empresas jurídicas también tienen importancia en el proceso de fragmentación. Las firmas de abogados con orientación internacional aumentan el impacto en los procesos de estandarización: crean contratos de nuevo

⁴² La información acerca de las actividades del grupo de trabajo y los documentos resultados de su trabajo están disponibles en la página <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/WGTransCorp/Pages/GWGOnTNC.aspx> (fecha de consulta 06.03.2020).

⁴³ Cfr. OMS. "Un tribunal internacional confirma el derecho de los Estados a proteger la salud mediante el control del tabaco", 12 de julio de 2016. Disponible en <https://www.who.int/fctc/mediacentre/news/2016/international-tribunal-states-rights-to-protect-health-through-t/es/> (fecha de consulta 31.05.2019); Voon, Tania. "*Philip Morris v. Uruguay*: Implications for Public Health", *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 18, núm. 2, 2017, p. 326. Disponible en https://brill.com/view/journals/jwit/18/2/article-p320_5.xml (fecha de consulta 31.05.2020).

tipo que se convierten en estándares y afectan a la creación de las normas jurídicas. Las asociaciones de abogados y los arbitrajes apoyan estos procesos. La parte más activa y altamente profesional de la comunidad empresarial internacional (expertos, élite empresarial, árbitros, miembros de cámaras de comercio e industria, comunidades profesionales, científicos⁴⁴, etc.) actúan como un sujeto activo de la elaboración de normas, en lugar de diplomáticos y legisladores, y están unidos en un grupo geográficamente disperso, pero profesionalmente homogéneo. En cierto sentido, estos grupos parecen clubes privados⁴⁵ unidos por una comunidad de intereses, cosmovisión y cultura legal. Siguiendo la misma línea de pensamiento, algunos investigadores señalan que el actor clave para la formación del campo de arbitraje internacional, que es el interés particular del presente estudio, son las empresas jurídicas multinacionales y los mismos foros de arbitraje. En los años 1970s empezó la competencia, tanto entre las grandes empresas jurídicas como entre las sedes de arbitraje, para ofrecer a las EMN soluciones más cómodas y rápidas. La “competencia de regulaciones” fue un mayor promotor de desarrollo de arbitraje “separado del escrutinio y la regulación del sistema judicial nacional”⁴⁶.

Por lo tanto, en el derecho internacional se reconoce que los actores no estatales, como las ONGs, la sociedad civil, las corporaciones y las comunidades profesionales, se están convirtiendo en miembros cada vez más poderosos del orden internacional⁴⁷.

Cabe señalar que el sistema ISDS contemporáneo fue creado *ad hoc* y para la configuración de campo totalmente diferente. Setenta años atrás las empresas privadas realmente estaban menos protegidas mientras que los Estados mantenían

⁴⁴ Cfr. Stone Sweet, Alec. “The new Lex Mercatoria and transnational governance”, *Journal of European Public Policy*, Taylor and Francis, vol. 13, núm. 5, agosto de 2006, p. 627–646. Disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1569352 (fecha de consulta 30.03.2020)

⁴⁵ Cfr. Keohane, Robert O. y Nye, Joseph S. Jr. “Between Centralization and Fragmentation: The Club Model of Multilateral Cooperation and Problems of Democratic Legitimacy”, *Faculty Research Working Papers Series*, John F. Kennedy School of Government Harvard University, febrero de 2001. Documento preparado para la Convención Americana de Ciencias Políticas, Washington, D.C., 31 de agosto – 3 de septiembre de 2000. Disponible en <https://research.hks.harvard.edu/publications/getFile.aspx?id=4> (fecha de consulta 30.03.2020).

⁴⁶ Cfr. Dezalay, Yves y Garth, Bryant G. *Dealing in Virtue: International Commercial Arbitration and the Construction of a Transnational Legal Order*, Chicago, The University of Chicago Press, 1996, p. 7.

⁴⁷ Cfr. Bento, Lucas. *Op. cit.*, p. 251.

más poder. Pero desde los años 1990 el balance de poder ha cambiado significativamente, los actores de procedencia privada tienen cada vez mayor importancia en la construcción de los ordenamientos jurídicos, y el campo de las inversiones extranjeras no es la excepción. En un intento de remediar la naturaleza inaccesible de la protección diplomática, el novedoso método de solución de conflictos, al otorgar directamente a los inversores el derecho de demandar el Estado anfitrión, creó desequilibrios propios. Si bien el apaciguamiento de la resolución de disputas dio la ventaja de despolitizar las disputas de inversión, en la práctica, tales tratados fueron instrumentos utilizados por las potencias dominantes para ejercer influencia y proteger sus intereses⁴⁸.

1.3. El desarrollo sostenible

En relación con lo expuesto en el apartado anterior, pensamos que la manera adecuada para abordar los momentos problemáticos del sistema actual de ISDS es analizar la falta de concordancia del régimen de protección de las inversiones extranjeras con otras áreas de derecho internacional, enfocándonos en los fines de desarrollo sostenible. Este ángulo permite valorar la importancia de la inversión extranjera responsable para el logro de los objetivos de desarrollo económico acompañado por preservación de medio ambiente y aumento gradual del bienestar de la población del Estado receptor, además, permite evitar las críticas exageradas del sistema ISDS. Esta postura es apoyada por muchos documentos de organizaciones internacionales especializadas como la UNCTAD y la UNCITRAL. Por lo tanto, aunque el concepto “desarrollo sostenible” no es el objeto principal del presente estudio, es necesario explicarlo para proporcionar la idea de que se considera como un fin deseado que el sistema de ISDS reformado debería perseguir.

La primera y más aceptada definición de desarrollo sostenible proviene del Informe Brundtland de 1987: “satisfacer las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las futuras generaciones para satisfacer las

⁴⁸Cfr. *Ibidem*, p. 246.

propias”⁴⁹. Además, la Declaración de Río de 1992⁵⁰ proclamó veintisiete principios con la esperanza de formar una “alianza mundial nueva y equitativa” entre las partes internacionales interesadas a fin de fomentar el desarrollo sostenible. Su Principio 3º vincula el medio ambiente con el desarrollo: “El derecho al desarrollo debe ejercerse en forma tal que responda equitativamente a las necesidades de desarrollo y ambientales de las generaciones presentes y futuras”. La segunda definición incluida en la Declaración de Johannesburgo describe el concepto como consistente en tres pilares interdependientes que se refuerzan mutuamente: el desarrollo económico, desarrollo social y la protección del medio ambiente⁵¹. Luego, el compromiso en favor del desarrollo sostenible fue renovado en la Resolución de las Naciones Unidas 66/288 “El futuro que queremos” de 2012⁵², que puso en marcha un proceso definitorio de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) destinados a orientar las acciones internacionales en esta materia. Finalmente, por la Resolución del 25 de septiembre de 2015 fue aprobada la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, que compone un plan de acción para lograr la erradicación de la pobreza en todas sus formas y dimensiones, incluida la pobreza extrema, como “un requisito indispensable para el desarrollo sostenible”⁵³.

Por tanto, actualmente el desarrollo sostenible engloba dos ideas fundamentales: a) la dimensión económica, social y ambiental del desarrollo, que únicamente será sostenible si obtiene el equilibrio entre los diferentes elementos

⁴⁹ ONU. Asamblea General, *Informe de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo “Nuestro Futuro Común”*, p. 23, párr. 27. Disponible en <https://undocs.org/es/A/42/427> (fecha de consulta 09.03.2020).

⁵⁰ ONU. La Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, 1992. Disponible en <https://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/riodeclaration.htm> (fecha de consulta 09.03.2020)

⁵¹ Declaración de Johannesburgo sobre el Desarrollo Sostenible, aprobada durante la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Sostenible en Johannesburgo, Sudáfrica, en 2002, párr. 5. Disponible en https://www.un.org/spanish/esa/sustdev/WSSDsp_PD.htm (fecha de consulta 09.03.2020)

⁵² ONU. Asamblea General, Resolución aprobada el 27 de julio de 2012, #66/288. “El futuro que queremos”. Disponible en <https://undocs.org/pdf?symbol=es/A/RES/66/288#:~:text=66%2F288.&text=1..2>. (fecha de consulta 09.03.2020).

⁵³ ONU. Asamblea General, Resolución aprobada el 25 de septiembre de 2015, #70/1. “Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible”. Disponible en https://www.senado.gob.mx/comisiones/fomento_economico/eventos/docs/resolucion_080916.pdf (fecha de consulta 11.09.2020).

que influyen en la calidad de vida; y b) el deber de las actuales generaciones de dejar suficientes recursos sociales, ambientales y económicos para que las generaciones futuras puedan disfrutar, al menos, del mismo grado de bienestar. La inversión extranjera, desde esta perspectiva, tiene el papel importante de impulsar el progreso mundial en beneficio de todos.

Tomando en cuenta lo expuesto, el presente estudio adopta el siguiente marco: en los casos en que las reglas de protección de la inversión, como normas de desarrollo económico, se cruzan con las normas ambientales o las normas de los derechos humanos, el concepto de desarrollo sostenible debe desempeñar un papel normativo para guiar un resultado equilibrado. Este enfoque implica que la inversión es esencial para el desarrollo sostenible, pero debe equilibrarse con la protección del medio ambiente, salud pública, derechos al agua, etc., donde se cruza. El marco adoptado puede ayudar a diseñar el sistema de ISDS más adecuado, además, apoyar a los árbitros o a los jueces a adoptar un “enfoque holístico” para la resolución de disputas de inversión que permita considerar un contexto más amplio y así abordar las preocupaciones de inversión y no-inversión de manera equilibrada.

A este respecto, el papel del derecho internacional de inversiones puede consistir en mejorar la estabilidad política necesaria para los inversores nacionales y extranjeros a fin de estimular la actividad económica sin infringir los intereses públicos. Actualmente esta rama de derecho se encuentra en la etapa de reflexión, estudio y revisión de las reglas del juego. Como ya fue explicado, el surgimiento de las potencias económicas privadas y la avanzada globalización económica hicieron obsoleta la clásica distinción entre Estados exportadores y Estados receptores de inversión, y su lugar fue tomado por la necesidad de conciliar las cláusulas de los AIs con la soberanía del Estado anfitrión sin importar su nivel de desarrollo. Esto ha llevado a cambiar las normas sustantivas de tal manera que los estándares de protección se definen con mayor precisión, reconociéndose además la soberanía del Estado para intervenir en temas tales como la salud y el medio ambiente. En contexto del derecho internacional de inversiones para señalar a esta soberanía estatal se usa los términos “derecho a regular” (“*right to regulate*”) o “poder de

policía” (“*police power*”). En interés público, el Estado ejerce una serie de funciones destinadas a la protección social, del medio ambiente, de los derechos de los trabajadores y las actividades antimonopolio. Teniendo en cuenta que los Estados anfitriones tienen derecho a implementar medidas regulatorias que tengan un propósito público legítimo, la protección del inversor no debe hacerse a expensas del papel del Estado en la protección del bienestar público. Andrew Newcombe enfatiza que las autoridades de derecho internacional han concluido regularmente que no surge ningún derecho a compensación por regulaciones razonablemente necesarias aprobadas para la protección de la salud, la seguridad, la moral o el bienestar públicos⁵⁴. Sin embargo, es imposible ignorar por completo los intereses de los inversores dada la importancia de la inversión para el desarrollo. Por tanto, sólo un enfoque equilibrado que tenga en cuenta las posiciones de todos los actores afectados puede ser compatible con el desarrollo sostenible.

1.3.1. El papel de la IED y los AIs en el fomento del desarrollo sostenible

Es una opinión común que la inversión extranjera es un importante impulsor de desarrollo ya que genera empleos, estimula la competencia, favorece el intercambio de tecnologías, etc. Desde esta perspectiva fue creado el régimen internacional de las inversiones extranjeras y en particular el sistema ISDS contemporáneo. Sin embargo, el aumento de las inversiones que llegan a un país no necesariamente provoca crecimiento económico y aún más la mejora de bienestar social y ambiental:

Las inversiones extranjeras directas forman parte de sistemas económicos internacionales abiertos y eficaces, siendo un catalizador importante del desarrollo. Sin embargo, los beneficios de las IED no se acumulan automática y homogéneamente en los distintos países, sectores y comunidades locales. Las políticas nacionales y la estructura de las inversiones internacionales son determinantes para que las IED lleguen a un número cada vez mayor de países en vías de desarrollo y para que se transformen efectivamente en desarrollo⁵⁵.

⁵⁴ Newcombe, Andrew. “The Boundaries of Regulatory Expropriation in International Law”, *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, 2005, vol. 20, núm. 1, p. 22. Disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=789706 (fecha de consulta 05.09.2020).

⁵⁵ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), *Inversiones extranjeras directas en desarrollo: un máximo de beneficios por un costo mínimo*, resumen, 2002, p. 2. Disponible

A fin de explicar esta ausencia de correlación directa entre estos parámetros (IED y el crecimiento económico de un país receptor) es necesario volver a analizar los objetivos de acciones de las empresas multinacionales como los actores en un mercado global. Dependiendo del tipo de las ventajas económicas que les proporciona el territorio, las EMN pueden arraigarse en el país receptor de sus inversiones siguiendo dos formas extremas de incorporación: la lógica de explotación de recursos y la lógica de creación de recursos⁵⁶.

La lógica de explotación de recursos presupone tanto para la empresa como para el Estado sólo los beneficios de corto plazo. La empresa extrae recursos naturales y/o utiliza mano de obra barata, es decir, son recursos genéricos y para la empresa no es muy difícil cambiar de sede de producción. Mientras la inversión está funcionando, el Estado beneficia de los impuestos y de la creación directa de los empleos, pero al aumentar los costos de producción (por ejemplo, si se mejora la condición de los trabajadores o se introducen nuevos requerimientos de corte ambiental) el Estado se arriesga a perder este tipo de inversión sin que se quede algún impacto positivo sobre su territorio. Además, a este tipo de inversión extranjera directa no se puede atribuir las ventajas típicas de inversión, es decir, la transferencia de tecnología, capacitación de trabajadores, creación de mano de obra especializada y desarrollo de infraestructura. El interés económico de la empresa en este caso consiste en la conservación de bajo costo de producción, por lo tanto aquella hace lo mínimo necesario para el uso adecuado de los recursos físicos o humanos mientras que el desarrollo tecnológico y la alta gestión no entran en el país anfitrión. Las empresas transnacionales concentran la investigación en sus casas matrices y la extienden a países periféricos solamente en casos de emergencia⁵⁷. La relación de la EMN con los operadores locales se caracteriza por ser una relación de dominación⁵⁸. En definitiva, la inversión de este tipo casi no ejerce influencia positiva sobre el desarrollo económico del país a largo plazo.

en <http://www.oecd.org/investment/investmentfordevelopment/1959795.pdf> (fecha de consulta 04.01.2020).

⁵⁶ Cfr. Pérez Villanueva, Omar Everleny y Puig Gómez, Albert, *Op. cit.*, p. 65 y ss.

⁵⁷ Cfr. Bunge, Mario. *Ciencia y desarrollo*, Buenos Aires, Ediciones siglo veinte, 1980, p. 77.

⁵⁸ Cfr. Pérez Villanueva, Omar Everleny y Puig Gómez, Albert, *Op. cit.*, p. 68.

La lógica de creación de recursos es mucho más provechosa para el Estado. En este caso las EMN buscan recursos especializados y complejos: una mano de obra altamente especializada, una red de proveedores o un sector de investigación avanzado y transformador; por lo tanto, la EMN colabora de manera activa con las empresas locales y crea lazos fuertes con su entorno. La relación con operadores locales se establece bajo principios de la cooperación. Además, la capacitación de personal se vuelve una de las metas de la empresa dado que en ella consiste una de las ventajas competitivas, por lo tanto la EMN pone en marcha los procesos de formación tanto para sus propios empleados, como para los subcontratados locales, llega a acuerdos con los organismos de formación y de investigación locales⁵⁹. El problema consiste en que las ventajas estructurales necesarias para atraer este tipo de inversión (el potencial humano, tecnológico y científico) son disponibles solamente para los Estados desarrollados o los Estados relativamente pequeños que pueden en corto plazo cambiar el tipo de economía y crear la infraestructura necesaria (por ejemplo, “los cuatro tigres asiáticos”⁶⁰).

Por la intensificación de los procesos de globalización las EMN actualmente tienen la capacidad de combinar ambas lógicas expuestas dependiendo de las ventajas que proporciona tal o cual territorio a la empresa. La búsqueda de la combinación más efectiva se lleva a cabo por la EMN a través de la “estrategia global”, es decir, con visión del mercado mundial como un mercado único global. Dentro de esta visión las empresas cuya operación abarca diferentes países, culturas y tradiciones jurídicas, buscan coordinar sistemas jurídicos y estatales heterogéneos con el fin de que tales empresas puedan funcionar sin que el costo de adaptación de un lugar a otro sea demasiado alto.

Por lo tanto, no cualquier inversión extranjera contribuye sustantivamente al desarrollo económico de un país receptor. Hasta ahora, los estudios sobre tanto el vínculo entre la IED y el desarrollo económico, como entre la celebración de los AIs

⁵⁹ Cfr. *Ibidem*, p. 71.

⁶⁰ En este grupo de países se incluyen Corea del Sur, Hong Kong, Singapur y Taiwán, los que desde finales del siglo XX han mantenido altas tasas de crecimiento e industrialización acompañadas por la alta demanda laboral, aumento de salarios, y una mejora en el bienestar social.

y el aumento de la IED no han sido concluyentes⁶¹. Estos estudios han encontrado que la naturaleza de la relación entre la inversión extranjera y el crecimiento económico depende de una variedad de factores que alteran de un país anfitrión a otro. Más aún, no toda la inversión, aunque contribuye a la economía de un Estado, necesariamente está en coherencia con fines del desarrollo sostenible⁶².

Los acuerdos de inversión, y en particular la protección adicional a través de la solución de controversias en un arbitraje internacional, no son un factor determinante en la decisión de una empresa a realizar la inversión en un país particular, más bien siempre será nada más una de las variables que afectan la decisión de un inversor⁶³. Las empresas multinacionales buscan oportunidades donde el beneficio sea mayor al costo. Para evaluar esta relación, el inversionista analiza el clima de negocios del país que está compuesto por aspectos tales como infraestructura, recursos naturales, recursos humanos, Estado de Derecho, entre otros. Si el beneficio esperado excede los costos y los riesgos de expropiación o de la necesidad de acudir a un sistema judicial nacional en caso de violación de los derechos de inversor, la inversión será realizada⁶⁴. Además, los inversionistas cuentan con posibilidades de obtener seguros internacionales en contra de esos riesgos.

En este contexto, algunos académicos sostienen que, al no contribuir al desarrollo de un país receptor, los AIs pueden dificultar que los gobiernos de los Estados anfitriones logren objetivos esenciales de política pública, incluidos sus objetivos de desarrollo y el mantenimiento de las normas ambientales, de derechos

⁶¹ Cfr. Van Duzer, J. Antony *et al.* *Integrating Sustainable Development into International Investment Agreements: A Guide for Developing Countries*, Londres, Commonwealth Secretariat, 2012, p. 19-21. Disponible en https://www.iisd.org/pdf/2012/6th_annual_forum_commonwealth_guide.pdf (fecha de consulta 04.01.2020); Echaide, Javier. "El derecho internacional de las inversiones...", *cit.*, p. 156.

⁶² Entre las consecuencias negativas del crecimiento económico a través de la atracción de la IED se encuentran el desplazamiento de la inversión nacional y la competencia interna, el empeoramiento de la desigualdad de ingresos entre los trabajadores y el probable rechazo del Estado anfitrión a desarrollar otros sectores productivos de la economía por confiar en la explotación de los recursos naturales locales por las empresas extranjeras.

⁶³ Van Duzer, J. Antony *et al.* *Op. cit.*, p. 23.

⁶⁴ Cfr. García-Bolívar, Omar E. "La crisis del derecho internacional de inversiones extranjeras", *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, Paraguay, Secretaría del Tribunal permanente de revisión del MERCOSUR, año 3, 2015, núm. 5, p. 147.

humanos y laborales⁶⁵. Estudios empíricos recientes parecen proporcionar algunos motivos para tales preocupaciones, mostrando que un número significativo de disputas de inversión, incluida la expropiación indirecta, implican conflictos sobre áreas de gran importancia como el agua, la energía, los recursos naturales, el aire, la salud pública o la seguridad social⁶⁶.

Así pues, la inversión extranjera directa se considera como un motor clave para la búsqueda del desarrollo sostenible, no obstante, es indispensable mantener un equilibrio adecuado entre la protección garantizada por el régimen de inversiones extranjeras e importantes preocupaciones de política pública no relacionadas con inversiones. A la luz de los debates en curso sobre el papel de la IED para el desarrollo sostenible, las reglas internacionales sobre la protección de la inversión extranjera han comenzado a cambiar de manera fundamental en las últimas dos décadas, enfrentando desafíos tanto antiguos como nuevos. Uno de los desafíos más notorios se relaciona con la cuestión de cómo disminuir la tensión entre la libertad regulatoria de un Estado y los derechos de propiedad privada, salvaguardando los intereses de los actores públicos y privados. Las reglas de inversión deben lograr un equilibrio crucial: por un lado, deben esforzarse por proteger los intereses de los inversionistas extranjeros y, por otro lado, deben apoyar (y no poner restricciones) el derecho de los Estados anfitriones a tomar medidas para promover objetivos legítimos de bienestar público. Tiene sentido otorgar la protección a la inversión extranjera en tanto y cuanto es beneficiosa para el desarrollo de los países receptores. En práctica, en algunos casos las inversiones extranjeras han sido nocivas para el desarrollo del país, como ha sucedido por ejemplo, con las inversiones que han perjudicado al medio ambiente o a los derechos humanos.

El sistema actual de protección internacional a la inversión extranjera en forma de arbitraje ISDS, como una de las manifestaciones del proceso de fragmentación del derecho internacional, con frecuencia falla en interpretar la protección otorgada a la inversión por los AIs en correspondencia con el objetivo de desarrollo de los

⁶⁵ Sornarajah M., *The International Law ...*, cit., p. 4, 78.

⁶⁶ Cfr. Van Harten, Gus. *Sovereign Choices and Sovereign Constraints. Judicial Restraint in Investment Treaty Arbitration*, Oxford University Press, 2013, p. 87.

Estados partes. Una de las razones para ello es la ausencia de la referencia explícita en los AII a los fines del desarrollo sostenible como el principio rector de las acciones de un Estado parte en general y de las actividades para atraer inversiones foráneas en la economía nacional en particular. Debido al lenguaje vago y abierto de muchos acuerdos, en algunos casos los tribunales prestaron demasiada atención a los intereses de los inversionistas extranjeros y muy poco peso a las consideraciones no relacionadas con la inversión invocadas por los Estados anfitriones como justificación de su medidas regulatorias. Esto dio lugar a críticas recurrentes a los TBIs con respecto a la escasa atención que prestan y el efecto perjudicial que pueden tener sobre el desarrollo sostenible. Los AII generalmente no contienen disposiciones diseñadas para proteger contra posibles impactos negativos de inversión (sociales y ambientales); más bien, estos "efectos colaterales" se abordan a través de otros instrumentos e iniciativas⁶⁷. Esto tiene que ver con un tema central: si el marco normativo relevante para la IED está fomentando una IED sostenible, con transparencia y responsabilidad para las personas afectadas localmente, o solo una IED⁶⁸. Como acabamos de exponer, el desarrollo sostenible requiere cambios estructurales de economía e infraestructura, las cuales en caso de países en vías de desarrollado pueden suceder sólo con ayuda de capital foráneo. Pero no toda inversión conduce a un desarrollo sostenible, y no todas las reglas e instituciones relacionadas con la inversión internacional han sido diseñadas a través de un enfoque de sostenibilidad.

⁶⁷ Por ejemplo, los asuntos ambientales que podían surgir del intercambio comercial entre EEUU, México y Canadá tras la celebración del TLCAN estaban regulados por un instrumento separado - el Acuerdo de Cooperación Ambiental de América del Norte (ACAAN). Sin embargo, el nuevo T-MEC y el *CPTPP*, por ejemplo, contienen disposiciones ambientales directamente en su texto. Cfr. Capítulo 24 del T-MEC, Disponible en <https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/465806/24ESPMedioAmbiente.pdf> (fecha de consulta 17.11.2020); Artículos 9.16, 9.17 y Capítulo 20 de TPP. Disponible en https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/86770/Capitulo_completo_del_Tratado_de_Asociacion_Transparente_en_espanol.pdf (fecha de consulta 17.11.2020).

⁶⁸ Cfr. Lallas, Peter L. "International investment activities. Giving affected people greater voice and rights of recourse" en Nakagawa, Junji (ed.). *Transparency in International Trade and Investment Dispute Settlement*, Nueva York, Routledge, 2013, p. 161.

1.4. Las fuentes del derecho internacional de inversiones

En el presente apartado, con el propósito de completar la panorámica del campo de derecho internacional de inversiones y de su desarrollo histórico, serán analizadas las fuentes específicas de esta rama del derecho, cuya parte central está compuesta por los Acuerdos Internacionales de Inversión (en forma de TBIs, TLC u otros instrumentos bilaterales o plurilaterales). Estos acuerdos otorgan a los individuos derechos de acción específicos, a saber, permiten a los inversores extranjeros demandar a los Estados directamente de conformidad con el Derecho Internacional utilizando el mecanismo de ISDS provisto por dichos acuerdos. Por lo tanto, la materia de las inversiones extranjeras, junto con la de derechos humanos y comercio internacional, son las únicas en las cuales el Derecho Internacional reconoce al individuo el *ius standi*, es decir, la facultad del individuo de acudir por su propia cuenta a una instancia internacional para obtener reparaciones o hacer valer sus derechos⁶⁹. Esto transforma el derecho internacional de las inversiones en un sistema que funciona mediante la combinación de las reglas del Derecho Internacional Público con la aplicación privada en los arbitrajes entre inversores y Estados.

1.4.1. Los acuerdos multilaterales

Puesto que el fundamento del sistema en cuestión son los acuerdos bilaterales, el derecho internacional de inversiones, además de ser un fruto de fragmentación del Derecho Internacional en general, por sí mismo también está fragmentado. Aunque la mayoría de los AII comparten ciertas características en común, cada acuerdo tiene sus propias cláusulas y da distintas definiciones de inversión y de inversionista extranjero, de expropiación indirecta, de tratos otorgados a los inversores, etc. Además, en cada caso el arbitraje de inversión los interpreta de acuerdo con las circunstancias particulares. Luego, los laudos anteriores no son vinculantes para el arbitraje ISDS y resulta que las cláusulas iguales o similares en circunstancias semejantes pueden ser interpretadas en distinta manera, que provoca la

⁶⁹ Cfr. Ortiz Ahlf, Loretta. *Derecho internacional público*, 4ta edición, Mexico, Oxford University Press México, 2018, p. 83.

inconsistencia, incoherencia y falta de previsibilidad para todos actores económicos y políticos.

Los intentos de crear un acuerdo de inversión multilateral a fin de armonizar la regulación jurídica de inversiones, se han hecho repetidamente, pero debido a varias razones, principalmente políticas, no terminaron con éxito. Los proyectos más ambiciosos de este tipo incluyen la Convención Abs-Shawcross sobre la Inversión Extranjera de 1959, el proyecto de la Convención sobre la Protección de la Propiedad Extranjera desarrollado por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) en 1967 y el borrador del Acuerdo Multilateral de Inversiones de la OCDE de 1998. Ninguno de estos instrumentos entró en vigor a pesar del trabajo serio realizado para desarrollarlos. Ahora el borrador de estos documentos es sólo de interés doctrinal. Por el contrario, los instrumentos emitidos por las instituciones privadas tienen una amplia práctica de aplicación, por ejemplo las Directrices sobre el trato de la inversión extranjera directa, adoptadas por el Comité para el Desarrollo de la Junta de Gobernadores del Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial en 1992⁷⁰.

La mayoría de los intentos de crear un mecanismo multilateral para proteger a los inversores extranjeros tienen su origen en el proyecto de Convención sobre la Inversión Extranjera de 1959 creado por un grupo privado de expertos dirigido por Hermann Abs y Lord Hartley Shawcross. El proyecto de Convención, aunque no recibió un amplio apoyo de los gobiernos, se convirtió en un modelo para futuros esfuerzos para desarrollar convenios multilaterales sobre inversión extranjera. El proyecto Abs-Shawcross incluye tanto reglas que establecen directamente garantías sustanciales para los inversores extranjeros como las disposiciones que rigen la resolución de disputas a través de arbitraje *ad hoc*, y en ausencia de un acuerdo entre las partes a través de la Corte Internacional de Justicia. Cabe señalar que el proyecto Abs-Shawcross por primera vez en la historia aseguró el derecho de un inversor por su propia cuenta resolver una disputa con el Estado en el que

⁷⁰ Texto disponible en <http://documents.worldbank.org/curated/en/429731468136188123/pdf/DEV30010SPANISH.pdf>, p. 72-104, fecha de consulta 23.02.2020.

invierte mediante de un arbitraje (artículo 7 del proyecto)⁷¹. Entre otras cosas, la Convención asumió que si una Parte contra la cual se ha emitido un laudo judicial o arbitral no cumple con las exigencias contenidos en ello, otras partes (individual o colectivamente) tienen el derecho de tomar las medidas necesarias para implementar esta decisión (artículo 8 del proyecto). La rigidez de la redacción fue la razón principal del fracaso del proyecto Abs-Shawcross. Según los investigadores, “incluso el gobierno moderado del país que importaba capital consideraba que era imposible soportar los costos políticos asociados con unirse a la Convención en los términos de Abs-Shawcross”⁷².

El conflicto de intereses entre los países desarrollados principales exportadores de capital y los países en desarrollo que actuaron como receptores de inversiones se ha convertido en la razón principal del fracaso de los posteriores proyectos de acuerdos multilaterales de inversión. En particular, el proyecto de la Convención sobre la Protección de la Propiedad Extranjera desarrollado por la OCDE en 1967⁷³ creado sobre la base del proyecto Abs-Shawcross tampoco obtuvo el apoyo de los países en desarrollo. Su borrador incluyó cambios menores en comparación con el borrador de Abs-Shawcross, principalmente en relación con la solución de disputas de inversión: fueron excluidas las referencias a la Corte Internacional de Justicia de las Naciones Unidas y fue revisado el procedimiento para formar arbitrajes de inversión. Sin embargo, la Convención nunca fue abierta para firma dada la situación política y las discrepancias fuertes entre los países exportadores e importadores de capital⁷⁴.

Con el cambio de clima en las relaciones internacionales a principios de la década de 1990, se reanudaron los intentos de crear una convención multilateral sobre cuestiones de inversión. En 1995, la OCDE comenzó el proceso de

⁷¹ Draft Convention on Investments Abroad (Abs-Shawcross Draft Convention). Texto disponible en <https://www.international-arbitration-attorney.com/wp-content/uploads/137-volume-5.pdf> (fecha de consulta 05.02.2020).

⁷² Cfr. Schill, Stephan W. *The Multilateralization of International Investment Law*, Nueva York, Cambridge University Press, 2009, p. 36.

⁷³ OCDE. Draft Convention on the Protection of foreign Property, 12 de octubre de 1967. Texto disponible en <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0084> (fecha de consulta 22.04.2020).

⁷⁴ Cfr. Schill, Stephan W., *Op cit.*, p. 36 y ss.

elaboración de un acuerdo internacional de inversión (Acuerdo Multilateral de Inversiones – AMI, *MAI* en inglés). Las disposiciones incluidas en el AMI fueron las mejores fórmulas legales de la época: al desarrollar el proyecto los expertos se basaron en acuerdos bilaterales de inversión celebrados en ese momento entre muchos Estados y las disposiciones sobre inversión extranjera incluidas en el TLCAN. Las negociaciones de tres años entre los miembros de la OCDE no tuvieron éxito debido a varios factores políticos.

Respecto a los acuerdos multilaterales vigentes en materia de la regulación de la inversión extranjera, ellos en su mayoría regulan los aspectos procedimentales o cuestiones en conexión a las inversiones, pero no las garantías sustanciales de la protección a la inversión.

Es necesario destacar el Convenio del CIADI, o Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados celebrado en Washington en 1965. El propósito de dicho Convenio era crear una institución jurídica internacional especial para la resolución de disputas de inversión entre Estados y particulares de otros Estados. Como resultado, fue creado el CIADI (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, o *ICSID* en inglés) en la estructura del Banco Mundial para organizar a nivel internacional la solución de controversias entre inversores privados extranjeros y los Estados que aceptan estas inversiones. Por lo tanto, aunque el Convenio CIADI es una fuente muy importante del derecho internacional de inversiones, obviamente tiene un ámbito de regulación bastante limitado: su texto en sí mismo prácticamente no contiene normas relacionadas con la regulación sustantiva de la inversión extranjera y versa sobre los aspectos procedimentales. Por otro lado, es imposible estimar su valor tan superficialmente porque el CIADI durante su actividad se ha convertido en el tribunal de arbitraje internacional más influyente que considera disputas de inversión y su “jurisprudencia” juega un papel determinante para arbitrajes de inversión en todo el mundo.

Aunque los creadores del Convenio de Washington se basaron en el supuesto de que el consentimiento de las partes a resolver la diferencia en el arbitraje constará en la cláusula de un contrato celebrado entre el inversor y el Estado

receptor, en la práctica las cláusulas de sumisión al arbitraje CIADI pueden encontrarse formando parte de tratados multilaterales, tratados bilaterales de protección y promoción de inversiones e incluso en la legislación interna, “llegando a configurarse en una “oferta” de consentimiento por parte del Estado receptor, la cual sólo requiere de la aceptación posterior del inversor para su perfeccionamiento”⁷⁵. Esta modalidad es también conocida como “consentimiento avanzado”, con lo cual se produce una disociación entre la emisión y la recepción del consentimiento.

La siguiente fuente importante del derecho internacional de inversiones es el Convenio Constitutivo del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (en inglés *Multilateral Investment Guarantee Agency*, o *MIGA*) firmado en Seúl en 1985. Este Convenio es similar al Convenio de CIADI en el sentido de que tampoco es un documento que regule de manera integral las relaciones de inversión. Se dedica sólo a regular las actividades de MIGA e incluso las definiciones de conceptos contenidas en el Convenio son vinculantes sólo para MIGA y las personas que recurren a la Agencia en búsqueda de garantías⁷⁶. Al mismo tiempo, su significado doctrinal no puede ser subestimado. Por ejemplo, el Convenio contiene una definición de expropiación de bienes de un inversor extranjero, que es uno de los riesgos que pueden estar cubiertos por las garantías de MIGA:

Expropiación o medidas equivalentes: cualquier acción legislativa o cualquier acción u omisión administrativa atribuible al gobierno receptor que tenga el efecto de privar al tenedor de una garantía de la propiedad o el control de su inversión o de un beneficio sustancial derivado de la misma, con excepción de las medidas no discriminatorias de

⁷⁵ Pérez Pacheco, Yaritza. “Arbitraje inversor-Estado desde la perspectiva latinoamericana” en Odriozola Mariscal, Carlos Enrique (coord.). *Retos Actuales del Derecho Internacional Privado. Memorias del XXXVIII Seminario de Derecho Internacional Privado (Ciudad de México, 22-23 de octubre de 2015)*, Instituto de la Judicatura Federal, 2015, p . 152. Disponible en https://www.cjf.gob.mx/transparencia/resources/hrt/A70/FXLI/2017/C3/004_RetosActualesDerechoInternacionalPrivado1almp.pdf (fecha de consulta 02 de marzo 2020).

⁷⁶ MIGA ofrece seguros para cubrir cinco tipos de riesgos no comerciales: inconvertibilidad de moneda y restricciones a la transferencias; guerra, terrorismo y disturbios civiles; incumplimiento de contratos; y el incumplimiento de las obligaciones financieras soberanas. Para mayor información acerca de los servicios de MIGA ver https://www.miga.org/sites/default/files/archive/Documents/corporate_brochure_spa.pdf (fecha de consulta 05.03.2020).

aplicación general que los gobiernos toman normalmente con objeto de regular la actividad económica en sus territorios⁷⁷.

Luego, algunas reglas importantes para la regulación de las inversiones están contenidas en acuerdos celebrados bajo la OMC. En general, como se señaló, por ejemplo, por M. Sornarajah, la iniciativa de la creación de un documento único que regularía de manera integral la implementación de inversiones transfronterizas ha pasado a la OMC⁷⁸. Los tres documentos de la OMC directamente relacionados con las inversiones son el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios o AGCS (en inglés: *General Agreement on Trade in Services* o *GATS*), el Acuerdo sobre las Medidas en materia de Inversiones relacionadas con el Comercio (“Acuerdo sobre las MIC”, en inglés *Trade-Related Investment Measures* o *TRIMS*) y el Acuerdo sobre Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio o Acuerdo sobre los ADPIC (en inglés: *The Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights* o *TRIPS*).

El AGCS regula la prestación de servicios por empresas extranjeras en el territorio de los Estados miembros de la OMC. Una de las formas de prestación de servicios de conformidad con el AGCS es la “presencia comercial”, y de conformidad con el artículo XXVIII, este concepto significa: “cualquier forma de institución comercial o profesional, incluso a través de (i) la constitución, adquisición o mantenimiento de una persona jurídica, o (ii) la creación o mantenimiento de una sucursal o una oficina de representación, dentro del territorio de un Miembro con el fin de suministrar un servicio”⁷⁹. Esto cae completamente bajo la idea generalmente aceptada de inversión. Por lo tanto, el AGCS es una fuente de regulación para la implementación de la inversión extranjera en el campo del comercio de servicios. Los principios básicos del AGCS son los de no discriminación y un trato nacional, no obstante pueden establecerse exenciones significativas.

⁷⁷ Artículo 11, apartado (ii): *Expropriation and Similar Measures: any legislative action or administrative action or omission attributable to the host government which has the effect of depriving the holder of a guarantee of his ownership or control of, or a substantial benefit from, his investment, with the exception of nondiscriminatory measures of general application which governments normally take for the purpose of regulating economic activity in their territories.*

⁷⁸ Cfr. Sornarajah M., *The International Law ...*, cit., p. 241.

⁷⁹ Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios, artículo XXVIII, fracción (d). Disponible en https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/26-gats.pdf (fecha de consulta 18.11.2020).

El Acuerdo sobre las MIC es un instrumento dirigido especialmente a regular las inversiones relacionadas con el comercio de bienes. Este documento contiene los requisitos de no discriminación y el trato nacional que son característicos de todos los documentos de la OMC, y en esencia es solo una especificación de las disposiciones más generales del AGCS en relación con las inversiones relacionadas con el comercio de bienes. El documento prohíbe que los Estados utilicen una lista limitada de medidas de política comercial que podrían calificarse de tener un efecto negativo en la inversión extranjera. Por primera vez en la práctica, el Acuerdo sobre las MIC ha proporcionado algunas normas sustanciales internacionales para la regulación de la inversión extranjera. El uso de dicho Acuerdo ayuda a evitar las consecuencias negativas que surgen debido a la falta de principios internacionales generalmente aceptados que rijan la inversión extranjera.

Acuerdo sobre los ADPIC, a su vez, está dedicado a la regulación de los problemas de propiedad intelectual que es uno de los elementos de las inversiones (que se ha vuelto cada vez más importante en los últimos años), por lo tanto, este acuerdo también es considerado como una de las fuentes del derecho internacional de inversiones. Mientras que los tratados de inversión protegen la propiedad intelectual como una forma de inversión, el Acuerdo sobre los ADPIC requiere que los Estados miembros de la OMC aseguren un nivel mínimo de protección y aplicación de los derechos de propiedad intelectual en sus territorios. Dada la membresía casi universal de la OMC, el Acuerdo sobre los ADPIC ha tenido un efecto de armonización en la regulación de la propiedad intelectual a nivel mundial. Cuando surgieron disputas de inversión relacionadas con la propiedad intelectual, las partes se refirieron a los estándares de los ADPIC, alegando que las presuntas violaciones del Acuerdo de los ADPIC también constituyen una violación de las disposiciones pertinentes del tratado de inversión, incluido el estándar de trato justo y equitativo. Por ejemplo, en el caso *Philip Morris Asia v. Australia*⁸⁰ el demandante alegó que Australia violó el Acuerdo sobre los ADPIC (en particular, los artículos 15

⁸⁰ Philip Morris Asia Limited (Hong Kong) v. The Commonwealth of Australia, Caso PCA No. 2012-12, Notice of Arbitration, 21 de noviembre de 2011, párr. 6.6 - 6.11. Disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0665.pdf> (fecha de consulta 17.06.2020).

(4) y 20). En este sentido, para transformar las obligaciones del Estado sobre la base del Acuerdo sobre los ADPIC y el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial en obligaciones bajo el TBI que establece arbitraje ISDS, se propuso aplicar una “cláusula paraguas” del art. 2 (2) BIT Hong Kong - Australia.

Un tratado multilateral que contiene ciertas normas del derecho internacional de inversiones es el Tratado de la Carta de la Energía (TCE) de 1994. El TCE regula principalmente los problemas energéticos y detalla los aspectos de la inversión en el sector energético, incluida la protección contra riesgos no comerciales. En la última década el TCE cobra cada vez más importancia como base de los reclamos de los inversores extranjeros en sector de energía. Por ejemplo, el gigante de la energía Vattenfall demandó a Alemania por haber introducido restricciones ambientales en una planta de carbón y por haber decretado el abandono gradual de la energía nuclear (casos *Vattenfall I*⁸¹ y *Vattenfall II*⁸² respectivamente). La compañía de petróleo y gas Rockhopper tiene en curso una demanda contra Italia porque el país prohibió la perforación de petróleo en alta mar⁸³. En general, el número de demandas de inversores en virtud del TCE se ha disparado. Mientras que, durante los primeros 10 años de vigencia del acuerdo (1998 - 2008), solo se registraron 19 casos, en los últimos diez años 2009 - 2019 los inversores han presentado 101 demandas⁸⁴. A la fecha de cerrar el presente estudio el TCE se encuentra en el proceso de modernización, incluidos los temas del desarrollo sostenible y la reforma de mecanismo de solución de controversias⁸⁵.

⁸¹ Vattenfall AB, Vattenfall Europe AG, Vattenfall Europe Generation AG v. República Federal de Alemania, Caso CIADI No. ARB/09/6, Laudo de 11 de marzo de 2011. Disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0890.pdf> (fecha de consulta 08.06.2020).

⁸² Vattenfall AB y otros v. República Federal de Alemania (II), Caso CIADI N.º ARB /12/12. Información acerca del caso disponible en <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/467/vattenfall-v-germany-ii-> (fecha de consulta 11.04.2020).

⁸³ Rockhopper Italia S.p.A., Rockhopper Mediterranean Ltd, and Rockhopper Exploration Plc v. La República Italiana, Caso CIADI No. ARB/17/14. Los detalles del caso disponibles en <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/17/14> (fecha de consulta 08.06.2020).

⁸⁴ Datos proporcionados por la UNCTAD en la página <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement>

⁸⁵ Cfr. Comunicación pública sobre la segunda ronda de negociaciones sobre la modernización del TCE. Disponible en <https://www.energycharter.org/media/news/article/public-communication-on-the-second-negotiation-round-on-the-modernisation-of-the-ect->

Entre otras fuentes de derecho de inversiones en el marco de organizaciones internacionales, es necesario destacar una cantidad importante de documentos desarrollados bajo los auspicios de la OCDE. En particular, por decisión del Consejo de la OCDE de 1961 los Estados parte adoptaron el Código de Liberalización de Movimientos de Capital⁸⁶, las disposiciones del artículo 1º del cual garantizaron a los inversores extranjeros la eliminación de las restricciones al movimiento de capitales, así como la posibilidad de liquidar o transferir los activos e ingresos de las inversiones fuera del país receptor. Una peculiaridad del Código es su carácter vinculante basado en las disposiciones del artículo 5(a) de la Convención de la OCDE de 14 de diciembre de 1960, donde los países miembros de la OCDE le otorgaron a la OCDE el derecho de tomar decisiones vinculantes para ellos. El Código de Liberalización de las Operaciones Invisibles Corrientes de 1961 de la OCDE cubre lo referente a servicios. La meta principal de los dos Códigos es la liberalización y la abolición progresiva de restricciones sobre movimientos de capital en la medida necesaria para una efectiva cooperación económica.

1.4.2. Tratados bilaterales de inversión

El primer Tratado Bilateral de inversión celebrado fue uno entre República Federal Alemana y Pakistán en 1959. En la década de los noventa del siglo pasado se observó un auge en la celebración de TBIs. Hasta la fecha se han firmado los 2899 TBIs y los 389 TIPs, en total los 3 288 acuerdos internacionales⁸⁷. Mientras tanto, como todavía no existe un convenio multilateral en las cuestiones sustantivas de la regulación de inversiones, los TBIs y su interpretación por los arbitrajes constituyen las fuentes más importantes del Derecho Internacional de Inversiones. El agravamiento de la confrontación entre los estados desarrollados y los estados en vías de desarrollo y las diferentes actitudes hacia la propiedad y el papel del Estado

[public/?tx_news_pi1%5Bcontroller%5D=News&tx_news_pi1%5Baction%5D=detail&cHash=284d1595d54f1d36a3cccb1dbee035fb](#) (fecha de consulta 11.09.2020).

⁸⁶ OCDE, *OECD Code of Liberalization of Capital Movements*, 2019. Disponible en <http://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/Code-Capital-Movements-EN.pdf> (fecha de consulta 10.11.2019).

⁸⁷ Datos consultados en la página de Investment Policy Hub de la UNCTAD <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements> (fecha de consulta 11.09.2020).

en la economía que existía en ellos condujo al fracaso de los intentos de crear una convención multilateral universal que regule las inversiones. Además, la inestabilidad de la situación política en muchos países en desarrollo ha llevado a la insuficiencia y/o ineficacia de garantías proporcionadas por la legislación nacional. La solución de compromiso fueron precisamente los TBIs que proporcionan a las partes una mayor flexibilidad de negociación y, al mismo tiempo, es un medio efectivo de protección legal internacional.

Una de las características más sobresalientes del Derecho internacional de inversiones desde su surgimiento ha sido la casi exclusiva orientación a la protección de los inversores extranjeros. Los TBI se consideran instrumentos particulares que ofrecen garantías especiales respectivas. En *Spyridon Roussalis v. Rumania*⁸⁸, el Tribunal enfatizó el papel especial del TBI diciendo que éste proporciona al inversor “el nivel de protección más alto y más específico... en comparación con las protecciones más generales que les ofrecen los instrumentos de derechos humanos”⁸⁹. En consecuencia, los estándares fundamentales de los tratados de inversión tuvieron su desarrollo e interpretación mientras eran considerados por los operadores del sistema de ISDS desde la perspectiva unánime de la protección de la inversión como el objetivo único y más importante. Como resultado, en una serie de disputas, todas las dudas y ambigüedades se resolvieron a favor de los inversores junto con desconocimiento de las preocupaciones sociales o ambientales relacionadas con el interés público. Obviamente, esta situación provocó fuertes críticas hacia todo el sistema.

Sin embargo, al entender los peligros de las normas vagas de los TBI de “primera generación”⁹⁰ y su interpretación incoherente por los arbitrajes *ad hoc*, el

⁸⁸ *Spyridon Roussalis v. Romania*, Caso CIADI No. ARB/06/1, Laudo del 7 de diciembre de 2011, disponible en <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0723.pdf> (fecha de consulta 06.03.2020).

⁸⁹ *Ibidem*, párr. 312, p. 53: “...given the higher and more specific level of protection offered by the BIT to the investors compared to the more general protections offered to them by the human rights instruments”.

⁹⁰ En la doctrina existe una división entre las dos “generaciones” de los AIs para demostrar las diferencias entre los AIs anteriores que contienen solamente las garantías a la inversión y los AIs más recientes que ya incluyen ciertas restricciones a la protección otorgada y también las disposiciones acerca de la protección de salud y medio ambiente, además, contienen definiciones más precisas de inversión cubierta, de inversor, etc. Por ejemplo, la UNCTAD refiere a los TBIs concluidos en los años noventa del siglo pasado como a los tratados de primera generación, cfr.

carácter de los TBIs ha cambiado considerablemente. Está surgiendo una nueva generación de políticas de inversión que apunta a la protección de la inversión con la debida consideración del interés público. El TBI modelo de los EE. UU. de 2012⁹¹, el TBI modelo de Canadá de 2014⁹², así como una serie de TBIs más recientes firmados por Canadá, India o Colombia se han desarrollado como instrumentos que pueden promover y proteger la inversión extranjera de una manera que contribuya a los objetivos de desarrollo sostenible. Los preámbulos y otras disposiciones de tales TBI con mayor precisión expresan las preocupaciones ambientales y sociales en conexión con la inversión y establecen un nuevo marco para la interpretación de los TBIs. El objetivo consiste en que al aplicar los TBIs que abordan más explícitamente las consideraciones que no son de inversión y salvaguardan el espacio regulatorio del estado, los árbitros deben considerar el carácter específico del derecho internacional de inversiones y de los TBIs respectivos para alinear su interpretación con el desarrollo sostenible.

El objetivo clave de los TBIs es garantizar la relativa estabilidad de la reproducción de capital y la libertad de su movimiento, facilitar la entrada de inversión privada extranjera en el mercado local y otorgarle al inversionista la mayor protección de los llamados riesgos no comerciales que ofrece la jurisdicción local, proporcionando la oportunidad de proteger sus derechos frente de un sede internacional de resolución de disputas y haciendo así más atractivo el mercado local, pues además de ser rentable será también más seguro. Los TBIs como fuentes importantes del derecho internacional de inversiones, contienen una amplia gama de normas, conceptos, otras categorías y construcciones legales y para generar un clima legal confiable para los inversores extranjeros.

UNCTAD. IIA issues note, No 1: "Recent developments in the international Investment regime", mayo de 2018, p. 2. Disponible en https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcbinf2018d1_en.pdf (fecha de consulta 13.05.2020). A los acuerdos concluidos en los años recientes (desde 2008 hasta hoy) la UNCTAD se refiere como a los acuerdos de "nueva generación", cfr. UNCTAD. *World Investment report 2015*, p. 124. Disponible en https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2015_en.pdf (fecha de consulta 29.11.2019).

⁹¹ Texto disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/archive/ita1028.pdf> (fecha de consulta 06.03.2020).

⁹² Texto disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/files/italaw8236.pdf> (fecha de consulta 06.03.2020).

Casi todos los acuerdos bilaterales de inversión tienen una estructura muy similar y contienen definiciones de conceptos básicos (como el concepto de inversionista, inversión, nacionalidad del inversionista, etc.) y una lista de garantías otorgadas a inversionistas extranjeros. Normalmente los TBIs incluyen definiciones de la inversión extranjera bastante amplias y descriptivas que en ocasiones generan más dudas que las que resuelven. La vaguedad de la noción brinda flexibilidad en su aplicación.

En general, los TBIs contienen las siguientes provisiones:

- definen qué tipo de inversión extranjera va a ser objeto de protección⁹³;
- definen al inversionista extranjero (utilizando criterios de lugar de incorporación y/o de control efectivo para personas morales);
- establecen el grado de la apertura del mercado – porcentaje de la participación libre del capital extranjero sin alguna autorización previa;
- otorgan algún tipo de trato a la inversión (nacional, de nación más favorecida, justo y equitativo, mínimo o acorde con el derecho internacional);
- contienen la garantía de no discriminación, el principio de la protección y seguridad plenas;
- contienen cláusulas paraguas⁹⁴;
- garantizan la libre transferencia de los bienes adquiridos como resultado de la inversión;
- establecen lineamientos para que la expropiación sea lícita⁹⁵ y su extensión a las medidas equivalentes a la expropiación;

⁹³ “En la mayoría de los casos, la protección se otorga a la inversión extranjera directa, además, algunos TBIs contienen definiciones amplias que extiende protección a otros tipos de inversión, tales como las inversiones de carteras o formas de inversión heterodoxas, tales como las formas contractuales de franquicia o de producción compartida”. Ver García-Bolívar, Omar E. *Op. cit.*, p. 142. Algunos tratados excluyen ciertos tipos de inversión de la protección internacional acordada, por ejemplo una excepción en de la protección de inversión a través de ISDS para las medidas de control del tabaco en Artículo 29.5 del Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico (*Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership o CPTPP* en inglés).

⁹⁴ Según las “disposiciones paraguas” es considerado violación del tratado el incumplimiento por parte del Estado anfitrión de cualquier de sus obligaciones, sean estas de naturaleza internacional o contractual.

⁹⁵ A pesar que el derecho internacional reconoce la autoridad de los Estados para expropiar bienes instalados dentro de su territorio, se la somete a las condiciones que sea realizado por causa de utilidad pública, de manera no discriminatoria y mediante compensación justa, adecuada, oportuna

- establecen que el Estado no podrá exigir que los puestos de alta dirección o consejos de administración de las sociedades sean ocupados por personas de determinada nacionalidad;
- establecen un mecanismo de solución de controversias que normalmente es un arbitraje internacional (sin o con la obligación de acudir antes del arbitraje a los tribunales nacionales o a una conciliación previa) y contienen el consentimiento de los Estados partes en someter las disputas a este mecanismo.

Finalmente, ningún Estado está obligado a firmar un TBI que no le conviene. El *bargaining power* hace que el Estado receptor necesite las inversiones y los préstamos externos y por lo tanto acepte el arbitraje como modo de resolución de controversias más utilizado en el régimen de inversiones⁹⁶. Sin embargo, por la situación actual en el arbitraje de inversión muchos países buscan la manera de salir de los TBIs o negociarlos porque otorgan una protección amplia a la inversión extranjera que cada vez más entra en conflicto con el interés público. Si bien, en el contexto de la inversión extranjera, los tratados bilaterales son instrumentos necesarios para el manejo de las relaciones internacionales, pero si no existen parámetros preestablecidos sobre las prioridades de desarrollo de las naciones se corre el riesgo de que se impongan los modelos y condiciones de los países exportadores de capitales, con un marco excesivamente proteccionista para los inversores extranjeros en detrimento de la economía nacional. La experiencia latinoamericana demuestra que reclamos abusivos por parte de estos inversores encuentran base en tratados que al momento de su celebración no han tomado en consideración los procesos sociopolíticos e institucionales de los Estados receptores de inversión⁹⁷.

y en moneda transferible. Sin embargo, varios países argumentan que el último criterio (la compensación) no es obligatorio.

⁹⁶ Graham, James. "Hacia una doctrina latinoamericana en materia de arbitraje sobre inversión extranjera" en Rodríguez Jiménez, Sonia y Wöss, Herfried (coords.). *Foro de arbitraje en materia de inversión*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2013, p. 365-366.

⁹⁷ Pérez Pacheco, Yaritza. *Op.cit.*, p. 165.

1.2.3. Tratados de Libre Comercio

Los Tratados de Libre Comercio (TLC) con frecuencia pueden contener los capítulos acerca de la inversión extranjera cuyo contenido es similar a lo de los TBIs. Un tratado más conocido y en el cual fueron resueltos muchos casos paradigmáticos para toda la rama de Derecho Internacional de Inversiones es, sin duda, el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) entre los Estados Unidos, México y Canadá.

En marzo de 2020 el TLCAN cumplió el proceso de su renovación por los Estados parte dado que se acabó un plazo de vigencia previsto por el Tratado. El nuevo Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá o T-MEC (en inglés: *United States–Mexico–Canada Agreement* o *USMCA*⁹⁸) fue firmado por las tres partes el 30 de noviembre de 2018, en la cumbre del G20 en Buenos Aires, Argentina, pasó por el proceso de ratificación de los Estados parte y entró en vigor el 1 de julio de 2020⁹⁹.

Además de las innovaciones en materia de propiedad intelectual, comercio electrónico y normativa de origen para ciertos sectores industriales, entre los grandes cambios del nuevo acuerdo norteamericano figura el nuevo régimen de solución de controversias y las actualizaciones a las disposiciones que regulan las posibilidades de recurrir al arbitraje de inversión. Dichas disposiciones reflejan una tendencia general de los acuerdos internacionales en materia de inversiones.

El capítulo 14 del T-MEC regula el régimen de protección de inversión extranjera y solución de controversias relativas a estas inversiones, limitando el arbitraje de inversión a EE.UU. y México. Los inversores canadienses en los EE.UU. y los inversores estadounidenses en Canadá pierden el derecho de elevar las reclamaciones de incumplimiento del Tratado a tribunales arbitrales establecidos bajo Tratado. De igual manera, los inversores mexicanos en Canadá y los inversores canadienses en México tampoco gozarán de esta posibilidad. Su

⁹⁸ En los fuentes de procedencia canadiense, el acuerdo se denomina Canada-United States-Mexico Agreement (CUSMA).

⁹⁹ Cfr. Secretaría de Economía de los Estados Unidos Mexicanos. Comunicado de prensa No. 37, "T-MEC entrará en vigor el 1º de julio de 2020", 24 de abril de 2020. Disponible en <https://www.gob.mx/se/prensa/t-mec-entrara-en-vigor-el-1-de-julio-de-2020> (fecha de consulta 08.06.2020).

protección como inversores extranjeros está fundamentalmente recogida en el Tratado Integral y Progresivo de Asociación Transpacífico (*CPTPP*) que entró en vigor el 30 de diciembre de 2018.

Los inversores mexicanos y estadounidenses podrán presentar reclamaciones sólo respecto del incumplimiento de protecciones específicas, es decir, son aquellas que derivan de incumplimiento de (i) las obligaciones de proporcionar Trato Nacional o Trato de Nación Más Favorecida (en ambos casos, sólo una vez la inversión ya ha sido establecida, no en el periodo del establecimiento de una inversión) o (ii) de la prohibición de expropiación directa sin justa compensación¹⁰⁰.

También se ha incorporado un requisito más estricto de agotamiento de las vías de solución de controversias a nivel de jurisdicción local. Este requisito obliga a los inversores extranjeros a agotar los procedimientos judiciales locales hasta su finalización, o durante al menos 30 meses, antes de presentar una reclamación en arbitraje en virtud del tratado¹⁰¹. La regla de agotamiento de los recursos internos no aplica en la medida en que recurrir a los recursos internos fuera obviamente fútil. Por otra parte, el límite temporal para presentar reclamaciones ante tribunales de inversión es de cuatro años a partir de la fecha en que se conoció el incumplimiento y el perjuicio sufrido¹⁰² (dicho plazo de cuatro años transcurre en paralelo a los 30 meses de procedimientos ante tribunales nacionales).

Sin perjuicio de lo ya dicho, el Anexo 14-E del T-MEC permite elevar al arbitraje de inversiones un conjunto más amplio de disputas entre inversores estadounidenses y mexicanos siempre que estas se deriven de conflictos que tengan su origen en contratos gubernamentales en sectores específicos. En concreto, los contratos “cubiertos” por el Anexo 14-E son aquellos relativos a actividades del sector del petróleo y del gas que sean controladas por una autoridad (exploración, extracción, refinado, transporte, distribución, venta), generación de energía, telecomunicaciones y provisión de servicios de transporte al público en

¹⁰⁰ Tratado entre los Estados Unidos de América, los Estados Unidos Mexicanos y Canadá, Anexo 14-D “Solución de Controversias de inversión México-Estados Unidos”, artículo 14.D.3. Disponible en <https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/465796/14ESPIInversion.pdf> (fecha de consulta 06.10.2019)

¹⁰¹ *Ibidem*, artículo 14.D.5, párrafo 1 (b).

¹⁰² *Ibidem*, artículo 14.D.5, párrafo 1 (c).

nombre de uno de los signatarios del T-MEC, o la propiedad o administración de caminos, vías ferroviarias, puentes o canales¹⁰³. Las demandas que podrán presentarse en estos casos, además de los estándares mencionados anteriormente, serán aquellas derivadas del incumplimiento del estándar de nivel mínimo de trato conforme al derecho consuetudinario internacional, prohibición de expropiación indirecta y se extenderán la protección a disputas que puedan surgir durante el establecimiento o adquisición de la inversión.

Respecto de las inversiones establecidas durante la vigencia del TLCAN (“inversiones heredadas”) el párrafo 3 del Anexo 14-C del T-MEC dispone que dichas reclamaciones se encontrarán sujetas al régimen de solución de controversias anterior durante un período de 3 años después de la terminación del TLCAN.

1.2.4. Normas internacionales consuetudinarias

A pesar del importante papel que desempeña el derecho consuetudinario en la configuración del derecho internacional, su papel en la regulación de inversión transfronteriza no es tan alto. Como señalan los investigadores¹⁰⁴, las costumbres más importantes en esta área incluyen la costumbre de que la propiedad de un inversor no puede ser expropiada por un Estado sin pagar una compensación justa. Al mismo tiempo, el monto y el procedimiento para el pago de esta compensación no entran dentro del alcance de la regulación consuetudinaria y se establecen en acuerdos bilaterales o en el transcurso de la resolución de disputa en instituciones autorizadas. Esta costumbre existe en una forma no escrita, además, a menudo de manera escrita se encuentra tanto en los acuerdos internacionales como en la legislación nacional.

¹⁰³ Tratado entre los Estados Unidos de América, los Estados Unidos Mexicanos y Canadá, Anexo 14-E “Solución de Controversias de inversión México-Estados Unidos relacionadas con contratos de gobierno cubiertos”, párrafo 6 (b). Disponible en <https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/465796/14ESPInversion.pdf> (fecha de consulta 06.10.2019)

¹⁰⁴ Cfr. Vicuña, Francisco Orrego. “Foreign Investment Law: How Customary Is Custom?”, Estudios Internacionales, Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile, vol. 38, núm. 148, 2005, enero-marzo, p. 82. Disponible en <https://revistaei.uchile.cl/index.php/REI/article/view/14438> (fecha de consulta 05.11.2019); Sornarajah M., *The International Law ...*, cit., p. 364.

Se cree que las resoluciones de la Asamblea General de la ONU pueden verse como una expresión de *opinio juris* de la comunidad internacional sobre ciertos temas¹⁰⁵. Entre las fuentes importantes para rama del derecho internacional de inversiones se citan la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados, adoptada por Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas #3281 (XXIX) del 12 de diciembre de 1974, y la Resolución de la Asamblea General de la ONU #1803 (XVII) de 14 de diciembre de 1962 titulada "Soberanía permanente sobre los recursos naturales"¹⁰⁶.

La Carta de derechos y deberes económicos incluye las disposiciones importantes acerca de las inversiones extranjeras. La fracción 2 del artículo 2º de la Carta establece que todo Estado tiene el derecho de:

- (a) Reglamentar y ejercer autoridad sobre las inversiones extranjeras dentro de su jurisdicción nacional con arreglo a sus leyes y reglamentos y de conformidad con sus objetivos y prioridades nacionales. Ningún Estado deberá ser obligado a otorgar un tratamiento preferencial a la inversión extranjera;
- (b) Reglamentar y supervisar las actividades de empresas transnacionales que operen dentro de su jurisdicción nacional y adoptar medidas para asegurarse de que esas actividades se ajusten a sus leyes, reglamentos y disposiciones y estén de acuerdo con sus políticas económicas y sociales. Las empresas transnacionales no intervendrán en los asuntos internos del Estado al que acudan;
- (c) Nacionalizar, expropiar o transferir la propiedad de bienes extranjeros, en cuyo caso el Estado que adopte esas medidas deberá pagar una compensación apropiada, teniendo en cuenta sus leyes y reglamentos aplicables y todas las circunstancias que el Estado considere pertinentes. En cualquier caso en que la cuestión de la compensación sea motivo de controversia, ésta será resuelta conforme a la ley nacional del Estado que nacionaliza y por sus tribunales, a menos que todos los Estados interesados acuerden libre y mutuamente que se recurra a otros medios pacíficos sobre la base de la igualdad soberana de los Estados y de acuerdo con el principio de libre elección de los medios¹⁰⁷.

¹⁰⁵ Cfr. Sornarajah M., *The International Law ...*, cit., p. 82.

¹⁰⁶ Texto oficial disponible en <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/NaturalResources.aspx> (fecha de consulta 12.09.2020).

¹⁰⁷ Citado por Székely, Alberto. *Instrumentos fundamentales de derecho internacional público*, 2a. edición, México, UNAM, 1989, t. II, p. 1112.

La resolución 1803 (XVII) de la Asamblea General contiene las disposiciones similares a las incluidas en la Carta, a saber:

2. La exploración, el desarrollo y la disposición de tales recursos, así como la importación de capital extranjero para efectuarlos, deberán conformarse a las reglas y condiciones que esos pueblos y naciones libremente consideren necesarios o deseables para autorizar, limitar o prohibir dichas actividades.

3. En los casos en que se otorgue la autorización, el capital introducido y sus incrementos se regirán por ella, por la ley nacional vigente y por el derecho internacional. Las utilidades que se obtengan deberán ser compartidas, en la proporción que se convenga libremente en cada caso, entre los inversionistas y el Estado que recibe la inversión, cuidando de no restringir por ningún motivo la soberanía de tal Estado sobre sus riquezas y recursos naturales.

4. La nacionalización, la expropiación o la requisición deberán fundarse en razones o motivos de utilidad pública, de seguridad o de interés nacional, los cuales se reconocen como superiores al mero interés particular o privado, tanto nacional como extranjero. En estos casos se pagará al dueño la indemnización correspondiente, con arreglo a las normas en vigor en el Estado que adopte estas medidas en ejercicio de su soberanía y en conformidad con el derecho internacional. En cualquier caso en que la cuestión de la indemnización dé origen a un litigio, debe agotarse la jurisdicción nacional del Estado que adopte esas medidas. No obstante, por acuerdo entre Estados soberanos y otras partes interesadas, el litigio podrá dirimirse por arbitraje o arreglo judicial internacional.

Otro acto importante es la Declaración sobre el establecimiento de un nuevo orden económico internacional, adoptada por la Resolución de la Asamblea General de la ONU del 1 de mayo de 1974 #3201 (S-VI), que contiene una disposición importante sobre la soberanía de los Estados. Dicha disposición está formulada en el artículo 4 (e) como sigue:

El nuevo orden económico internacional debe basarse en el pleno respeto de los siguientes principios: La plena soberanía permanente de los Estados sobre sus recursos naturales y todas sus actividades económicas. A fin de salvaguardar esos recursos, todo Estado tiene derecho a ejercer un control efectivo sobre ellos y su explotación, con medios ajustados a su propia situación, incluido el derecho de nacionalización o transferencia de la propiedad a sus nacionales, siendo este derecho una expresión de la plena soberanía permanente del Estado. No se puede someter a

ningún Estado a ningún tipo de coerción económica, política o de otra índole para impedir el libre y pleno ejercicio de este derecho inalienable¹⁰⁸.

Resumiendo las principales disposiciones de las resoluciones anteriores de la Asamblea General de las Naciones Unidas, se puede concluir que todas ellas se caracterizan por el reconocimiento de la plena soberanía del Estado en relación con cualquier actividad económica (incluida la inversión) en su territorio. Vale la pena considerar que las tres resoluciones de la ONU antes mencionadas fueron adoptadas en la era del rápido desarrollo de los Estados jóvenes en desarrollo y en muchos sentidos fueron una respuesta a sus aspiraciones políticas. Reconociendo su papel como fuentes que formulan una costumbre internacional, cabe destacar que este no debe ser sobreestimado, ya que las resoluciones de la Asamblea General de la ONU no son vinculantes y los arbitrajes de inversión pueden aceptar posiciones completamente distintas.

Finalmente, una fuente importante para el derecho de las inversiones es el documento “Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos”¹⁰⁹ adoptado en el año 2001 por la Comisión de Derecho internacional de la ONU. En particular, el Artículo 25 de dicho instrumento fue analizado por varios arbitrajes en casos contra Argentina¹¹⁰ para determinar si la crisis financiera grave conlleva el estado de necesidad y, en consecuencia, la licitud de violación de las obligaciones ante los inversores.

1.2.5. Legislación nacional

En el caso que consideramos el Derecho Internacional de Inversiones como un subsistema del Derecho Internacional, entonces obviamente sólo las fuentes comunes para el Derecho Internacional pueden considerarse como sus fuentes, y la lista generalmente aceptada está consagrada en el art. 38 (1) del Estatuto de la

¹⁰⁸ Texto completo de la Resolución disponible en <https://www.cetim.ch/wp-content/uploads/ag-resolution-3201-esp.pdf>

¹⁰⁹ ONU. *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 2001, Volumen II, p . 26-31. Disponible en https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/spanish/ilc_2001_v2_p2.pdf (fecha de consulta 07.12.2019).

¹¹⁰ *CMS v. Argentina, LG&E v. Argentina, Enron v. Argentina, Sempra v. Argentina, BG Group Plc. v. Argentina, Continental Casualty Company v. Argentina y National Grid v. Argentina.*

Corte Internacional de Justicia¹¹¹. Aunque esta disposición es legalmente vinculante sólo para la Corte Internacional de Justicia, generalmente se utiliza como una definición de referencia de las fuentes del derecho internacional.

Obviamente, la legislación nacional no está incluida en esta lista. Sin embargo, entre las fuentes generalmente consideradas como fuentes del Derecho de inversiones extranjeras se menciona la legislación nacional y la “cuasi” jurisprudencia de arbitraje internacional, siendo la última *de facto* una de las fuentes más importantes.

Debe tenerse en cuenta que, en relación con el proceso de fortalecimiento del papel de los acuerdos bilaterales de inversión en el derecho internacional de inversiones que comenzó en los años 80 del siglo XX el papel de la legislación nacional como fuente de normas en la materia en cuestión está disminuyendo constantemente.

En muchos ordenamientos jurídicos nacionales existen leyes sobre inversiones extranjeras, lo que proporciona ciertas garantías a los inversores. En la mayoría de los países las leyes de inversión consagran condiciones y garantías legales de inversión extranjera en el país anfitrión, asegurando los intereses mutuos del país anfitrión y los inversores extranjeros; proporcionando a los inversores extranjeros privilegios ya que sus inversiones están asociadas con un aumento de los riesgos políticos y comerciales, gastos adicionales de transporte, comunicaciones y mucho más¹¹²; proveyendo un tratamiento fiscal preferencial para reinversiones y una exención de impuestos sobre los salarios y otros tipos de remuneración por el trabajo pagado a especialistas extranjeros contratados, de derechos de aduana sobre propiedades, equipos, materias primas y materiales importados no disponibles en el mercado local. Además, en algunas leyes

¹¹¹ Son las convenciones internacionales, la costumbre internacional, los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas y las decisiones judiciales y las doctrinas como un medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho.

¹¹² Por lo general, tales privilegios incluyen la exención del impuesto sobre la renta, las ganancias y los dividendos de los inversores extranjeros por un período determinado.

nacionales existe una cláusula de resolución de controversias relativas a la inversión extranjera en los tribunales internacionales de arbitraje de inversión¹¹³.

Cabe señalar que la presencia de una legislación especial sobre inversiones extranjeras es característica principalmente de los países en desarrollo que importan capital, que adoptan estas leyes para crear un clima de inversión más favorable para atraer la financiación extranjera al país.

¹¹³ Por ejemplo, el artículo 25 de la Ley para la Promoción y Protección de Inversores, aprobada por el Decreto 51-2011 en el año 2011 en Honduras contiene el consentimiento a resolver a través del arbitraje internacional en el CIADI cualquier controversia entre este país y los inversores cuya país de origen es la Parte de Convenio de Washington. Cfr. *Diario oficial de la República de Honduras*, 15 de julio de 2011, num. 32,568. Disponible en <https://honduras.eregulations.org/media/Ley%20para%20la%20promoci%C3%B3n%20y%20protecci%C3%B3n%20de%20inversiones.pdf> (fecha de consulta 10.01.2020). En total, de acuerdo con el informe de la UNCTAD, 85 de leyes nacionales que regulan la inversión extranjera contienen cláusulas acerca de la solución de controversias inversor-Estado, entre los cuales la mayoría habla del arbitraje internacional, seguido por los tribunales nacionales y los métodos alternativos de resolución de controversias (mediación o conciliación). Cfr. UNCTAD. *World Investment report 2017*, p. 109. Disponible en https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2017_en.pdf (fecha de consulta 10.01.2020).

CAPÍTULO 2. LA CRISIS DE LEGITIMIDAD DEL SISTEMA ISDS CONTEMPORÁNEO

2.1. Introducción

El sistema ISDS actual sufre una clara crisis de legitimidad. Esta crisis ya ha logrado tal alcance que la pregunta principal de las discusiones en los foros distintos no es si llevar a cabo la reforma o no, sino de qué tipo, cuándo y en qué escala llevar a cabo dicha reforma¹¹⁴. Aún más, varias instituciones insisten en que la protección especial para los inversores extranjeros es excesiva y peligrosa para la democracia¹¹⁵, y los investigadores con frecuencia los soporten¹¹⁶. En contexto de la crisis económica provocada por la pandemia de COVID-19 ya varios autores¹¹⁷ e instituciones¹¹⁸ expresaron su preocupación por posibles demandas de inversores extranjeros basadas en las medidas implementadas por los gobiernos para combatir la contingencia. El 6 de mayo de 2020, el Centro de Inversión Sostenible de Columbia (CCSI) publicó un llamamiento firmado por varios líderes en temas de derechos humanos y desarrollo sostenible para una moratoria inmediata y completa de todas las reclamaciones de arbitraje ISDS basado en los AIs hasta el final de la pandemia, así como una restricción permanente de todas las reclamaciones de

¹¹⁴ UNCTAD. *World Investment report 2015*, p. 120.

¹¹⁵ Por ejemplo, ver reportes *Cuando la injusticia es negocio* y *La democracia en venta* publicados por Transnational Institute, disponible en https://www.tni.org/en/topic/investment-protection?content_language=es.

¹¹⁶ Por ejemplo, el laureado del premio nobel de economía Joseph E. Stiglitz critica el sistema de los AIs en general y en particular el ISDS por ser un “mecanismo de resolución de disputas unilateral que viola los principios básicos”. Cfr. Stiglitz, Joseph E. *The secret corporate takeover*, Project Syndicate, mayo de 2015. Disponible en <https://www.project-syndicate.org/commentary/us-secret-corporate-takeover-by-joseph-e--stiglitz-2015-05?barrier=accesspaylog> (fecha de consulta 27.01.2020); además, más de 100 abogados y académicos en mayo de 2012 firmaron la carta abierta en contra de inclusión del ISDS en el TPP, cfr. <https://tpplegal.wordpress.com/open-letter/> (fecha de consulta 03.07.2020)

¹¹⁷ Cfr. Olivet, Cecilia, *et al.* “Pandemic profiteers. How foreign investors could make billions from crisis measures”, Transnational Institute, 20 de abril de 2020, disponible en <https://longreads.tni.org/pandemic-profiteers/> (fecha de consulta 07.05.2020); Bas Vilizzio, Magdalena. “Covid-19 y arbitraje inversor-Estado: ¿hacia la tormenta perfecta?”, *la diaria*, 23 de abril de 2020, Uruguay, disponible en <https://ladiaria.com.uy/articulo/2020/4/covid-19-y-arbitraje-inversor-estado-hacia-la-tormenta-perfecta/> (fecha de consulta 28.04.2020).

¹¹⁸ UNCTAD. *World Investment report 2020*, p. 94-95. Disponible en https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2020_en.pdf (fecha de consulta 06.07.2020).

arbitraje relacionadas con las medidas gubernamentales dirigidas a las dimensiones sanitaria, económica y social de la pandemia y sus efectos¹¹⁹.

Como señala Javier Echaide, las primeras críticas hacia el sistema ISDS en cuanto de su transparencia se observan después de un incremento en la cantidad de demandas en los años 2001-2003 contra los Estados latinoamericanos (sobre todo Argentina) y luego desde el año 2011 como consecuencia de la crisis financiera de 2008¹²⁰. El Experto Independiente sobre la promoción de un orden internacional democrático y equitativo de la ONU en su Informe de 2015 señaló:

Lo que es anormal es que un inversionista exija una garantía de lucro, cree un sistema paralelo extrajudicial de solución de controversias, que a menudo no es independiente o transparente, que no rinde cuentas de sus actos, o incluso que no permita las apelaciones, y que procure usurpar la función del Estado y se inmiscuya en la tarea del Estado de reglamentar cuestiones fiscales y presupuestarias en el interés público. Los últimos 25 años han dado numerosos ejemplos de violaciones de derechos por los inversionistas y sentencias arbitrales sin escrúpulos que no solo han dado lugar a violaciones de los derechos humanos, sino que han generado una “parálisis normativa” o incluso una “congelación”, impidiendo a los Estados adoptar reglamentos sobre la eliminación de los desechos o el control del tabaco por temor a ser demandados ante los tribunales de solución de controversias entre inversores y Estados ...¹²¹

La atención al sistema ISDS es más intensa en los países de América Latina, Asia, Oceanía y también de Europa¹²². Se puede discutir sobre la validez de tales estimaciones, pero a los ojos de una parte considerable de la población el arbitraje de inversión se asocia con una forma de resolver disputas injusta, sesgada, elitista y mal controlada por la sociedad. En caso de Europa, esto es exactamente lo que mostraron las consultas públicas realizadas en 2014 por la Comisión de la Unión Europea sobre la necesidad de una cláusula de arbitraje ISDS en el acuerdo entre

¹¹⁹ Texto disponible en <http://ccsi.columbia.edu/2020/05/05/isds-moratorium-during-covid-19/> (fecha de consulta 06.07.2020).

¹²⁰ Echaide, Javier. “El derecho internacional de las inversiones...”, *cit.*, p. 150.

¹²¹ ONU. Informe del Experto Independiente sobre la promoción de un orden internacional democrático y equitativo, 5 de agosto de 2015, A/70/285, p. 5. Disponible en <https://undocs.org/es/A/70/285> (fecha de consulta 05.07.2019)

¹²² Gallegos Zúñiga, Jaime. “Algunos cambios que incorpora el T-MEC, en materia de inversiones extranjeras, en relación con lo previsto en el Capítulo XI del TLCAN”, Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones, España, 2019, vol. XII, núm. 1, p. 170. Disponible en <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/168639> (fecha de consulta 24.02.2020).

la UE y Canadá. De 150 mil respuestas la mayoría reflejan “una oposición generalizada a la solución de diferencias entre inversores y Estados (ISDS)” en TTIP¹²³. En junio de 2015 la Comisión Europea exigió a cinco países miembros de la Unión (Austria, los Países Bajos, Rumania, Eslovaquia y Suecia) que terminaran sus TBIs concluidos dentro de la UE por ser incompatibles con la legislación de la UE¹²⁴. El Parlamento Europeo, en su resolución del 8 de julio de 2015, exigió que el mecanismo existente para resolver disputas de inversión sea reemplazado por un tribunal permanente con jueces profesionales, métodos de trabajo transparentes y que incorporará un mecanismo de apelación¹²⁵. En septiembre de 2015, la comisaria de Comercio de la UE, Cecilia Malmström, reconoció que “el ISDS es ahora el acrónimo más tóxico de Europa”¹²⁶. Como ya fue señalado en el capítulo I, muchos países, al darse cuenta de los peligros que conllevan los acuerdos de primera generación, empezaron el proceso de renovación de su red de AIs.

El arbitraje de inversión ha permitido a los inversores retirar sus demandas de la jurisdicción de los tribunales nacionales del Estado anfitrión, lo que antes era especialmente relevante en países con un sistema judicial inestable. Sin embargo, la interpretación amplia de los AIs por parte de los arbitrajes ha llevado a los inversionistas a impugnar con éxito en el arbitraje de inversión las medidas regulatorias de carácter general, como aumento de los impuestos, introducción de las restricciones sanitarias y ambientales, etc. Se alegó que estas medidas afectan negativamente al valor de las inversiones, por lo tanto, estas medidas pueden provocar la obligación del Estado para compensar los daños. Resulta ser muy

¹²³ Comisión Europea. Informe Consulta pública en línea sobre la protección de las inversiones y la solución de diferencias entre inversores y Estados en el Acuerdo de la Asociación Transatlántica de Comercio e Inversión (ATCI), 13 de enero de 2015, p. 11. Disponible en https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/march/tradoc_153304.pdf (fecha de consulta 28.04.2020).

¹²⁴ “Commission asks Member States to terminate their intra-EU bilateral investment treaties”, Comunicado de prensa, 18 de junio de 2015, Bruselas. Disponible en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_15_5198 (fecha de consulta 22.11.2019)

¹²⁵ Sosa Troya, María. “La Eurocámara plantea alternativas al arbitraje en el pacto con EE UU”, *El País*, 9 de julio de 2015. Disponible en https://elpais.com/economia/2015/07/08/actualidad/1436364793_777628.html (fecha de consulta 10.03.2020)

¹²⁶ Ames, Paul. “ISDS: The most toxic acronym in Europe”, *Político*, 17 de septiembre de 2015. Disponible en: <http://www.politico.eu/article/isds-the-most-toxic-acronym-in-europe/> (fecha de consulta 09.03.2020).

imprecisa la línea divisoria entre la regulación legítima tomada para satisfacer el interés público y las medidas que podrían dar lugar a una compensación para los inversores. Los acuerdos de inversión, inicialmente destinados a reducir los riesgos conectados con las inversiones en el extranjero, se han convertido en una herramienta de negocio para beneficiarse de una amplia gama de decisiones de los Estados, incluso las medidas dedicadas a combatir los efectos negativos de la inversión¹²⁷.

Al mismo tiempo, el uso activo de los acuerdos internacionales de inversión por parte de los países latinoamericanos, la introducción de un mecanismo de ISDS bajo el TLCAN y la Carta de la Energía ha cambiado radicalmente el perfil de una parte potencialmente demandada en las disputas de inversión. Ahora este papel pueden desempeñar también los Estados bastante ricos y con un sistema legal aparentemente desarrollado. El paradigma subyacente a la creación del sistema de ISDS se basó en la supuesta progresividad de la idea de excluir las disputas de inversión de la jurisdicción nacional porque los Estados anfitriones en este momento histórico eran en su mayoría los países en vías de desarrollo cuyo sistema judicial realmente daba fundamentos para dudar su imparcialidad y eficacia. Pero en vista de que los países desarrollados han aparecido en lugar de los demandados y las medidas generales, incluidas las leyes aprobadas por los parlamentos, han comenzado a ser cuestionadas, el arbitraje de inversión actualmente parece no menos que una invasión en la competencia de los tribunales con una larga historia, experiencia y autoridad.

Además, sin importar el perfil de un país demandado, el monto de las indemnizaciones otorgadas por los tribunales de arbitraje de inversión es otro factor de preocupación. Para mencionar algunos, un arbitraje condenó a Pakistán a pagar a un inversor extranjero de Australia la indemnización de \$5,84 mil millones¹²⁸, y ya existen más laudos con montos parecidos (*Occidental Petroleum v. Ecuador* con

¹²⁷ Lallas, Peter L. *Op. cit.*, p. 160: “There is a significant concern that this potential “de-regulatory” impact of IIAs is restricting the ability and space of governments to apply legitimate measures to protect against social and environmental harms from FDI”.

¹²⁸ Tethyan Copper Company Pty Limited v. República Islámica de Pakistán, CIADI Caso N° ARB/12/1, Laudo, 12 de julio de 2019.

\$2,3 mil millones¹²⁹, *Yukos v. Rusia* con \$50 mil millones¹³⁰, *ConocoPhillips v. Venezuela* con 8,7 mil millones¹³¹). Entre los casos pendientes también se puede destacar el de *Vattenfall v. Alemania (II)* donde el demandante reclama la indemnización de 5,14 mil millones de dólares.

Después de haber recibido una demanda (a pesar de ser a veces infundadas), los Estados no saben cómo terminará el proceso debido a la falta de práctica establecida, tanto con respecto al reconocimiento de la jurisdicción del arbitraje como en relación con los méritos de la disputa. Por lo tanto, los Estados prefieren resolver tales disputas mediante una negociación con el pago de una compensación o cancelación de las normas jurídicas impugnadas, y las condiciones de conciliación no siempre son públicas. Inevitablemente, las disputas de inversión se convirtieron en un negocio rentable. Los inversores reclaman indemnizaciones por la pérdida no solamente de los recursos ya invertidos sino también de “beneficios futuros”¹³². Además, el financiamiento de los arbitrajes por terceras personas (*third party funding*) sufraga los gastos legales de las controversias entre inversores y Estados a cambio de un porcentaje del laudo o acuerdo de partes. Es probable que esta dinámica alimente aún más el auge de los arbitrajes e incrementa el costo que deben asumir los gobiernos.

En suma, el problema consiste en que el ISDS ya no se usa para proteger a los inversores de los países desarrollados en caso de conflicto con los países en desarrollo que presentan más posibilidad de abuso de poder. Por el contrario, el

¹²⁹ Occidental Petroleum Corporation y Occidental Exploration and Production Company v. República de Ecuador, Caso CIADI N° ARB/06/11, Laudo, 5 de octubre de 2012. Disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1095.pdf> (fecha de consulta 17.11.2020).

¹³⁰ Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. Federación de Rusia, UNCITRAL, CPA Caso N° AA 227, Laudo, 18 de julio de 2014.

¹³¹ ConocoPhillips Petrozuata B.V., ConocoPhillips Hamaca B.V. y ConocoPhillips Gulf of Paria B.V. v. República Bolivariana de Venezuela, CIADI Caso N° ARB/07/30, Laudo, 8 de marzo de 2019. Disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10403.pdf> (fecha de consulta 17.11.2020).

¹³² Por ejemplo, la petrolera Rockhopper no solo le está reclamando a Italia los 40-50 millones de USD que se gastó realmente en la exploración de un yacimiento petrolífero en el mar Adriático. También está reclamando otros 200-300 millones de USD por las supuestas ganancias que habría generado el yacimiento si Italia no hubiera prohibido que se ejecutaran nuevos proyectos de petróleo y gas en alta mar. Cfr. Eberhardt, Pia *et al.* *Un tratado para gobernarlos a todos*, Bruselas/Ámsterdam, Corporate Europe Observatory y el Transnational Institute, 2019, p. 29. Disponible en <https://www.tni.org/es/tratado-sobre-carta-energia> (fecha de consulta 08.07.2019).

ISDS ya ha entrado en la línea Norte-Norte (entre países desarrollados), donde se supone la ausencia de problemas similares por el alto nivel de desarrollo del sistema jurídico nacional, y en términos fácticos reemplaza a la justicia nacional. La privatización de la justicia, por lo menos en conexión con el gasto de recursos públicos, es inaceptable en cualquier sociedad desarrollada. En suma, una investigadora expresó una opinión consolidada de los críticos del arbitraje de inversiones:

Thus, investment treaties, which initially were aimed at reducing the risk of investing abroad, have now been transformed into tools with which to assail an extensive range of a host state's governmental activity¹³³.

Además, el sistema ISDS a través de sus interpretaciones ha desbordado las expectativas de los Estados partes de los AII los cuales de mutuo acuerdo someten al arbitraje internacional las disputas con los inversores de nacionalidad respectiva. En particular, en algunos casos se ha considerado aplicable la cláusula de la Nación Más Favorecida (NMF) a los aspectos no solamente sustanciales (garantías otorgadas mutuamente a la inversión) sino también a las cuestiones jurisdiccionales¹³⁴. También, la interpretación amplia de la noción de inversor e inversión contenida en los TBIs, ha causado la ampliación de los derechos y garantías otorgadas a los inversores extranjeros en desmedro de los Estados receptores de inversión.

Por ende, existe una crisis de legitimidad del arbitraje internacional de inversiones a los ojos de los inversores y los Estados, que se expresa tanto en la falta de seguridad jurídica adecuada entre las partes contendientes, como en el sentimiento de “privatización del derecho internacional” por parte de los árbitros de inversión y firmas de abogados de élite. Algunos investigadores señalan que la inseguridad de la situación actual a fin de cuentas perjudica el flujo de inversiones porque impide al inversor el cálculo de riesgos fidedigno y desanima a los Estados

¹³³ Choudhury, Barnali. “Recapturing public power: is investment arbitration’s engagement of the public interest contributing to the democratic deficit?”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2008, vol. 41, núm. 3, p. 5. Disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1070701 (fecha de consulta 23.02.2020)

¹³⁴ Por ejemplo, casos *Teinver v. Argentina*, *Siemens v. Argentina*, *RosInvestCo UK Ltd. v. Rusia*.

a participar en los Alls por los efectos desconocidos sobre ejercicio de sus poderes públicos y sobre su soberanía¹³⁵.

A primera vista, estos desarrollos aparentemente negativos pueden indicar graves golpes a la integridad del sistema del derecho internacional de inversiones y demuestran una insatisfacción grave con el *statu quo*. Sin embargo, según algunos investigadores estos “eventos de negación” pueden ser, de hecho, evidencia de que el sistema evoluciona hacia su próxima fase de desarrollo, caracterizado por el regionalismo, la simetría y el diseño racional¹³⁶. Se supone que dichos eventos marcan el comienzo de un cambio paradigmático en el régimen de las inversiones extranjeras¹³⁷. Todas las partes interesadas de un sistema prueban y cuestionan los acuerdos legales previos.

2.1. Las razones de la crisis del sistema ISDS actual

Existe una amplia gama de razones para criticar el sistema de ISDS actual. De manera general son las siguientes¹³⁸:

- 1) aunque la efectividad del sistema es bastante alta, por ser los laudos de los arbitrajes internacionales, en caso de resistencia del Estado demandado a pagar la indemnización otorgada, el laudo no es coercible;
- 2) en condiciones de la globalización es difícil determinar la nacionalidad auténtica de inversores, además existe un abuso por parte de las grandes corporaciones de sus posibilidades de adquirir la nacionalidad distinta para tener la protección de TBI más “cómodo”;
- 3) tribunal es *ad hoc*, por lo tanto carece de jurisprudencia obligatoria;
- 4) no existe congruencia en las decisiones;
- 5) no hay impugnaciones por razones sustanciales, sólo son sobre causales de nulidad previamente establecidas y con candados fuertes;
- 6) cada TBI puede tener diferencias que complica su interpretación;

¹³⁵ Cfr. Iruretagoiena Agirrezabalaga, Iñigo. *Op. cit.*, p. 228.

¹³⁶ Cfr. Bento, Lucas. *Op. cit.*, p. 236.

¹³⁷ *Ibidem*, p. 239.

¹³⁸ Cfr. Reyes Díaz, Carlos Humberto. *Régimen Jurídico de Comercio Exterior*, Enciclopedia Jurídica de la Facultad de Derecho, Primera edición, México, UNAM, 2017, p. 209-210.

7) los árbitros que resuelven tienen la atribución de sancionar la aplicación de actos soberanos estatales, tales como la aplicación e interpretación de leyes, al igual que políticas públicas que regulan situaciones de interés general, como la salud pública y el medio ambiente.

Es conveniente agregar a la lista expuesta el problema de “enfriamiento regulatorio” (*regulatory chill*) provocado por la ansiedad de los Estados a enfrentar la demanda por parte de inversores como reacción a los cambios legislativos.

Asimismo, en las condiciones del mundo de economía globalizada y la participación activa de las EMN en los procesos políticos surge la necesidad de limitar el acceso de los inversores al arbitraje ISDS en relación con la aparición de demandas "tácticas" injustificadas y de casos de la nacionalidad planificada (*treaty shopping*), así como la aparición de reclamos por parte de inversores de naturaleza compensatoria e intangible en forma de suspensión o cancelación de actos regulatorios y no regulatorios de los Estados, incluyendo para proteger la salud de los ciudadanos y el medio ambiente, lo que mostró la vulnerabilidad de los Estados en ejercicio de sus poderes soberanos. La posibilidad misma de provocar una demanda en arbitraje ISDS consagrado en los TBIs puede llegar a ser un elemento disuasorio para cancelar una regulación jurídica adecuada al interés público.

La necesidad de encontrar un balance adecuado entre los intereses públicos y privados, entre el derecho de los Estados a ejercer la regulación jurídica con vista hacia los fines del desarrollo sostenible y la necesidad de promover y proteger las inversiones y garantizar un entorno legal estable actualmente es un *topoi* de la discusión científica acerca de las inversiones extranjeras. Cabe señalar que todo el cúmulo de los problemas suele ser dividido en tres grupos principales: primero, se cuestionan los estándares contenidos en los TBIs por su vaguedad y su posible interpretación ambigua o demasiado amplia; segundo, se critica la estructura institucional actual del ISDS, es decir, su forma de los arbitrajes *ad hoc*, mientras que el tercer grupo de críticas se refieren a la necesidad de ISDS, en otras palabras, se cuestiona de manera general la necesidad de otorgar a los inversores una

protección especial¹³⁹. Por supuesto, todos los puntos de crítica son interconectados, por lo tanto la UNCTAD, por ejemplo, justifica la necesidad de la reforma holística del derecho internacional de inversiones, sin subestimar los esfuerzos necesarios y la posibilidad que no todos los países están interesados en una reforma masiva¹⁴⁰. Sin embargo, el presente trabajo se concentra en los aspectos del diseño institucional óptimo del sistema para mantener equilibrio entre la protección de los inversores extranjeros y las metas del desarrollo sostenible perseguidas por los Estados, por lo tanto los aspectos de la regulación sustantiva de las garantías a la inversión extranjera se quedan fuera del presente estudio¹⁴¹.

2.1.1. Problemas provocados por la estructura institucional del sistema ISDS

En el cúmulo de los problemas de ISDS los de la estructura institucional de arbitraje tienen actualmente el mayor grado de elaboración y acuerdo entre los investigadores. Los protectores y los enemigos de arbitraje ISDS ambos aceptan la existencia de ciertas dificultades, por lo tanto, en esta parte del derecho internacional de inversiones actualmente es concentrado el enfoque de la discusión.

2.1.1.1. Falta de imparcialidad de los árbitros

Algunos investigadores no encuentran problema de imparcialidad de los árbitros en los arbitrajes de inversión. Por ejemplo, Francisco González de Cossío señala: “Por alguna razón, el hecho que uno de dichos ordenamientos sea derecho internacional y que el “juez” sea un árbitro, ha generado crítica. Considero que es infundada”¹⁴².

Sin embargo, existen consideraciones acerca de la imparcialidad o “aparente parcialidad” de los árbitros en el arbitraje de inversión. Primero, los árbitros, a

¹³⁹ Sobre todo este punto de crítica es común entre los países desarrollados con un sistema jurídico avanzado. Mientras que las partes demandados eran países del Sur global, la inconsistencia de sus sistemas jurídicas con el estándar de “naciones civilizadas” era “obvio”, sin embargo, como con más frecuencia los Estados desarrollados también son respondientes en el arbitraje de inversión, y las medidas impugnadas son en su mayoría la regulación en áreas clave de política pública, las naciones desarrolladas empezaron a preguntarse si es necesario otorgar una protección más avanzada con respecto a la que ya disponen los ordenamientos jurídicos desarrollados

¹⁴⁰ UNCTAD. *World Investment report 2015*, p. 131.

¹⁴¹ Además, los aspectos procedimentales son los más probables para ser regulados a nivel multilateral, por ejemplo, a través de un instrumento multilateral que se celebrará como un resultado de trabajo de Grupo III de UNCITRAL.

¹⁴² González de Cossío, Francisco. *Op.cit.*, p. 283.

diferencia de los jueces de los tribunales internacionales en otras materias, al momento de resolver el caso y aplicar las normas de derecho internacional no deben cumplir con los requisitos de experiencia en el derecho internacional público o cumplir con los requisitos para ser el juez en su país de procedencia, es decir, son personas privadas y no susceptibles a ningún tipo de control (a pesar de los riesgos de reputación). Sin embargo, su interpretación de las cláusulas de los TBIs influye a las grandes masas de la población por el tamaño de indemnizaciones y las exigencias de cancelación de regulación anteriormente adoptada que actualmente se pide. La mayoría de los AIs no requieren que los árbitros sean competentes en relación con un tema en particular. Los nombrados más frecuentemente tienden a ser expertos en derecho internacional de inversiones. A menudo carecen de familiaridad con los problemas que no son de inversión que pueden ser consideraciones importantes para determinar la legalidad de las acciones estatales. Para un caso particular, la experiencia relacionada con el sistema jurídico del Estado anfitrión, los derechos de los pueblos indígenas, la protección del medio ambiente o los derechos humanos puede ser necesaria para hacer una evaluación adecuada de un reclamo.

Segundo, los árbitros tienen un fuerte conflicto de interés dado que en otros procesos pueden ser representantes de los demandantes, trabajan en un mismo despacho que los representantes de las partes en el mismo caso, o bien, en todos modos están interesados en que en futuros casos les escojan de nuevo las empresas o los Estados, por lo tanto pueden demostrar un sesgo hacia la posición de alguna de las partes¹⁴³. Los investigadores afirman que la evidencia empírica señala que la mayor parte de demandas - el 61% de los reclamos en las que se llega a discutir el fondo del asunto - resultan en un laudo favorable a los inversores, mientras que en 3/4 de las veces una demanda logra pasar la etapa de jurisdicción¹⁴⁴. Como señalan las investigaciones de corte sociológico, "*the selection*

¹⁴³ Aunque es típico destacar el sesgo de los árbitros hacia los intereses privados de inversores, también existe una lista de los árbitros preferidos por los Estados, por lo tanto, el problema consiste más bien en la polarización de los árbitros hacia uno u otro lado de la controversia.

¹⁴⁴ Echaide, Javier. "El derecho internacional de las inversiones...", *cit.*, p. 153.

[of arbitrators] is a key decision in winning or losing”¹⁴⁵. Los árbitros de inversión no están sujetos a los mismos requisitos de independencia y responsabilidad que los jueces. A diferencia de los jueces en los tribunales nacionales e internacionales, los árbitros no tienen seguridad de tenencia (*tenure*) o independencia financiera y no tienen prohibido realizar otro trabajo remunerativo.

Tercero, es usual que los tribunales arbitrales de inversiones estén compuestos por tres árbitros, donde cada parte designa a uno y luego los árbitros de común acuerdo escogen al presidente del tribunal. Los árbitros en principio no pueden ostentar la nacionalidad de ninguna de las partes, a menos que las partes acuerden lo contrario. En práctica, los árbitros casi nunca se ponen de acuerdo en la designación del presidente del tribunal y como consecuencia la secretaría de CIADI - cuando la disputa se ha presentado ante ese centro - designa al presidente (aunque de acuerdo al Convenio respectivo, la secretaría de CIADI propone un nombre a las partes para su consideración). Los árbitros designados pueden ser personas que no estén incluidos en la Lista de Árbitros del CIADI¹⁴⁶. Como consecuencia de ello, a pesar de que la mayoría de los casos arbitrales tienen a un país en desarrollo como demandado, la mayoría de los árbitros provienen de Estados Unidos (21%) y de Europa Occidental (47%), con un porcentaje menor de árbitros originarios de países en desarrollo¹⁴⁷. Otro objeto de críticas es la disparidad de género entre los árbitros: solo el 9,5% de los árbitros que sirvieron en al menos un tribunal del CIADI en el período 2010-2015 eran mujeres¹⁴⁸. Lo que es peor, hay árbitros que son parte de tantos tribunales arbitrales de inversiones bajo CIADI¹⁴⁹,

¹⁴⁵ Dezalay, Yves y Garth, Bryant G. *Op.cit.*, p. 8.

¹⁴⁶ La Lista está compuesta por dos partes: i) Designaciones por parte del Presidente del Consejo Administrativo (Artículo 13(2) del Convenio del CIADI) (10 personas); y ii) Designaciones por parte de los Estados Miembros (Artículo 13(1) del Convenio) (hasta 4 personas de cada país miembro del Convenio).

¹⁴⁷ Echaide, Javier. “El derecho internacional de las inversiones...”, *cit.*, p. 150-151.

¹⁴⁸ Puig, Sergio y Strezhnev, Anton. “The David Effect and ISDS” en *European Journal of International Law*, vol. 28, núm. 3, agosto de 2017, p. 754. Disponible en <https://academic.oup.com/ejil/article/28/3/731/4616684> (fecha de consulta 24.06.2020).

¹⁴⁹ Según el Informe de Inversión Mundial para 2018, compilado por la UNCTAD, los tres árbitros más buscados en el mundo son Gabrielle Kaufmann-Kohler de Suiza y el canadiense L. Yves Fortier con 51 nombramientos cada uno, y Brigitte Stern (Francia) quien fue nombrada árbitro en las 92 disputas. Cfr. UNCTAD. *World Investment Report 2018*, p. 95. Disponible en: http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2018_en.pdf (fecha de consulta 19.07.2019).

que coloquialmente se habla de la creación de una suerte de “club” informal de árbitros de inversiones¹⁵⁰, al margen de la Lista de CIADI. 55% de las demandas hasta el año 2012 fueron resueltas por alguna combinación de tan solo 15 árbitros¹⁵¹, y de las 16 demandas más caras, (de al menos 4,000 millones de USD o más), estos árbitros resolvieron el 75% (12 casos), concentrando de esta manera en sus manos las demandas de mayor importe en el ISDS¹⁵².

Además, es muy frecuente que los árbitros sean abogados en otros procesos de arbitraje, lo que tiene nombre de “cambio de sombreros” (*changing hats*). Por ejemplo, Stanimir A. Alexandrov, uno de los árbitros y consejeros más influyentes en el sistema ISDS, que fue nombrado como árbitro por la empresa británica ICS Inspection and Control Services Ltd. en una demanda contra Argentina, había representado a Vivendi en una demanda anterior también contra Argentina¹⁵³. Por esta relación (de carácter indirecto), Alexandrov fue descalificado¹⁵⁴. He allí la génesis de una de las críticas más robustas a los tribunales arbitrales: su ilegitimidad y apariencia de parcialidad.

La falta de confianza a los árbitros se expresa en los cada vez más frecuentes peticiones de descalificación de los árbitros o las impugnaciones de los laudos por motivos de falta de independencia durante la resolución del caso. Por ejemplo, en el laudo del caso *EDF y otros v. Argentina* el arbitraje le ordenó a Argentina pagar \$136 millones a inversionistas demandantes extranjeros. Argentina trató de revertir esta decisión y argumentó que dos de los tres árbitros (Gabrielle Kaufmann-Kohler y Jesús Remón) no fueron imparciales e independientes, por lo que Argentina creía

¹⁵⁰ Cfr. Eberhardt, Pia y Olivet, Cecilia. *Cuando la injusticia es negocio. Cómo las firmas de abogados, árbitros y financiadores alimentan el auge del arbitraje de inversiones*, Bruselas/Amsterdam, Corporate Europe Observatory y Transnational Institute, 2012, p. 34 y ss. Disponible en https://www.tni.org/files/download/cuando_la_injusticia_es_negocio-web.pdf (fecha de consulta 04.07.2019).

¹⁵¹ *Ibidem*, p. 38

¹⁵² Echaide, Javier. “El derecho internacional de las inversiones...”, *cit.*, p. 150-151.

¹⁵³ Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi S.A. v. Argentine Republic, Caso CIADI No. ARB/97/3. Información acerca del caso disponible en <https://www.italaw.com/cases/309> (fecha de consulta 17.06.2020).

¹⁵⁴ Cfr. ICS Inspection and Control Services Limited (United Kingdom) v. The Republic of Argentina, UNCITRAL, Caso PCA No. 2010-9, Decisión sobre el desafío al árbitro, 17 de diciembre de 2009. Disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0415.pdf> (fecha de consulta 17.06.2020).

que el arbitraje no estaba debidamente establecido y se apartó significativamente de las reglas de procedimiento (Artículos 52 (1) (a) y (d) de la Convención de Washington)¹⁵⁵.

Aunque todas las consideraciones descritas anteriormente son bastante especulativas, y los árbitros designados para resolver las controversias inversionista-Estado pertenecen a la élite intelectual del mundo jurídico moderno, la mera posibilidad de que los árbitros puedan estar sesgados al considerar disputas de inversión arroja una sombra sobre la legitimidad de todo el sistema ISDS y, por lo tanto, en esta parte necesita en revisión. Cualquier sistema de resolución de disputas (y el arbitraje de inversiones no es una excepción) evocará mucha más credibilidad si se basa en algunas garantías institucionales de la independencia e imparcialidad de los jueces o árbitros, en lugar de la confianza en sus cualidades personales.

2.1.1.2. La ausencia de apelación

Los errores sustantivos de los tribunales arbitrales, si se presentan, no pueden corregirse de manera efectiva a través de los mecanismos de revisión existentes. En particular, bajo el Convenio CIADI son posibles los siguientes procedimientos en el caso si un laudo presenta inconsistencias:

- 1) Decisión suplementaria o rectificación. Si una parte considera que el Tribunal ha omitido resolver un punto en el laudo, podrá solicitar una decisión suplementaria del mismo Tribunal (Artículo 49(2) del Convenio del CIADI, Regla 49 de las Reglas de Arbitraje¹⁵⁶). Una parte también podrá solicitar una decisión que rectifique errores materiales, aritméticos o similares;

¹⁵⁵ EDF International S.A., SAUR International S.A. and León Participaciones Argentinas S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/23. Decisión sobre anulación de 5 de febrero de 2016, parr. 86 y ss. Disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7091.pdf> (fecha de consulta 11.03.2020)

¹⁵⁶CIADI. Las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje. Disponible en https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/2006%20CRR_Spanish-final.pdf (fecha de consulta 18.06.2020).

- 2) Aclaración iniciada por la solicitud de alguna de las partes para determinar el significado o alcance de un laudo (Artículo 50 del Convenio del CIADI, Reglas 50, 51, 53 y 54 de las Reglas de Arbitraje del CIADI);
- 3) Revisión. Una parte podrá solicitar la revisión del laudo si descubre un hecho nuevo que pudiera influir decisivamente en el laudo (Artículo 51 del Convenio del CIADI, Reglas 50, 51, 53 y 54 de las Reglas de Arbitraje). El hecho nuevo debe haber sido desconocido por el Tribunal y por la parte que inicia la revisión al momento del dictado del laudo, y el desconocimiento de esta parte no puede deberse a su propia negligencia. Una parte también podrá solicitar la suspensión de la ejecución del laudo hasta la decisión sobre revisión;
- 4) La anulación, que es un recurso de carácter excepcional que opera como salvaguarda contra la violación de principios fundamentales del derecho relacionados con el proceso (Artículo 52 del Convenio del CIADI, Reglas 50 y 52-55 de las Reglas de Arbitraje). Una parte podrá solicitar la anulación total o parcial del laudo fundada en una o más de las siguientes causas:
 - que el Tribunal se constituyó incorrectamente;
 - que el Tribunal se ha extralimitado manifiestamente en sus facultades;
 - que hubo corrupción de algún miembro del Tribunal;
 - que ha habido quebrantamiento grave de una norma de procedimiento; o
 - que no se han expresado en el laudo los motivos en que se funda.

Como se señala, en la historia de las decisiones sobre anulación los comités han utilizado varios criterios para fundamentar la anulación de laudos por razones de la motivación inadecuada¹⁵⁷. El estándar más aceptado fue formulado por los comités *ad hoc* en los casos *AMCO v. Indonesia*¹⁵⁸, *Mine v. Guinea*¹⁵⁹, *Mitchell v.*

¹⁵⁷ González de Cossío, Francisco. *Op.cit.*, p. 48 y ss.

¹⁵⁸ *Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia*, Caso CIADI No. ARB/81/1, Decisión del Comité ad hoc sobre la solicitud de anulación de 20 de noviembre de 1984. Disponible en https://jsumundi.com/en/document/decision/en-amco-asia-corporation-and-others-v-republic-of-indonesia-ad-hoc-committee-decision-on-the-application-for-annulment-friday-16th-may-1986#decision_1035 (fecha de consulta 01.05.2020).

¹⁵⁹ *Maritime International Nominees Establishment v. Republic of Guinea*, Caso CIADI No. ARB/84/4, Decisión sobre la solicitud de Guinea de anulación parcial del Laudo, 22 de diciembre de 1989.

*Congo*¹⁶⁰ y consiste en que las razones de un laudo deben permitir un entendimiento del razonamiento del tribunal, es decir, por lo mínimo un laudo debe contener las razones por las cuales un tribunal ha llegado a tal o cual conclusión.

Luego, el incumplimiento grave de una norma fundamental de procedimiento puede llevar a la nulidad del laudo cuando priva del beneficio o de la protección prevista por la norma, u ocasiona al tribunal a “obtener un resultado sustancialmente distinto del que habría otorgado de haberse respetado dicha ley”¹⁶¹. La norma de procedimiento fundamental es una norma que impacta lo que constituye un “debido proceso”, es decir, son normas esenciales de procedimiento o criterios mínimos de procedimiento que deben ser respetados como un asunto de Derecho Internacional.

De esta manera, como regla general en contra de los laudos de los tribunales arbitrales de inversión no cabe la apelación. Por ello, con frecuencia las partes hacen uso del mecanismo de nulidad. Sin embargo, el procedimiento de creación del comité *ad hoc* que decide la nulidad es igual de largo y oneroso que la constitución original del tribunal arbitral. Además, los comités de anulación igual se crean individualmente para una disputa específica y, por lo tanto, pueden estar en desacuerdo con los comités que han examinado cuestiones similares en otros casos. Así pues, el resultado del procedimiento de nulidad es cada vez imprevisible.

2.1.1.3. Inconsistencia, incoherencia y falta de previsibilidad del sistema

Como ya fue señalado, una característica del derecho internacional de inversiones es que no tiene reglas uniformes sustantivas y procesales. No existe un organismo único para la resolución de disputas de inversión. El resultado es la imprevisibilidad en la aplicación e interpretación de los acuerdos internacionales de inversión y las

Disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8608.pdf> (fecha de consulta 01.05.2020)

¹⁶⁰ Mr. Patrick Mitchell v. Democratic Republic of the Congo, Caso CIADI No. ARB/99/7, Decisión sobre la solicitud de anulación del 1º de noviembre 2006. Disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0537.pdf> (fecha de consulta 01.05.2020).

¹⁶¹ Repsol YPF Ecuador S.A. v. Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador), Caso CIADI No. ARB/01/10, Decisión sobre la solicitud de anulación de 8 de enero de 2007, parr. 81, p. 42. Disponible en https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7999_0.pdf (fecha de consulta 01.05.2020).

cláusulas típicas consagradas en ellos, hasta que en circunstancias similares las decisiones pueden ser completamente diferentes.

Un ejemplo ya ampliamente analizado en las discusiones acerca del tema es de los casos *CME Czech Republic B.V. y Ronald Lauder*, donde los dos tribunales de arbitraje llegaron a distintos criterios para dar una definición de la expropiación que conlleva el pago de indemnización. Según los hechos, por las medidas estatales de la República Checa fue roto el contrato con una empresa holandesa, lo que dió origen a dos reclamaciones: una de la misma empresa (derivada del TBI entre los Países Bajos y Chequia), y otro de su accionista mayoritario (basada en el TBI entre Chequia y los EEUU). En el laudo del caso *CME Czech Republic B.V.* el Tribunal manifestó que las medidas estatales dieron lugar a una expropiación indirecta, basando su opinión en el caso *Metalclad v. México*:

In the *Metalclad Corporation v. United Mexican States* case (ICSID Case No. ARB (AF)/97/1 (2000) in respect to NAFTA Article 1110 (expropriation), the ICSID Tribunal stated that an expropriation under this provision included not only open, deliberate and acknowledged takings of property, such as outright seizure or formal or obligatory transfer of title in favour of the host State, but also covert or incidental interference with use of property which has the effect of depriving the owner, in whole or in significant part, of the use or reasonably to be expected economic benefit of property *even if not necessarily to the obvious benefit of the host State*. Thus, by permitting or tolerating the conduct of the municipality, which the tribunal had held amounted to an unfair and inequitable treatment that breached Article 1105, and by participating or acquiescing in the denial to the investor of the right to operate, notwithstanding the fact that the project had been fully approved and endorsed by the federal Government, the State Party must in the tribunal's opinion have taken a measure tantamount to expropriation in violation of Article 1110 (1)¹⁶².

Sin embargo, en el caso *Ronald Lauder* el Tribunal sostuvo que no había existido la expropiación indirecta justamente por la razón que el Estado o los terceros no habían beneficiado de la medida estatal, por lo tanto no cumplen los requisitos de la expropiación:

¹⁶² *CME Czech Republic B.V. v. The Czech Republic*, UNCITRAL, Laudo parcial de 13 de septiembre de 2001, parr. 606, p. 170 (énfasis agregado). Disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0178.pdf> (fecha de consulta 27.10.2019).

In addition, even assuming that the actions taken by the Media Council in the period from 1996 through 1999 had the effect of depriving the Claimant of his property rights, *such actions would not amount to an appropriation - or the equivalent - by the State, since it did not benefit the Czech Republic or any person or entity related thereto, and was not taken for any public purpose*¹⁶³.

Un ejemplo más reciente y aún más interesante son el caso *Urbaser y CABB v. Argentina* y el caso gemelo *Impregilo v. Argentina*. Las dos empresas demandantes eran los accionistas de la empresa CABB constituida en Argentina. Impregilo S.p.A era el accionista italiano que poseía el 42,6% de la compañía y presentó a CIADI una demanda por separado contra Argentina sobre la base del TBI entre Italia y Argentina del 1990 sólo unos meses antes de una demanda de Urbaser S.A., otro accionista, y CABB. El laudo en el caso *Impregilo v. Argentina*, emitido cinco años antes de que terminó arbitraje en *Urbaser y CABB v. Argentina*, reconoció una violación del estándar de trato justo y equitativo por parte de Argentina y otorgó una compensación al inversionista extranjero por un monto de US \$ 21,294 millones¹⁶⁴. Por otro lado, el arbitraje de *Urbaser y CABB v. Argentina*, aunque también aceptó la una violación de dicho estándar por acciones del Estado durante los intentos de la empresa a revisar las tarifas, pero no la consideró el factor determinante para el fracaso de la empresa y se negó a compensar las pérdidas de los demandantes debido a la falta de un vínculo causal entre la violación y la existencia de pérdidas¹⁶⁵.

Otro ejemplo es la interpretación de los tribunales acerca del estado de necesidad en varios casos contra Argentina que tienen su origen en las medidas adoptadas por el gobierno argentino después de la crisis de 2000. La mayoría de estos casos se presentaron sobre la base del TBI Argentina - Estados Unidos de

¹⁶³ Ronald Lauder v. The Czech Republic, UNCITRAL, Laudo final de 3 de septiembre de 2001, parr. 203, p. 44 (énfasis agregado). Disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0451.pdf> (fecha de consulta 27.10.2019).

¹⁶⁴ Impregilo S.p.A. v. Argentine Republic, Caso CIADI No. ARB/07/17, Laudo de 21 de junio de 2011. Disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7993.pdf> (fecha de consulta 17.12.2019).

¹⁶⁵ Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. la República Argentina, Caso CIADI ARB/07/26, Laudo de 8 de diciembre de 2016. Disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9627.pdf> (fecha de consulta 17.12.2019).

1991 y todos se referían al mismo contexto fáctico de las medidas de emergencia adoptadas por el gobierno argentino después de 2000. Todos los tribunales abordaron el impacto de una emergencia económica en las obligaciones del Estado anfitrión extensamente y han sido ampliamente comentados. Todos descubrieron que, en principio, las graves dificultades económicas o financieras pueden dar lugar a un estado de necesidad¹⁶⁶. Sin embargo, en caso *CMS v. Argentina* y, después de *CMS*, en casos *Enron*, *Sempra*, *BG Group Plc.* y *National Grid v.* los arbitrajes llegaron a la conclusión de que la situación en Argentina no podía justificar la anulación de las obligaciones de inversión en virtud de los TBI aplicables, mientras que en casos *LG&E* y *Continental Casualty* los árbitros descubrieron que la crisis económica constituía un estado de necesidad que excluía la ilicitud de las violaciones del TBI. Los tribunales mostraron dos estándares de revisión diferentes en cuanto al “margen de discreción” permitido a los Estados al aplicar medidas de emergencia. Mientras que en el caso *CMS* el tribunal, aplicando un enfoque muy intervencionista, consideró que la crisis económica no había resultado en un “colapso económico y social total”¹⁶⁷ y por lo tanto no dió razón para la preclusión de ilicitud¹⁶⁸, el tribunal *LG&E* determinó que “los intereses esenciales del estado argentino se vieron amenazados en diciembre de 2001. Se enfrentó a una amenaza extremadamente grave para su existencia, su supervivencia política y económica, la posibilidad de mantener sus servicios esenciales en funcionamiento y la preservación de su paz interna”¹⁶⁹. Finalmente, el tribunal concluyó que “desde el 1 de diciembre de 2001 hasta el 26 de abril de 2003, Argentina se encontraba en un período de crisis durante el cual era necesario promulgar medidas para mantener el

¹⁶⁶ En particular, en el caso *LG&E* el tribunal señaló: “Lo que se considera un interés “esencial”, no debe entenderse limitado a aquellos intereses referidos a la existencia del Estado. Tal como lo ha demostrado la práctica, intereses económicos, financieros o relacionados con la protección del Estado frente a cualquier peligro que comprometa gravemente su situación interna o externa son también considerados intereses esenciales”. *LG&E, LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., LG&E International Inc. v República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/1, Decisión sobre Responsabilidad, 3 de octubre de 2006, parr. 251. Disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0461.pdf> (fecha de consulta 13.04.2020)

¹⁶⁷ *CMS Gas Transmission Company v. República de Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/8, Laudo, 12 de mayo 2005, parr. 355, p. 102. Disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0184.pdf> (fecha de consulta 13.05.2020).

¹⁶⁸ *Ibidem*, parr. 320, 321.

¹⁶⁹ *LG&E v. Argentina*, parr. 257

orden público y proteger sus intereses esenciales de seguridad”¹⁷⁰. Como resultado, se encontró que Argentina durante ese período estaba exenta de responsabilidad. Los arbitrajes en casos *CMS* y *LG&E* tampoco tuvieron resultados similares en resolver las preguntas si las medidas adoptadas por Argentina eran los únicos posibles o si el gobierno contribuyó al desarrollo de la crisis económica.

Aunque los dos tribunales coincidieron en una serie de aspectos importantes sobre la defensa basada en estado de necesidad bajo el derecho internacional, su evaluación conflictiva del estado de las cosas que prevaleció en Argentina durante el mismo período crítico creó una situación inquietante, demostrando la falta de previsibilidad de sistema de arbitraje de inversiones¹⁷¹. Durante los años siguientes la posición del caso *CMS* era la que prevalecía, no obstante, el laudo de 2008 del caso *Continental Casualty* reanimó el debate al soportar el punto de vista de *LG&E*. Al sostener que las medidas de emergencia de Argentina eran permisibles bajo el Artículo XI del TBI Argentina-Estados Unidos, arrojó dudas sobre el frágil consenso aparentemente encontrado en la mayoría de los casos anteriores. El tribunal *Continental Casualty* no se basó tanto en el estándar de estado de necesidad del derecho internacional consuetudinario, más bien se apoyó en la cláusula de derogación del TBI aplicable. En este caso el Tribunal otorgó al Estado la mayor libertad para determinar qué objetivos de política desea alcanzar y cuál es la mejor manera de alcanzarlos¹⁷².

En base a lo anterior, una de las críticas que también se escucha por parte de los inversionistas es la falta de consistencia en el proceso de resolución de conflictos en arbitrajes de inversión. Con frecuencia se aplican criterios diferentes a hechos similares. En otras palabras, los precedentes de los tribunales arbitrales que no son obligatorios, tampoco sirven de guía, creando incertidumbre entre todos los usuarios del sistema de arbitraje de inversiones, en especial acerca de las obligaciones clave de los Estados bajo los AIs.

¹⁷⁰ *ibidem*, parr. 226.

¹⁷¹ Cfr. Reinisch, August. “Necessity in Investment Arbitration”, *Netherland Yearbook of International Law 2010: Necessity Across International Law*, T.M.C. Asser press, La Haya, vol. 41, 2011, p. 147.

¹⁷² Cfr. Roberts, Anthea. “The Next Battleground: Standards of Review in Investment Treaty Arbitration”, *International Council for Commercial Arbitration Congress Series*, vol. 16, 2011, p. 172. Disponible en <https://www.ssrn.com/abstract=2186208> (fecha de consulta 27.01.2020).

Los resultados contradictorios en circunstancias idénticas son la consecuencia de los procesos múltiples, los cuales a su vez son el resultado principalmente de dos tipos de situaciones. El primer tipo de situación (como en los casos *Urbaser* y *Impregilo*) se produce cuando distintas entidades que conforman la misma estructura societaria están legitimadas para actuar contra un Estado en relación con la misma inversión, respecto de la misma medida adoptada por el Estado y para proteger intereses sustancialmente idénticos. Esas entidades pueden presentar sus demandas en distintos foros y con arreglo a diferentes fuentes de derecho, pero en términos fácticos piden la misma reparación por la misma acción, lo que podría dar lugar a múltiples indemnizaciones. El segundo tipo de situación se produce cuando la medida adoptada por el Estado tiene consecuencias en varios inversionistas que no están relacionados entre sí, como sucedió en Argentina en 2001-2003. Un cambio en las políticas de un Estado puede afectar a toda una serie de contratos pactados con diferentes inversores que contengan una cláusula de estabilización¹⁷³. Si bien en general algunas de las cuestiones de hecho y derecho que se planteen en esos procesos serán comunes a todos los demandantes, las resoluciones que dicten los distintos tribunales conducirán previsiblemente a resultados dispares. La UNCTAD concluyó que los laudos emitidos en 2011 demostraron que los tribunales continúan en desacuerdo sobre las definiciones y estándares básicos de los AII, lo que socava aún más la previsibilidad del sistema¹⁷⁴. La falta de previsibilidad agrava el desafío del cumplimiento para los Estados anfitriones, así como exacerba el efecto de enfriamiento regulatorio (*regulatory chill*)¹⁷⁵ mencionado más adelante¹⁷⁶.

No obstante, los investigadores expresan incertidumbre acerca de que la uniformidad completa en forma de jurisprudencia constante sea posible. Más bien,

¹⁷³ “Las cláusulas de estabilización, de forma general, sirven al interés del inversor extranjero de garantizar, respecto a su inversión, el mantenimiento de ciertas condiciones presentes en dicho Estado en el momento de la celebración del contrato, creando un entorno estable y de confianza para el desarrollo de la inversión”. Iruretagoiena Agirrezabalaga, Iñigo. *Op. cit.*, p. 271.

¹⁷⁴ UNCTAD. IIA Issues Note No. 1: “Latest Developments in Investor-State Dispute Settlement”, UNCTAD, 2012, p. 14. Disponible en https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaeia2012d10_en.pdf (fecha de consulta 13.05.2020).

¹⁷⁵ En el presente estudio se utilizará el concepto “enfriamiento regulatorio” para traducir el concepto “*regulatory chill*” a idioma español, sin embargo, algunos autores utilizan otras opciones de traducción, a saber: “enfriamiento normativo”, “enfriamiento reglamentario”, “disuasión reguladora”, “parálisis normativa”, “congelación normativa”, etc.

¹⁷⁶ Cfr. Van Duzer, J. Antony *et al.* *Op. cit.*, p. 403.

el fin podría ser lograr un acuerdo sobre interpretaciones uniformes de disposiciones particularmente redactadas, introduciendo un elemento de previsibilidad, pero prestando la debida atención a las diferencias en lenguaje de cada acuerdo particular y la voluntad de sus Partes¹⁷⁷.

2.1.1.4. Falta de transparencia

Como el arbitraje ISDS históricamente ha seguido el modelo de arbitraje comercial, una de sus características pertinentes era la confidencialidad. La necesidad de mantener la confidencialidad durante el procedimiento de ISDS puede deberse a varias razones, entre las cuales se encuentran los riesgos de reputación asociados con un laudo arbitral no a favor de una de las partes, y la necesidad de mantener secretos comerciales o información relacionada con las actividades económicas de las partes. La confidencialidad de los laudos enfatiza la naturaleza estrictamente pura de la solución de controversias del arbitraje de inversiones actual, con el objetivo simplemente de resolver la disputa entre las dos partes¹⁷⁸.

El arbitraje ISDS siempre se ha considerado cerrado e inaccesible, lo que generó sospechas de su uso injusto, así como el interés y, en consecuencia, el sesgo de los árbitros. A pesar de los esfuerzos recientes para aumentar la transparencia y la apertura del procedimiento para resolver disputas internacionales de inversión (en particular, la adopción en 2014 de la Convención de Mauricio sobre la Transparencia¹⁷⁹ y el Reglamento sobre la Transparencia de UNCITRAL¹⁸⁰, así como la transmisión de audiencias orales CIADI, por ejemplo en el caso *Vattenfall*

¹⁷⁷ Cfr. Bjorklund, Andrea K. "Can International Investment Law Be Restated?: Or Is Jurisprudence Constante the El Dorado of Investment Treaty Lawyers?" en Bjorklund, Andrea K. (ed.). *Yearbook on International Investment Law & Policy 2014–2015*, Nueva York, Oxford University Press, 2016, p. 102.

¹⁷⁸ Ortino, Federico. "Transparency of investment awards. External and internal dimensions" en Nakagawa, Junji (ed.). *Transparency in International Trade and Investment Dispute Settlement*, Nueva York, Routledge, 2013, p. 134.

¹⁷⁹ Convención de las Naciones Unidas sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado, Nueva York, 2014. Disponible en <https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/transparency-convention/Transparency-Convention-s.pdf> (fecha de consulta 17 de diciembre 2019).

¹⁸⁰ Reglamento de la CNUDMI sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado. Disponible en <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/rules-on-transparency-s.pdf> (fecha de consulta 17 de diciembre 2019).

v. *Alemania II*), los procedimientos de arbitraje de inversiones extranjeras aún pueden llevarse a cabo de manera confidencial, hasta en algunos casos los laudos no se publican¹⁸¹. Al presentar los datos estadísticos, las organizaciones internacionales admiten que una parte importante del arbitraje puede ser desconocida y, por lo tanto, no reflejada.

No obstante, con el perfil nuevo de las disputas, cuando el inversor busca alivio de las acciones de un Estado anfitrión que se han tomado con el fin de cumplir con su responsabilidad de regular en interés público, para que la adjudicación de los desafíos a tales actos públicos se considere legítima el proceso debe cumplir con ciertas normas de apertura y responsabilidad. El desarrollo sostenible requiere la elaboración de normas que garanticen la representación justa de todas las partes interesadas afectadas¹⁸².

Los investigadores señalan varios efectos positivos al aumentar la transparencia del sistema ISDS (en cualquier modelo institucional). La transparencia de los laudos mejora la claridad y la previsibilidad del derecho de inversiones, por tanto, conduce a su desarrollo (y eventualmente a la coherencia). La transparencia aumenta la comprensión, la confianza y la legitimidad del sistema de inversión más allá de los participantes tradicionales en la relación de inversión para incluir a la sociedad civil en general. La publicación de laudos promueve el buen gobierno, ya que permite al público en general observar y evaluar la conducta del gobierno anfitrión con respecto al ejercicio de sus funciones públicas. Esto se aplica igualmente a la conducta del inversor, ya que su administración corporativa está sujeta a un escrutinio creciente¹⁸³.

En el campo del arbitraje de inversiones, el principio de transparencia representa la posibilidad de que terceros que no participan en la disputa asistan a las audiencias o supervisen su efectuación, participen directamente en la consideración de la disputa haciendo presentaciones (por ejemplo, actuando como

¹⁸¹ Se señala que es más probable que los resultados del arbitraje bajo reglas de UNCITRAL no será disponible públicamente en comparación con los laudos del CIADI. Cfr. Ortino, Federico. *Op. cit.*, p. 130.

¹⁸² Cfr. Van Duzer, J. Antony *et al.* *Op. cit.*, p. 402.

¹⁸³ Ortino, Federico. *Op. cit.*, p. 133-134.

los llamados “amigos del tribunal” - *amicus curiae*) y también tengan acceso abierto a los materiales del caso. Con la adopción de las Reglas de UNCITRAL, este principio se ha finalizado y actualmente implica: 1) publicidad de las audiencias; 2) publicación de documentos presentados por las partes; 3) publicación de decisiones tomadas por el tribunal de arbitraje; 4) publicación de escritos presentados por terceros y partes en un tratado internacional que no participa en el caso. Por las razones de fuerte interés público en resolución de conflictos inversionista – Estado, la apertura de todos los procedimientos de arbitraje y la accesibilidad de todos los documentos contribuyen directamente a beneficio de un número indefinido de personas que se verán afectadas por la decisión del arbitraje.

Dentro del sistema ISDS actual la participación de la ciudadanía es posible a través del instituto de *amicus curiae*. En general, los terceros que con el consentimiento de las partes están involucrados en el proceso para proporcionar aclaraciones sobre un tema controvertido son organizaciones internacionales, así como organizaciones no gubernamentales y asociaciones que expresan la opinión de grupos sociales relevantes y, por lo tanto, defienden los intereses públicos. Las terceras partes proporcionan al arbitraje su opinión en forma de los escritos, sin embargo, el arbitraje no está obligado a aceptarlos y si considera que los terceros no podrán proporcionar alguna información desconocida por el arbitraje puede rechazar su participación¹⁸⁴. Por lo tanto, queda a discreción del arbitraje establecer cuáles organizaciones pueden participar en el proceso. Sobre ello, se ha señalado que la Regla 37(2) de las Reglas de Arbitraje del CIADI “no crea un derecho ni un *status* en favor de los *amici curiae* que los autorice a participar en los procedimientos

¹⁸⁴ Por ejemplo, en el caso *Pac Rim Cayman LLC v. El Salvador* en una presentación de la parte no contendiente, el Centro de Derecho Ambiental Internacional (*CIEL* por sus letras en inglés) argumentó que las medidas de El Salvador con respecto al proyecto de inversión estaban respaldadas por sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos y medio ambiente. Sin embargo, el tribunal consideró innecesario abordar la contribución del *CIEL*, porque las partes contendientes no dieron su consentimiento para revelar la evidencia fáctica a dicho Centro, y porque las decisiones del tribunal “no requieren que el Tribunal considere específicamente el caso legal presentado por *CIEL*; y, dadas las circunstancias, sería inapropiado que el Tribunal lo hiciera”. Cfr. *Pac Rim Cayman LLC v. La República de El Salvador*, Caso CIADI No. ARB/09/12, Laudo de 14 de octubre de 2016, párr. 3.30. Disponible en: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7641_0.pdf (fecha de consulta 09.10.2018).

arbitrales CIADI. La participación está supeditada a la decisión autónoma de cada tribunal arbitral”¹⁸⁵.

Algunos investigadores abogan por la participación más amplia de los *amicus curiae*, mientras que otros se centran en una serie de inconvenientes relacionados con la participación de terceros en la solución de controversia, a saber: el impacto en la imparcialidad, la politización del proceso, el aumento de la duración de los procedimientos y aumento de los costos de resolver el caso. Las presentaciones de terceros a menudo repiten los argumentos de la parte en la controversia en cuyo favor se hace tal presentación; indican la presencia de interés público para influir en la opinión de los árbitros, aunque dicho interés, basado en la naturaleza de la disputa puede estar ausente, además, los árbitros tienen la tarea adicional de observar los intereses económicos y políticos de las partes. Además, un aumento en la transparencia significa un aumento en el costo del procedimiento del ISDS ya demasiado costoso. Para disminuir los posibles efectos negativos, el Reglamento sobre la Transparencia de UNCITRAL estipula la obligación de terceros de revelar información sobre su interés, sin importar qué interés se exprese, o sobre la existencia de otras relaciones con una de las partes en la controversia¹⁸⁶.

¹⁸⁵ Medina-Casas, Héctor Mauricio. “Las partes en el arbitraje CIADI”, *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2009, núm. 15, p. 234. Disponible en: <http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/internationallaw/article/viewFile/13857/11152> (fecha de consulta 21.11.2019); Las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje (Reglas de Arbitraje) del CIADI, Regla 37 (2): “Después de consultar a ambas partes, el Tribunal puede permitir a una persona o entidad que no sea parte en la diferencia (en esta regla “parte no contendiente”) que efectúe una presentación escrita ante el Tribunal, relativa a cuestiones dentro del ámbito de la diferencia. Al determinar si permite dicha presentación, el Tribunal deberá considerar, entre otras cosas, en qué medida: (a) la presentación de la parte no contendiente ayudaría al Tribunal en la determinación de las cuestiones de hecho o de derecho relacionadas con el procedimiento al aportar una perspectiva, un conocimiento o una visión particulares distintos a aquéllos de las partes en la diferencia; (b) la presentación de la parte no contendiente se referiría a una cuestión dentro del ámbito de la diferencia; (c) la parte no contendiente tiene un interés significativo en el procedimiento. El Tribunal deberá asegurarse de que la presentación de la parte no contendiente no perturbe el procedimiento, o genere una carga indebida, o perjudique injustamente a cualquiera de las partes, y que ambas partes tengan la oportunidad de someter observaciones sobre la presentación de la parte no contendiente”.

¹⁸⁶ Reglamento sobre la Transparencia de UNCITRAL, artículo 4, fracción 2.

2.1.1.5. Costos y plazos del arbitraje

También es una crítica muy frecuente al sistema ISDS que el arbitraje toma aún más tiempo que la resolución de un caso en los tribunales nacionales. Según las estimaciones, desde que el procedimiento es iniciado hasta que se resuelve el recurso de anulación interpuesto contra el laudo definitivo pueden transcurrir un promedio de 6 años¹⁸⁷. Aún cuando las partes no recurren al proceso de anulación, existe un dato que en promedio los arbitrajes toman más de 2 años hasta que se produzca el laudo final, mientras que los gastos y honorarios de los arbitrajes de inversiones son exageradamente altos.

El alto costo de los arbitrajes es una preocupación tanto para los inversores (especialmente las pequeñas y medianas empresas) como para los Estados. Como el arbitraje no siempre sigue el principio “la parte vencida paga”, a veces los Estados, aunque ganaron el caso, tienen que cubrir sus gastos de los recursos públicos. Desde la perspectiva de un Estado, el promedio de \$8 millones gastados en abogados y árbitros es una carga significativa en las finanzas públicas y evite el uso de esos fondos para otros objetivos¹⁸⁸. Aún más, en el caso de obligar a un demandante a indemnizar los costos, los Estados enfrenten las dificultades para recobrar dichos gastos de los inversionistas y no tienen garantías de pago de las costas, que constituye un motivo de preocupación¹⁸⁹. Varios países señalan que los tribunales ISDS raramente exigían garantías de pago de los gastos del proceso y solo lo habían hecho en circunstancias muy especiales, a pesar de que dicha posibilidad estaba prevista en algunos reglamentos de arbitraje. Como consecuencia de ello, los Estados demandados no pudieron recuperar los gastos en que habían incurrido para defenderse de reclamaciones infundadas o de mala

¹⁸⁷ Pérez Pacheco, Yaritza y Méndez Salom, Elizabeth, “Recurso de anulación contra laudos CIADI ¿Refuerza la autonomía del sistema o contraría la celeridad del arbitraje internacional?”, *Anuario Latinoamericano de Arbitraje*, Perú, Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, núm. 1, p. 202.

¹⁸⁸ Cfr. UNCTAD. IIA issues note, No 2: “Reform of Investor-State Dispute Settlement: In Search of a Roadmap Special issue for the Multilateral Dialogue on Investment”, 2013, p. 4. Disponible en https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2013d4_en.pdf (fecha de consulta 13.05.2020).

¹⁸⁹ Cfr. UNCITRAL. Informe del Grupo de Trabajo III (Reforma del Sistema de Solución de Controversias entre Inversionistas y Estados) sobre la labor realizada en su 34º período de sesiones (Viena, 27 de noviembre a 1 de diciembre de 2017), Primera parte, A/CN.9/930/Rev.1, 19 de diciembre de 2017, párrs. 56 y 68. Disponible en <https://undocs.org/es/A/CN.9/930/Rev.1> (fecha de consulta 15.01.2020).

fe¹⁹⁰. Por lo tanto, mientras que los inversionistas cuentan con las garantías legales (el laudo es igual ejecutable que cualquier sentencia de tribunal nacional) y políticos (el Estado prefiere pagar la indemnización para no perder la financiación futura por las organizaciones financieras internacionales, o por lo menos para no bajar la atraktividad de su mercado para otros inversores), los Estados se enfrentan en la ausencia de los mecanismos de coerción.

Esta preocupación podría ser resuelta a través del mecanismo de garantías de pago de las costas¹⁹¹. Una resolución del tribunal por la que se ordene otorgar una garantía del pago de las costas obliga a una de las partes a proporcionar una garantía que cubra el costo estimado que la otra parte deberá pagar para defenderse contra la demanda. En función de cómo asigne las costas el tribunal al final del proceso, se devolverá la garantía a la parte que la haya proporcionado o se cobrará de ella la otra parte. Además, la posibilidad de que se exijan garantías de pago de las costas podría servir para disuadir a las partes de presentar demandas infundadas. Por otro lado, debe tenerse en cuenta cómo repercutirá dicho mecanismo en la posibilidad de las pequeñas y medianas empresas de acceder al sistema ISDS, asimismo, exigir garantías del pago de las costas podría no ser adecuado, en particular, si la falta de fondos del inversionista se debiera a una medida adoptada por un Estado.

Los problemas de costos y plazos del arbitraje son interconectados dado que en práctica a los árbitros y a los abogados de las partes se paga por el día de trabajo.

¹⁹⁰ Cfr. UNCITRAL. Informe del Grupo de Trabajo III (Reforma del Sistema de Solución de Controversias entre Inversionistas y Estados) sobre la labor realizada en su 36º período de sesiones (Viena, 29 de octubre a 2 de noviembre de 2018), A/CN.9/964, 6 de noviembre de 2018, párr. 129. Disponible en <https://undocs.org/es/A/CN.9/964> (fecha de consulta 15.01.2020).

¹⁹¹ El Reglamento de Arbitraje de la UNCITRAL establece que los tribunales tienen la facultad de ordenar que se otorguen garantías de pago de las costas. En el artículo 26, párrafo 2, del Reglamento se prevé que el tribunal pueda dictar medidas cautelares, por ejemplo, ordenar que una parte proporcione algún medio para preservar bienes que permitan ejecutar todo laudo subsiguiente. Las condiciones que deben darse para otorgar medidas cautelares se especifican en el artículo 26, párrafo 3. Cfr. UNCITRAL. Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (revisado en 2010), Naciones Unidas, Nueva York, 2011. Disponible en <https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/arb-rules-revised/arb-rules-revised-s.pdf> (fecha de consulta 12.11.2020). El artículo 47 del Convenio del CIADI dispone que el tribunal, si considera que las circunstancias así lo requieren, podrá recomendar la adopción de aquellas medidas provisionales que considere necesarias para salvaguardar los derechos de las partes. Esa disposición proporciona una base para que el Estado demandado pueda solicitar que el demandante constituya una garantía financiera como condición para la continuación del proceso.

En promedio la asignación de los árbitros toma hasta 8 meses, durante los cuales las partes pagan la asesoría legal de sus representantes. Una vez concluido el procedimiento un período de tiempo significativo también se toma para concluir el laudo y notificar las partes de la decisión final. Y aunque las partes tienen las fechas límite para realización de las actuaciones, las mismas no existen para las decisiones de los árbitros.

A su vez, se afirma que la duración y el costo excesivos de ISDS podían atribuirse a varios factores de carácter sistémico, en particular:

“a prácticas abusivas, a la existencia de procesos paralelos, a la falta de procedimientos claros y a la ausencia de un mecanismo para desestimar demandas infundadas en una etapa temprana. ... Se añadió que estas cuestiones habían redundado en una falta de uniformidad y, algo que era especialmente importante para los Estados demandados, en la imprevisibilidad del resultado. Otro problema era que comúnmente los mismos árbitros eran designados para actuar en varios casos, lo que ocasionaba más demoras, prolongaba la duración del proceso y generaba un aumento aun mayor del costo”¹⁹².

Además, algunos autores señalan la posible correlación con el estilo cada vez más “americano” de los laudos (es decir, su inclinación hacia la tradición de *common law*) que cada día son más “enormes”, en consecuencia, el estudio de precedentes requiere más tiempo¹⁹³.

Por consiguiente, podemos concluir que el arbitraje ISDS actualmente difiere sustancialmente de su idea original de ser una alternativa rápida y barata a los tribunales nacionales.

2.3. Problemas provocados por la existencia la protección especial para las inversiones extranjeras

2.3.1. Introducción

Como ya fue señalado anteriormente, una de las preguntas principales de las discusiones acerca del arbitraje de inversiones es por qué, en principio, en un país

¹⁹² Cfr. UNCITRAL. Informe del Grupo de Trabajo III (Reforma del Sistema de Solución de Controversias entre Inversionistas y Estados) sobre la labor realizada en su 34º período de sesiones (Viena, 27 de noviembre a 1 de diciembre de 2017), Primera parte, A/CN.9/930/Rev.1, 19 de diciembre de 2017, párr. 46.

¹⁹³ Graham, James. *Op. cit.*, p. 379

con un sistema judicial desarrollado, es necesario crear un procedimiento distinto (sin relevancia si está construido en forma de arbitraje *ad hoc* o de un tribunal permanente) para la solución de disputas sólo para inversores extranjeros, discriminando abiertamente contra las empresas nacionales. Existe una opinión que en un ordenamiento desarrollado el único estándar necesario para los inversores extranjeros será el de no discriminación, dado que todos otros estándares típicos de los AIs (no expropiación, trato justo y equitativo, etc.) será cubierto por derecho nacional. Los opositores de los acuerdos internacionales de inversión dentro de la Unión Europea argumentan que en términos fácticos el ISDS presupone “la subcontratación” de la justicia nacional, cuando cualquier medida regulatoria de los Estados o de la UE puede ser impugnada en el arbitraje de inversiones sin pasar por el sistema judicial de la UE. Los críticos también insisten en que la idea misma del arbitraje de inversiones no puede aplicarse a una sociedad con tradiciones constitucionales establecidas y un sistema judicial desarrollado.

Se pensaba antes que la protección adicional ayuda a atraer los inversores a los mercados de países subdesarrollados. Sin embargo, la economía global funciona bajo otra lógica y el argumento según el cual hay que suscribir TBIs para que un país atraiga inversiones extranjeras no tiene sustento fáctico, como fue explicado en el apartado 1.3.1. de presente trabajo. Los países desarrollados pueden insistir en la conclusión de los AIs a fin de proteger sus nacionales que exportan el capital, mas la realidad sea que los capitales no tienen nacionalidad, siendo que los grandes inversionistas extranjeros atraen capitales de distintas partes del mundo y funcionan bajo la paradigma del mercado global.

Así pues, varios países, sobre todo los países en desarrollo que tuvieron unas experiencias desfavorables con el sistema ISDS, lo consideran inadecuado. Un punto extremo de rechazo podemos observar en el caso de Ecuador, que no solamente denunció el Convenio de Washington en 2009 (igual como Bolivia y Venezuela en 2007 y 2012 respectivamente), sino también su Constitución de la República de Ecuador aprobada en 2008 contiene el artículo 422 que establece lo siguiente:

“No se podrá celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, en

controversias contractuales o de índole comercial, entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas. Se exceptúan los tratados e instrumentos internacionales que establezcan la solución de controversias entre Estados y ciudadanos en Latinoamérica por instancias arbitrales regionales o por órganos jurisdiccionales de designación de los países signatarios. No podrán intervenir jueces de los Estados que como tales o sus nacionales sean parte de la controversia...”¹⁹⁴

Además, se puede considerar el hecho de que varios Estados han rescindido (o planean rescindir) tratados bilaterales de inversión. Por ejemplo, Sudáfrica ha anunciado la terminación de más de 12 TBIs¹⁹⁵, en su mayoría con naciones europeas, como parte de un programa gubernamental que busca modernizar y fortalecer su régimen de inversión mientras preserva el derecho soberano del gobierno a perseguir objetivos de política. Del mismo modo, Indonesia ha decidido examinar más de los 60 AIs y modernizarlos “para que incluyeran principios y disposiciones que aseguraran un equilibrio más equitativo entre los objetivos de los inversionistas extranjeros y los del Estado receptor”¹⁹⁶.

Aparte de los retiros, la crisis del sistema de arbitraje ISDS se manifiesta en los problemas relacionados con el cumplimiento y la ejecución de los laudos. Por ejemplo, Argentina ha tomado constantemente la posición de que los demandantes exitosos deben iniciar procedimientos judiciales en los tribunales federales de Argentina para hacer cumplir los laudos, a pesar del Artículo 54 del Convenio del CIADI, que hace que un laudo del CIADI sea ejecutable como si fuera un juicio final de un tribunal en ese estado. Conocida como “la doctrina de Rosatti”, la posición de Argentina socava la exigibilidad directa de los laudos del CIADI, que es una de las principales ventajas del arbitraje ISDS¹⁹⁷.

¹⁹⁴ Constitución de la República del Ecuador de 20 de octubre de 2008, artículo 422, p. 186. Disponible en https://www.asambleanacional.gob.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf (fecha de consulta 17.05.2020).

¹⁹⁵ Johnson, Lise y Sachs, Lisa. “International investment agreements, 2011–2012: A review of trends and new approaches” en Bjorklund, Andrea K. (ed.). *Yearbook on International Investment Law & Policy 2012–2013*, Nueva York, Oxford University Press, 2014, p. 243.

¹⁹⁶ UNCITRAL, Grupo de Trabajo III (Reforma del Sistema de Solución de Controversias entre Inversionistas y Estados). Posible reforma del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados (SCIE), Observaciones del Gobierno de Indonesia, 09 de noviembre de 2018, párr. 7, p. 2. Disponible en <https://undocs.org/es/A/CN.9/WG.III/WP.156> (fecha de consulta 17.05.2020).

¹⁹⁷ Bento, Lucas. *Op. cit.*, p. 236.

Si bien las estrategias expuestas pueden ser el curso de acción más natural, éstos enfrentan desafíos formales y sustantivos. En particular, no hay consenso en la literatura especializada sobre cuándo surte efecto el retiro. Por lo tanto, mientras no se llame a un tribunal arbitral para decidir sobre esta cuestión, la denuncia de un país del Convenio CIADI no garantizará que no se presenten futuras controversias ante el sistema (de hecho, una decisión sobre este tema tampoco lo resolverá, ya que otros tribunales no estarán obligados a decidir lo mismo). Existen dos enfoques diferentes con respecto a la duración del tratado después de que el plazo fijo inicial haya expirado: algunos TBI prevén la continuación indefinida del tratado, sujeto al derecho de cualquiera de las partes a rescindir el acuerdo mediante notificación previa por escrito; otros TBI estipulan que el tratado continuará en vigencia por períodos adicionales de tiempo fijo. Si bien los TBIs prevén la retirada unilateral de una de las partes, generalmente equilibran esta puerta de salida con largos períodos de “extinción” (*survival clause*). Según estas “cláusulas de supervivencia”, los efectos del tratado continuarán durante 10 o 15 años, es decir, la misma duración o incluso más que el período de duración inicial generalmente previsto en estos acuerdos (10 años). El objetivo de estas cláusulas es, nuevamente, proporcionar a los inversores un entorno legal predecible para sus inversiones.

En los debates acerca del tema de conservar o no la protección especial para los inversores extranjeros los participantes generalmente mencionan los argumentos presentados en la siguiente tabla:

Argumentos a favor del arbitraje ISDS	Argumentos en contra del arbitraje ISDS
Proporciona una vía adicional de reparación legal para los inversores extranjeros cubiertos y hace cumplir las obligaciones sustantivas del tratado.	Otorga a los inversores extranjeros mayores garantías que las de los inversores nacionales, creando condiciones competitivas desiguales.
Permite a los inversores extranjeros evitar los tribunales nacionales del Estado anfitrión si tienen poca confianza en su independencia, eficiencia o competencia	Expone a los Estados anfitriones a riesgos legales y financieros, sin aportar beneficios adicionales, y puede conducir a un “enfriamiento regulatorio”.
Evita el recurso a la protección diplomática (los inversores no necesitan convencer a su	Carece de legitimidad suficiente (se basa en el modelo de arbitraje comercial privado,

Estado de origen de presentar reclamos o ejercer la protección diplomática).	carece de transparencia y plantea preocupaciones sobre la independencia e imparcialidad de los árbitros).
Asegura la adjudicación de reclamos por un tribunal calificado y neutral.	No garantiza la coherencia entre las decisiones adoptadas por diferentes tribunales sobre cuestiones idénticas o similares.
Elimina cualquier obstáculo de inmunidad del Estado que pueda complicar las demandas legales en el ámbito nacional en algunos Estados.	No permite corregir decisiones erróneas.
Puede ser más rápido que los procedimientos judiciales nacionales en algunos países.	Crea incentivos para la "planificación de la nacionalidad" por parte de inversores de terceros países (o del propio Estado anfitrión) para obtener acceso a ISDS.
Permite el reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales en muchas jurisdicciones (según el Convenio del CIADI o la Convención de Nueva York)	Es muy costoso para los usuarios.
	Tiene poco valor adicional en presencia de sistemas legales nacionales bien establecidos y que funcionen bien

Tabla 1. Los argumentos a favor y en contra del arbitraje ISDS. Elaboración a base de UNCTAD. *World Investment report 2015*, capítulo IV. p. 147.

Algunos argumentos en contra del ISDS, en particular, los costos, las preocupaciones acerca de transparencia de procedimiento e incoherencia de los laudos pueden ser recuperados con el cambio institucional del mecanismo de solución de conflictos sin necesidad de abolir la protección especial como tal. Sin embargo, otros argumentos son más complejos y requieren un análisis adicional. En las condiciones del mundo de economía globalizada y de la participación activa de las EMN en los procesos políticos surge la necesidad de fijar los límites en el acceso de los inversores al arbitraje ISDS en relación con la aparición de demandas "tácticas" injustificadas y de casos de la nacionalidad planificada (*treaty shopping*), así como la aparición de reclamos por parte de inversores de naturaleza intangible en forma de suspensión o cancelación de actos regulatorios y no regulatorios de los

Estados, incluyendo para proteger la salud de los ciudadanos y el medio ambiente, lo que mostró la vulnerabilidad de los Estados en ejercicio de sus poderes soberanos. Además, los inversores en varias ocasiones han utilizado el arbitraje ISDS para imponer a los gobiernos su voluntad o evitar la responsabilidad en el plano nacional. Por ejemplo, en el caso *The Renco Group, Inc. v. La República del Perú* el inversor intentó eludir la responsabilidad jurídica por la contaminación ambiental a gran escala causada por sus actividades en La Oroya, Perú a través del arbitraje ISDS. La subsidiaria del inversor Doe Run Perú incumplió sus obligaciones de limitar las emisiones y eliminar la contaminación ambiental peligrosa, las cuales había aceptado los diversos cuando adquirió las instalaciones en 1997. El gobierno peruano ha extendido dos veces el plazo de cesación de la contaminación de Doe Run. Cuando se negó a prorrogar por tercera vez el plazo para que la empresa cumpliera con su obligación de instalar equipamiento de mitigación de la contaminación y asumir la responsabilidad de reembolsar los daños ya causados a la salud pública, Renco utilizó el arbitraje ISDS como una herramienta táctica de presionar al gobierno para que le permitiera reabrir su fundición de metal sin la instalación de dispositivos de depuración. Así, se utilizó el mecanismo de solución de controversias entre inversionista y Estado para evitar la justicia¹⁹⁸.

2.3.2. El problema de *regulatory chill* (enfriamiento regulatorio)

La posibilidad misma de provocar una demanda en el arbitraje ISDS, consagrado en el TBIs, puede convertirse en un elemento disuasorio para la adopción y aplicación de una regulación jurídica que sea de interés público¹⁹⁹. Durante los debates en Australia acerca de *Trade and Foreign Investment (Protecting the Public Interest) Bill 2014* que buscaba evitar que el país celebre un acuerdo con uno o más

¹⁹⁸ Cfr. "Renco Uses U.S.-Peru FTA to Evade Justice for La Oroya Pollution", *Public Citizen*, 2º de noviembre de 2016. Disponible en <https://www.citizen.org/article/renco-uses-u-s-peru-fta-to-evade-justice-for-la-oroya-pollution/> (fecha de consulta 15.09.2020).

¹⁹⁹ Para ver los ejemplos cfr. Sachs, Lisa *et al.* "Environmental Injustice: How Treaties Undermine the Right to a Healthy Environment", *Kluwer Arbitration Blog*, 13 de noviembre de 2019. Disponible en <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/11/13/environmental-injustice-how-treaties-undermine-the-right-to-a-healthy-environment/> (fecha de consulta 23.01.2020).

países extranjeros que incluya disposiciones de solución de controversias entre inversionistas y Estados, Dra. Kyla Tienhaara explico:

The concept of regulatory chill reflects the fact that policy makers will be wary of introducing measures that could be challenged in arbitration because of the immense costs associated with the arbitration system and the uncertainty surrounding how investment provisions will be interpreted in any given case. Occurrences of regulatory chill are incredibly difficult to prove (effectively one has to find evidence of something that hasn't happened). Nevertheless, several scholars have put forward case studies that suggest that investor threats of arbitration had an impact on the development of specific policies²⁰⁰.

La Dra. Tienhaara también argumentó que es más probable que ocurra el enfriamiento regulatorio en los países en desarrollo debido a los costos significativos del arbitraje²⁰¹.

En general, todas las sociedades han, de alguna manera u otra, coincidido en que el Estado y su gobierno no están sujetos a las mismas responsabilidades, penalidades y procesos que los entes privados. Sus decisiones afectan intereses sociales que pesan más que intereses individuales²⁰². Sin embargo, de hecho, cualquier medida que cause daño a los inversores puede convertirse en la base para la disputa en el arbitraje ISDS²⁰³. En este sentido, los Estados se enfrentan a la necesidad de proteger su derecho soberano a ejercer la regulación jurídica. Para lograr este objetivo se pueden utilizar varias excepciones. De conformidad con el art. 25 (4) del Convenio CIADI, cualquier Estado parte puede notificar al CIADI sobre el tipo o tipos de disputas que no se encuentran dentro de la jurisdicción del CIADI. El Secretario General del CIADI debe notificar de inmediato a otras partes del Convenio de Washington a este respecto. Además, existen excepciones generales. Por ejemplo, según el art. 1 "Protección de la propiedad" del Protocolo Adicional No

²⁰⁰ Tienhaara, Kyla. Submission 86, 11 de abril 2014, p. 22. Disponible en https://www.aph.gov.au/Parliamentary_Business/Committees/Senate/Foreign_Affairs_Defence_and_Trade/Trade_and_Foreign_Investment_Protecting_the_Public_Interest_Bill_2014/Submissions?main_0_content_1_RadGrid1ChangePage=9 (fecha de consulta 17.05.2020).

²⁰¹ *Ibidem*, p. 27.

²⁰² González de Cossío, Francisco. *Op.cit.*, p. 65

²⁰³ Según la UNCTAD, los cambios legislativos eran base para 25 por ciento de las demandas de inversores. Cfr. UNCTAD. *World Investment Report 2015*, p. 146.

1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales:

Toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la Ley y los principios generales del derecho internacional.

Sin embargo, como se indica en el párrafo 2 de mismo artículo:

Las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio del derecho que poseen los Estados de poner en vigor las Leyes que juzguen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general o para garantizar el pago de los impuestos u otras contribuciones o de las multas²⁰⁴.

Por lo tanto, el Protocolo Adicional hace excepciones para los “poderes policiales” (*police powers*) del Estado. Conforme el artículo 11 (a) (ii) del Convenio Constitutivo de *MIGA*, la expropiación o medidas similares no incluyen medidas no discriminatorias de aplicación general que los gobiernos suelen tomar para regular la actividad económica en su territorio.

Tanto en presencia como en ausencia de excepciones especiales en los acuerdos bilaterales de inversión, para proteger sus intereses en el arbitraje ISDS los Estados a menudo recurren a la doctrina de los “poderes policiales” y/o “consideraciones de derechos humanos” (“*human rights considerations*”). Como señala Eric De Brabandere, “consideraciones de derechos humanos”, es decir la introducción de otros tratados internacionales destinados a proteger los derechos humanos como defensa en el arbitraje ISDS es un fenómeno relativamente reciente²⁰⁵.

El aspecto más criticado del sistema ISDS actual es que el arbitraje en alguna forma ejerce un control retrospectivo de las acciones de gobierno, mientras que por el carácter de arbitraje ad hoc y falta de los lineamientos precisos, las autoridades

²⁰⁴ Protocolo Adicional al Convenio Para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, París, 20 de marzo de 1952. Disponible en <https://www.derechoshumanos.net/Convenio-Europeo-de-Derechos-Humanos-CEDH/1952-Protocolo01-ConvenioProteccionDerechosHumanosyLibertadesFundamentales.htm> (fecha de consulta 18.04.2020).

²⁰⁵ Cfr. De Brabandere, Eric. *Investment Treaty Arbitration as Public International Law: Procedural Aspects and Implications*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, Cambridge Studies in International and Comparative Law, p. 129.

carecen de posibilidad de predecir cuáles de sus acciones serán consideradas “inadecuadas” o “violatorias de las expectativas legítimas del inversor”. Especialmente porque las obligaciones en los AIs están redactadas en términos generales y son objeto de interpretaciones en algunos casos inconsistentes, los inversores y sus consejeros tienen un incentivo para presentar una amplia variedad de demandas sobre teorías novedosas y a veces extravagantes. Esto no quiere decir, por supuesto, que todas esas afirmaciones tendrán éxito. Sin embargo, la existencia de un mecanismo ISDS aumenta el riesgo de que se presenten reclamos y de que los Estados sean responsables ante los inversores por sus acciones.

La situación es aún peor en los países que pertenecen a la familia *civil law* porque “el estándar de revisión bajo el cual se juzga conducta [sic] gubernamental bajo tratados de inversión difiere del derecho originalmente aplicable, no sólo en cuanto a contenido, sino también método”²⁰⁶. Cuando las autoridades locales observan el derecho basado en estándares (sistema *common law* o internacional) sienten que no se proporcionan suficientes lineamientos sobre el nivel de escrutinio al cual se someterán sus actos. Esta divergencia constituye una fuente de tensión, confusión y crítica. Dada la ambigüedad de los estándares y la diferencia de método, qué puede constituir una violación a un tratado de inversión es el resultado de una apreciación aparentemente casuista y subjetiva; y en el momento en que ocurren los eventos, las autoridades no tienen manera de saber quién será el tribunal arbitral ni su perfil.

Este aspecto se convierte más agudo en el caso cuando el arbitraje de inversión, al parecer, efectúa una “revisión” de las acciones gubernamentales durante la crisis económica, social o política. Debajo de la cuestión jurídica de si los tribunales de inversión tienen jurisdicción para evaluar las cuestiones de emergencias económicas, se encuentra, por supuesto, una cuestión política difícil sobre si los árbitros de inversión deben considerarse suficientemente competentes (no en un sentido jurisdiccional formal, sino sustantivo) para la revisión de las decisiones complejas de política macroeconómica: juzgar las situaciones de

²⁰⁶ González de Cossío, Francisco. *Op.cit.*, p. 267.

emergencia económica y, en particular, las medidas adoptadas por los Estados que se enfrentan a tales situaciones²⁰⁷.

Algunos tribunales de inversión han reconocido este problema y han tratado de abordarlo distinguiendo entre medidas generales de política económica que no analizarían y medidas específicas que infringen los derechos de los inversores. Por ejemplo, el tribunal del caso *CMS v. Argentina* sostuvo:

It follows that, in this context, questions of general economic policy not directly related to the investment, as opposed to measures specifically addressed to the operations of the business concerned, will normally fall outside the jurisdiction of the Centre. A direct relationship can, however, be established if those general measures are adopted in violation of specific commitments given to the investor in treaties, legislation or contracts. What is brought under the jurisdiction of the Centre is not the general measures in themselves but the extent to which they may violate those specific commitments.

...

On the basis of the above considerations the Tribunal concludes on this point that it does not have jurisdiction over measures of general economic policy adopted by the Republic of Argentina and cannot pass judgment on whether they are right or wrong. The Tribunal also concludes, however, that it has jurisdiction to examine whether specific measures affecting the Claimant's investment or measures of general economic policy having a direct bearing on such investment have been adopted in violation of legally binding commitments made to the investor in treaties, legislation or contracts.

While conceptually the line between one and the other matter is clear, in practice whether a given claim falls under one or the other heading can only be established in light of the evidence which the parties will produce and address in connection with the merits phase of the case. Counsel for the Republic of Argentina has rightly explained that the distinction made "may have great relevance with regard to liability or responsibility". This means in fact that the issue of what falls within or outside the Tribunal's jurisdiction will be subsumed in the determination of whether a given claim is or is not directly connected with specific measures affecting the investment²⁰⁸.

²⁰⁷ Cfr. Reinisch, August. *Op. cit.*, p. 142.

²⁰⁸ *CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic*, Caso CIADI No. ARB/01/8, Decisión del Tribunal sobre las objeciones a la jurisdicción, 17 de julio de 2003, párrs. 27, 33, 34. Disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0183.pdf> (fecha de consulta 13.05.2020).

Como bien señala el Tribunal, en la práctica es difícil evaluar la violación de los “compromisos legalmente vinculantes” sin examinar las medidas implementadas por el Estado anfitrión.

Además, el arbitraje ISDS crea un régimen jurídico internacional accesible a los inversores extranjeros pero que no se aplica a los inversores nacionales, a través del cual los inversores extranjeros buscan una compensación por los efectos adversos de las leyes y reglamentos del Estado anfitrión que no existe en la legislación nacional. Así pues, los AII “de primera generación”, por no mencionar los objetivos del desarrollo sostenible ni las facultades del Estado a promover las políticas públicas necesarias pueden dificultar que los países en desarrollo los implementen si imponen pérdidas a los inversores extranjeros.

Los mecanismos de protección consagrados en los AII son independientes del recurso disponible para un inversor extranjero en derecho interno. Por ejemplo, un país puede poner un límite al precio del agua para garantizar que las personas pobres puedan tener acceso a una fuente de agua potable limpia y segura. Es posible que una empresa, ya sea extranjera o doméstica, propietaria de una empresa de servicios de agua impugne este límite mediante el uso de la ley nacional del Estado anfitrión, como el derecho administrativo, el derecho contractual, el derecho de propiedad o incluso el derecho constitucional. Sin embargo, un inversor extranjero protegido por el AII tendrá una opción adicional para impugnar el límite: puede omitir los recursos de la ley nacional e invocar al AII para quejarse de que se han violado las protecciones al inversionista proporcionadas en el tratado de inversión. Tal reclamo estará acompañado por una demanda de compensación del Estado anfitrión. En consecuencia, las bases para buscar alivio que están abiertas para un inversionista extranjero bajo un AII son mucho más amplias que las que están abiertas para un inversionista nacional, y la búsqueda de estos remedios podría socavar la política de desarrollo sostenible del gobierno²⁰⁹.

El arbitraje ISDS puede ser utilizado para tratar de impugnar las medidas generales aprobadas por un Estado a fin de lograr un objetivo importante de políticas públicas. Una característica distintiva del caso de *Philip Morris (Hong Kong)*

²⁰⁹ Van Duzer, J. Antony *et al.* *Op. cit.*, p. 26.

v. *Australia* fueron las reclamaciones del inversor, quien, además de la indemnización por daños, exigió en primer lugar que cancelara o no aplicara la legislación sobre envases de tabaco común en su contra²¹⁰. A este respecto, debe tenerse en cuenta que la mayoría de los Alls limitan los recursos disponibles para los inversores a la compensación, es decir remedios pecuniarios. Sin embargo, hay excepciones, por ejemplo, el TLCAN (Art. 1135 (1) (b), (2) (a)) previó expresamente la posibilidad de restitución de la propiedad. ¿Qué significa la restitución en el caso *Philip Morris (Hong Kong) v. Australia*? Con base en la demanda, la cancelación y terminación de la aplicación de la legislación sobre el empaquetado simple de tabaco (remedios no pecuniarios). Sin embargo, ¿puede el arbitraje *ad hoc*, aunque creado de conformidad con un tratado internacional, tener poderes similares a los de un tribunal constitucional nacional? Encima, tal requerimiento no puede hacerse cumplir de conformidad con la Convención de Nueva York ni con el Convenio de Washington. Según el art. 54 (1) de la Convención de Washington

Todo Estado Contratante reconocerá al laudo dictado conforme a este Convenio carácter obligatorio y hará ejecutar dentro de sus territorios las obligaciones pecuniarias impuestas por el laudo como si se tratara de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en dicho Estado.

Sin embargo, el tema de la restitución ya ha sido considerado en la práctica del ISDS al resolver los casos de *Enron Creditors Recovery Corporation y Ponderosa Assets, L.P. v. La República Argentina, Ioan Micula, Viorel Micula y otros v. Rumania, ATA Construction, Industrial and Trading Company v. El Reino Hachemita de Jordania, Sr. Frank Charles Arif v. República de Moldova*)²¹¹.

En particular, en el caso *LG&E v. Argentina*, el Tribunal rechazó a aplicar la restitución argumentando que

la restitución judicial que se requiere en este caso implicaría modificar la situación jurídica actual, anulando o promulgando medidas legislativas y administrativas que

²¹⁰ Philip Morris Asia Limited (Hong Kong) v. The Commonwealth of Australia, Caso PCA No. 2012-12, Laudo a la jurisdicción y admisibilidad, 17 de diciembre 2015. Disponible en https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7303_0.pdf (fecha de consulta 17.05.2020).

²¹¹ De Brabandere, Eric. *Op. cit.*, p. 187-190.

alteren por completo el efecto de la legislación incumplida. El Tribunal no puede obligar a Argentina a hacer esto sin entrometerse en su soberanía²¹².

Por lo contrario, en el caso *Ioan Micula, Viorel Micula y otros v. Rumanía*²¹³, el tribunal arbitral en su decisión dictaminó que, de conformidad con El Convenio de Washington, el tribunal arbitral tiene el derecho de adjudicar la ejecución de reclamos tanto monetarios como no monetarios, incluida la restitución, es decir, restaurando la situación que existía antes de la comisión del acto ilícito, y también enfatizó que los remedios y la cuestión de la ejecución de un laudo arbitral son dos conceptos diferentes. El tribunal arbitral también señaló que el hecho de que un recurso como la restitución no pueda ejecutarse de conformidad con el art. 54 del Convenio CIADI no impedirá la adjudicación del laudo. Así pues, en caso de violación de los derechos de inversor existe no solamente el riesgo de pagar indemnización, sino también el riesgo de cancelación de la legislación nacional adoptada.

Finalmente, otro aspecto en conexión de un efecto del “enfriamiento regulatorio” que tiene el arbitraje ISDS sobre los Estados es la imposibilidad de prever si las medidas adoptadas violan las “expectativas legítimas” de tal o cual inversor. Las reformas importantes en varios sectores de la economía nacional pueden provocar el aumento de los arbitrajes de inversión, por ejemplo, la UNCTAD señala que en 2018 un número significativo de tribunales abordó la cuestión de las expectativas legítimas de inversores acerca de la estabilidad del régimen regulatorio existente en el momento de la inversión en las reclamaciones contra Chequia, Italia y España debido a su reformas en el sector de las energías renovables²¹⁴. Algunos investigadores señalan que los arbitrajes de inversión han interpretado las cláusulas

²¹² LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc .v. República de Argentina, Caso CIADI No. ARB/02/1, Laudo de 25 de julio de 2007, párr. 87. Disponible en https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0463_0.pdf (fecha de consulta 17.05.2020)

²¹³ Ioan Micula, Viorel Micula and others v. Romania, ICSID Case No. ARB/05/20, Decisión sobre jurisdicción y admisibilidad, 24 de septiembre de 2008, párrs. 158 – 168. Disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0530.pdf> (fecha de consulta 17.05.2020)

²¹⁴ Cfr. UNCTAD. IIA issues note, No 4: “Review of ISDS Decisions in 2018: Selected IIA Reform Issues”, julio de 2019, p. 10. Disponible en <https://investmentpolicy.unctad.org/publications/1206/review-of-isds-decisions-in-2018-selected-iaa-reform-issues> (fecha de consulta 13.05.2020).

de los AIs de manera demasiado amplia para otorgar la indemnización por la violación del estándar de trato justo y equitativo en caso de no cumplir con las expectativas de un inversor²¹⁵.

En el caso de *Peter Allard v. Barbados*, el Tribunal determinó tres condiciones fácticas acumulativas para responder a la pregunta de si un inversor extranjero tiene expectativas legítimas protegidas por TBI: (i) ¿hubo una representación específica?; (ii) ¿confió el inversionista en ella, es decir, fue crítica para su inversión?; y (iii) ¿fue razonable la confianza del inversor? Al examinar los hechos, el Tribunal no encontró evidencia de que el país anfitrión le dió al inversor algún tipo de garantías o promesas especiales²¹⁶.

En el caso *Urbaser S.A. y CABB v. Argentina* el demandante se refirió al hecho de que Argentina violó sus obligaciones bajo el acuerdo de concesión y su legislación anterior, en los cuales el demandante se basó en efectuar sus inversiones. El arbitraje decidió que las expectativas de un inversor extranjero deberían considerarse en el contexto de un marco regulatorio que incluye los derechos y obligaciones del Estado receptor y sus autoridades. En particular, el arbitraje señaló que de conformidad con su Constitución, Argentina está obligada a garantizar la salud de la nación y el acceso al agua, para lo cual el Estado tiene derecho a tomar todas las medidas necesarias. Dichas obligaciones deben prevalecer sobre el acuerdo de concesión, sin embargo, las medidas estatales deben cumplir con el principio del trato justo y equitativo de los inversores extranjeros. El Tribunal también señaló que este principio no debe entenderse mal: no significa en absoluto que el inversor permanezca completamente aislado y no afectado por los esfuerzos del Estado para resolver una situación que va más allá de los intereses del inversor. El trato justo y equitativo implica que el Estado debería tener el derecho de tomar todas las medidas necesarias en una determinada situación incluso si eso significa dañar los intereses de los inversores, siempre que

²¹⁵ Cfr. Sornarajah M., *The International Law ...*, *cit.*, p. 354, 355.

²¹⁶ Cfr. Peter A. Allard v. The Government of Barbados, Caso PCA No.2012-06, Laudo de 27 de junio de 2016, párrs. 194, 226–228. Disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7594.pdf> (fecha de consulta 11.06.2020).

las autoridades respeten estos intereses y se esfuercen por restablecer su protección efectiva tan pronto como las circunstancias lo permitan²¹⁷.

En suma, los críticos del sistema afirman que es necesario encontrar el equilibrio correcto entre los intereses públicos y privados, “entre las expectativas legítimas de los inversores y el interés general estatal focalizado en la sostenibilidad”²¹⁸, entre el derecho de los Estados a ejercer la regulación jurídica y la necesidad de promover y proteger las inversiones, incluso en términos de garantizar un entorno legal estable que no debe significar la inmutabilidad de la regulación legal, cuya mejora continua se requiere para el desarrollo sostenible de los Estados.

2.3.3. Treaty shopping

Otro problema importante en conexión a la protección especial de los inversores extranjeros es la práctica reciente de los últimos, generalmente empresas transnacionales, a cambiar su estructura corporativa a fin de obtener el régimen de protección más favorable (proporcionado por los acuerdos de inversión existentes) e iniciar procedimientos de arbitraje internacional contra el Estado objeto de su interés. Esta técnica en derecho internacional se denomina “*treaty shopping*”. Como resultado, el arbitraje internacional de inversiones, un mecanismo que una vez fue llamado para combatir las manifestaciones de injusticia extrema en tierras extranjeras (confiscación o expropiación en sus diversas formas), se ha transformado en una “herramienta” que permite a las empresas transnacionales expresar amenazas contra gobiernos extranjeros e influir en la política pública. Como una esquema general, al prever un conflicto potencial con el gobierno del país receptor, un inversor reestructura deliberadamente sus inversiones mediante

²¹⁷ Cfr. *Urbaser S.A. y CABB v. Argentina*, Laudo de 8 de diciembre de 2016, párrs. 62–64, 579, 619, 622, 624, 628.

²¹⁸ Fernández Pérez, Ana. “La necesaria adaptación de los acuerdos internacionales de inversiones y el arbitraje de inversiones al “desarrollo sostenible” en Larraz Iribas, Beatriz y Fernández Pérez, Ana (coords.). *Desarrollo sostenible en el siglo XXI: economía, sociedad y medio ambiente*, Madrid, Iprolex, 2016, p. 99. Disponible en https://www.researchgate.net/publication/305307175_LA_NECESARIA_ADAPTACION_DE_LOS_ACUERDOS_INTERNACIONALES_DE_INVERSIONES_Y_DEL_ARBITRAJE_DE_INVERSIONES_AL_DESARROLLO_SOSTENIBLE (fecha de consulta 11.06.2020).

la creación de la llamada “intercapa” (una empresa instrumental, con frecuencia en los Países Bajos por la red extensa de los AII que tiene este país²¹⁹) y obtiene la oportunidad de iniciar un arbitraje, aunque su Estado de origen inicial no tenga ningún acuerdo con Estado receptor.

Entre los argumentos presentados por la comunidad científica contra la reestructuración injusta de la empresa se encuentran:

1) la violación del principio de reciprocidad (una empresa interesada, que no tiene un vínculo real con los Estados parte del acuerdo de protección de la inversión, en resultado de la reestructuración logra obtener acceso ilimitado a los mecanismos de protección de la inversión previstos en este acuerdo, alterando el equilibrio de los derechos y obligaciones mutuos entre los Estados contratantes);

2) la falta de consentimiento de los Estados para la planificación corporativa injusta de las empresas (debido a que la mayoría de los acuerdos internacionales de inversión fueron celebrados en condiciones económicas, políticas y sociales en gran medida diferentes, los Estados contratantes no pudieron prever el crecimiento descontrolado de las reclamaciones de los inversores y, además, no autorizaron “trucos corporativos”);

3) las consideraciones políticas (la creciente influencia de las corporaciones transnacionales, que utilizan los mecanismos contractuales para proteger la inversión extranjera y así interfieren abiertamente en los asuntos políticos internos de los Estados para “impulsar” las decisiones que son ventajosas para ellos, es extremadamente inaceptable en la sociedad democrática).

A fin de combatir este efecto negativo de la globalización económica, varios arbitrajes de inversión han utilizado las reglas de la interpretación teleológica de los tratados internacionales de inversión para establecer ciertas restricciones sobre las

²¹⁹ Principalmente, hay dos formas de estructurar la inversión para obtener la protección del AII. Siguiendo el ejemplo con los Países Bajos como país de “intercapa”, el inversionista puede incorporar una entidad jurídica en los Países Bajos y realizar la inversión directamente a través de esta entidad, o el inversor puede realizar la inversión indirectamente en un país receptor a través de cualquier entidad o entidades jurídicas (ubicadas en cualquier país) que sea propiedad de una entidad jurídica holandesa. En este sentido, hay casos en que una compañía registra una subsidiaria en una jurisdicción extranjera para poder presentar una demanda contra su propio Estado, por ejemplo, en el caso *Tokios Tokelés v. Ucrania*.

acciones de las empresas transnacionales. Esto ha contribuido a la aparición del “principio de abuso del proceso” según el cual el arbitraje internacional tiene el derecho de negarse a considerar una disputa sobre la base de que no está bajo la jurisdicción del arbitraje. Como ejemplo de la aplicación práctica de este principio, se puede citar el caso *Phoenix Action v. Czech Republic*²²⁰. Dos compañías checas, Benet Praha y Benet Group, fueron partes en muchas disputas nacionales contra las estructuras del gobierno checo. Posteriormente, la propiedad de estas compañías fue transferida a la entidad legal israelí Phoenix Action. En poco más de un año después de la reestructuración, Phoenix Action inició procedimientos en el CIADI contra la República Checa sobre la base de un acuerdo bilateral de inversión entre la República Checa e Israel de 1997. El Tribunal estuvo de acuerdo con las objeciones de la República Checa a la jurisdicción alegando que la inversión no se realizó de buena fe y constituía un abuso del sistema del CIADI. Además, el Tribunal sostuvo que, en vista de las circunstancias del caso, Phoenix debería asumir todos los costos de los procedimientos del CIADI, así como los honorarios y gastos legales de la República Checa. Es un ejemplo típico de la reestructuración de activos después de que ha surgido un conflicto o circunstancias que prevén una disputa con el único propósito de obtener acceso al mecanismo de resolución de controversias más favorable en una situación específica dada. Además, este caso es un ejemplo del uso del arbitraje de inversiones para resolver una disputa que originalmente era nacional.

Luego, bajo el Tratado de Carta de Energía los ejemplos de *treaty shopping* son los casos de *Khan Netherlands*²²¹ (en el cual la empresa de los Países Bajos fue utilizada por la compañía minera canadiense Khan Resources para adquirir la protección especial bajo la TCE y demandar a Mongolia) e *Isolux Infrastructure*

²²⁰ Cfr. *Phoenix Action, Ltd. v. The Czech Republic*, Caso CIADI No. ARB/06/5, Laudo de 15 de abril de 2009. Disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0668.pdf> (fecha de consulta 09.10.2019)

²²¹ *Khan Resources Inc., Khan Resources B.V. y Cauc Holding Company Ltd. c. Gobierno de Mongolia y Monatom Co., Ltd.*, Caso PCA No. 2011-09. Disponible en <https://www.italaw.com/cases/604> (fecha de consulta 17.05.2020)

*Netherlands*²²² y *Charanne*²²³ (ambas usadas por los ciudadanos españoles para demandar a España)²²⁴.

A pesar de que la aplicación práctica del “principio de abuso del proceso” protege los intereses de los Estados afectados, existen varias dificultades para aplicarlo de manera continua. En primer lugar, no existe un criterio exacto de qué circunstancias deben tenerse en cuenta para determinar finalmente si la reestructuración de la empresa es un abuso por parte del inversor o una reestructuración habitual para optimizar los procesos comerciales. En segundo lugar, el uso de este principio por los árbitros puede causar dificultades para probar hechos de abuso por parte de los inversores, ya que la precisión de determinar el marco temporal para la reestructuración, es decir, determinar el momento de su implementación (antes o después de las circunstancias que presagian una disputa), no es una tarea tan fácil²²⁵.

Sin embargo, en muchas discusiones se propone limitar el acceso al sistema ISDS de las empresas pantalla o fantasma (*mailbox companies*), es decir, las estructuras que utilizan las empresas internacionales para poder demandar al Estado anfitrión si su país de procedencia no tiene TBI u otro acuerdo en virtud del cual se puede iniciar el procedimiento de arbitraje ISDS.

Cabe señalar que los arbitrajes de intervención poseen un alto grado de discreción para determinar si una demanda es o queda fuera de su jurisdicción. Como señala Francisco González de Cossío al analizar el caso *Siufrazi v. Emiratos Árabes Unidos*,

el otorgamiento de nacionalidad por un derecho local no es determinante para efectos internacionales. Los tribunales arbitrales tienen la facultad para hacer una

²²² *Isolux Infrastructure Netherlands B.V. c. Reino de España*, Caso SCC No. 2013/153. Disponible en <https://www.italaw.com/cases/5893> (fecha de consulta 17.05.2020).

²²³ *Charanne B.V. y Construction Investments S.a.r.l. c. España*, Caso SCC No. 062/2012. Disponible en <https://www.italaw.com/cases/2082> (fecha de consulta 17.05.2020).

²²⁴ Cfr. Eberhardt, Pia *et al.*, *Op. cit.*, p. 48.

²²⁵ Cfr. Retyunskiy, Vadim S. “Misuse of procedural protection mechanisms by investors in disputes with the foreign states”, *International Law and International Organizations*, 2017, núm. 3 (en ruso). Disponible en https://nbpublish.com/library_read_article.php?id=23845 (fecha de consulta 17.06.2020).

determinación independiente. Para ello los documentos que emita un Estado serán analizados, pero no necesariamente serán pruebas conclusivas²²⁶.

No obstante, se señala la existente renuencia a “perforar el velo corporativo” con la finalidad de determinar si la entidad está controlada por inversionistas distintos a aquellos con derecho de acción bajo un tratado de inversión²²⁷. Una vez que se encuentra una entidad con derecho de acción en cualquier componente de la cadena corporativa, generalmente el tribunal estará satisfecho de su jurisdicción y dejará de analizar otras entidades con la finalidad de determinar quién la controla²²⁸. Por supuesto, esto depende también de cómo está formulado el criterio de otorgar tal o cual nacionalidad al inversor, es decir, si se utiliza el criterio de lugar de incorporación o el de lugar de control efectivo.

Este inconveniente del sistema ISDS actual en realidad es una consecuencia del problema más general de una regulación jurídica inadecuada de las acciones de los actores en un mercado globalizado. Las empresas multinacionales, las cuales generan una parte importante de la IED están organizadas en forma de una red de personas jurídicas registradas en distintos países con una gerencia común y un mismo objetivo económico. “En esos casos catalogar a una de las empresas de una u otra nacionalidad puede ser un mero formalismo que no responde a la realidad”²²⁹. Además, los Estados carecen de la posibilidad de regular las actividades de las EMN como un organismo entero o hacerlo responsable por algún daño ocasionado dentro del país porque, desde punto de vista jurídico, “se trata de personalidades jurídicas diferentes e independientes con patrimonios separados y derechos y obligaciones disímiles”²³⁰.

2.3.4. Financiación de los arbitrajes por terceras personas (*third party funding*)

Existe un debate acerca de la financiación de los procedimientos de arbitraje ISDS por terceras personas que no participen en el pleito (*third party funding*). En varios

²²⁶ Cfr. González de Cossío, Francisco. *Op.cit.*, p. 100.

²²⁷ *Ibidem*, p. 107.

²²⁸ *Ibidem*, p. 111.

²²⁹ García-Bolívar, Omar E. *Op.cit.*, p. 149.

²³⁰ *Ibidem*, p. 150.

casos, los países demandados han argumentado que el hecho de que la tercera persona tenga un interés lucrativo en el proceso puede alterar la naturaleza del arbitraje ISDS.

Por ejemplo, en el caso *Teinver v. Argentina*, el Estado demandado planteó una objeción de que un acuerdo de financiación entre los demandantes y una empresa de inversión (Burford) sobre la financiación de los gastos del litigio podría afectar la jurisdicción del tribunal dado que es la única parte que podría verse potencialmente beneficiada en el caso de un hipotético laudo contra Argentina, mientras que no cumple con los requisitos jurisdiccionales básicos del Convenio CIADI²³¹. Los demandados a este aspecto argumentaron que “tales acuerdos de financiamiento se hacen con frecuencia” y que Argentina no había señalado que “hay un laudo en materia de inversión o decisión que determine que la financiación de terceros sea ilegítima, ilegal o inapropiada”²³².

Según los datos de la UNCITRAL, la práctica de la financiación por terceros es una práctica cada vez más corriente en el ámbito de ISDS²³³. Los efectos positivos de este fenómeno son el acceso a la justicia de los inversores que no tengan los recursos suficientes para el arbitraje (que también podría ser la consecuencia de las acciones del Estado anfitrión) y la posibilidad de diversificar los gastos entre varias personas morales. Por otro lado, entre los efectos negativos se señalan los problemas éticos y la posibilidad de que los terceros que aportan financiación podrán adquirir un grado excesivo de control o influencia en el proceso de arbitraje, lo que podría causar las demandas temerarias y disminuir la probabilidad de arreglo amistoso de las controversias. Además, la financiación por terceras personas puede causar un desbalance estructural entre los usuarios del sistema ISDS dado que no está disponible para los Estados demandados. Este

²³¹ *Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. and Autobuses Urbanos del Sur S.A. v. La República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/09/1, Decisión sobre jurisdicción de 21 de diciembre de 2012, párrs. 245–247. Disponible en https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1091_0.pdf (fecha de consulta 17.05.2020).

²³² *Ibidem*, párr. 254.

²³³ UNCITRAL. Informe del Grupo de Trabajo III (Reforma del Sistema de Solución de Controversias entre Inversionistas y Estados) sobre la labor realizada en su 35º período de sesiones (Nueva York, 23 a 27 de abril de 2018), párr. 89, p. 15. Disponible en <https://undocs.org/es/A/CN.9/935> (fecha de consulta 28.01.2020).

tema también es de suma importancia en el contexto de transparencia, porque los árbitros, de la misma manera que pueden tener un conflicto de interés con una de las partes, pueden entrar un en conflicto con el tercero financiador, aún más, en este caso la otra parte de la controversia no necesariamente estará enterada de éste.

Cabe señalar que en muchos países la financiación externa de arbitraje y litigios por terceros no está regulado, o bien, estaba históricamente prohibido²³⁴. Sin embargo, en los recientes documentos internacionales este tema ya encuentra la regulación, por ejemplo, las Reglas de arbitraje de resolución de disputas de inversión del Centro de Arbitraje Internacional de Singapur, que entraron en vigor el 1º de enero de 2017²³⁵ contienen disposiciones relevantes que prescriben revelar información sobre la financiación del procedimiento de arbitraje por un tercero para evitar cualquier conflicto de interés; además, los árbitros pueden tener en cuenta el financiamiento de terceros del proceso de arbitraje en la distribución de los costos de las partes (reglas 24 (I), 33.1 y 35). En CETA (*Canada-Europa Trade Agreement*), este tema está regulado por el artículo 8.26, según el cual la parte contendiente que se beneficie de financiación de terceros deberá revelar a la otra parte contendiente y al Tribunal el nombre y la dirección del tercero financiador “en el momento de la presentación de la demanda, o, en caso de que el acuerdo de financiación haya concluido o de que la donación o la subvención se hayan realizado tras la presentación de una demanda, sin dilación alguna en cuanto concluya el acuerdo o se realice la donación o la subvención”²³⁶. El CIADI que actualmente está en proceso de reforma de las Reglas de arbitraje también propone incluir las reglas acerca de financiamiento por terceros.

²³⁴ UNCITRAL. Posible reforma del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados (SCIE), *Financiación por terceros - Posibles soluciones*, Nota de la Secretaría de 2 de agosto de 2019 (A/CN.9/WG.III/WP.172), p. 3. Disponible en <https://undocs.org/es/A/CN.9/WG.III/WP.172> (fecha de consulta 21.01.2020).

²³⁵ The Singapore International Arbitration Centre Investment Arbitration Rules, 1a edición, 1 de enero de 2017. Disponible en <http://www.siac.org.sg/images/stories/articles/rules/IA/SIAC%20Investment%20Arbitration%20Rules%20-%20Final.pdf> (fecha de consulta 17.05.2020).

²³⁶ El Acuerdo Integral sobre Economía y Comercio o Acuerdo Económico y Comercial Global (AECG), en inglés *CETA (Comprehensive Economic and Trade Agreement)*, artículo 8.26. Disponible en https://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ceta/ceta-chapter-by-chapter/index_es.htm (fecha de consulta 13.02.2020)

Puesto que hasta la fecha la mayor parte de información acerca del carácter, las formas y la escala de financiamiento siguen siendo desconocidas, no existe una estimación de su efecto en la cantidad y la calidad de las demandas de inversión. Como señala la UNCITRAL, los estudios han llegado a los resultados contradictorios: mientras que en un estudio se concluyó que la financiación por terceros tenía como consecuencia un aumento general del número de demandas, en algunos de los cuales se planteaban cuestiones novedosas y las demandas eran más arriesgadas e inciertas, otro estudio parece indicar que una mayor disponibilidad de financiación no genera un aumento del número general de demandas²³⁷.

Los críticos del sistema ISDS, basando en altos costos de procedimiento y la financiación de proceso por terceros, afirman que la solución de las disputas de inversión se ha convertido en un negocio rentable, cuando los abogados y los financiadores exigen a los inversores un porcentaje de la cantidad ganada de un Estado por sus servicios. Aunque los datos empíricos todavía siguen escasos, lo que es conocido es que la financiación de arbitraje ISDS por terceras personas contribuye significativamente a la presente crisis de legitimidad del sistema.

²³⁷ UNCITRAL. Posible reforma del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados (SCIE), *Financiación por terceros*, Nota de la Secretaría de 24 de enero de 2019 (A/CN.9/WG.III/WP.157), p. 9. Disponible en <https://undocs.org/es/A/CN.9/WG.III/WP.157> (fecha de consulta 14.01.2020).

CAPÍTULO 3. LAS OPCIONES DE REFORMA DEL SISTEMA ISDS

3.1. Foros de discusión

Se puede observar una especie de evolución de las críticas al sistema existente para resolver disputas de inversión: desde el nivel nacional y luego regional, se trasladó al nivel internacional, apareciendo en las agendas de organizaciones internacionales especializadas como el CIADI, la UNCTAD y la UNCITRAL. En el presente apartado analizaremos los foros de discusión para revelar las principales direcciones de reforma y los actores a nivel internacional que abogan por sus diferentes versiones.

3.1.1. La Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, CNUCYD (*United Nations Conference on Trade and Development, UNCTAD*)

La UNCTAD era una de las primeras organizaciones a nivel global que, al revisar la regulación de las inversiones extranjeras en el mundo global, concluyó que es necesario el cambio del sistema. En sus informes, la UNCTAD anualmente expresa las preocupaciones más profundas, las propuestas para su resolución y analiza los logros en el campo de inversiones extranjeras, además, propone el material estadístico acerca de la cantidad de tratados firmados anualmente y sus contenidos, así como las medidas estatales de regulación de las inversiones extranjeras.

El informe de 2013 identificó los desafíos más importantes: las cuestiones de legitimidad, la falta de transparencia, la nacionalidad planeada, las interpretaciones legales divergentes de disposiciones de tratados idénticas o similares, así como diferencias en la evaluación de los méritos de casos que involucran los mismos hechos, decisiones erróneas, cuestiones acerca de imparcialidad e independencia de los árbitros, los altos costos del procedimiento²³⁸. Como fue observado en el capítulo anterior, los desafíos identificados en el Informe sobre las inversiones en el mundo de 2013 persisten en gran medida hoy, a pesar de que se han logrado mejoras en algunas áreas, especialmente respecto a la transparencia de los procedimientos de ISDS. Luego, en el Informe sobre las inversiones en el mundo

²³⁸ Cfr. UNCTAD. *World Investment Report 2013*, p. 112. Disponible en https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2013_en.pdf (fecha de consulta 09.06.2020).

de 2015, la UNCTAD publicó la Hoja de Ruta (*Roadmap*) para reformar el sistema de protección de las inversiones extranjeras, en el que se identificaron exhaustivamente todos los puntos críticos clave a nivel mundial y se propusieron instrucciones para su corrección. Las conclusiones más generales de la UNCTAD son:

1. los AIs "muerden" y pueden estar cargados de riesgos impredecibles, y por lo tanto se requieren medidas de protección²³⁹;
2. como herramienta de promoción de inversiones, los AIs tienen ciertas limitaciones, aunque su potencial no se utiliza plenamente; y
3. los AI tienen implicaciones más amplias para la coherencia normativa y sistémica, así como para el fomento de la capacidad.

Posteriormente, la reforma del sistema IIA debe abordar cinco tareas principales²⁴⁰ y estar dirigida a:

- i) garantizar el derecho a regular en interés público de modo que las disposiciones de los AIs que restringen la soberanía de los estados no limiten irrazonablemente el espacio de maniobra en asuntos de política pública;
- ii) reformar el mecanismo de resolución de controversias de inversión para superar la crisis de legitimidad del sistema actual;
- iii) fomentar la inversión y simplificar los procedimientos de inversión reforzando este aspecto en los AIs;
- iv) asegurar una inversión responsable para lograr el máximo efecto positivo de las inversiones extranjeras y minimizar sus consecuencias negativas;
- v) fortalecer la coherencia sistémica del régimen de los AIs para subsanar las deficiencias, duplicaciones e incoherencias del sistema actual y dar coherencia a las relaciones de inversión. Las posibles áreas de acción son

²³⁹ Según la Conferencia, los AI son instrumentos jurídicamente vinculantes y no declaraciones políticas "inofensivas". Como lo demuestra el aumento en los casos de ISDS durante los últimos 15 años, los AI "muerden". La formulación amplia y vaga de las disposiciones del IIA ha permitido a los inversores cuestionar las decisiones centrales de política interna, por ejemplo en el área de políticas ambientales, energéticas y de salud. Mientras que en el pasado, la mayoría de los países en desarrollo estaban expuestos a reclamos de los inversores, hoy en día también hay cada vez más países desarrollados como demandados. Cfr. UNCTAD. *World Investment Report 2015*, p. 125.

²⁴⁰ Cfr. *Ibidem*, p. 128.

fomentar una mayor coherencia en el régimen de los AIs, fortalecer y racionalizar el sistema de los AIs, garantizar que los AIs estén alineados con otros instrumentos jurídicos internacionales y que los países tengan en cuenta las prioridades de política interna en el proceso de reforma de los AIs.

Como señala la Conferencia, los acuerdos de inversión pueden limitar la soberanía de las partes contratantes en el desarrollo e implementación de políticas internas, por lo tanto, al reformar el sistema de derecho de inversiones, se debe asegurar que tales restricciones no creen barreras injustificadas para la formulación e implementación de políticas públicas legítimas y el logro de objetivos de desarrollo sostenible²⁴¹. Según el Informe de 2015, el derecho a regular en interés público se aborda en los AIs principalmente a través de disposiciones relacionadas con el estándar de tratamiento que el tratado ofrece a los inversores extranjeros, en particular en las cláusulas de la NMF, en el estándar de trato justo y equitativo, en disposiciones de expropiación y disposiciones sobre salvaguardias y excepciones. Estos temas están en el centro del debate sobre la reforma de los AIs en general²⁴².

En el desarrollo de su análisis a la regulación internacional de inversiones, la UNCTAD subraya el papel importante de la IED en el desarrollo sostenible y su doble papel (como un factor positivo y negativo) en las condiciones de globalización económica²⁴³. Las expectativas de las sociedades de acogida actualmente no se limitan al crecimiento económico y creación de empleos; por el contrario, se espera que las inversiones no sean perjudiciales para el medio ambiente, que traigan beneficios sociales, promuevan la igualdad de género y que les ayuden a los países en desarrollo a ascender en la cadena de valor global²⁴⁴.

En ausencia de la regulación de inversiones a nivel internacional y dada la existencia de una gran cantidad de AIs, la mejor manera de poner el sistema de AI al servicio del desarrollo sostenible es reformarlo colectivamente utilizando una

²⁴¹ Cfr. *Idem*.

²⁴² Cfr. *Ibidem*, p. 135.

²⁴³ Cfr. *Ibidem*, p. 127.

²⁴⁴ Cfr. *Ibidem*, p. 120.

estructura de apoyo multilateral²⁴⁵. Dicha estructura podría proporcionar el apoyo organizativo y técnico necesario para los esfuerzos de reforma del IIA mediante el análisis de estrategias, la coordinación de diversos procesos en varios niveles y direcciones, asegurando vínculos con otros instrumentos jurídicos internacionales, proporcionando asistencia técnica y promoviendo la creación de consenso. La UNCTAD desempeña un papel clave a este respecto. Solo un enfoque holístico permitirá la creación de un régimen de AII que garantice la estabilidad, la transparencia y la previsibilidad necesarias para lograr los objetivos de todas las partes interesadas: utilizar eficazmente las relaciones internacionales de inversión en interés del desarrollo sostenible.

La UNCTAD en sus informes repetidamente sostiene que el sistema de solución de conflictos entre inversionistas y Estados actualmente está experimentando una crisis de legitimidad. La Conferencia considera que las opciones de reforma se pueden clasificar en dos grupos: las propuestas de reforma del mecanismo existente que prevén los cambios del sistema mientras conservan sus fundamentos, y las propuestas que presuponen un reemplazo completo del sistema actual y creación de otro mecanismo, sea un tribunal de inversión internacional permanente o los mecanismos de resolución de conflictos nacionales o interestatales²⁴⁶. Mantener el *statu quo*, según la UNCTAD, no es una opción, dada la crítica aguda al sistema existente.

En 2016 y 2017, los Informes sobre las inversiones de la UNCTAD registraron los pasos tomados por los Estados y otras partes interesadas para mejorar el régimen de solución de controversias de inversión en varios niveles de formulación de políticas: nacional, bilateral, regional y multilateral. Entre otros, los países adoptaron nuevos tratados modelo e incluyeron en los AII disposiciones modernas y favorables para el desarrollo sostenible (las llamadas “acciones de la fase 1 de reforma”). En el Informe sobre las inversiones en el mundo de 2017 la UNCTAD se centró en la fase 2 de la reforma del sistema de los AII, es decir, en modernizar el *stock* existente de tratados de inversión de “vieja” o “primera” generación²⁴⁷. Entre

²⁴⁵ Cfr. *Idem*.

²⁴⁶ Cfr. *Ibidem*, p. 145.

²⁴⁷ Cfr. UNCTAD. *World Investment Report 2017*, p. 126.

las diez opciones de política identificadas a ese respecto, la consolidación multilateral de los AIs obsoletos destaca como una opción atractiva ya que tiene el doble efecto positivo de modernizar el contenido del tratado y reducir la fragmentación de la red de los AIs por establecer reglas uniformes para más de dos países²⁴⁸. El proceso de renovación de los acuerdos de inversión es de suma importancia para el sistema ISDS dado que todos casos de arbitraje ISDS conocidos hasta la fecha se basaron en los tratados firmados antes de 2010, entre ellos alrededor de 20 por ciento invocaron el Tratado de la Carta de la Energía (99 casos) o el TLCAN (59 casos)²⁴⁹.

Por tanto, la UNCTAD, siendo un promotor principal de las reformas en el campo de inversiones extranjeras y proporcionando los datos empíricos de suma importancia para una imagen objetiva de la situación actual, se concentra en una reforma más holística del derecho internacional de inversiones. La reforma institucional de ISDS es una parte de la reforma más global esperada por la Conferencia. El arbitraje ISDS es un mecanismo de aplicación de las disposiciones sustantivas de los acuerdos internacionales, por ello, en opinión de la UNCTAD el ISDS no puede considerarse de forma aislada, sino solo junto con las normas sustantivas de protección de la inversión incorporadas en los AIs. Sin un paquete integral que aborde tanto el contenido sustantivo de los AIs como el ISDS, cualquier intento de reforma corre el riesgo de lograr un cambio fragmentario y potencialmente crear nuevas formas de fragmentación e incertidumbre.

3.1.2. La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, CNUDMI (*United Nations Commission on International Trade Law, UNCITRAL*)

En su quincuagésimo período de sesiones la UNCITRAL encomendó al Grupo de Trabajo III un mandato amplio para que estudiara la posible reforma del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados. El Grupo de Trabajo III opera sobre la base de principios de consenso y transparencia, y también asegura

²⁴⁸ Cfr. *Ibidem*, p. 136.

²⁴⁹ Cfr. *Ibidem*, p. 116.

que los debates se llevan a cabo utilizando la gama más amplia posible de conocimiento experto disponible para todas las partes interesadas con el papel principal de los gobiernos estatales.

El estudio del Grupo de Trabajo consiste de tres etapas: en primer lugar, el Grupo debe determinar y examinar las inquietudes relacionadas con el ISDS; en segundo lugar, evaluar si es deseable emprender una reforma a la luz de las inquietudes que se han detectado, y en tercer lugar, si el Grupo de Trabajo llega a la conclusión de que la reforma era deseable, a elaborar las soluciones pertinentes que cabría recomendar a la Comisión. Dichas soluciones deberán ser elaboradas de tal modo que cada Estado tenga la posibilidad de elegir y adoptar una de las soluciones propuestas en la medida adecuada para su situación particular²⁵⁰.

Las discusiones iniciales del Grupo de trabajo III tuvieron lugar sobre la base de una nota preparada por la Secretaría de UNCITRAL, "Posible reforma de la solución de controversias entre inversionistas y Estados (ISDS)"²⁵¹. Este documento enumera preocupaciones con respecto al ISDS, algunos de los cuales fueron explicados en el capítulo anterior. Esencialmente, los problemas fueron divididos en dos grandes categorías:

- a) relacionados con el proceso arbitral y sus resultados (inconsistencia en las decisiones arbitrales, mecanismos limitados para garantizar la corrección de las decisiones erróneas, falta de previsibilidad, falta de transparencia, aumento de la duración y los costos de el procedimiento);
- b) relacionados con los árbitros (nombramiento de los árbitros por las partes y su impacto en la imparcialidad e independencia de los árbitros).

Además de estos problemas generales, el Grupo de trabajo III luego identificó problemas más específicos para el análisis, que incluyen los costos y plazos del procedimiento, la falta de un mecanismo para rechazar reclamaciones sin

²⁵⁰ Cfr. ONU. Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo segundo período de sesiones, Suplemento núm. 17 (A/72/17), párr. 264. Disponible en <https://undocs.org/es/A/72/17> (fecha de consulta 20.01.2020).

²⁵¹ UNCITRAL. Posible reforma del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados, Nota de Secretaría, 18 de septiembre de 2017. Disponible en <https://undocs.org/es/A/CN.9/WG.III/WP.142> (fecha de consulta 21.01.2020).

fundamento en una etapa temprana; la falta de un mecanismo para considerar las contrademandas de los Estados; financiación de procedimientos de arbitraje por terceros.

Las posibles medidas de reforma a ser consideradas por el Grupo de Trabajo III cubren un amplio espectro, desde ajustes relativamente menores al régimen ISDS existente (por ejemplo, la introducción de métodos alternativos para nombrar árbitros, el diseño de un sistema con una lista de adjudicadores y establecimiento o fortalecimiento de requisitos éticos) hasta institucionalizar aún más el régimen ISDS existente mediante la creación de un órgano judicial permanente (como un tribunal de inversión permanente o un organismo de solución de controversias).

Los esfuerzos del Grupo de Trabajo III de la UNCITRAL son encomiables como un intento efectivo de consolidar puntos de vista y crear una plataforma para debates multilaterales que involucren a todos los Estados interesados, así como a observadores, entre los cuales hay instituciones líderes de arbitraje internacional, organizaciones internacionales y centros de investigación. Como señalan los investigadores, siendo parte de las Naciones Unidas, la UNCITRAL recurre a la membresía universal y es menos propensa a ser vista como sesgada hacia estados económicamente poderosos. Además, posiblemente para evitar la captura de intereses especiales, el proceso se ha encomendado al Grupo de trabajo III, no al Grupo de trabajo II, que había abordado la transparencia en el arbitraje inversor-Estado antes y contaba a numerosos profesionales del arbitraje entre sus delegados. El proceso actual, por el contrario, es marcadamente “liderado por gobiernos”²⁵², es decir, en la discusión participan principalmente delegaciones estatales, formadas por representantes de departamentos gubernamentales. Esto contribuye a la discusión en torno a las posiciones de los Estados como participantes en disputas de inversión, pero debe recordarse que las posiciones de

²⁵² Schill, Stephan W. “Investor-State Dispute Settlement Reform at UNCITRAL: A Looming Constitutional Moment?”, *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 19, núm. 1, 2018, p. 3. Disponible en https://brill.com/view/journals/jwit/19/1/article-p1_1.xml?body=pdf-35540 (fecha de consulta 09.06.2020).

los inversores extranjeros como participantes plenos en el sistema ISDS también deberían reflejarse en las discusiones sobre la reforma²⁵³.

Finalmente, el proceso actual en UNCITRAL descansa en bases estructurales mucho mejores que cualquier otro intento de crear reglas e instituciones multilaterales de inversión.

3.1.3. El CIADI

Frente a las iniciativas recién apuntadas, parece lógico que una institución tan relevante como CIADI no vaya a poder permanecer totalmente impermeable a los vientos de cambio. Hasta la fecha, las Reglas del CIADI se han modificado tres veces. La enmienda más reciente de 2006 reforzó los requisitos de divulgación de información para los árbitros, incluyó la mayor transparencia, la participación de terceras partes y la posibilidad de que los demandados obtengan desestimaciones en la etapa temprana de casos que manifiestamente carecen de mérito legal²⁵⁴. El Centro ha iniciado recientemente un complejo proceso para enmendar nuevamente las reglas de CIADI, cuyos resultados están disponibles en los cuatro Documentos de trabajo en la página oficial del Centro. Una vez adoptadas, las reglas modificadas se aplicarán a todos los casos basados en el consentimiento otorgado después de que las nuevas reglas entren en vigencia. Dado que el CIADI administra alrededor del 70% de todas las disputas de inversión internacional, el proceso de enmienda ofrece una oportunidad significativa para presentar mejoras prácticas al ISDS que tendrán un impacto en el corto plazo.

El proceso de Enmienda de las Reglas de Arbitraje del CIADI que comenzó en 2018 tiene, entre otros, el objetivo de reducir el tiempo y el costo del arbitraje mediante las reformas que abordan la constitución de los tribunales arbitrales, establecen una obligación general para las partes y árbitros de llevar a cabo los

²⁵³ Cfr. Roberts, Anthea. "UNCITRAL and ISDS Reform: Not Business as Usual", *Blog of the European Journal of International Law*, 11 de diciembre de 2017. Disponible en <https://www.ejiltalk.org/uncitral-and-isds-reform-not-business-as-usual/> (fecha de consulta 09.06.2020).

²⁵⁴ Cfr. Kinneer, Meg. "Moving with the times: amending the ICSID rules", *Columbia FDI Perspectives*, núm. 233, 27 de agosto de 2018, p. 1. Disponible en: <http://ccsi.columbia.edu/files/2016/10/No-233-Kinneer-FINAL.pdf> (fecha de consulta 10.06.2020).

procedimientos en un de manera expedita, incorporar más flexibilidad en la organización de las audiencias y el interrogatorio de testigos, e introducir disposiciones de Arbitraje Expedito. Las enmiendas fijan plazos más estrictos para la ejecución de acciones procesales tanto para las partes contendientes como para el propio arbitraje, reduciendo el número de documentos presentadas por las partes y objeciones a estos.

A la fecha de cerrar el presente estudio los resultados del proceso de Enmienda están recopiladas en el Documento de Trabajo #4 publicado en el febrero de 2020²⁵⁵. Respecto de la reforma de las Reglas de Arbitraje, las enmiendas presuponen los siguientes cambios:

- **procedimiento de Arbitraje Expedito.** Las partes pueden optar por utilizar reglas recientemente redactadas para procedimientos acelerados con plazos adicionales y más cortos (Reglas 75-86). Las reglas de Arbitraje Expedito pueden ser útiles para brindar acceso al arbitraje de inversiones para las pequeñas y medianas empresas, y se espera que el consentimiento para aplicar el proceso acelerado se incluya en los contratos con dichas entidades y en los Alls. La Regla 76 propuesta da a las partes la opción de proceder con un árbitro único o con un tribunal arbitral de tres miembros y establece el tribunal de árbitro único como opción predeterminada, si las partes no llegan a un acuerdo sobre cualquiera de las opciones. De hecho, los tribunales de árbitro único están asociados con costos más bajos y procedimientos más rápidos, como también se refleja en la nueva generación de acuerdos internacionales de inversión, como el CETA, que prevé la regla de árbitro único cuando el inversionista es una pequeña o mediana empresa o la indemnización o daños reclamados son relativamente bajos. La primera sesión se lleva a cabo dentro de los 30 días siguientes a la constitución del tribunal²⁵⁶. Los memoriales de demanda y de contestación se presentan

²⁵⁵ CIADI. *Propuesta de enmiendas a las Reglas del CIADI, Documento de Trabajo #4*, tomo 3, febrero de 2020. Disponible en https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/amendments/WP_4_Vol_3_Sp.pdf (fecha de consulta 16.09.2020).

²⁵⁶ Cfr. *Ibidem*, Regla 80 (1), p. 80.

dentro de los plazos de 60 días y están limitados a 200 páginas; las réplicas y las dúplicas se pueden enviar en un plazo de 40 días y están limitadas a 100 páginas. Las audiencias se llevan a cabo dentro de los 60 días posteriores a la última presentación de documentos escritos por las partes²⁵⁷. Al implementar las reglas del procedimiento acelerado, el arbitraje podría concluir dentro de los 470-530 días posteriores a la fecha de registro de la solicitud de arbitraje. En comparación con la duración promedio de un procedimiento de arbitraje actual, la propuesta de procedimientos acelerados parece contribuir sustancialmente a abordar la preocupación por la duración del procedimiento de arbitraje ISDS;

- **reducción de gastos de tiempo y costo.** Primero, el CIADI ha propuesto que toda la presentación de documentos se haga electrónicamente bajo las nuevas reglas, a menos que haya razones especiales para mantener la presentación en papel. Esto hace que los procesos sean más rápidos, más ecológicos y menos costosos. Se han propuesto nuevos límites de tiempo en todo el reglamento para acelerar los casos, y tanto los tribunales como las partes tienen la obligación de actuar de manera rentable y rápida. Además, los Tribunales deben celebrar una o más reuniones de gestión de casos para aclarar y delimitar las cuestiones en disputa e identificar las cuestiones no controvertidas²⁵⁸. Segundo, la fracción 3ª de la Regla 52 alienta al arbitraje a tomar decisiones sobre los costos de forma provisional en cualquier momento de procedimiento y no únicamente en el laudo final. Esto tiene como objetivo ayudar a las partes a conocer los costos en las etapas intermedias del proceso. Si bien estas órdenes de costos provisionales sólo pueden ejecutarse junto con un laudo arbitral final, esta práctica ayudará a las partes a evaluar los costos en curso del caso y puede inducir a las partes a abstenerse de conductas que podrían dar lugar a nuevas decisiones de recuperación de costos desfavorables²⁵⁹. Tercero, las Reglas establecen los plazos fijos para dictar el laudo: dentro de los 60 días siguientes a la última

²⁵⁷ Cfr. *Ibidem*, Regla 81, p. 80.

²⁵⁸ Cfr. *Ibidem*, Regla 31, p. 47.

²⁵⁹ Cfr. *Ibidem*, p. 60.

presentación, si el tribunal concluye que las reclamaciones carecen manifiestamente de mérito jurídico; dentro de los 180 días siguientes a la última presentación o escrito en caso de la excepción preliminar y dentro de los 240 días siguientes a la última en todos los demás supuestos²⁶⁰.

- **obligación de notificar de financiamiento por terceros.** Las reglas propuestas introducen una obligación de las partes de revelar el nombre y la dirección de cualquier tercero del cual la parte, directa o indirectamente, haya recibido financiamiento para la interposición de la demanda o defensa en un procedimiento arbitral²⁶¹. Esta obligación se aplica durante todo el proceso. El nombre de un financiador involucrado se proporcionará a los posibles árbitros antes del nombramiento para evitar conflictos de intereses involuntarios²⁶². En caso de que el Tribunal lo considere necesario, en cualquier etapa del procedimiento podrá ordenar la revelación de la información adicional respecto al acuerdo de financiamiento y al tercero financiador de conformidad con la regla habitual sobre divulgación de información (Reglas 14 (5), 36 (3));
- **transparencia mejorada.** Es importante señalar que el Convenio del CIADI requiere el consentimiento de ambas partes para publicar un laudo. Dado que el Convenio del CIADI en sí mismo no está en proceso de modificación, esta regla permanece en vigor. Sin embargo, una nueva disposición de las Reglas de Arbitraje considera que una parte ha dado su consentimiento para publicar laudos a menos que se oponga por escrito dentro de los 60 días siguientes al envío del documento²⁶³. Si una de las partes objeta, las Reglas propuestas le permiten al CIADI publicar extractos legales del laudo, con un proceso y un cronograma establecidos por Regla 62 (4) para hacerlo. Las resoluciones y decisiones se publicarán con redacciones acordadas por las partes o decididas por el Tribunal²⁶⁴. El Centro también publicará cualquier

²⁶⁰ Cfr. *Ibidem*, Regla 58, p. 64.

²⁶¹ *Ibidem*, Regla 14 (1), p. 39.

²⁶² Cfr. *Ibidem*, Regla 14 (4), p. 40.

²⁶³ Cfr. *Ibidem*, Regla 62 (3), p. 67.

²⁶⁴ Cfr. *Ibidem*, Regla 63, p. 68.

presentación escrita o documentos de respaldo con el consentimiento de las partes²⁶⁵. En ausencia de tal consentimiento, una parte podrá solicitar al Tribunal que decida una disputa relativa a la supresión de texto de un escrito que ésta haya presentado en el marco del procedimiento, excluyendo los documentos de respaldo, y el documento se publicará conforme a la decisión del Tribunal²⁶⁶. Finalmente, las audiencias estarán abiertas a menos que cualquiera de las partes se oponga; se tomarán medidas técnicas especiales durante las audiencias abiertas para preservar la información confidencial y se publicarán grabaciones de audio y transcripciones de las audiencias a solicitud de una parte si no hay objeciones de la otra²⁶⁷. La Regla 66 define la información confidencial o protegida para fines de publicación;

- **participación de las partes no contendientes.** Regla 67 continúa disponiendo la participación de partes no contendientes en la disputa, pero agrega dos factores nuevos a considerar al decidir si esta parte puede presentar declaraciones escritas: la identidad, actividades, organización y los propietarios de la parte no contendiente, incluyendo toda afiliación directa o indirecta con otros participantes del procedimiento; y si alguna persona o entidad proporcionará a la parte no contendiente asistencia financiera u otro tipo de asistencia para presentar el escrito²⁶⁸. A fin de evitar una carga indebida sobre el procedimiento, el tribunal podrá imponer condiciones a la parte no contendiente, incluyendo respecto al formato, la extensión, el alcance o la publicación del escrito y el plazo en el que deberá presentarse²⁶⁹. Finalmente, el tribunal de arbitraje puede solicitar que los documentos relevantes sean revelados a la parte no contendiente en ausencia de una objeción de las partes²⁷⁰.
- **participación de Partes no contendientes del tratado.** Regla 68 permitirá a una parte no contendiente del tratado internacional presentar declaraciones

²⁶⁵ Cfr. *Ibidem*, Regla 64 (1), p. 68.

²⁶⁶ Cfr. *Ibidem*, Regla 64 (2), p. 68.

²⁶⁷ Cfr. *Ibidem*, Regla 65, p. 69.

²⁶⁸ Cfr. *Ibidem*, Regla 67 (2)(d) y (e), p. 70.

²⁶⁹ Cfr. *Ibidem*, Regla 67 (4), p. 70.

²⁷⁰ Cfr. *Ibidem*, Regla 67 (6), p. 71.

escritas o presentaciones orales sobre la aplicación e interpretación del tratado internacional en disputa. El Tribunal, si lo considera necesario y después de consultar a las partes, podrá invitar a una parte no contendiente del tratado a que realice dicha participación;

- **garantía por costos.** Una nueva Regla 53 independiente permite a un tribunal ordenar la garantía por costos. Esta regla establece que el tribunal debe considerar la capacidad y voluntad de la parte relevante para cumplir con una decisión adversa sobre costos, el efecto de proporcionar seguridad sobre la capacidad de una parte para reclamar o contrademandar, la conducta de las partes y cualquier otra circunstancia relevante²⁷¹. La existencia de financiamiento por terceros puede ser planteada por la parte que solicita la garantía por costos, pero este hecho por sí solo no es suficiente para justificar una orden de garantía por costos²⁷². Si una de las partes no cumple con una resolución para otorgar una garantía por costos, el tribunal de arbitraje puede suspender la consideración del caso hasta por 90 días y luego, después de consultar con las partes, ordenar la discontinuación del procedimiento²⁷³;
- **distribución de los costos del procedimiento.** Las Reglas reformadas no presuponen la distribución de los costos según el principio “la parte vencida paga”. Al adjudicar las costas, los tribunales deben considerar: (1) el resultado del procedimiento o cualquier parte del mismo; (2) la conducta de las partes, incluida la medida en que actuaron de manera expedita y eficiente y si cumplieron con las Reglas, las órdenes y decisiones del tribunal; (3) la complejidad de las cuestiones; y (4) la razonabilidad de los costos reclamados²⁷⁴. En el último Documento de Trabajo #4 fue agregada la disposición que en caso de rechazar la reclamación por la manifiesta falta de

²⁷¹ Cfr. *Ibidem*, Regla 53 (3), p. 61.

²⁷² Cfr. *Ibidem*, Regla 53 (4), p. 61-62.

²⁷³ Cfr. *Ibidem*, Regla 53 (6), p. 62.

²⁷⁴ Cfr. *Ibidem*, Regla 52 (1), p. 60.

mérito jurídico, se le adjudicarán a la parte ganadora las costas de de presentar u oponerse a una objeción presentada²⁷⁵.

En suma, como puede inferir de la propuesta del CIADI, los cambios en su mayoría tienen que ver con aspectos de transparencia y costos y plazos del procedimiento. Se busca hacer el arbitraje más eficiente y económico, además, abrir el acceso a las empresas medianas a través de mecanismo del Arbitraje Expedito. Sin embargo, las preocupaciones de inconsistencia e incoherencia de los laudos, igual como los de ausencia del mecanismo de apelación basada en cuestiones de mérito del caso no están resueltas en dicha propuesta. Cabe señalar que no podrían ser incluidas en debates porque el cambio más profundo requiere enmiendas para el Convenio CIADI en sí mismo, el cual no está en modificación.

3.1.4. La Unión Europea (UE)

La Unión Europea actualmente es uno de los centros creativos de reforma del sistema ISDS y uno de los promotores principales de la opción de corte permanente de inversiones. El arbitraje de carácter *ad hoc* actual es rechazado por la sociedad civil, investigadores, organizaciones no gubernamentales²⁷⁶ y, lo que más importante, por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

El 23 de julio de 2014 el Parlamento Europeo y el Consejo Europeo emitieron el documento denominado Reglamento 912/2014²⁷⁷ en la fracción 4 del cual se expresó el principio de “no derechos superiores” (“*no greater rights principle*”) que básicamente es lo siguiente:

“Los acuerdos de la Unión deben ofrecer a los inversores extranjeros los mismos niveles de protección, y no niveles más elevados, que los que ofrecen a los inversores de la Unión el Derecho de la Unión o los principios generales comunes a los sistemas

²⁷⁵ Cfr. *Ibidem*, Regla 52 (2), p. 60.

²⁷⁶ Ver los datos de las consultas públicas realizadas en 2014 por la Comisión de la Unión Europea y las opiniones de funcionarios proporcionados en el apartado 2.1. de presente trabajo.

²⁷⁷ Reglamento (UE) No 912/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un marco para gestionar la responsabilidad financiera relacionada con los tribunales de resolución de litigios entre inversores y Estados establecidos por acuerdos internacionales en los que la Unión Europea sea parte, 23 de julio de 2014. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014R0912&from=EN>, fecha de consulta 15.02.2020).

jurídicos de los Estados miembros. Los acuerdos de la Unión deben garantizar que los poderes legislativos y su facultad de regular sean respetados y preservados.”

Más tarde, el Parlamento Europeo en su Resolución 2014/2228(INI) de 8 de julio de 2015 emitió las recomendaciones a la Comisión Europea sobre las negociaciones para la Asociación Transatlántica de Comercio e Inversión (*TTIP*):

garantizar que los inversores extranjeros sean tratados de forma no discriminatoria sin que se beneficien de derechos superiores a los de los inversores nacionales y sustituir el mecanismo de resolución de litigios entre inversores y Estados por un nuevo sistema para resolver las diferencias entre los inversores y los Estados que esté sujeto a los principios y el control democráticos, en el que los posibles asuntos sean tratados de forma transparente por jueces profesionales, independientes y designados públicamente en audiencias públicas, y que incluya un mecanismo de apelación en el que se garantice la coherencia de las decisiones judiciales, se respete la jurisdicción de los tribunales de la UE y de los Estados miembros, y los intereses privados no puedan menoscabar los objetivos en materia de políticas públicas²⁷⁸.

La posición del Tribunal de Justicia de la UE fue finalmente expresada en la sentencia del caso *Achmea*²⁷⁹. Achmea, una compañía de seguros médicos que pertenece a un grupo asegurador neerlandés, ingresó al creciente mercado de la República Eslovaca en 2004, pero ya en 2007 Eslovaquia trató de nacionalizar parcialmente este mercado al introducir, entre otras cosas, una prohibición de la distribución de los beneficios derivados de las actividades de seguros médicos privados. A pesar de que en 2011 esta prohibición fue cancelada después de que el Tribunal Constitucional la República Eslovaca lo declaró inconstitucional, Achmea acudió al arbitraje de inversión. Eslovaquia en cada etapa del procedimiento insistió en que el arbitraje no tenía jurisdicción en esta disputa, ya que la entrada de Eslovaquia en la UE hizo imposible utilizar la cláusula de arbitraje en el acuerdo de

²⁷⁸ El Parlamento Europeo, Resolución que contiene las recomendaciones del Parlamento Europeo a la Comisión Europea relativas a las negociaciones de la Asociación Transatlántica de Comercio e Inversión (ATCI) (2014/2228(INI)), 8 de julio de 2015, artículo 2, fracción c), apartado xv). Disponible en https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2015-0252_ES.html (fecha de consulta 15.02.2020).

²⁷⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de la Unión Europea de 6 de marzo de 2018, asunto C-284/16. Disponible en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=199968&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=374324> (fecha de consulta 14.03.2020).

inversión “interno” de la Unión. Sin embargo, el arbitraje bajo reglas de UNCITRAL reconoció su jurisdicción y en fin otorgó a Achmea una indemnización de 22,1 millones de euros²⁸⁰. Como se eligió a Fráncfort del Meno como sede del arbitraje, Eslovaquia recurrió a un tribunal alemán para anular el laudo sobre la base de las normas procesales de Alemania. El recurso de anulación interpuesto contra laudo arbitral por la República Eslovaca ante los órganos judiciales alemanes no prosperó. El Tribunal Supremo de lo Civil y Penal alemán, a que finalmente llegó el pleito, solicitó al Tribunal de Justicia de la UE que determinara si está en conformidad con el derecho de la UE²⁸¹ el artículo 8 del TBI entre los Países Bajos y la República Federal Checa y Eslovaca²⁸² que prevé la resolución de disputas entre inversores y Estados en arbitraje.

La mayor importancia de la situación se expresó en el hecho de que 15 Estados de la UE entraron en el proceso como terceras partes, y el Tribunal de la UE ignoró la opinión del Abogado General en el que trató de conciliar de alguna manera las normas del acuerdo de inversión con la legislación de la UE²⁸³. En su decisión concisa el Tribunal de Justicia de la UE reiteró que ningún acuerdo internacional puede afectar la distribución de poderes entre las instituciones de la Unión, así como entre las instituciones y los Estados miembros de la UE, ni debería afectar negativamente la autonomía del sistema jurídico de la UE, que el Tribunal

²⁸⁰ Achmea B.V. v. La República Eslovaca, UNCITRAL, Caso PCA No. 2008-13, Laudo de 7 de diciembre de 2012. Disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3206.pdf> (fecha de consulta 14.03.2020).

²⁸¹ En particular, artículos 18, 267 y 344 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

²⁸² El 1 de enero de 1993, la República Eslovaca, como sucesora de la República Federal Checa y Eslovaca, se subrogó en los derechos y obligaciones de esta última con arreglo al TBI en cuestión.

²⁸³ Según el reporte del Abogado General, la resolución de disputas entre inversores de Estados miembros de la UE y otro Estado miembro en arbitraje de conformidad con los TBI no contradice la legislación de la UE. La composición del arbitraje formado de conformidad con el TBI intraeuropeo, forma parte del sistema judicial de la UE en el sentido del art. 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Dado que los TBI fueron concluidos por dos Estados miembros de la UE, el arbitraje creado a base de los artículos de TBIs debe considerarse “un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros”. A este respecto, los tribunales arbitrales tienen derecho a acudir ante el Tribunal de Justicia de la UE para que interprete la legislación de la UE, y la consideración de disputas en el arbitraje no afecta la autonomía del sistema jurídico de la Unión. Cfr. Conclusiones del Abogado General Sr. Melchior Wathelet, el 19 de septiembre de 2017, párrs. 84–89, 273. Disponible en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=194583&doclang=ES> (fecha de consulta 20.06.2020).

debe proteger²⁸⁴. Con el fin de preservar las características específicas de la autonomía del Derecho de la UE, los tratados constitutivos de la UE establecieron la creación del sistema judicial de la UE, cuya tarea principal es garantizar la integridad y la uniformidad de la interpretación del Derecho de la Unión. Este objetivo se logra mediante el diálogo judicial entre los tribunales nacionales y el Tribunal de Justicia de la UE en forma del procedimiento de remisión prejudicial establecido en el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, que tiene como finalidad garantizar la interpretación uniforme del Derecho de la Unión, permitiendo de ese modo asegurar su coherencia, su plena eficacia y su autonomía²⁸⁵.

A pesar de las afirmaciones de Achmea de que el arbitraje de inversión creado sobre la base de un acuerdo bilateral sobre la protección de la inversión extranjera interpretará y aplicará sólo las reglas de este acuerdo, el Tribunal de la UE ha construido una línea de argumentación completamente diferente. Según el Tribunal, incluso en caso de que realmente sean analizadas solamente las normas del acuerdo internacional, los árbitros tendrán en cuenta, en un grado u otro, la ley del país demandado, lo que dados los detalles del derecho de la UE, significa la interpretación y aplicación del derecho de la Unión²⁸⁶. En segundo lugar, los arbitrajes de inversión no son parte del sistema judicial nacional, y por lo tanto no están facultados, por tanto, para solicitar una decisión prejudicial al Tribunal de Justicia²⁸⁷. En tercer lugar, con la ausencia del derecho de los arbitrajes a presentar una solicitud ante el Tribunal de la UE, aún sería posible conciliar el artículo 8 del TBI en cuestión con las normas de la UE si las decisiones de estos arbitrajes sobre la interpretación del Derecho de la UE estuvieran sujetas al control de los tribunales nacionales de los Estados miembros de la UE, que a su vez podrían apelar ante el Tribunal UE con una cuestión prejudicial²⁸⁸. Sin embargo, como señala el Tribunal de la UE, la cláusula de arbitraje sobre la base de la cual se creó el tribunal en el

²⁸⁴ Cfr. Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de la Unión Europea de 6 de marzo de 2018, asunto C-284/16, párr. 32.

²⁸⁵ Cfr. *Ibidem*, párrs. 35,37.

²⁸⁶ Cfr. *Ibidem*, párrs. 40-42.

²⁸⁷ Cfr. *Ibidem*, párrs. 45, 47, 49.

²⁸⁸ Cfr. *Ibidem*, párr. 50.

caso Achmea dice que las decisiones del arbitraje son definitivas, mientras que los propios árbitros deciden el lugar del arbitraje y, en consecuencia, qué legislación procesal debe aplicarse a los laudos de arbitraje. En este caso, se eligió a Fráncfort del Meno como sede del arbitraje y, en consecuencia, la decisión podría ser impugnada en un tribunal alemán por una lista limitada de motivos procesales, lo que obviamente excluía el control judicial pleno²⁸⁹. En cuarto lugar, dicha restricción del control judicial sobre los laudos arbitrales puede justificarse en el caso del arbitraje comercial en aras de su efectividad, cuando se da cuenta de que su uso es una elección deliberada de las dos partes contendientes, y sólo a condición de que no se violen las disposiciones básicas del Derecho de la Unión, que el tribunal nacional puede verificar contactando al Tribunal de la UE para obtener una decisión prejudicial²⁹⁰. Pero la diferencia entre el arbitraje de inversión y el arbitraje comercial radica en el hecho de que se crea sobre la base de un acuerdo internacional por el cual los Estados prevén la exclusión de una cierta gama de disputas de la competencia de sus tribunales nacionales y, en consecuencia, del sistema de control judicial requerido por los acuerdos constitutivos en el ámbito de la legislación de la UE. Por lo tanto, esas consideraciones a favor de limitar el control judicial en el caso de decisiones de arbitraje comercial no pueden ni deben aplicarse en el caso de decisiones del arbitraje de inversiones²⁹¹.

En consecuencia, el Tribunal de la UE concluyó que los países de la UE, habiendo concluido un acuerdo bilateral con una cláusula de arbitraje de inversión, crearon un mecanismo para resolver disputas entre el inversionista y el Estado anfitrión que no es parte del sistema judicial de la Unión Europea y que no garantiza la plena efectividad de la legislación de la UE. Al concluir un acuerdo con una cláusula de arbitraje de este tipo, los Estados cuestionaron no sólo el principio de confianza mutua entre los países de la UE, sino también la necesidad de preservar las características especiales del derecho de la UE, que se logra también a través del mecanismo de decisiones prejudiciales²⁹². De ser así, el Tribunal de la UE

²⁸⁹ Cfr. *Ibidem*, párrs. 51-53.

²⁹⁰ Cfr. *Ibidem*, párr. 54.

²⁹¹ Cfr. *Ibidem*, párrs. 55, 56.

²⁹² Cfr. *Ibidem*, párr. 58.

reconoció que el artículo 8 del TBI entre los Países Bajos y Checoslovaquia, que contenía una cláusula de arbitraje de inversiones, era opuesto a la legislación de la Unión.

La decisión en el caso Achmea en términos fácticos significó la cancelación de los privilegios otorgados a los inversores por los tratados intra-europeos de protección de inversiones. Esta decisión puso fin a la confrontación con respecto a la ejecución de los laudos arbitrales intra-europeos, y también permitió a la Unión Europea concentrarse en el nuevo modelo de arbitraje que ya utiliza en los acuerdos celebrados por la UE con otros países.

El mecanismo de resolución de disputas de inversión que la UE propone en sus acuerdos de inversión recientes es un sistema de tribunales permanentes de inversión (*International Courts System, ICS*) en lugar de un arbitraje *ad hoc*. El sistema de tribunales de inversión se llama así porque para cada acuerdo se crea un mecanismo separado, pero basado en los mismos principios. Este sistema incluirá el Tribunal de Primera Instancia y el Tribunal de Apelaciones.

En particular, de conformidad con CETA (*Canada-Europa Trade Agreement*²⁹³), todas las disputas entre inversores extranjeros y Estados son manejadas por un tribunal de 15 árbitros nombrados por el Comité Mixto del CETA. El Comité nombrará a cinco árbitros de Canadá, cinco de los Estados miembros de la UE y cinco nacionales de otros países para un mandato de cinco años. Las actividades de dicho tribunal están dirigidas por un presidente nombrado para un mandato de dos años y elegido por sorteo entre los miembros del tribunal que sean nacionales de terceros países. Cada disputa es considerada por un panel de tres árbitros: un árbitro de Canadá, uno de la UE y un tercer árbitro (presidente) de un tercer Estado. La composición específica de los árbitros que considerarán la disputa es determinada al azar por el presidente del tribunal²⁹⁴.

²⁹³ El Acuerdo Económico y Comercial Global Entre Canadá y La Unión Europea y sus Estados miembros, firmado en Bruselas el 30 de octubre de 2016. Texto disponible en https://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ceta/ceta-chapter-by-chapter/index_es.htm (fecha de consulta 23.04.2020).

²⁹⁴ Cfr. *Ibidem*, artículo 8.27.

Los miembros del tribunal deberán tener las cualificaciones necesarias en sus respectivos países para el ejercicio de funciones jurisdiccionales, o bien ser juristas de reconocida competencia, y deberán contar con experiencia en Derecho internacional público. Los árbitros en el tribunal CETA reciben honorarios mensuales cuyo monto es determinado por el Comité Mixto y que podrían ser convertidos posteriormente en un salario habitual. También se presta especial atención a la ética de los árbitros en CETA, y las Directrices de la Asociación Internacional de Abogados (*IBA*) sobre los conflicto de Interés en el arbitraje internacional son vinculantes para ellos. Para garantizar la independencia e imparcialidad, los árbitros no pueden combinar el trabajo como árbitro en el tribunal de la CETA con el trabajo como asesor, experto nombrado o testigo en otras disputas de inversión²⁹⁵. Además, para excluir el posible conflicto de interés, en caso de existir financiación de terceros el inversionista debe revelar a la otra parte en la diferencia y al tribunal el nombre y la dirección del financiador²⁹⁶.

Particularmente notable es el mecanismo de un tribunal de apelación provisto por la CETA, que puede revocar la decisión tomada por el tribunal de primera instancia, sobre la base de²⁹⁷:

- a) errores en la aplicación o interpretación del Derecho aplicable;
- b) errores manifiestos en la apreciación de los hechos, incluida la apreciación del Derecho nacional pertinente;
- c) los motivos contemplados en el artículo 52, apartado 1, letras de a) a e) del Convenio del CIADI²⁹⁸, en la medida en que no estén contemplados en las letras a) y b).

Sin embargo, muchas cuestiones administrativas y organizativas relativas al funcionamiento del tribunal de apelación aún quedan por arreglar por el Comité Mixto.

CETA también resuelve el problema de “empresas pantalla” utilizadas por inversores para obtener la jurisdicción de un arbitraje *ad hoc* de acuerdo con algún

²⁹⁵ Cfr. *Ibidem*, artículo 8.30, apartado 1.

²⁹⁶ Cfr. *Ibidem*, artículo 8.26.

²⁹⁷ *Ibidem*, artículo 8.28.

²⁹⁸ El contenido de artículo 52 del Convenio CIADI fue revisado en el apartado 2.1.1.2. del presente trabajo.

TBI. La definición de un inversionista consagrado en el Acuerdo excluye tales empresas. De acuerdo con el artículo 8.1.:

inversor: una Parte, una persona física o una empresa de una Parte, distintos de una sucursal o una oficina de representación, que pretenda realizar, esté realizando o haya realizado una inversión en el territorio de la otra Parte; A efectos de la presente definición, por empresa de una Parte se entiende: a) una empresa que esté constituida u organizada con arreglo a las leyes de dicha Parte y desarrolle una actividad empresarial importante en el territorio de dicha Parte; o b) una empresa que esté constituida u organizada con arreglo a las leyes de dicha Parte y sea propiedad o esté bajo control, directa o indirectamente, de una persona física de dicha Parte o de una empresa mencionada en la letra a).

Por lo tanto, si los propietarios de la empresa no son los ciudadanos o empresas con nacionalidad del Estado Parte, para poder acudir al tribunal el inversionista debe efectuar la actividad comercial en el territorio de Estado Parte. Como otro instrumento en contra de las demandas frívolas se establece la regla general de que las costas del procedimiento y de representación y asistencia jurídica sean soportadas por la parte perdedora en la diferencia²⁹⁹.

Además, CETA, al igual que varios TBIs más recientes, incluye las disposiciones específicas que afirman el poder regulatorio del Estado y excluyen la responsabilidad por haber violado las expectativas de un inversor. En particular, en el artículo 8.9 se señala:

1. A efectos del presente capítulo, las Partes reafirman su derecho a regular en sus territorios para alcanzar objetivos políticos legítimos, como la protección de la salud pública, la seguridad, el medio ambiente, la moral pública, la protección social o de los consumidores, o la promoción y la protección de la diversidad cultural.
2. Para mayor seguridad, el mero hecho de que una Parte regule, incluso mediante una modificación de su legislación, de tal forma que afecte negativamente a las inversiones o no satisfaga las expectativas de un inversor, incluidas sus expectativas de beneficios, no constituye un incumplimiento de ninguna de las obligaciones establecidas en la presente sección.

Por añadidura, el anexo 8-A del CETA enuncia:

²⁹⁹ Cfr. *Ibidem*, artículo 8.39, apartado 5.

3. Para mayor seguridad, salvo en la circunstancia excepcional de que el impacto de una medida o un conjunto de medidas sea tan grave en relación con su finalidad que resulte manifiestamente excesivo, las medidas no discriminatorias adoptadas por una Parte que se conciben y se aplican para proteger objetivos legítimos de bienestar público, como la salud pública, la seguridad y el medio ambiente, no constituyen una expropiación indirecta.

Finalmente, dicho Acuerdo en su artículo 8.29 tiene prevista la posterior creación de un tribunal multilateral sobre inversiones, también con un mecanismo de apelación conexo, cuyo establecimiento pondrá fin al funcionamiento del Tribunal del CETA y del Tribunal de Apelación del CETA.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea indicó que el Tribunal creado bajo CETA es compatible con el Derecho de la Unión³⁰⁰ y específicamente que los tribunales creados bajo la CETA u otros acuerdos con cláusulas similares deberían distinguirse del mecanismo de resolución de disputas de inversión que fue objeto de análisis por parte del Tribunal en la sentencia *Achmea*³⁰¹. Los tribunales CETA tienen el derecho de interpretar sólo las disposiciones del acuerdo CETA en sí y no pueden interpretar el Derecho primario o derivado de la Unión³⁰² y, además, el CETA contiene cláusulas que privan a los tribunales de competencia en materias “sensibles” como “de la seguridad pública, de la moral pública, de la salud y de la vida de las personas y de los animales, o de preservación de la seguridad alimentaria, los vegetales, el medio ambiente, el bienestar en el trabajo, la seguridad de los productos, los consumidores y los derechos fundamentales”³⁰³. De manera general, el Tribunal de Justicia de la UE ha indicado que no se opone a la creación de tribunales internacionales sobre la base de un tratado internacional con la participación de la Unión Europea³⁰⁴, pero lo considera posible sólo bajo tres condiciones: (a) esto no socava la autonomía del derecho de la UE³⁰⁵, mientras que

³⁰⁰ Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Pleno). Dictamen 1/17, 30 de abril de 2019. Disponible en

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=213502&pageIndex=0&doclang=E S&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=5061519> (fecha de consulta 22.06.2020).

³⁰¹ *Ibidem*, párrs. 126, 127.

³⁰² *Ibidem*, párrs. 118, 119.

³⁰³ *Ibidem*, párr. 160.

³⁰⁴ *Ibidem*, párr. 106.

³⁰⁵ *Ibidem*, párrs. 107-111.

el mero hecho de la creación de tribunales fuera del sistema judicial de la UE no amenazará en sí misma esta autonomía³⁰⁶; (b) estos tribunales interpretarán precisamente las disposiciones de estos tratados internacionales, es decir, actuarán en el paradigma del derecho internacional y no del Derecho de la UE; (c) los tribunales internacionales creados, especialmente si resolverán disputas entre inversores y Estados, deben en este caso cumplir con el art. 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea con respecto a la independencia y la accesibilidad³⁰⁷.

A fin de implementar la sentencia del Tribunal de Justicia Europeo del caso *Achmea*, en la Declaración suscrita el 15 de enero de 2019³⁰⁸ los Estados miembros de la UE han demostrado su decisión de tomar medidas inmediatas para cumplir con las obligaciones derivadas de dicha sentencia. Éstas incluyen la de informar a los arbitrajes sobre las consecuencias del caso *Achmea* en todos los procedimientos abiertos en conexión con inversiones dentro de la UE, ya sea aplicando acuerdos bilaterales de inversión o el Tratado de la Carta de la Energía; la de requerir a los tribunales en los cuales se discutan las disputas relacionadas con laudos arbitrales basados en AIs intra-UE, que abstengan de reconocerlos y hacerlos cumplir; e informar a la comunidad inversora que, con respecto a las inversiones dentro de la Unión, no se debe iniciar ningún nuevo procedimiento de arbitraje. Además, fue programado que se rescinden los acuerdos bilaterales o multilaterales de inversiones intra-UE, marcándose como fecha de referencia el 6 de diciembre de 2019. El 5 de mayo de 2020 veintitrés Estados miembros³⁰⁹ firmaron un Acuerdo para la terminación de los tratados bilaterales de inversión dentro de la UE (“acuerdo

³⁰⁶ *Ibidem*, párr. 115.

³⁰⁷ *Ibidem*, párr. 190. El hecho de que la Carta no sea vinculante para países no pertenecientes a la UE no tiene importancia. El Tribunal de Justicia de la UE parte del hecho de que la Unión Europea simplemente debe garantizar dicho cumplimiento durante las negociaciones sobre la creación de un tribunal internacional, ver *Ibidem*, párrs. 191, 192.

³⁰⁸ Unión Europea. Declaration of the representatives of the governments of the Member States on the legal consequences of the judgment of the Court of Justice in *Achmea* and on investment protection in the European Union, 15 de enero de 2019. Disponible en https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/business_economy_euro/banking_and_finance/documents/190117-bilateral-investment-treaties_en.pdf (fecha de consulta 20.06.2020).

³⁰⁹ Los firmantes del acuerdo de terminación son Bélgica, Bulgaria, Croacia, República de Chipre, República Checa, Dinamarca, Estonia, Francia, Alemania, Grecia, Hungría, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Polonia, Portugal, Rumania, Eslovaquia, Eslovenia y España.

de terminación”). El acuerdo está sujeto a ratificación, aprobación o aceptación y entrará en vigor 30 días calendario después de la fecha en que el Secretario General del Consejo de la Unión Europea reciba el segundo instrumento de ratificación, aprobación o aceptación³¹⁰.

No obstante, varios tribunales arbitrales han rechazado la aplicación de las conclusiones del Tribunal de Justicia Europeo, como en el arbitraje CIADI *UP y C.D. Holding Internationale v. Hungría*³¹¹ o el arbitraje ECT en *Vattenfall contra Alemania (II)*³¹². Más recientemente, en junio de 2020 el tribunal del CIADI en *Addiko Bank v. Croacia* emitió una decisión sobre la objeción jurisdiccional de Croacia que se basó en la supuesta incompatibilidad del TBI con las normas de la UE, incluida la decisión *Achmea*³¹³. Este tribunal también rechazó la “objeción Achmea”. Así pues, el enfrentamiento entre la UE y los tribunales arbitrales continúa y puede ser finalmente resuelto sólo en la etapa de ejecución de laudos.

3.2. Las propuestas de reforma del sistema ISDS

De manera general, la gama de opciones de reforma puede ser organizada en el siguiente modo:

Reformar el mecanismo ISDS existente		Reemplazar el mecanismo ISDS existente
Corrección del mecanismo ISDS	Agregar nuevos elementos	
1. Mejorar el procedimiento de arbitraje (más transparencia y	1. Creación de mecanismos efectivos	1. Creación de la Corte permanente de inversiones

³¹⁰ Unión Europea. Acuerdo para la terminación de los tratados bilaterales de inversión entre los Estados miembros de la Unión Europea, 5 de mayo de 2020. Disponible en [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:22020A0529\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:22020A0529(01)&from=EN) (fecha de consulta 25.06.2020).

³¹¹ UP and C.D Holding Internationale v. Hungary, Caso CIADI, No. ARB/13/35, Laudo final, 9 de octubre de 2018, párr. 252-267. Disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10075.pdf> (fecha de consulta 18.09.2020).

³¹² Vattenfall AB y otros v. República Federal de Alemania (II), Caso CIADI N.º ARB /12/12. Decisión sobre el asunto Achmea, 31 de agosto de 2018. Disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9916.pdf> (fecha de consulta 18.09.2020).

³¹³ Addiko Bank AG and Addiko Bank d.d. v. Republic of Croatia, Caso CIADI No. ARB/17/37, Decisión sobre la excepción a la jurisdicción de Croacia relacionada con el presunto Incompatibilidad del TBI con el *Acquis* de la UE, 12 de junio 2020. Disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw11546.pdf> (fecha de consulta 18.09.2020).

<p>racionalidad, desalentar la presentación de reclamaciones infundadas, resolución de cuestiones de nombramiento de árbitros y del conflicto de interés potencial)</p> <p>2. Limitar el acceso a inversores (reducción de alcance de garantías, establecimiento de los tiempos límite, prevenir el uso de empresas pantalla)</p> <p>3. Utilizar los filtros para canalizar los casos sensibles a mecanismo de resolución interestatal</p> <p>4. Introducción de los requisitos de litigación en nivel nacional como una precondition para el arbitraje ISDS</p>	<p>de la resolución alternativa de disputas</p> <p>2. Introducción de apelación (sea bilateral, regional o multilateral)</p>	<p>2. Reemplazar el arbitraje ISDS por un mecanismo de solución de controversias interestatal</p> <p>3. Reemplazar el arbitraje ISDS por la resolución de disputas por los tribunales nacionales</p>
--	--	--

Tabla 2. La vista general de las opciones de reforma de ISDS. Elaboración a base de UNCTAD. *World Investment report 2015*, capítulo IV. p. 147.

Algunas de las opciones de reforma se pueden combinar, mientras que otras son mutuamente excluyentes.

Hasta la fecha no existe el consenso entre países más influyentes para considerar alguna variante de reforma como predominante. Es difícil imaginar que el modelo de la Unión Europea de las cortes permanentes (con miradas hacia la futura creación de una corte permanente multilateral de inversiones) sea aceptado universalmente. Varios Estados (incluidos los Estados Unidos y Japón) favorecen la reforma gradual del arbitraje inversor-Estado en lugar de crear una corte permanente, como lo ejemplifica el *CPTPP*. Otros Estados, como la India, expresan una fuerte preferencia por un papel más importante para los tribunales nacionales, incluso sugiriendo la introducción del requisito de agotamiento previo de los

recursos locales antes de poder pasar al arbitraje ISDS³¹⁴; y otros Estados, en particular Brasil, han estado actuando para establecer un arbitraje interestatal (en lugar de inversor-Estado) como el medio preferido para resolver disputas de inversión³¹⁵. China, que recientemente ha firmado los AII con ISDS tanto clásico como reformado, y que está desarrollando un sistema paralelo para la resolución de disputas de inversión a través de la Iniciativa *Belt and Road*³¹⁶, sólo recientemente se ha comprometido directamente con los debates sobre la reforma del ISDS, proponiendo un sistema de arbitraje ISDS *ad hoc* que se combina con un mecanismo de apelación permanente³¹⁷.

3.2.1. Corrección del mecanismo ISDS actual

Los partidarios de la propuesta más conservadora señalan que en general el sistema ISDS actual es la mejor opción para canalización de las controversias entre inversores y Estados de acogida. Se señala que las críticas al sistema son exageradas, mientras que las desventajas que existen pueden ser corregidas dentro de un marco de arbitraje a través de la corrección de los textos de AII y con cambios en varios elementos del sistema sin tocar demasiado su núcleo. Por lo tanto, en esta opción de reforma se conserva el derecho de los inversores a presentar demandas contra los Estados anfitriones en arbitrajes especialmente creados. Las propuestas elaboradas bajo esta perspectiva de reforma pueden ser implementadas por los Estados tanto en los acuerdos existentes (cambiándolos por acuerdo con el otro Estado parte) como en AII futuros y no requieren acciones coordinadas de todos

³¹⁴ Véase el Artículo 15 del texto modelo del Tratado Bilateral de Inversiones de la India de 2016. Disponible en https://dea.gov.in/sites/default/files/ModelBIT_Annex_0.pdf (fecha de consulta 18.09.2020).

³¹⁵ Vidigal, Geraldo y Stevens, Beatriz. "Brazil's New Model of Dispute Settlement for Investment: Return to the Past or Alternative for the Future?", *Journal of World Investment & Trade*, vol. 19, núm. 3, 2018, p. 475. Disponible en https://brill.com/view/journals/jwit/19/3/article-p475_6.xml?body=pdf-35540 (fecha de consulta 18.09.2020).

³¹⁶ Yee, Sienho. "Dispute Settlement on the Belt and Road: Ideas on System, Spirit and Style", *Chinese Journal of International Law*, vol. 17, núm. 3, septiembre de 2018, p. 907. Disponible en <https://academic.oup.com/chinesejil/article/17/3/907/5133003> (fecha de consulta 18.09.2020).

³¹⁷ UNCITRAL. Grupo de Trabajo III, Posible reforma del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados, Comunicación del Gobierno de China, 19 de julio de 2019, A/CN.9/WG.III/WP.177. Disponible en <https://undocs.org/es/A/CN.9/WG.III/WP.177> (fecha de consulta 18.09.2020).

(o muchos) Estados del mundo, lo que facilita en el mayor grado su aceptación por los operadores del sistema.

Los defensores de esta versión de la reforma evalúan otras alternativas de reforma que presuponen cambios más profundos como potencialmente capaces de causar consecuencias más negativas que las deficiencias del sistema actual. Por ejemplo, Christoph Schreuer afirma que actualmente no hay sustituto para el arbitraje de inversiones y, a pesar de sus debilidades, es el único sistema que es capaz de ordenar la resolución de numerosos conflictos entre Estados e inversores³¹⁸. Otros investigadores estiman esta opción como un primer paso para la resolución de conflictos más equilibrada que beneficie las partes menos protegidas en el conflicto, además, es de fácil implementación si las partes del tratado deciden que mejorar el ISDS es menos costoso que reemplazarlo completamente con un nuevo sistema “similar a un tribunal”³¹⁹.

Existen varias propuestas de cambios en el sistema actual que permiten combatir tal o cual deficiencia de ISDS. En los siguientes apartados revisaremos las opciones más frecuentemente discutidas.

3.2.1.1. Mejorar el arbitraje

a) limitar el alcance de la interpretación al precisar los textos de TBIs

Existe una opinión que los problemas del sistema ISDS en parte tienen su origen no en el propio sistema de resolución de conflictos, sino en los textos de TBIs, por lo tanto, a través de creación de un sistema de los TBIs de “nueva generación” y al establecer las pautas y los límites de interpretación de los acuerdos para los árbitros, se disminuye el grado de críticas hacia el sistema ISDS.

Como ya fue señalado, en la mayoría de los casos las disputas conocidas entre inversores extranjeros y Estados se basaron en tratados internacionales celebrados en los años noventa del siglo pasado; en particular, según los datos proporcionados por la UNCTAD, alrededor del 70 por ciento de los arbitrajes de inversión en 2019

³¹⁸ Schreuer, Christoph. “Do We Need Investment Arbitration?” en Kalicki, Jean E. y Joubin-Bre, Anna (eds.). *Reshaping the Investor-State Dispute Settlement System: Journeys for the 21st Century*, Leiden/ Boston, Brill/Nijhoff, 2015, p. 889.

³¹⁹ Puig, Sergio y Strezhnev, Anton. *Op. cit.*, p. 760.

fueron basados en acuerdos firmados en 1990s o antes, mientras que los casos restantes se basaron en tratados firmados entre 2000 y 2011³²⁰. Es verdad que los tratados de inversión de “la primera generación” (según terminología de la UNCTAD) no refieren expresamente a los fines del desarrollo sostenible, para lograr los cuales se presupone es importante la inversión extranjera directa. Más bien los tratados mencionan los fines de protección de la propiedad de los inversores, la creación de un mercado libre y abierto, el fortalecimiento de las relaciones comerciales internacionales, por ello, no es de sorprenderse que los árbitros adquieren una interpretación pro-inversor en la resolución de las disputas y rechazan a considerar las cuestiones de interés público y aún más de los derechos humanos³²¹. Desde una perspectiva de desarrollo sostenible, este enfoque es claramente insatisfactorio, ya que hace imposible adoptar sus tres pilares: económico, social y medioambiental de manera equilibrada.

En cambio, algunos acuerdos más recientes incorporan un lenguaje específicamente diseñado que favorece las consideraciones aparte de la inversión. Más allá de su papel tradicional de protección de la inversión, la nueva generación de AIs negociados durante la última década ha comenzado a abordar la salud, la protección del medio ambiente y otras preocupaciones ajenas a la inversión con el fin de proporcionar promoción y protección de la inversión que sea favorable al desarrollo sostenible. En particular, los tratados recientes intentan preservar suficiente espacio de flexibilidad regulatoria para que los Estados anfitriones busquen el bienestar público. Por lo tanto, la interpretación teleológica de éstos tratados puede ser útil para proporcionar a los arbitrajes las herramientas

³²⁰ UNCTAD. *World Investment Report 2020*, p. 111.

³²¹ No obstante, existen algunas exclusiones. Por ejemplo, en el caso *S.D. Myers v. Canadá*, basado en TLCAN, el Tribunal se refirió implícitamente al desarrollo sostenible en el contexto de protección de la inversión. El tribunal revisó las obligaciones de protección de inversión de los Estados en el contexto de las reglas de los acuerdos ambientales internacionales aplicables entre ellos. Finalmente, el tribunal se refirió, aunque implícitamente, a la concepción del desarrollo sostenible y al apoyo mutuo del desarrollo económico y la protección del medio ambiente. El Tribunal concluyó: “Cuando un estado puede lograr el nivel elegido de protección ambiental a través de una variedad de medios igualmente efectivos y razonables, está obligado a adoptar la alternativa que sea más consistente con el comercio abierto”. Cfr. *S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada*, Laudo parcial, 13 de noviembre de 2000, párrs. 196, 221. Disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0747.pdf> (fecha de consulta 17.11.2019).

necesarias para equilibrar las cuestiones económicas y relativas al desarrollo sostenible a través de la interpretación de los estándares de protección a la inversión extranjera de una manera más sensible a las preocupaciones del Estado anfitrión, a la luz de los objetivos “actualizados” de los TBIs. Se evita una interpretación fuertemente unilateral de las obligaciones de los Estados receptores al proporcionar bases textuales para que los arbitrajes aborden las preocupaciones de una disputa que no sean de inversión. Las disposiciones de nuevo tipo en los AIs pueden ayudar a justificar las medidas regulatorias estatales adoptadas en interés público o informar a los árbitros que podría ser útil consultar otras reglas y principios de derecho internacional (por ejemplo, tratados internacionales ambientales o de derechos humanos, derecho emergente sobre desarrollo sostenible y otros subcampos del derecho internacional).

Varios países ya han iniciado el proceso de renovación de sus TBIs, teniendo en cuenta los cambios expuestos. Por ejemplo, después de la primera demanda en 2011 India tomó una decisión fundamental para reformar a fondo su sistema de los TBIs, reemplazándolos por nuevos acuerdos internacionales que crean una protección menos amplia para los inversores extranjeros e incorporan cambios sustanciales en un intento por salvaguardar los intereses del Estado anfitrión³²². El TBI modelo de Noruega de 2015 incluye el artículo 12 denominado “Derecho a regular” que estipula:

Nothing in this Agreement shall be construed to prevent a Party from adopting, maintaining or enforcing any measure otherwise consistent with this Agreement that it considers appropriate to ensure that investment activity is undertaken in a manner sensitive to health, safety, human rights, labour rights, resource management or environmental concerns³²³.

Además, las reglas del artículo 6 (párrs. 1-6) del mismo TBI que rigen la compensación por expropiación, no se aplican en ninguna circunstancia a una

³²² Nataraj, Geethanjali y Tandon, Anjali. “India’s New Bilateral Investment Treaty: Expansions, Inclusions and Exclusions” en Kanungo, Rama P. *et al.* (eds.). *Changing the Indian Economy: Renewal, Reform and Revival*, Elsevier, 2018, pp. 159-163.

³²³ TBI modelo de Noruega, artículo 12. Disponible en <https://www.regjeringen.no/contentassets/e47326b61f424d4c9c3d470896492623/draft-model-agreement-english.pdf> (fecha de consulta 17.07.2020)

medida o a una serie de medidas, que no sean la nacionalización o expropiación, adoptadas por una Parte que estén diseñadas y aplicadas para salvaguardar los intereses públicos, tales como medidas para responder a las cuestiones de la salud, derechos humanos, gestión de recursos, seguridad o preocupaciones medioambientales³²⁴.

Por ende, esta opción de reforma se enfoca en el contenido de los acuerdos de inversión, asumiendo que la parte considerable de las críticas puede ser resuelta con la interpretación adecuada de los tratados renovados, mientras que el sistema de ISDS como tal no requiere la renovación profunda.

b) el nombramiento de los árbitros

Esta opción de reforma presupone el cambio en el procedimiento de selección de los árbitros en el arbitraje ISDS.

Primero, presupone emprender las medidas para garantizar que sólo los árbitros competentes y completamente independientes, imparciales, libres de conflictos de interés estén involucrados en la consideración de disputas, y sus servicios sean asequibles (en términos de honorarios) para las partes. Por ejemplo, esto podría lograrse estableciendo requisitos para las calificaciones, conducta y remuneración de los árbitros (en particular, desarrollar un código de conducta para los árbitros). En este rumbo están diseñadas las reglas de T-MEC, que en su artículo 14.D.6 (5) establece deberes relacionados con conflictos de interés de los árbitros, indicando que estos sujetos deben: a) cumplir con las Directrices de la Asociación Internacional de Abogados (*IBA*) sobre Conflictos de Intereses en el arbitraje internacional (...); (b) no recibir instrucciones de ninguna organización o gobierno con respecto a la disputa; y (c) durante la duración del procedimiento, no actuar como abogado o como perito o testigo de cualquier arbitraje pendiente conforme a los anexos del capítulo 14 de T-MEC³²⁵.

Por otra parte, se piensa incrementar la legitimidad del sistema ISDS rompiendo los lazos entre las partes en la disputa y los árbitros, por ejemplo,

³²⁴ *Ibidem*, artículo 6 (8).

³²⁵ Tratado entre los Estados Unidos de América, los Estados Unidos Mexicanos y Canadá, Anexo 14-D "Solución de Controversias de inversión México-Estados Unidos", artículo 14.D.6, fracción 5.

creando una lista de árbitros calificados, acordados con las Partes Contratantes de un TBI y determinando por sorteo los árbitros que estén asignados para la resolución de una disputa específica.

De acuerdo con algunos autores, la composición personal del tribunal arbitral es el punto clave para resolver las críticas existentes. En particular, James Graham afirma:

Si hay fallos discutibles, el culpable no es el CIADI sino el tribunal arbitral. Como lo observó Nigel Blackaby, si mañana hay una institución arbitral regional, ¿qué hará más o de diferente de lo que hace hoy el CIADI? En realidad, lo que falta son más árbitros con una sensibilidad regional³²⁶.

En efecto, la resolución de controversias requiere considerar, aparte de los hechos, el contexto social y jurídico de la disputa, sin embargo, en la mayoría de los casos los árbitros no provienen de la región en la cual se encuentra el país de acogida³²⁷. Por ejemplo, el caso *Caso CEMEX Caracas Investments v. Venezuela* entre la empresa mexicana y el país latinoamericano fue resuelto por árbitros de Francia, EEUU y Egipto y ambas partes fueron representadas por despachos estadounidenses³²⁸. En consecuencia, estos autores proponen no cambiar la estructura institucional, sino expandir el círculo de árbitros³²⁹.

Por otro lado, otros investigadores afirman que los árbitros en realidad tienden a favorecer una parte más débil de controversia por una expectativa mínima de equidad entre las partes litigantes, mientras que la aparente ventaja que tienen los inversores bien financiados es probablemente más una función de los arreglos institucionales actuales que sustentan el ISDS³³⁰. Por lo tanto, en estas investigaciones se concluye que la ruta necesaria es el cambio del diseño institucional del ISDS.

³²⁶ Graham, James. *Op. cit.*, p. 368.

³²⁷ Cfr. García-Bolívar, Omar E. *Op.cit.*, p. 156.

³²⁸ CEMEX Caracas Investments B.V. and CEMEX Caracas II Investments B.V. v. República Bolivariana de Venezuela, Caso CIADI, No. ARB/08/15, Decisión sobre jurisdicción, 30 de diciembre de 2010. Disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0143.pdf> (fecha de consulta 17.07.2020).

³²⁹ Graham, James. *Op. cit.*, p. 368-369.

³³⁰ Cfr. Puig, Sergio y Strezhnev, Anton. *Op.cit.*, p. 759.

c) declinar las demandas infundadas

Una de las cuestiones discutidas de manera activa son las demandas infundadas. El problema consiste en que hasta que el arbitraje llegue a enterar que la demanda tiene poco fundamento pueden transcurrir meses necesarios para la constitución del arbitraje y la investigación de los materiales del caso. Actualmente dentro del CIADI sólo un marginal 1% de las demandas se rechaza por carecer manifiestamente de mérito jurídico³³¹.

Por lo tanto, esta opción de reforma presupone elaborar un mecanismo adecuado para no gastar recursos en llevar a cabo los procedimientos completos en caso de reclamos claramente infundados (en inglés *frivolous claims*), en forma de denegación de consideración o rechazar dichos reclamos en una etapa temprana. Como una forma de disuadir a los inversores de acudir con las demandas infundadas, también se piensa reformar la distribución de los costos legales, por ejemplo, al aceptar directamente los principios “el perdedor paga” o “los gastos siguen al evento” (*costs follow the event*), es decir, todos los costos del arbitraje se cobran a la parte contra la cual se otorga el laudo.

d) creación de un mecanismo de asesoría

Un desarrollo nuevo dentro de este tipo de alternativas de reforma es la propuesta hecha en la sesión de la Asamblea General de la ONU en septiembre de 2017 sobre la creación de un programa para apoyar la inversión en los países menos desarrollados. El objetivo de este programa es ayudar a los gobiernos y bufetes de abogados de los 47 países económicamente más débiles del mundo a negociar contratos de inversión internacionales y resolver disputas con inversores extranjeros. Esta propuesta recuerda el mecanismo que existe en la OMC (*Advisory Centre on WTO Law*) que brinda servicios similares a los países en desarrollo³³².

El mecanismo de apoyo podría desarrollar una base de datos de jurisprudencia a la vez en cuestiones de jurisdicción y de fondo a fin de poder terminar con algunos arbitrajes en la etapa temprana. Además, este mecanismo podría jugar un papel

³³¹ Cfr. Echaide, Javier. “El derecho internacional de las inversiones...”, *cit.*, p. 153.

³³² García-Bolívar, Omar E. *Op.cit.*, p. 156.

esencial para educar a los equipos nacionales de defensa de los casos de arbitraje de inversiones (sean miembros del gobierno nacional o bufetes locales) que ayudaría a disminuir los gastos del Estado.

En práctica, en Centro América se trató de crear un fondo para financiar la asistencia legal y contribuir a pagar los honorarios de los abogados internacionales cuando sea necesario. Sin embargo, el problema de esta iniciativa fue que los propios países tuvieron que aportar sus recursos para crear el fondo, lo que probablemente lo hizo inviable³³³.

e) las demandas reconventionales

En el caso *Urbaser y CABB v. Argentina* Argentina presentó una contrademanda solicitando daños que los inversores extranjeros, los demandantes en la demanda inicial, le habían causado al Estado anfitrión. Argentina argumentó que los demandantes no pudieron proporcionar inversiones necesarias en concesión, lo que violó las disposiciones contractuales y derechos humanos básicos (la salud y el medio ambiente) al impedir Argentina a cumplir con las obligaciones bajo el derecho internacional con respecto al derecho humano al agua³³⁴. Los demandantes se opusieron afirmando que, primero, el arbitraje no tuvo competencia para conocer la demanda reconventional³³⁵, y segundo, que en principio, el derecho humano al agua (como otros derechos humanos) es una obligación exclusiva de los Estados y no de los inversores³³⁶. Sin embargo, los árbitros rechazaron ambas objeciones, señalando que el TBI en cuestión (España-Argentina) no contiene ninguna disposición que prohíba al Estado también presentar una demanda relacionada con la inversión³³⁷. Respecto a la presunta violación de los derechos humanos, el Tribunal señaló que en el pasado, de hecho, sólo los Estados eran sujetos de derecho internacional, pero el arbitraje declaró que este principio “ha perdido

³³³ *Idem*.

³³⁴ Cfr. *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. la República Argentina*, Caso CIADI ARB/07/26, Laudo de 8 de diciembre de 2016, párrs. 1156-1166.

³³⁵ Cfr. *Ibidem*, párr. 1167.

³³⁶ Cfr. *Ibidem*, párr. 1157.

³³⁷ Cfr. *Ibidem*, párrs. 1187, 1191.

impacto y relevancia”³³⁸. Indicando el desarrollo en el área de la responsabilidad social corporativa³³⁹, el arbitraje dictaminó que ya no se puede decir que “las empresas que operan a nivel internacional tienen inmunidad, porque no son sujetos de derecho internacional”³⁴⁰. Sin embargo, al mismo tiempo, el arbitraje acordó que tal desarrollo por sí solo no crea una obligación para las corporaciones de alinear sus políticas con los derechos humanos³⁴¹.

El tema de las reconveniones es uno de los problemas discutidos durante las sesiones del Grupo de Trabajo III de la UNCITRAL. En las comunicaciones de varios países participantes fue abordada la posibilidad de que el Estado anfitrión presentara una reconvenición en caso de que el inversionista no cumpliera una o más de sus obligaciones en virtud del tratado. Esto se ve como un remedio para corregir el desequilibrio del mecanismo ISDS existente, además, permitir que las reconveniones sean examinadas junto con la demanda inicial por el mismo tribunal arbitral en un único procedimiento podría aumentar la eficiencia procesal y evitar múltiples procesos en diferentes foros entre las mismas partes.

En general, las reglas del arbitraje ISDS bajo el Convenio CIADI o las reglas de UNCITRAL contemplan la posibilidad de que el demandado presente reconveniones durante el procedimiento³⁴², igual como los Alls no prohíben de manera explícita las demandas de los Estados a los inversores. Sin embargo, los Alls generalmente imponen obligaciones a los Estados de acogida y no a los inversionistas, lo que limita la posibilidad de un Estado a presentar una contrademanda invocando una violación de All por carecer de una base jurídica. En caso del incumplimiento de las obligaciones del inversionista previstas en contratos de inversión o de una violación de las leyes y reglamentos nacionales los Estados han recurrido más bien a los tribunales nacionales para obtener reparación³⁴³. Entre

³³⁸ *Ibidem*, párr. 1194.

³³⁹ Cfr. *Ibidem*, párrs. 1195,

³⁴⁰ *Ibidem*, párr. 1195.

³⁴¹ *Idem*.

³⁴² Artículo 46 del Convenio del CIADI y regla 40 de las Reglas de Arbitraje del CIADI; artículo 21 3) del Reglamento de Arbitraje de la UNCITRAL.

³⁴³ Cfr. UNCUTRAL. *Posible reforma del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados (SCIE). Procesos múltiples y reconveniones*. Nota de la Secretaría, A/CN.9/WG.III/WP.193, 22 de enero de 2020, p. 9. Disponible en <https://undocs.org/es/A/CN.9/WG.III/WP.193> (fecha de consulta 27.02.2020).

las propuestas para incluir las obligaciones de inversores en los AII se encuentran los deberes que podrían referirse a la protección de los derechos humanos y el medio ambiente, el cumplimiento de la legislación interna, las medidas contra la corrupción y la promoción del desarrollo sostenible (por ejemplo, evaluar la sostenibilidad de los proyectos de inversión)³⁴⁴; e incluir procedimientos que permitan a los perjudicados reclamar la responsabilidad penal o civil de los inversores extranjeros³⁴⁵.

3.2.1.2. Limitar el acceso al arbitraje

Esta opción de reforma presupone limitación del acceso al arbitraje ISDS de los inversores con finalidad de excluir los abusos del sistema y de esta manera ascender la legitimidad del arbitraje ISDS.

Las variantes de acción incluyen:

a) creación de obstáculos para que los inversores presenten reclamos en relación con la misma presunta violación de sus derechos por parte del Estado en varios foros de resolución de disputas. Esto se puede lograr, por ejemplo, al incluir en los AII la cláusula “*no U-turn*”³⁴⁶;

b) establecer la prohibición del uso de ISDS después de que haya transcurrido un cierto período de tiempo desde el evento que le da al inversor el derecho de reclamar, es decir, la introducción de un tipo de periodo de prescripción (por ejemplo, tres o cinco años). En muchos de los AII de primera generación no existen las limitaciones temporales para iniciar el arbitraje³⁴⁷. Esta alternativa de reforma

³⁴⁴ Cfr. *Ibidem*, p. 10.

³⁴⁵ Fernández Pérez, Ana. *Op.cit.*, p. 118.

³⁴⁶ En la mayoría de los AII tradicionales las partes han incluido la cláusula “*fork in the road*” que requiere de un inversor a decidir al principio si la disputa será juzgada en tribunales nacionales o a través del arbitraje internacional. A diferencia, la prohibición de “*U-turn*” no impide que los inversores intenten proteger sus derechos primero en los tribunales nacionales del Estado anfitrión, sin embargo, una vez que el inversor ha optado por el arbitraje internacional, no puede volver a los tribunales nacionales. Si bien la cláusula “*fork in the road*” puede desalentar el recurso a los tribunales locales, las disposiciones de “*no U-turn*” no tienen este efecto. Además, en práctica, la cláusula “*fork in the road*” no ha impedido a los inversores buscar protección en dos o más foros. Cfr. UNCTAD. *Investor-State Dispute Settlement: a sequel. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II*, Nueva York y Ginebra, 2014, p. 86-88. Disponible en: http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaeia2013d2_en.pdf (fecha de consulta 21.07.2020).

³⁴⁷ En cuanto a los plazos de prescripción, el derecho internacional no establece ningún límite de tiempo general. Tales disposiciones generalmente existen en las leyes nacionales y los tratados de

contribuye a la creación de certeza y previsibilidad en relación con las obligaciones asumidas por el Estado. También sería útil aclarar si el tiempo durante el cual el reclamo del inversionista es considerado en los tribunales nacionales de ese Estado está incluido en el período de limitación. Sin embargo, la implementación de esta opción de reforma podría provocar problemas en relación con un tipo de expropiación indirecta que se denomina “expropiación constructiva” (“*creeping expropriation*”). Este tipo de expropiación se lleva a cabo a través de una serie de actos legislativos o administrativos, los cuales, al examinarlos de manera aislada, no constituyen una violación de las obligaciones bajo un AI, no obstante, al acumularse en un mismo momento en conjunto producen una afectación que puede ser equivalente a la expropiación. Por lo tanto, la violación de los derechos de un inversor puede acumularse durante años, en consecuencia, la introducción de un periodo de limitación bastante corto (por ejemplo, 3 años) puede dificultar el procedimiento probatorio y la evaluación de los hechos porque la parte del asunto puede estar fuera del límite temporal determinado;

c) negar el acceso al sistema de ISDS a los inversores que cometen el abuso de un tratado internacional a través de “compra de tratados internacionales” o “planificación de nacionalidad” (en inglés *treaty shopping* y *nationality planning*, respectivamente). Para este propósito se puede usar una cláusula de denegación de beneficios (*denial-of-benefits provision*). Dicha cláusula está contemplada, por ejemplo, en el artículo 17 del TCE, además, una disposición similar se puede encontrar en el artículo 8.16 del CETA. La cláusula de denegación de beneficios, como regla general, está formulada de manera discrecional (el Estado anfitrión

inversión a veces pueden contener expresamente disposiciones similares. En ausencia de una disposición explícita en un TBI, un Estado anfitrión puede argumentar que se aplicarán las limitaciones de tiempo aplicables en virtud de su legislación nacional. Es probable que este argumento sea rechazado por un tribunal arbitral, luego de que la mayoría de la jurisprudencia de arbitraje de inversiones determine que las limitaciones de tiempo aplicables según la legislación nacional no se aplican a las reclamaciones derivadas de los AIs. Por ejemplo, el arbitraje en el caso *Interocean v. Nigeria* declaró lo siguiente: “Although limits under Nigerian law exist with respect to court actions related to contract claims and court actions against the government, none proves relevant to this arbitration, which relates to violation of international law”. *Interocean Oil Development Company v. Federal Republic of Nigeria*, Caso CIADI No. ARB/13/20, Decisión sobre excepciones preliminares, 29 de octubre de 2014, párr. 124. Disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw6336.pdf> (fecha de consulta 31.07.2020).

“puede negar los beneficios”) y no puede ser activada por el Estado de manera retroactiva, es decir, durante el procedimiento de arbitraje de inversión, de otra manera se violaría el principio de seguridad jurídica y las expectativas legítimas del inversor;

d) excluir del sistema ISDS los sectores económicos estratégicos para los Estados. En respuesta a las inconsistencias del sistema actual los países distintos realizaron la exclusión de los TBIs u otros instrumentos bilaterales y multilaterales las esferas de mayor riesgo, como son, por ejemplo, la salud pública o acceso al agua. Un ejemplo claro es la exclusión de las inversiones en la industria tabacalera del sistema de protección apoyado por países como Australia y Nueva Zelanda después de una disputa (aunque ganada por Australia) con Phillip Morris;

e) fijar el concepto de inversión con más precisión, por ejemplo, en nuevo T-MEC³⁴⁸ el término “inversión” está fijado con arreglo a los criterios del test de Salini³⁴⁹.

3.2.1.3. Fortalecer el control de los Estados sobre la resolución de conflictos inversor - Estado

Esta opción de reforma puede servir para que los Estados tengan un mayor control sobre la interpretación de las disposiciones de los acuerdos de inversión y para atender a las inquietudes relacionadas con la falta de uniformidad, coherencia y previsibilidad de las decisiones de los arbitrajes ISDS. Además, por excluir los casos sensibles del arbitraje ISDS y canalizarlos a través de los métodos de solución de controversias entre los Estados también ayuda a fortalecer el control público e incrementar el nivel de confianza en el arbitraje ISDS.

Primero, se supone establecer para los Estados parte de los AIs el derecho de emitir las interpretaciones del tratado en cuestión. Los partidarios de esta

³⁴⁸ Artículo 14.1. de T-MEC

³⁴⁹ Test de Salini fue elaborado durante la resolución del caso *Salini v. Morocco*; según el cual, estamos ante una inversión si concurren los siguientes requisitos: compromiso sustancial, duración en la ejecución del contrato (2 años como mínimo), ingresos y beneficios regulares, riesgos involucrados en la inversión, contribución importante en el Estado receptor. Cfr. *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco*, Caso CIADI, No. ARB/00/4, Decisión de jurisdicción, 23 de julio de 2001. Disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0738.pdf> (fecha de consulta 22.07.2020).

alternativa subrayan que la reforma del sistema ISDS debería centrarse en garantizar la coherencia en la interpretación de las disposiciones de los AII con el fin de “desarrollar una jurisprudencia homogénea que promueva la seguridad jurídica”³⁵⁰. Una de posibilidades de lograrlo podría ser la utilización de la interpretación conjunta de las disposiciones de los tratados por las Partes y que esas interpretaciones conjuntas sean vinculantes para los tribunales ISDS. En algunos tratados de inversión recientes está prevista la posibilidad de que las Partes adopten interpretaciones vinculantes de las obligaciones contraídas³⁵¹. En cuanto al mecanismo para interpretación de los tratados, se supone que éste puede ser incluido en el convenio modelo o en las reglas del arbitraje (por ejemplo, las Reglas de la UNCITRAL), además, se sugiere la posibilidad de establecer comisiones o comités conjuntos de interpretación que coexistan con los tribunales arbitrales. También los arbitrajes podrían consultar a las autoridades estatales sobre la interpretación de un tratado en cuestión en caso de duda.

Los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 se establecen los elementos que los encargados de interpretar los tratados deben tener en cuenta para dar sentido a las disposiciones de los tratados. En particular, en caso de las interpretaciones de las Partes Contratantes, se puede aplicar las disposiciones de párrafo 3 del artículo 31, que en sus incisos a) y b) estipula que junto con el contexto de un tratado, habrá de tenerse en cuenta todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones, y toda práctica ulteriormente seguida en la

³⁵⁰ UNCITRAL. Posible reforma del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados (SCIE). *Interpretación de los tratados de inversión por las partes en los tratados*. Nota de la Secretaría, A/CN.9/WG.III/WP.191, 17 de enero de 2020, p. 3. Disponible en <https://undocs.org/es/A/CN.9/WG.III/WP.191> (fecha de consulta 27.02.2020).

³⁵¹ Por ejemplo, el TBI entre China y Canadá tiene disposiciones que permiten expresamente a los Estados partes emitir interpretaciones vinculantes, tanto en general como en disputas particulares. El Artículo 18 establece que las Partes Contratantes podrán decidir conjuntamente emitir interpretaciones vinculantes del Acuerdo. Luego, el Artículo 20 agrega que si un Estado demandado en un arbitraje inversor-Estado invoca una excepción específica al tratado como defensa, las Partes Contratantes deben consultarse entre sí para determinar si la defensa es válida y cualquier determinación que lleguen al respecto este asunto será vinculante para el tribunal. Cfr. Agreement Between the Government of Canada and the Government of the People's Republic of China for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, 09 de septiembre de 2012. Disponible en <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/3476/download> (fecha de consulta 22.07.2020).

aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado. Sin embargo, los tratados de inversión, a diferencia de la mayoría de los demás tratados internacionales en la esfera económica, crean derechos para las personas privadas. Esos derechos de los inversionistas extranjeros podrían verse afectados por ulteriores interpretaciones autorizadas de las partes en los tratados, mientras que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados no se prevé la modificación ni la revocación de los derechos de terceros que sean particulares o entidades privadas, por lo tanto, este problema requiere una regulación especial.

La interpretación de las disposiciones de los AII por los arbitrajes es necesaria para determinar el alcance de los derechos y las obligaciones de las partes en la controversia y, por tanto, ayuda a distinguir entre los actos que constituyen una intervención ilegal con los derechos de los inversores y los actos que están en correspondencia con la regulación legítima del gobierno. La falta de una redacción precisa en muchos acuerdos de inversión hace que sea mayor la necesidad de una interpretación por el arbitraje, además, las disposiciones redactadas en términos generales en algunos casos fueron interpretados con un sentido aún más amplio. Con la introducción de esta variante de reforma, si bien sigue siendo tarea de los árbitros dirimir los casos e interpretar y aplicar los AII, las Partes contratantes de un AII conservan la facultad de aclarar el sentido de un este último mediante una interpretación autorizada.

En virtud del derecho internacional público general, las partes de un tratado pueden aclarar sus verdaderas intenciones y emitir declaraciones autorizadas sobre la interpretación de sus tratados³⁵². En caso de arbitraje, un escrito presentado por un Estado demandado sobre la interpretación de las disposiciones de un tratado que cuente con la confirmación de la Parte en el tratado que no sea litigante podría servir como prueba de un acuerdo. En los arbitrajes futuros contra cualquiera de las Partes contratantes dichos escritos también podrían ser utilizados para orientar la interpretación y aplicación de los tratados. Sin embargo, con el objetivo de evitar las

³⁵² Cfr. UNCITRAL. Posible reforma del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados (SCIE). *Interpretación de los tratados de inversión por las partes en los tratados*. Nota de la Secretaría, A/CN.9/WG.III/WP.191.

posibles interpretaciones abusivas en algunos acuerdos de inversión se prevé explícitamente la inaplicabilidad de una interpretación conjunta hecha después del establecimiento del tribunal³⁵³. Otro problema con este instrumento podría ser la dificultad de distinguir entre la enmienda del tratado, a la que se aplica el principio de no retroactividad, y la interpretación del tratado a la que dicho principio no se aplica dado que una interpretación sólo aclara el contenido de una norma y no crea una nueva.

Cabe señalar que, aun cuando algunos de los AIs contienen disposiciones acerca de las interpretaciones de los AIs por parte de los Estados contratantes³⁵⁴, según el Centro de Políticas de Inversión de la UNCTAD, actualmente sólo en el 4,9 % de los AIs se permiten expresamente interpretaciones vinculantes de las partes contratantes o de comisiones o comités de interpretación.

Segundo, se plantea una posibilidad a fortalecer el control público sobre las disputas de inversión a través de la exclusión de ciertos tipos de demandas del alcance del arbitraje ISDS. Esta opción se puede aplicar en algunos sectores particularmente sensibles de la economía (por ejemplo, el sector financiero, el sector inmobiliario), a ciertas disposiciones de TBI (por ejemplo, obligaciones del Estado en relación con las acciones preparatorias realizadas por los inversores incluso antes de que se realice la inversión; en inglés: *pre-establishment obligations*) o en áreas políticas sensibles (por ejemplo, medidas tomadas por razones de seguridad nacional). Dichas categorías de disputas pueden ser excluidas por completo de la protección especial o podrían ser dirigidas a un nivel interestatal. En el último caso,

³⁵³ En la práctica, han surgido acusaciones según las cuales los Estados han utilizado la posibilidad de emitir las interpretaciones de los AIs para evitar la responsabilidad en resolución de un caso concreto. Por ejemplo, en el caso *Mondev v. USA* durante la consideración de una demanda del inversor la Comisión de libre comercio establecida bajo el Artículo 2001 del TLCAN emitió una interpretación del Artículo 1105(1) de dicho Tratado respecto al contenido del estándar mínimo de tratamiento de conformidad con el derecho internacional. El inversor sostuvo que la Parte Demandada consideró conveniente “cambiar el significado de una disposición del TLCAN en medio del caso en el que esa disposición desempeña un papel importante” y preguntó si podría hacerlo de buena fe. Cfr. *Mondev International Ltd. v. United States of America*, Caso CIADI No. ARB(AF)/99/2, Laudo de 11 de octubre de 2002, párrs. 31, 100-103 y ss. Disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1076.pdf> (fecha de consulta 30.06.2020).

³⁵⁴ Por ejemplo, la presentación de escritos por partes en el tratado que no sean litigantes está prevista asimismo en el artículo 5 del Reglamento de la UNCTAD sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado.

la controversia estará sujeta a resolución entre Estados si no puede ser resuelta por una comisión mixta compuesta por representantes de ambos Estados: el anfitrión y el Estado de ciudadanía del inversionista (o, con menos frecuencia, por los expertos independientes). Si bien se mantiene la estructura general del mecanismo ISDS actual, este enfoque permite la transferencia de disputas sobre asuntos delicados a la solución a nivel interestatal. En este caso, el arbitraje ISDS se suspenderá hasta que el arbitraje interestatal llegue a su decisión, que será vinculante para el arbitraje internacional de inversiones. Este enfoque fue adoptado en el TBI entre Canadá y China en 2012³⁵⁵ para disputas de inversión en el campo de los servicios financieros.

La solución de disputas entre Estados (mediante arbitraje, procedimientos judiciales u otros) puede ser más adecuada para discutir temas delicados de importancia sistémica, por ejemplo, con respecto a la integridad y estabilidad del sistema financiero, el sistema global de impuestos internacionales y la atención médica.

3.2.1.4. Inclusión de la condición de agotamiento de los recursos nacionales

El objetivo de esta opción de reforma es alentar que los inversores extranjeros acudan a los tribunales nacionales del Estado anfitrión, al mismo tiempo que se les preserva la oportunidad de solicitar el arbitraje internacional de inversiones como último recurso. Este enfoque, en cierta medida, responderá a las preocupaciones estatales sobre el fuerte aumento de las demandas de los inversores al sistema de arbitrajes ISDS durante la última década.

Se puede considerar dos opciones para alentar el uso de los tribunales nacionales, sin privar a los inversores extranjeros del derecho a recurrir al ISDS. Primera opción: los acuerdos de inversión pueden requerir que el inversionista agote los recursos locales disponibles en el Estado anfitrión como requisito previo para recurrir al arbitraje internacional. La segunda opción: los AII pueden exigirle que vaya a los tribunales locales para resolver la disputa, pero sin la obligación de llegar

³⁵⁵ Cfr. Agreement Between the Government of Canada and the Government of the People's Republic of China for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, artículo 20(2).

a un resultado determinado (y agotar todos los recursos disponibles). En otras palabras, es posible solicitar el arbitraje internacional de inversiones sólo después de un cierto período de tiempo (por ejemplo, 18 meses) después de un intento de resolver disputas en tribunales nacionales.

La condición de resolver disputas en los tribunales nacionales del país anfitrión coloca a los inversores extranjeros en una posición igual con los inversores locales, así como con los inversores extranjeros de países que no tienen un All con el país anfitrión. También ayudaría a crear un campo de juego nivelado entre los inversores extranjeros, ya que los altos costos asociados con la realización de arbitraje de inversión internacional no permiten que las pequeñas y medianas empresas lo utilicen. Además, los procedimientos en los tribunales nacionales generalmente incluyen el derecho de apelar las decisiones de los tribunales de primera instancia en los tribunales de apelación y/o casación, y es más adecuado para la interpretación y aplicación de la ley nacional del Estado anfitrión. Además, se puede suponer que la oportunidad para un inversor extranjero de recurrir al ISDS es menos importante en países con un sistema legal desarrollado, es decir, imparcial, independiente, no corrupto, competente, bastante rápido, con buen gobierno y tribunales locales experimentados.

En conexión con la propuesta en cuestión, está ganando fuerza el argumento que consiste en la necesidad de llevar a cabo reformas dentro del país que hospede a los inversores con el objetivo de crear y fortalecer instituciones jurídicas y judiciales, en lugar de centrarse únicamente en el sistema ISDS³⁵⁶. En última instancia, esto puede ayudar a corregir algunas de las debilidades institucionales del país anfitrión, para cuya eliminación se desarrollaron originalmente los Alls y el mecanismo ISDS.

Sin embargo, esta opción de reforma plantea muchas dudas y objeciones. Muchos inversionistas extranjeros temen que los Estados anfitriones no puedan

³⁵⁶ Puig, Sergio y Shaffer, Gregory. "Imperfect Alternatives: Institutional Choice and the Reform of Investment Law", *American Journal of International Law*, vol. 112, núm. 3, julio de 2018, p. 408. Disponible en https://www.cambridge.org/core/services/aop-cambridge-core/content/view/BDF034DC00EDBCDB654344F0F1147560/S0002930018000702a.pdf/imperfect_alternatives_institutional_choice_and_the_reform_of_investment_law.pdf (fecha de consulta 22.07.2020).

garantizar un sistema judicial interno efectivo y que funcione bien, incluso en países desarrollados. Los tribunales locales pueden carecer de independencia, hallarse bajo control político y estar sujetos a abusos por parte del Estado, incluida la táctica de retrasar el proceso. En países con mala gobernanza puede ser desafiante hacer cumplir las decisiones de los tribunales locales. En otros países, debido a la alta carga sobre los tribunales locales, agotar los recursos locales puede llevar demasiado tiempo y, por lo tanto, reducir el valor del acceso al arbitraje de inversiones. Por otro lado, si un inversor cambia a ISDS después de un litigio local, el arbitraje se convierte en una especie de recurso de revisión para las decisiones de los tribunales nacionales, que solo puede aumentar el grado de problema de legitimidad que ya sufre el ISDS. Finalmente, los tribunales locales pueden no tener la competencia para aplicar el derecho internacional, ya que en muchos países la aplicación directa de los acuerdos internacionales no está permitida. Para que sea posible hacer cumplir las disposiciones de tratados de inversión en dichos Estados, estos últimos deben transformar los tratados de inversión en su legislación nacional.

Varios acuerdos de inversión ya contienen el requisito de acudir a los tribunales locales previamente al arbitraje ISDS, sin embargo, en la práctica en muchos casos los árbitros hacen caso omiso a dichas cláusulas por considerar fútil acudir a los recursos jurisdiccionales locales. Por ejemplo, en el caso *Urbaser y CABB v. Argentina* el TBI aplicable requería que el inversor primero presentara su reclamo en los tribunales nacionales durante 18 meses antes de recurrir al arbitraje. El Tribunal examinó la cuestión de si los tribunales argentinos eran capaces de manejar disputas de este tipo en 18 meses. Se basó en un estudio estadístico de la oficina del Procurador General del Tesoro de la Nación que demostró que el tiempo promedio para una resolución sobre el fondo fue de seis años y un mes y que en ninguno de los casos considerados se tomó una decisión dentro de los 18 meses³⁵⁷. El Tribunal concluyó que una disputa entre inversionista y Estado ante los tribunales de Argentina excedería los 18 meses establecidos en el TBI y concluyó: “Un

³⁵⁷ Cfr. *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. la República Argentina*, Caso CIADI ARB/07/26, Decisión de Jurisdicción, 19 de diciembre de 2012, párr. 196. Disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1324.pdf> (fecha de consulta 17.12.2019).

procedimiento que de ninguna manera razonable pueda alcanzar ese objetivo es inútil e injusto para el inversionista”³⁵⁸. Otros casos ilustran la falta de efectividad del sistema judicial interno del Estado anfitrión. El caso *Siag v. Egipto*³⁵⁹ implicó la incautación del proyecto turístico del reclamante en el Sinaí a través de una serie de acciones de las autoridades egipcias. El demandante había obtenido ocho fallos de los tribunales egipcios a su favor, pero el ejecutivo los había ignorado constantemente. El Tribunal determinó que el hecho de que Egipto no respetara las decisiones de sus propios tribunales constituía una denegación de justicia y una violación del estándar de trato justo y equitativo³⁶⁰.

Desde el punto de vista de algunos autores, estos y muchos otros ejemplos demuestran que la reintroducción de un requisito para agotar los remedios locales sería un paso retrógrado. Según esta opinión, ese requisito era desarrollado bajo el régimen de protección diplomática y no se transfirió al arbitraje de inversiones precisamente para alejarse de los caprichos de proceder a través de los tribunales nacionales. Además, el requisito de agotar los recursos locales en el arbitraje de inversiones agregaría un costo considerable, largas demoras y un elemento adicional de incertidumbre a la resolución de controversias, lo que será más dañino a las pequeñas y medianas empresas³⁶¹.

3.2.2. Agregar al sistema actual nuevos elementos

Esta opción de reforma presupone agregar nuevos elementos institucionales al mecanismo de arbitraje ISDS existente que permitirá mejorar este mecanismo sin rechazar por completo su estructura. Estos elementos también pueden usarse en combinación con las propuestas antes mencionadas para reformar el mecanismo ISDS.

³⁵⁸ Cfr. *Ibidem*, párr. 202.

³⁵⁹ *Waguih Elie George Siag and Clorinda Vecchi v. The Arab Republic of Egypt*, Caso CIADI No. ARB/05/15, Laudo de 1 de junio de 2009. Disponible en https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0786_0.pdf (fecha de consulta 22.07.2020)

³⁶⁰ Cfr. *Ibidem*, párrs. 454, 455.

³⁶¹ Cfr. Schreuer, Christoph. *Op.cit.*, p. 889.

3.2.2.1. Inclusión de fases preclusivas de arreglo amigable y de mediación antes del arbitraje

Centrarse en la prevención de controversias, en lugar de en la regulación *a posteriori* se considera una de las opciones más rentables de reforma del sistema de ISDS. Esta opción de reforma consistiría en el desarrollo de disposiciones contractuales, de tratados bilaterales y multilaterales o en la legislación nacional, según las cuales una vez que haya surgido la disputa, el inversionista y el Estado deberán iniciar un período previo de arreglo amigable o de mediación, y sin su agotamiento no podrán pasar a la etapa siguiente de arbitraje. Por ejemplo, antes de acudir al Tribunal de inversiones, el CETA prevé consultas (artículo 8.19) y mediación (artículo 8.20).

Igual como respecto al requisito de agotamiento previo de los recursos locales, en práctica los arbitrajes con frecuencia han hecho caso omiso de los requisitos previos de arreglos amigables bajo la excusa que ello sería inútil³⁶². Con la implementación de esta propuesta se indicaría expresamente que las fases anteriores al arbitraje han de ser agotadas de forma obligatoria.

La meta principal de esta propuesta es evitar el arbitraje (o, en su caso, la resolución de la disputa en un tribunal permanente) por el medio de crear condiciones para que las partes se comuniquen, negocien y encuentren soluciones propias de tal manera que la disputa pueda ser solucionada más rápido y a bajo costo. Sin embargo, esta propuesta tiene la desventaja de que, de no resultar exitosa la negociación y/o la mediación, tiempo y costos adicionales habrán de ser sumados a las partes contendientes. Por otro lado, algunos autores señalan que incluso si los medios de arreglo previo amigable no tendrán éxito, pueden servir para aclarar cuestiones contenciosas entre las partes y ayudar a simplificar el arbitraje posterior

Como una de las desventajas más importantes de los medios alternos de solución de conflictos (MASC) en materia de inversiones se señala que, igual como en otras áreas de derecho, el resultado de arreglo finalmente no es vinculante y requiere que ambas partes de la disputa lo reconozcan. Por lo tanto, este

³⁶² Cfr. García-Bolívar, Omar E. *Op.cit.*, p.158.

mecanismo puede ser relevante en casos de disputas cuyas partes consideran importante continuar su cooperación de inversión, a pesar de la presencia de un conflicto.

A fin de realizar dicha propuesta, los Estados pueden actuar de manera individual o en el terreno internacional. En el plano nacional, los Estados pueden implementar una de las siguientes opciones:

– asignar a una institución gubernamental específica los deberes de una autoridad responsable por la solución amistosa de una disputa (y si esto no es posible, luego el arbitraje posterior). El objetivo de esta institución será establecer un canal único de comunicación entre el inversor y el Estado y garantizar la coherencia en el cumplimiento de las obligaciones en materia de inversión. Además de recopilar y difundir información, esta institución podría tener la autoridad para realizar funciones tales como coordinar esfuerzos con otras agencias gubernamentales en el desarrollo de políticas de prevención de disputas. También puede actuar como un punto focal en el gobierno del respectivo Estado, cuya tarea es facilitar la interacción de los inversores con las autoridades locales. Se le puede autorizar la gestión administrativa en relación con los tratados de inversión y los contratos;

- el establecimiento de una posición de ombudsman en materia de inversiones o una agencia de inversión que podría asumir liderazgo en la resolución de conflictos con inversionistas en una etapa temprana³⁶³;

- organizar compilación, clasificación y evaluación de contratos y acuerdos de inversión, así como análisis de casos relacionados con disputas de inversión, para asegurar una comprensión adecuada de las obligaciones del Estado;

³⁶³ El artículo 15 de los Acuerdos de Cooperación y Facilitación de Inversiones de Brasil con Mozambique y Angola de 2015, basados en un nuevo modelo de TBI de Brasil, describe precisamente ese mecanismo. Cfr. Acuerdo Brasil-Mozambique de Cooperación y Facilitación de Inversiones, 30 de marzo de 2015. Disponible en: <http://www.itamaraty.gov.br/es/notas-a-la-prensa/10372-acuerdo-brasil-mozambique-de-cooperacion-y-facilitacion-de-inversiones-acfi-maputo-30-de-marzo-de-2015> (fecha de consulta 30.07.2020); Acuerdo Brasil-Angola de Cooperación y Facilitación de Inversiones, 1 de abril de 2015. Disponible en <http://www.itamaraty.gov.br/es/notas-a-la-prensa/16914-acuerdo-brasil-angola-de-cooperacion-y-facilitacion-de-inversiones-acfi-luanda-1-de-abril-de-2015> (fecha de consulta 30.07.2020).

- garantizar el intercambio de información entre organismos gubernamentales, preferiblemente a través de la autoridad central, también es un aspecto clave de la prevención de disputas por medio de informar adecuadamente a los interesados en varios niveles (nacional, estatal y/o municipal), y para garantizar la coherencia en la gestión de los problemas de inversión. En efecto, los funcionarios del gobierno y las autoridades públicas pueden estar involucrados en la toma de decisiones y en el cumplimiento de las obligaciones en virtud de los tratados y contratos de inversión, y por lo tanto, deben conocer las obligaciones asumidas por el Estado en dichos documentos.

Luego, en el plano internacional los acuerdos de inversión pueden contener disposiciones sobre la prevención de disputas y sobre la gestión de este proceso e integrarlas en el mecanismo de resolución de disputas establecido por los acuerdos previamente concluidos. Como un medio para facilitar el intercambio periódico de información para la prevención de disputas, y si aún surge una disputa, para el uso de un mecanismo de resolución basado en consultas, negociaciones y mediación, pueden actuar comités o comisiones mixtas creadas por los Estados parte de los acuerdos de inversión.

Si bien muchos AIs prevén la posibilidad de conciliación³⁶⁴, los Estados podrían considerar fortalecer los mecanismos existentes o agregar nuevos mecanismos. Aquí, uno puede proponer reforzar el uso de los métodos alternativos de resolución como mecanismo de prevención de disputas. Esto requiere que esta resolución extrajudicial sea un paso obligatorio antes del inicio del arbitraje de inversiones, por ejemplo, mediante la introducción de un “plazo de negociación”, es decir, un cierto período de tiempo, durante el cual las partes deben de buena fe

³⁶⁴ Con frecuencia, los acuerdos de inversión contienen una cláusula de solución de controversias en una forma alternativa de solución de controversias y sólo en caso de no llegar a un acuerdo, a través del arreglo de la controversia entre el inversionista y el Estado ante un tribunal arbitral. En la primera parte de la resolución se prevén consultas y negociaciones, mediación o conciliación, o se hace referencia al arreglo amistoso sin especificar el modo de llegar a él. En los tratados recientes se observa la tendencia para detallar más la solución de controversias por vías alternativas y los requisitos para considerar agotado este medio de solución. Cfr. UNCTAD. Posible reforma del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados. *Prevención y mitigación de controversias: medios alternativos de solución de controversias*, Nota de Secretaría, 15 de enero de 2020, A/CN.9/WG.III/WP.190, p.10. Disponible en <https://undocs.org/es/A/CN.9/WG.III/WP.190> (fecha de consulta 27.02.2020).

tratar de resolver la disputa mediante negociaciones y/o consultas. Una posible opción de reforma también puede ser la introducción de una mediación institucional obligatoria antes de acudir al arbitraje ISDS.

Prácticamente todos los partidarios del uso amplio de los MASC subrayan que estos implican costos menores y llevan menos tiempo que el arbitraje y, en consecuencia, el hecho de aumentar su utilización aliviaría las inquietudes relativas al costo y la duración de los procesos de ISDS. Además, se considera que los MASC ofrecen a las partes un grado elevado de flexibilidad y autonomía y permiten el mantenimiento de las relaciones a largo plazo. También se señala que la mediación normalmente ayuda a aclarar las posiciones de las partes litigantes, lo que reduce las diferencias entre ellas y permite centrarse en los problemas que están sobre la mesa³⁶⁵.

No obstante las ventajas mencionadas, como se subraya en algunas comunicaciones de los Estados que participan en el Grupo de Trabajo III de UNCITRAL, el arbitraje es el medio de solución de controversias entre inversionistas y Estados que se utiliza predominantemente, mientras que las partes de conflicto no recurren a los MASC, a pesar del marco jurídico vigente³⁶⁶. Dado que los métodos alternativos de solución de controversias suelen ser confidenciales, es difícil recopilar información precisa sobre su utilización. Sin embargo, los datos procedentes de las instituciones revelan que no se utilizan con frecuencia³⁶⁷.

³⁶⁵ Cfr. *Ibidem*, pp. 9-10.

³⁶⁶ En particular, el CIADI cuenta con las Reglas de Conciliación de 1967 y el Reglamento de Comprobación de Hechos de 1978 (la última redacción de dichos documentos es de 2006). En 2018, el CIADI comenzó a trabajar en un nuevo conjunto de reglas de mediación, las cuales complementarán las reglas existentes del CIADI para el arbitraje, la conciliación y la determinación de hechos y podrán usarse independientemente o en conjunto con los procedimientos de arbitraje o conciliación. Las Reglas de Conciliación de la UNCITRAL fueron aprobadas por la Asamblea General de la ONU el 4 de diciembre de 1980. Las reglas de conciliación (mediación) fueron elaboradas en muchas instituciones de arbitraje, incluido la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya (1996), Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (2014). El 4 de octubre de 2012, la *International Bar Association (IBA)* adoptó las Reglas de Mediación para resolver disputas de inversión entre Estados e inversores.

³⁶⁷ Por ejemplo, hasta la fecha, el CIADI ha registrado 12 procedimientos de conciliación, incluidos 2 casos de conciliación de conformidad con el mecanismo complementario, que conjuntamente componen 1,6% de totalidad de los casos, y ninguno de conformidad con el Reglamento de Comprobación de Hechos del CIADI. Cfr. CIADI. Carga de Casos del CIADI – Estadísticas, edición 2020-1, pp. 8-9. Hay que mencionar que la confidencialidad tradicionalmente es uno de los principales requisitos durante las negociaciones (consultas), así como los procedimientos de conciliación. Al mismo tiempo, si una disputa de inversión se resuelve de acuerdo con el Convenio

Los factores que impiden el amplio uso de los MASC en materia de inversiones extranjeras pueden incluir causas de parte de los Estados e inversores. En caso de los Estados, éstas podrían ser el temor a las críticas públicas (especialmente en casos sensibles y/o politizados), a sentar un precedente o a recibir las denuncias de corrupción, además, las dificultades de índole burocrática para aprobar el arreglo cuando en el proceso participan múltiples organismos y ministerios de varios niveles de la administración pública³⁶⁸. Además, las interpretaciones divergentes de los AIs realizadas por los arbitrajes en circunstancias fácticas similares dificulta la evaluación de los aspectos fuertes y débiles de la posición del Estado y, por lo tanto, la decisión de si el arreglo es el camino adecuado para el caso concreto³⁶⁹. En algunos casos los MASC pueden no ser aceptables para el Estado, por ejemplo, cuando la demanda de un inversor se trata de medidas legislativas.

La cuestión de reforzar los mecanismos alternativos de solución de controversias guarda una relación estrecha con la opción de reforma consistente en crear centros de asesoramiento que podrían ocuparse de la solución de controversias por vías alternativas. Asimismo, los centros de asesoramiento pueden convertirse en plataformas para el intercambio de las mejores prácticas y para la prestación de servicios de administración de los MASC. La cuestión de la prevención de conflictos y la reconciliación también está estrechamente vinculada a la interpretación de los tratados por los Estados partes. En efecto, la aparición de disputas puede evitarse si se garantiza una interpretación y ejecución armoniosas de los acuerdos de inversión. Además, la interpretación coherente ayuda a comprender mejor cómo cumplir los contratos de inversión y brinda seguridad a los funcionarios responsables del cumplimiento de las obligaciones de los contratos de inversión.

de Washington, al acudir al CIADI el hecho de la disputa no es un secreto, incluso si la disputa no se considera por arbitraje, sino por conciliación (mediación). Quizás es una razón de poco uso de este mecanismo bajo el Convenio de Washington.

³⁶⁸ Cfr. UNCTAD. Posible reforma del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados. *Prevención y mitigación de controversias: medios alternativos de solución de controversias*, Nota de Secretaría, 15 de enero de 2020, A/CN.9/WG.III/WP.190, p.12.

³⁶⁹ *Ibidem*, p.13.

La UNCTAD, el CIADI, la UNCITRAL, la Secretaría de la Carta de la Energía y la Comisión Europea han señalado reiteradamente la necesidad de desarrollar métodos alternativos de resolución de disputas en relación con el arbitraje como una de las áreas de reforma. Por ejemplo, en 2016 la Secretaría de la Carta de la Energía, con la asistencia del Instituto Internacional de Mediación (*International Institute of Mediation, IMI*), el CIADI, la Cámara de Comercio Internacional (*ICC*), el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo, la UNCITRAL y la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya (*PCA*), ha desarrollado la Guía de Mediación de Inversiones (*Guide to Investment Mediation*)³⁷⁰, en el cual se destaca que el art. 26 (1) de la Carta de energía permite la posibilidad de “buenos oficios” (*good offices*), negociaciones estructuradas (*structured negotiation*), mediación o conciliación utilizando los mecanismos existentes o incluso acordar un mecanismo especial (*tailor-made mechanism*). La Secretaría de la Carta de la Energía ofrece asistencia para llevar a cabo todos estos procedimientos y apoyo administrativo. Sin embargo, los MASC en el TCE no son un procedimiento obligatorio para poder pasar al arbitraje.

Para resolver el inconveniente obvio de los MASC, que es la falta de un mecanismo jurídico internacional para el reconocimiento y la ejecución de acuerdos amistosos, la UNCITRAL invitó al Grupo de Trabajo II (Arbitraje y Conciliación) a examinar dicho problema y comenzar en su 62ª sesión con el desarrollo de una convención multilateral sobre la ejecutabilidad de los acuerdos internacionales de solución de controversias comerciales alcanzados mediante conciliación, “con el objetivo de alentar la conciliación del mismo modo que ... la “Convención de Nueva York” había fomentado el arbitraje”³⁷¹. Según la redacción y de los documentos³⁷²

³⁷⁰ Energy Charter Secretariat. *Guide to Investment Mediation*, 2016. Disponible en <http://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/CCDECS/2016/CCDEC201612.pdf> (fecha de consulta 24.07.2020).

³⁷¹ UNCITRAL. *Solución de controversias comerciales: ejecutabilidad de los acuerdos de transacción derivados de procedimientos internacionales de conciliación/mediación*. Nota de la Secretaría, A/CN.9/WG.II/WP.187, 27 de noviembre de 2014, p. 2. Disponible en <https://undocs.org/es/A/CN.9/WG.II/WP.187> (fecha de consulta 30.07.2020).

³⁷² Cfr. UNCITRAL. *Conciliación comercial internacional: preparación de un instrumento sobre la ejecución de los acuerdos de transacción comerciales internacionales resultantes de la conciliación*. Nota de la Secretaría, A/CN.9/WG.II/WP.200, 28 de noviembre de 2016, párrs. 6, 21, 49. Disponible en <https://undocs.org/es/A/CN.9/WG.II/WP.200> (fecha de consulta 30.07.2020); UNCITRAL. *Informe del Grupo de Trabajo II (Arreglo de Controversias) sobre la labor realizada en su 65º período de*

es obvio que el alcance del borrador de un instrumento multilateral abarca no sólo las disputas comerciales internacionales, sino también las disputas de naturaleza mixta, incluidas las disputas de inversión, cuando sujeto al consentimiento mutuo de los Estados. En este sentido, teniendo en cuenta la necesidad de reducir el crecimiento en el número de disputas de inversión, creemos que ya en la etapa de desarrollo del borrador del documento debe tenerse en cuenta la posibilidad de resolver disputas de inversión por conciliación internacional. Vale mencionar que los procedimientos que se llevan a cabo de manera completamente informal y las negociaciones simples se excluirán del alcance del proyecto de documento³⁷³.

En suma, la cláusula de fases preliminares al arbitraje obligatorias podría actuar como mecanismo de presión frente al inversor³⁷⁴. Obviamente, cuanto mayor sea el plazo sin que el inversor pudiera acudir al arbitraje, mayores pérdidas podría causarle la interferencia del Estado en su inversión. A fin de reducir los daños, el inversor puede sentirse obligado a lograr un acuerdo amistoso. Esto, por un lado, podría ayudar a un Estado establecer el equilibrio necesario entre los pilares económico, social y ambiental de desarrollo sostenible, sin embargo, también abre las posibilidades para abusos por parte del gobierno hacia la empresa privada foránea.

3.2.2.2. Desarrollo de un mecanismo de apelación

Una de las opciones de reforma más discutida es el establecimiento de un mecanismo de apelaciones que podría ser incluido en un tribunal permanente de inversiones, o bien, si será decidido no reemplazar por completo el arbitraje ISDS, podría crearse un tribunal de apelaciones permanente el cual revisará los laudos arbitrales a semejanza del órgano de apelaciones de la OMC. Los partidarios de la última opción argumentan que ésta es la solución más cómoda para la comunidad de arbitraje de inversiones: permitirá minimizar los riesgos de errores y excesos a nivel de los tribunales “de primera instancia” y crear jurisprudencia más o menos

sesiones (Viena, 12 a 23 de septiembre de 2016), A/CN.9/896, 30 de septiembre de 2016, párr. 62. Disponible en <https://undocs.org/es/A/CN.9/896> (fecha de consulta 30.07.2020).

³⁷³ Cfr. UNCITRAL, A/CN.9/896, párr. 42.

³⁷⁴ Cfr. Fernández Pérez, Ana. *Op.cit*, p. 108.

consistente, lo que aumentará significativamente la previsibilidad del sistema y restaurará la confianza en él; además, por no crear a nivel “de primera instancia” una estructura de un tribunal permanente, no infringe la naturaleza *ad hoc* de los arbitrajes y el procedimiento para el nombramiento de árbitros. La carga existente en el arbitraje de inversión (50-60 disputas por año) no es excesiva para un tribunal de apelación. Además, se espera que la introducción de la etapa de revisión produzca el efecto de “enfriamiento” necesario en los inversores y los consejeros.

La aceptación de esta opción de reforma se manifiesta en el hecho de que algunos AIs recientes contienen disposiciones programáticas que abren la oportunidad para que los Estados partes negocien la creación de entes de apelación. Otra opción podría ser la asignación de la apelación a dos o tres cortes permanentes en diferentes regiones geopolíticas (que podría ser un tribunal internacional especialmente creado, o bien, las máximas instancias judiciales de países debidamente definidos en el tratado, que sean diferentes a las partes en disputa y ajenos a la controversia)³⁷⁵.

No obstante, si los países del mundo acuerdan a crear dicho mecanismo de apelación, tendrán que resolver una serie de problemas. Primero, ¿sobre qué base se creará dicho organismo: bilateral, regional o multilateral? Por un lado, por supuesto, es más fácil crear un órgano de apelación sobre la base de un acuerdo internacional bilateral; en efecto, en práctica hasta la fecha los AIs que presuponen la creación de un tribunal de apelaciones son bilaterales. Por otro lado, las funciones esperadas de apelación son la promoción de la coherencia y la previsibilidad a nivel internacional, que abarca tantos Estados como sea posible, por lo tanto, este organismo cumplirá mejor sus funciones si se crea sobre la base de un instrumento multilateral. A este respecto, los Estados podrían pensar en cómo combinar el nuevo mecanismo con el Convenio de Washington (o, posiblemente, integrarlo en él; por ejemplo, para reemplazar o complementar el procedimiento existente para la anulación de laudos arbitrales en dicho Convenio), las Reglas de Arbitraje de la UNCITRAL y las reglas de otros foros de arbitraje, y posiblemente con otros tratados internacionales aplicables, como la Convención de Nueva York de 1958.

³⁷⁵ García-Bolívar, Omar E. *Op. cit.*, p. 158.

En segundo lugar, ¿el cuerpo de apelaciones será permanente o se creará para cada apelación específica? Por un lado, los mecanismos *ad hoc* son más fáciles de implementar y cuestan menos que un organismo permanente. Por otro lado, un órgano de apelación permanente puede ser más apropiado para garantizar la coherencia en la práctica del arbitraje. Un órgano de apelación con jueces permanentes nombrados por los Estados entre abogados prominentes permitirá al tribunal de apelaciones expresar una opinión consistente y equilibrada que sin duda ayudará a resolver algunos de los problemas con la legitimidad del actual régimen de ISDS. Las decisiones de un tribunal de apelaciones sobre asuntos de derecho servirán tanto a las partes contendientes (cuando evalúen el fondo de su disputa y sus posibilidades de éxito) como a los árbitros cuando considerarán otras disputas en el futuro. Sin embargo, junto con los posibles efectos positivos, el organismo de apelaciones con autoridad para tomar decisiones que tienen fuerza de precedente puede imponer nuevas restricciones a la soberanía de las Partes Contratantes (y así provocar más fuerte rechazo al sistema por parte de los Estados).

Tercero, ¿cuáles serán las reglas para la selección de jueces y la estructura institucional del órgano de apelaciones? Por ejemplo, ¿quién debe seleccionar, elegir o nombrar a sus miembros? ¿Qué procedimientos se utilizarán para seleccionar jueces? ¿Cuál debería ser la duración de su mandato? ¿Qué principios o código de conducta deberían regir sus actividades tanto cuando trabajan en el tribunal de apelaciones como más allá de este trabajo? ¿Qué tipo de apoyo de secretaría necesitan? ¿Quién financiará la apelación? ¿Dónde estará situado el órgano de apelación?

Cuarto, la introducción de un tribunal de apelaciones agregará otro nivel de resolución de disputas al procedimiento de arbitraje, y también provocará costos adicionales tanto para los inversores como para los países anfitriones, por lo tanto, es necesario crear un proceso verdaderamente eficaz. Esto significa, entre otras cosas, que es necesario determinar el tiempo objetivamente necesario y suficiente para considerar la disputa en apelación, pero al mismo tiempo estipular que el procedimiento adicional no conduzca a un proceso que dure varios años más.

Quinto, ¿cuál debería ser la competencia de tal órgano de apelación? La respuesta debe incluir:

- el tipo de revisión disponible para las partes en la disputa (por ejemplo, si será admitida la cancelación o la modificación de la decisión de la primera instancia o el derecho a tomar una nueva decisión sobre el fondo de la disputa; la presencia o ausencia del derecho de devolver la disputa para una nueva consideración a la “primera instancia”);

- el estándar de revisión, que debe ser aplicado por el tribunal de apelaciones (por ejemplo, considerando solamente cuestiones de derecho o también de hecho);

- el tipo de decisiones de la “primera instancia” que el órgano de apelación tiene derecho a revisar (por ejemplo, sólo decisiones sobre el fondo de la disputa, o también las decisiones sobre la jurisdicción del tribunal de arbitraje, las decisiones acerca de la adopción de medidas para garantizar la demanda, etc.).

3.2.3. Reemplazar el sistema actual con nuevas instituciones

Dentro de las opciones que están en discusión también tiene un papel importante la opinión que consiste en considerar el sistema ISDS contemporáneo tan inaceptable que será mejor reemplazarlo por completo por un mecanismo nuevo, dado que ningún reforma parcial no resolverá los problemas mencionados en el capítulo 2 u otras cuestiones importantes de resolución de controversias de inversión. Las siguientes opciones pueden reemplazar el sistema de arbitraje *ad hoc* existente:

- 1) la creación de un tribunal internacional permanente de inversiones;
- 2) la resolución de disputas a nivel interestatal;
- 3) la resolución de disputas en los tribunales nacionales del Estado anfitrión.

Como señala la UNCITRAL, los Estados pueden centrarse en una opción o usarlos en paralelo o en combinación, en particular, la opción 3 se puede combinar con las opciones 2 o 1, lo que conservará la posibilidad de resolución de disputas a nivel internacional en ciertos casos.

La opción de eliminación total de ISDS se ha aplicado recientemente en el Acuerdo de Asociación Económica Australia-Japón³⁷⁶, el Acuerdo de Libre Comercio Australia-Malasia (2012)³⁷⁷, y los Acuerdos de Cooperación y Facilitación de Inversiones brasileños con Angola y Mozambique. Todos estos tratados internacionales prevén la resolución de disputas de inversión sólo en los tribunales nacionales del Estado anfitrión, pero también permiten la posibilidad de los procedimientos interestatales.

La Unión Europea, como ya fue expuesto en el apartado 3.1.4. de presente capítulo, adoptó una opción de establecer bajo cada uno de sus tratados de inversión un tribunal internacional permanente, creando de esta manera el sistema de los tribunales permanentes, con aspiración de llegar luego al único Tribunal de Inversiones a nivel mundial. Aparte de CETA, el capítulo 3 del Acuerdo sobre la protección de las inversiones entre Vietnam y la UE también prevé el establecimiento del Tribunal de inversión permanente³⁷⁸.

3.2.3.1. Un tribunal de inversiones permanente

La presión sobre las finanzas públicas y los posibles desincentivos para la regulación en el interés público en consecuencia de los laudos de arbitrajes ISDS pueden plantear obstáculos a los caminos de desarrollo sostenible de los países. Como parte de la crisis de legitimidad del sistema ISDS actual se cuestiona si un tribunal internacional *ad hoc* es el mecanismo apropiado para evaluar la legalidad y la validez de los actos de los Estados, particularmente cuando están involucradas cuestiones de política pública³⁷⁹. Desde esta perspectiva, muchos actores políticos e investigadores insisten en que la opción ideal será la creación de un órgano permanente. Cabe mencionar que la idea de un tribunal de inversiones permanente

³⁷⁶ Japan-Australia Economic Partnership Agreement (JAEPA), 8 de julio de 2014. Disponible en <https://www.dfat.gov.au/trade/agreements/in-force/jaepa/full-text/Pages/full-text-of-jaepa> (fecha de consulta 30.07.2020).

³⁷⁷ Malaysia-Australia Free Trade Agreement. Disponible en <https://www.dfat.gov.au/trade/agreements/in-force/mafta/Pages/malaysia-australia-free-trade-agreement> (fecha de consulta 30.07.2020).

³⁷⁸ EU-Vietnam Investment Protection Agreement, capítulo 3. Disponible en https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2018/september/tradoc_157394.pdf (fecha de consulta 30.07.2020).

³⁷⁹ Por ejemplo, cfr. la necesaria adaptación, p. 110

en derecho internacional de inversiones tiene predecesores: el Tribunal de Reclamaciones Irán-EE. UU. y la Corte de Inversiones árabe establecido en virtud del Acuerdo Unificado para la Inversión de Capital Árabe en los Estados Árabes (*Unified Agreement for the Investment of Arab Capital in the Arab States*).

Se supone que un tribunal permanente de inversiones mantendrá el derecho de los inversionistas extranjeros a demandar al Estado anfitrión en el plano internacional, pero reemplazará el sistema de numerosos arbitrajes especialmente creados con una sola estructura institucional. Hasta la fecha, las más discutidas son la propuesta del Centro de Ginebra para la Solución Internacional de Controversias (*Geneva Center for International Dispute Settlement*) preparada bajo los auspicios de la UNCITRAL, y la propuesta de la Unión Europea implementada en el CETA y en varios TBIs recientes, que tiene la característica de ser un mecanismo que combina las propiedades de ambos el arbitraje y la corte permanente³⁸⁰.

Un tribunal permanente de inversiones se creará a través de un acuerdo internacional y estará compuesto por jueces, no árbitros. Una modalidad sugerida para este tribunal permanente es que las demandas podrían ser asignadas al azar dentro de un número establecido de los jueces, apartándose de esta manera del sistema de árbitros postulados por las partes. Los adjudicadores pueden ser excluidos de la realización de otras actividades profesionales, por ejemplo, a través de la prohibición de que ellos actúen simultáneamente como jueces, consejeros o expertos en otros casos en materia de inversiones. Honorarios serían recibidos por los jueces sólo por los casos en que participen, o bien, ellos pueden recibir salarios fijos (en cuanto el tribunal permanente recibe la carga suficiente de las demandas). Por supuesto, las personas designadas para el tribunal de inversión tendrían que cumplir con altos estándares éticos y profesionales.

Según la opinión del Experto Independiente sobre la promoción de un orden internacional democrático y equitativo de la ONU, los jueces de un tribunal

³⁸⁰ UNCITRAL. Kaufmann-Kohler, Gabrielle y Potestà, Michele. "Can the Mauritius Convention Serve as a Model for the Reform of Investor-State Arbitration in Connection with the Introduction of a Permanent Investment Tribunal or an Appeal Mechanism?", CIDS - Geneva Center for International Dispute Settlement, 3 de junio de 2016, p. 35. Disponible en https://www.uncitral.org/pdf/english/CIDS_Research_Paper_Mauritius.pdf (fecha de consulta 25.01.2020).

permanente de inversiones deben estar obligados a dar prioridad a la Carta y los tratados básicos de derechos humanos de las Naciones Unidas y tener competencia para examinar demandas iniciadas por inversores contra Estados y por estos últimos contra inversores, así que se permiten reclamaciones mutuas. El tribunal se establecería por tratado y podría tener alguna relación institucional con las Naciones Unidas o ser incorporado al sistema de las Naciones Unidas de conformidad con los Artículos 57 y 63 de la Carta. La apelación es una parte sumamente importante del nuevo tribunal³⁸¹. Prácticamente en este sentido están formuladas otras propuestas para esta opción de reforma.

Entre los argumentos a favor de la creación de un tribunal permanente está el fortalecimiento de la legitimidad del régimen jurídico de la resolución de disputas de inversión a nivel internacional. Según el Dr. Stephan W. Schill, la creación de un organismo permanente podría garantizar la aplicación coherente y consistente del derecho internacional de inversiones, contribuir a su mayor desarrollo y ayudar a aliviar muchas de las otras preocupaciones de legitimidad que el actual sistema ISDS ha planteado³⁸². Un organismo supranacional también ayudará a fortalecer el papel de los precedentes en disputas de inversión y aumentará la uniformidad y la previsibilidad en la interpretación de los tratados internacionales. La elección de jueces por un período permanente o de largo plazo implica garantizar su independencia e imparcialidad ya que excluye el interés en obtener nombramientos posteriores. La creación de un tribunal internacional aprobado por los Estados también debería simplificar el procedimiento de reconocimiento y ejecución de las decisiones en el territorio de los Estados demandados. Se espera que dicho tribunal aumente la confianza de los inversores para resolver disputas creando una jurisprudencia estable, incluso a través del mecanismo de apelación, y también por razones de neutralidad, coherencia, previsibilidad y menores costos.

Por supuesto, la idea de crear un tribunal permanente plantea una serie de desafíos legales y políticos importantes para los Estados y, por su naturaleza, es un proyecto a largo plazo. Sin embargo, el consenso no tendría que ser universal desde

³⁸¹ ONU. "Informe del Experto Independiente sobre la promoción ..., *Op. cit.*, p. 23.

³⁸² Cfr. Schill, Stephan W. "Investor-State Dispute Settlement Reform at UNCITRAL...", *Op. cit.*, p. 2.

inicio puesto que un tribunal permanente podría comenzar como una institución regional o multilateral con participación de varios países con fuertes lazos comerciales, y contar con un mecanismo de ingreso para los Estados que deseen unirse. Al principio, un tribunal permanente probablemente tendrá que competir con los arbitrajes ISDS a los que ya se ha concedido el consentimiento los Estados en los Alls, pero con el paso de tiempo y en la medida que la reputación de un nuevo tribunal evolucione, estará en condiciones de atraer más reclamos. Además, en virtud de futuros tratados, los Estados podrían formalmente otorgar su consentimiento para someter las controversias a un tribunal permanente en forma exclusiva o alternativa, reemplazando gradualmente el antiguo régimen de ISDS³⁸³.

Los participantes en la discusión sobre las opciones para reformar el sistema ISDS expresan diferentes puntos de vista con respecto a la creación de dicho tribunal. Por ejemplo, M.Sornarajah está en contra de esta idea, manifestando la necesidad de trasladar la resolución de disputas inversionista-Estado a sistema jurídico doméstico³⁸⁴. En su opinión, en lugar de eliminar los problemas existentes, un tribunal permanente solamente los hará más difíciles, dado que la poca representación de los países en desarrollo y el sesgo hacia la protección excesiva otorgada a los inversores se permanecerán, pero ahorita en una base de legitimidad más fundada por la autoridad que cualquier institución internacional pública tiene. El proyecto del sistema de las cortes permanentes de la UE también es criticado por los expertos de *Transnational Institute* y *Corporate Europe Observatory*, quienes se oponen constantemente al otorgamiento a los inversores extranjeros de los privilegios y de la protección especial. En su informe al respecto afirman que los cambios propuestos por la Comisión Europea no prescriben una gran diferencia con ISDS y el Sistema de Tribunales de Inversiones padece a los mismos vicios por ser “un mecanismo no democrático, peligroso, injusto y unilateral”³⁸⁵.

³⁸³ *Ibidem*, p. 4.

³⁸⁴ Cfr. Sornarajah, M. “An International Investment Court: panacea or purgatory?”, *Columbia FDI Perspectives*, número 180, 15 de agosto de 2016. Disponible en: <http://ccsi.columbia.edu/files/2013/10/No-180-Sornarajah-FINAL.pdf> (fecha de consulta 26.02.2020).

³⁸⁵ Cingotti, Natacha *et al.* *El Sistema de Tribunales de Inversiones puesto a prueba*, Ámsterdam/Bruselas/Berlín/Ottawa, el Centro Canadiense de Políticas Alternativas, Corporate Europe Observatory, Amigos de la Tierra Europa, el Foro Alemán de ONG de Medio Ambiente y

Por otro lado, esta propuesta de reforma es criticada por los seguidores del modelo actual de arbitraje³⁸⁶. Una de las objeciones en contra del tribunal permanente multilateral consiste en que, en razón de que todos los jueces serán nombrados por parte de los Estados, el tribunal tendrá un sesgo en contra de los inversores³⁸⁷. Los investigadores que consideran el arbitraje de inversión y el arbitraje comercial como formas cercanas de solución de controversias, afirman que el derecho de las partes de arbitraje a elegir los árbitros (como parte de un principio fundamental para el arbitraje de autonomía de voluntad) es muy importante para la legitimidad del proceso y la ejecución exitosa de un laudo³⁸⁸.

Sin embargo, los partidarios de la idea de un tribunal permanente explican que los Estados juegan un doble papel en el sistema jurídico en cuestión: como Partes contendientes y como Partes del tratado de inversión. Mientras que en resolución de caso concreto el Estado busca evitar responsabilidad, en proceso de negociación de un tratado y luego como un Estado de origen de los inversores los Estados buscan la interpretación adecuada de las cláusulas de contrato, es decir, los Estados como partes de tratado están interesados en los operadores del sistema quienes van a ser fieles al trato de inversión que han alcanzado las Partes. Estados en su papel de Parte de tratado buscan balancear los intereses como exportadores e importadores de capital dado que cada Estado parte juega el doble papel económico (como es el caso de un tratado entre los países desarrollados, por ejemplo entre UE y Canadá), o bien, estos intereses tienen que ser equilibrados a

Desarrollo y el Transnational Institute, 2016, p. 38. Disponible en https://www.tni.org/files/publication-downloads/el_ics_puesto_a_prueba.pdf (fecha de consulta 09.08.2020).

³⁸⁶ Por ejemplo, cfr. La entrevista con el profesor Rudolf Dolzer, Russian Institute of Modern Arbitration, 27 de septiembre de 2017. Disponible en <http://modernarbitration.ru/en/2017/09/27/interview-with-professor-dolzer/> (fecha de consulta 10.08.2020); La entrevista con la profesora Brigitte Stern en *International Commercial Arbitration Review*, enero-junio de 2017, pp. 97-98. Disponible en <http://arbitrationreview.ru/wp-content/uploads/2017/10/%E2%84%96-1-2017-vestnik1.pdf> (fecha de consulta 10.08.2020).

³⁸⁷ Cfr. Schwebel, Stephen M. "The Proposals of the European Commission for Investment Protection and an Investment Court System", texto de ponencia el 17 de mayo de 2016 en Sidley Austin, Washington, D.C., p. 8. Disponible en <http://isdsblog.com/wp-content/uploads/sites/2/2016/05/THEPROPOSALSOFTHEEUROPEANCOMMISSION.pdf> (fecha de consulta 21.04.2020).

³⁸⁸ Cfr. Brower, Charles N. y Rosenberg, Charles B. "The Death of the Two-Headed Nightingale: Why the Paulsson-van den Berg Presumption that Party-Appointed Arbitrators are Untrustworthy is Wrongheaded", *Arbitration International*, vol. 29, núm. 1, marzo de 2013, p. 26.

fin de llegar a un acuerdo en el caso de más clara distinción entre partes importador y exportador de capital. Por lo tanto, al elegir la opción de establecer un tribunal multilateral permanente con los adjudicadores asignados previamente al surgimiento de la disputa, es más probable que los últimos también serán más “balanceados” y que su función será interpretar y aplicar fielmente el acuerdo que han alcanzado las Partes de un tratado, irrelevantemente a su significado para un inversionista reclamante o un Estado demandado en un caso particular. Si la protección especial a los inversores a nivel nacional va a perdurar, debe haber una concurrencia razonable entre quienes crean la ley (las Partes del tratado) y quienes interpretan y aplican la ley (los tribunales de inversión). Por consiguiente, se resuelve una de las preocupaciones actuales de la polarización de los árbitros a los que están “a favor” de los inversores o Estados (o por lo menos, existe la percepción de que los árbitros tienen una predisposición hacia tal o cual lado de conflicto)³⁸⁹. Para dar un ejemplo empírico, los jueces de la Corte Europea de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos también son nombrados por los Estados partes del tratado pero resuelven los casos concretos a favor de ambos demandantes individuales o los Estados demandados sin que a ellos les acusen de tener un prejuicio hacia una de las partes de proceso. No obstante, actualmente las partes tienen la libertad de seleccionar a los árbitros especializados en subcampos específicos, por ejemplo, en la construcción o la minería, y la otra pregunta es si un tribunal permanente con una cantidad limitada de los jueces podrá ofrecer la misma amplitud de experiencia. Por último, el tribunal permanente debería resolver las inquietudes de la diversidad geográfica y de género dentro del conjunto de jueces.

Otro punto importante es el financiamiento del tribunal permanente: muchos críticos señalan que el mantenimiento de una institución internacional será costoso, además, no todos los países suponen que lo van a “utilizar” constantemente por la

³⁸⁹ Para un análisis de propuesta más detallado cfr. Roberts, Anthea. “Would a Multilateral Investment Court be Biased? Shifting to a treaty party framework of analysis”, *EJIL: Talk! Blog of the European Journal of International Law*, 28 de abril de 2017. Disponible en <https://www.ejiltalk.org/would-a-multilateral-investment-court-be-biased-shifting-to-a-treaty-party-framework-of-analysis/> (fecha de consulta 14.01.2020).

poca cantidad de reclamos que han recibido en el pasado. El consentimiento al arbitraje, por otro lado, no requiere dinero y los gobiernos no financian las secretarías de arbitraje. No obstante, hay una opinión de que la falta de supervisión de los gobiernos sobre las secretarías es uno de los factores probables de que en los últimos años haya generado más casos contra los Estados³⁹⁰. Si bien un tribunal tiene costos de mantenimiento más altos, puede generar costos más bajos por caso porque los consejeros y las partes contendientes no dedicarán tiempo a la selección de árbitros y porque, dado que existirán precedentes, los consejeros podrán considerar resueltas ciertas cuestiones de derecho. Por lo tanto, el debate se ha movido más allá del binario que era actual en el momento de creación del CIADI y consistía en el que un tribunal permanente requería dinero mientras que el arbitraje no requería dinero³⁹¹.

3.2.3.2. Resolución de disputas a través del arbitraje entre los Estados

El arbitraje entre Estados está previsto en casi todos los acuerdos internacionales de inversión actuales. Los miembros de la OMC se adhieren al mismo enfoque para resolver disputas comerciales internacionales. Sin embargo, en contraste con el fortalecimiento de la resolución de disputas entre Estados como complemento del arbitraje internacional, esta opción de reforma presupone que los litigios entre Estados serán la única forma de resolver disputas de inversión a nivel internacional. El Estado de ciudadanía del inversionista a su discreción decidirá si presentará un reclamo ante el Estado que recibe la inversión extranjera. Los Estados deberán determinar qué tribunal debe considerar tales disputas (por ejemplo, la Corte Permanente de Arbitraje, la Corte Internacional de Justicia, etc.).

El arbitraje interestatal tiene varias ventajas. En primer lugar, reemplazar el sistema ISDS actual con el de resolución de disputas entre Estados puede ser una forma de restaurar la confianza de los países en el régimen de AIs y resolver el

³⁹⁰ John, Taylor St. y Chernykh, Yulia. "Déjà vu? Investment Court Proposals from 1960 and Today", *EJIL: Talk! Blog of the European Journal of International Law*, 15 de mayo de 2018. Disponible en ejiltalk.org/deja-vu-investment-court-proposals-from-1960-and-today/ (fecha de consulta 10.06.2020).

³⁹¹ *Idem*.

problema de legitimidad que ha surgido con el ISDS al cortar las demandas irrazonables y evitar problemas legales que causen un acalorado debate (por ejemplo, relacionado con la implementación por parte del Estado de sus políticas públicas). En segundo lugar, este enfoque puede ayudar a resolver aquellos problemas que hacen necesaria la reforma del sistema ISDS. Esta versión de la reforma permite poner fin a los privilegios que el arbitraje ISDS otorga a los inversores extranjeros. Además, la consideración de una disputa exclusivamente a nivel interestatal corresponderá al principio (que muchos Estados del mundo todavía profesan) de que sólo los Estados pueden demandar bajo el derecho internacional contra otros Estados. Finalmente, a diferencia de los inversionistas privados, es menos probable que los gobiernos usen ciertos tipos de argumentos que se pueden usar en su contra en el futuro.

Sin embargo, es bastante obvio que hay una serie de problemas con esta opción de reforma. El principal es la posible politización de las disputas de inversión y todas sus posibles consecuencias (en particular, la discreción del Estado en la presentación y el mantenimiento de una reclamación; la escalada de una disputa comercial al nivel de las relaciones internacionales; el cabildeo de las empresas privadas para sus intereses). La resolución de disputas entre Estados también puede ser más desafiante y prolongada para los inversores debido a la burocracia en ambos Estados partes en la disputa o al menos en uno de ellos. Además, puede colocar a las pequeñas y medianas empresas en una posición menos favorable en comparación con las grandes empresas. Por último, se debe considerar que la opción de reforma en cuestión requiere que el arbitraje pueda determinar con relativa facilidad el Estado de ciudadanía de un inversionista extranjero. Si están involucradas las corporaciones multinacionales complejas con sucursales en numerosos países y muchos niveles de propiedad, esto puede ser difícil o incluso imposible.

Una de las consecuencias importantes de esta opción de reforma consiste en que la resolución de una disputa a nivel interestatal puede llevar a que el tribunal o el arbitraje obligue al Estado demandado a poner sus medidas internas reconocidas como una violación de las obligaciones de este Estado bajo el AII aplicable en línea

con dichas obligaciones, y no solo pagar la indemnización por la violación de este AI. Por supuesto, esto significa una interferencia mucho más grave con el derecho del Estado a regular las inversiones extranjeras, por lo tanto, no resuelva el problema de *regulatory chill*.

Hasta ahora, solo hay cuatro casos de disputas que se consideraron a nivel interestatal³⁹². Por lo tanto, el material empírico es insuficiente para inferir acerca del arbitraje interestatal basado en AIs. La experiencia de la resolución de disputas interestatales en la OMC o en el contexto de acuerdos regionales (incluso con respecto a los recursos jurídicos utilizados, pecuniarios o no pecuniarios) puede ayudar a comprender los pros y los contras de esta opción, pero debe tener en cuenta las características específicas de las controversias de inversión.

En nuestra consideración, aunque el reemplazo del arbitraje ISDS por métodos de resolución de disputas interestatales puede ayudar a corregir algunos de los problemas existentes, al mismo tiempo causará más problemas nuevos, entre los cuales la politización de las disputas privadas es la más peligrosa.

3.2.3.3. Resolución de disputas por tribunales nacionales

Esta opción de reforma priva a los inversores del derecho a presentar demandas contra los Estados anfitriones en el arbitraje internacional: para resolver disputas con el Estado anfitrión, un inversor extranjero tiene derecho a presentar una demanda sólo ante los tribunales nacionales. En contraste con el caso donde la consideración de disputa por los tribunales nacionales es una condición para que un inversor extranjero solicite un arbitraje internacional, esta opción supone que los tribunales nacionales serán el único y último mecanismo de la resolución de controversias. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que sólo tiene sentido aplicarla en países donde la solución de disputas a nivel internacional es menos importante debido a la existencia de un ordenamiento jurídico nacional estable y de la experiencia amplia e imparcialidad de los tribunales locales.

³⁹² México v. Estados Unidos (2000), Perú v. Chile (2003), Italia v. Cuba (2003), Ecuador v. Estados Unidos (2011). Cfr. UCTAD, UNCTAD's Reform Package for the International Investment Regime, Nueva York y Ginebra, 2018, p. 58. Disponible en https://investmentpolicy.unctad.org/uploaded-files/document/UNCTAD_Reform_Package_2018.pdf (fecha de consulta 13.07.2020)

Por supuesto, esta opción también tiene ventajas y desventajas. Los argumentos a su favor son los siguientes: el Estado trata a los inversores extranjeros de la misma manera que a los inversores nacionales, lo que puede ayudar a lograr la igualdad entre los inversores extranjeros de diferentes países. También contribuye a fortalecer instituciones jurídicas y judiciales en países que aceptan inversiones extranjeras a través de reformas internas a fin de que ingrese más capital externo. En consecuencia, esta opción puede ayudar a eliminar algunas de las debilidades institucionales del Estado anfitrión, para combatir los cuales los AII y el sistema ISDS como un mecanismo adicional fueron diseñados originalmente. Por lo tanto, este enfoque da una respuesta al argumento que está ganando cada vez más simpatía: en lugar de centrarse únicamente en el sistema ISDS, es importante llevar a cabo reformas internas destinadas a promover el Estado de Derecho y la creación de instituciones jurídicas y judiciales que funcionen bien en los Estados de acogida³⁹³. Esta variante de reforma incluso encuentra sustento en el Derecho internacional. Como se señala, el hecho de que el ISDS es muy común en los AII contemporáneos y hasta se encuentra consagrado en las leyes nacionales de algunos países, “no significa que exista un derecho de carácter consuetudinario internacionalmente reconocido a favor del inversor extranjero que le permite acudir en todo caso, previo agotamiento de los recursos internos, a este tipo de arbitraje “transnacional”³⁹⁴. Las Resoluciones 1803 (XVII) y 3281 (XXIX) de la Asamblea General prescriben la solución de diferencias en los tribunales nacionales como primera opción, mientras que los métodos alternativos (incluido el arbitraje) son de excepción y requieren consentimiento de todas las partes.

En general, hay dos puntos de vista respecto de la relación entre el sistema ISDS y los tribunales domésticos. Según la primera, la disponibilidad de arbitraje ISDS como una opción supranacional de resolución de disputas podría potencialmente reducir los incentivos tanto para los Estados anfitriones como para los inversores internacionales (los cuales a menudo son actores políticos importantes en los países a donde destinen sus capitales) a mejorar la resolución

³⁹³ Puig, Sergio y Shaffer, Gregory. *Op. cit.*, p. 408.

³⁹⁴ Iruretagoiena Agirrezabalaga, Iñigo. *Op. cit.*, p. 270.

doméstica de disputas. Los acuerdos con cláusulas de ISDS facilitan que los gobiernos anfitriones atraigan inversiones internacionales sin tener que implementar procedimientos gubernamentales y judiciales nacionales efectivos. Una visión alternativa es que el arbitraje ISDS tiene el efecto contrario, es decir, que proporciona fuertes incentivos para mejorar las instituciones nacionales. Para ello, prevé una compensación monetaria a los inversores por violaciones de los estándares como “trato justo y equitativo”. Por ejemplo, varios casos de arbitraje se han referido a una supuesta “denegación de justicia”; la amenaza de tener que pagar una indemnización por la denegación de justicia presuntamente crea incentivos para que los Estados de acogida alineen las prácticas judiciales nacionales con las normas internacionales³⁹⁵.

Obviamente, los argumentos en contra de dejar la resolución de controversias de inversión en los tribunales locales de manera exclusiva han surgido por la inquietud de si los tribunales nacionales de Estados que aceptan la inversión extranjera son verdaderamente independientes, neutrales y efectivos y si son ejecutables sus decisiones, especialmente en países con un gobierno débil. Además, existe la preocupación de que los tribunales locales tarden demasiado en resolver la disputa (incluso debido a las tácticas de poner obstáculos burocráticos que el Estado demandado puede implementar). Al final, esto puede llevar a que los inversores no puedan hacer que el Estado anfitrión cumpla con sus obligaciones bajo un AII. Además, los tribunales locales pueden no tener la competencia para aplicar el derecho internacional, ya que los sistemas jurídicos de muchos países del mundo no permiten la aplicación directa de los tratados internacionales. Stephan W. Schill señala que un retorno a la resolución de disputas en los tribunales estatales sería un paso equivocado; él cree que el arbitraje ISDS es una institución que debe ser preservada ya que puede servir, entre otras cosas, como garantía del Estado de

³⁹⁵ Cfr. OCDE. Gaukrodgeri, David y Gordon, Kathryn. “Investor-State Dispute Settlement: A Scoping Paper for the Investment Policy Community”, OECD Working Papers on International Investment, núm. 2012/03, p. 14. Disponible en https://www.oecd-ilibrary.org/finance-and-investment/investor-state-dispute-settlement_5k46b1r85j6f-en (fecha de consulta 13.01.2020).

Derecho, protegiendo al inversionista de la posible imparcialidad, corrupción, falta de profesionalismo y otras “enfermedades” de los tribunales nacionales³⁹⁶.

Esta opción de reforma plantea muchas dudas y objeciones incluso cuando se está discutiendo el sistema judicial nacional de los países desarrollados. Por ejemplo, muchos inversores de la UE temen al sistema judicial de los EE. UU., con su jurado en procesos civiles y otras características procesales específicas (como “divulgación de pruebas”, o *discovery*). A su vez, es poco probable que los inversores de los Estados Unidos confíen en los tribunales estatales en varios países de la UE, y aún más en los tribunales de los países en desarrollo. Por lo tanto, muchos inversionistas extranjeros temen que los Estados anfitriones no puedan garantizar la protección efectiva en el espacio nacional. Los tribunales locales pueden carecer de independencia, pueden estar bajo control político y estar sujetos a abuso por parte del Estado. En muchos casos, las sumas en disputa son elevadas, y en caso de la publicidad extensa la presión moral resultante sobre los tribunales nacionales es considerable. Además, cuando una presunta violación de los derechos de los inversores es consecuencia de la legislación nacional, los tribunales nacionales suelen carecer de capacidad para proporcionar un recurso.

No obstante, también existe la opinión que, en caso de no conseguir protección en los tribunales nacionales, los inversores extranjeros disponen otro recurso - la protección diplomática. Dicho instrumento en la actualidad está prohibido en el caso de que las partes acudan al arbitraje. En particular, el artículo 27 del Convenio de Washington de 1965 suspende el derecho a la protección diplomática en caso de existir una cláusula para ventilar una controversia en el CIADI. Este derecho renace sólo si el Estado no cumple con sus obligaciones bajo el laudo. Sin embargo, algunos investigadores abogan por este instrumento internacional como una vía bien elaborada en derecho internacional y por lo tanto aplicable en las controversias relativas a inversión foránea, por ejemplo, Javier Echaide, afirma: “esta situación

³⁹⁶ Schill, Stephan W. “Reforming Investor-State Dispute Settlement (ISDS): Conceptual Framework and Options for the Way Forward”, *E15Initiative*, Geneva: International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD) and World Economic Forum, julio de 2015, p. 8. Disponible en: <http://e15initiative.org/publications/reforming-investor-state-dispute-settlement-isds-conceptual-framework-and-options-for-the-way-forward/> (fecha de consulta 01.07.2020).

(*denegación de justicia*) ya tenía un remedio dentro del derecho internacional y era mediante la protección diplomática generada a partir del derecho consuetudinario”³⁹⁷.

3.2.3.4. La propuesta de un mecanismo mixto de solución de controversias

Una de las metas del Grupo de Trabajo III de la UNCITRAL consiste en crear un instrumento multilateral que abarcará todas las posibles opciones de reforma del sistema ISDS, para que todos los Estados participantes podrían elegir la opción más conveniente. Se supone que dicho instrumento podría incluir disposiciones y anexos específicos sobre diversas opciones de reforma, o bien, establecer una institución multilateral para la solución de controversias en materia de inversiones que permitiera a los Estados elegir entre las distintas modalidades de solución de controversias (en particular, entre el arbitraje ISDS reformado, arbitraje entre Estados, la jurisdicción de una corte permanente de inversiones o uso exclusivo de los recursos internos). La meta de creación de una institución de este tipo consiste en integrar el panorama jurídico actualmente fragmentado en un solo marco institucional, salvaguardando al mismo tiempo la flexibilidad de los Estados en la solución de controversias y teniendo en cuenta sus distintas preferencias³⁹⁸.

En el campo académico también ha surgido una propuesta de Stephan Schill y Geraldo Vidigal para establecimiento de una Institución Multilateral para la Solución de Controversias sobre Inversiones (*Multilateral Institution for Dispute Settlement on Investment*, o *MIDSI*)³⁹⁹. Dicha institución tendría la ventaja de permitir a los Estados mantener sus preferencias para ciertos mecanismos de solución de controversias (arbitraje inversionista-Estado, arbitraje interestatal, establecimiento de un tribunal de inversiones permanente, fortalecimiento de los

³⁹⁷ Echaide, Javier. “Inversiones y solución de controversias...”, *cit.*, p. 373.

³⁹⁸ UNCITRAL. Posible reforma del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados, *Instrumento multilateral relativo a la reforma del sistema de SCIE*, Nota de Secretaría, 16 de enero de 2020, A/CN.9/WG.III/WP.194, párr. 14, p. 4. Disponible en <https://undocs.org/es/A/CN.9/WG.III/WP.194> (fecha de consulta 29.09.2020).

³⁹⁹ Schill, Stephan W., y Vidigal, Geraldo. “Designing Investment Dispute Settlement à la Carte: Insights from Comparative Institutional Design Analysis”, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, los Países Bajos, Brill/Nijhoff, vol. 18, núm.3, 2020, pp. 314-344. Disponible en https://brill.com/view/journals/lape/18/3/article-p314_5.xml?body=pdf-35540 (fecha de consulta 01.09.2020)

recursos internos), al simultáneamente integrar estos enfoques bajo un marco institucional multilateral.

Esta propuesta trata de responder a la mayor preocupación identificada durante los debates del Grupo de trabajo de UNCITRAL que es la falta de consistencia, coherencia, previsibilidad y corrección de las decisiones arbitrales⁴⁰⁰. Los autores de la propuesta evalúan estas características como un resultado de la estructura institucional del arbitraje ISDS que se lleva a cabo bajo una variedad de reglas institucionales y con revisión sustantiva muy limitada, y aunque suponen que la creación de un tribunal permanente de inversiones sería la mejor solución para contestar esta preocupación⁴⁰¹, admiten que no todos los países están interesados en el establecimiento de dicho tribunal y apoyan otras variantes de reforma. Es más, ellos señalan que es poco probable que algún modelo de las opciones en discusión encuentre, en última instancia, un apoyo universal, ya que las diferentes posiciones sobre el diseño de la solución de controversias en materia de inversiones reflejan posiciones políticas en gran parte arraigadas, por lo que el margen para el compromiso es muy limitado⁴⁰². Por consiguiente, la manera más conveniente de asegurar la participación más amplia posible de los Estados en una reforma multilateral de ISDS es hacer la flexibilidad en la solución de controversias un elemento clave de cualquier marco legal multilateral. La Institución Multilateral, en este rumbo, podría ofrecer un marco para todas las opciones de solución de controversias desde las cuales los miembros participantes podrían elegir según sus preferencias y necesidades.

Siguiendo esta idea, el acuerdo sobre la MIDSÍ no incluiría ningún único sistema obligatorio de resolución de controversias puesto que permitiría a los Estados optar por el mecanismo de su elección. MIDSÍ podría incluir, como uno de sus pilares, un Tribunal de inversiones permanente que permita a los Estados interesados en esta opción poner en práctica su proyecto. Otro pilar podría administrar arbitrajes interestatales, permitiendo a Brasil y sus seguidores participar en la creación y operación de MIDSÍ; y otro pilar podría administrar arbitrajes ISDS,

⁴⁰⁰ Cfr. *Ibidem*, p. 318.

⁴⁰¹ Cfr. *Ibidem*, p. 319.

⁴⁰² Cfr. *Ibidem*, p. 321.

con o sin el uso del Tribunal permanente como órgano de apelación o anulación, u órgano competente para dar opiniones consultivas y atender solicitudes de resolución prejudicial, permitiendo así a los Estados que rechazan la idea de un tribunal permanente todavía participar en un marco multilateral. Los requisitos de acceso a MIDSÍ también podrían ser establecidos con flexibilidad en relación con el agotamiento previo de recursos locales. Incluso para aquellos Estados que no optan por utilizarlo para la adjudicación, el Tribunal permanente dentro de la MIDSÍ podría desempeñar varias funciones ajenas de resolución del conflicto de fondo, como por ejemplo decidir sobre impugnaciones a árbitros o dictar medidas provisionales antes de que se constituya un tribunal arbitral. La existencia de la institución multilateral única que sirva como base para la solución flexible de controversias tiene un mayor potencial de convergencia futura que el sistema actual descentralizado.

La flexibilidad del mecanismo multilateral permite a los países decidir con respecto de todas las cuestiones clave sobre las cuales los principales proponentes de la reforma han adoptado puntos de vista divergentes: (i) la cuestión de quién tiene derecho a presentar demandas; (ii) la relación entre la adjudicación internacional y los tribunales nacionales; y (iii) los recursos disponibles en la resolución de disputas de inversión. Como hemos visto anteriormente, el requisito del agotamiento de los recursos internos, por regla general, no es obligatorio para acudir al arbitraje de inversiones. Sin embargo, incluso en virtud del Convenio del CIADI, las partes son libres de exigir el agotamiento de los recursos administrativos o judiciales locales como condición de su consentimiento al arbitraje. Una disposición similar puede incorporarse al Acuerdo MIDSÍ. Si bien las partes siempre pueden ofrecer condiciones más ventajosas en sus AIs, países como la India que favorecen los recursos locales sobre la adjudicación internacional podrían exigir que los inversores agoten, o persigan activamente, los recursos locales antes de recurrir a la adjudicación a nivel internacional. También puede ser necesaria la flexibilidad con respecto a los recursos. Algunos Estados, en particular Brasil, buscan poner fin a la práctica de los laudos monetarios y, en cambio, preferirían un mecanismo internacional de solución de controversias para identificar violaciones y exigir a los Estados que las cesen. Por el contrario, otros Estados, incluidos los Estados Unidos

y la UE en su práctica reciente de AI, desalientan explícitamente a los tribunales de inversión de otorgar remedios no monetarios y suponen indispensable que los gobiernos conservan el derecho a proporcionar una compensación monetaria en lugar de cambiar su conducta o restituir o restaurar los derechos de propiedad⁴⁰³.

En principio, diferentes adjudicadores que aplican el mismo conjunto de principios comunes, que en el caso del derecho internacional de inversiones consisten en estándares recurrentes de tratamiento y protección de inversiones y definiciones estándar en todo el universo de AIs bilaterales, regionales y sectoriales, pueden lograr un cierto nivel de coherencia teniendo en cuenta y basándose en las decisiones de los demás. Este ha sido el caso, en gran medida, en el sistema actual de arbitraje inversor-Estado, que se ha convertido en un sistema de precedente *de facto*⁴⁰⁴. Una institución permanente podría acelerar el desarrollo de una jurisprudencia coherente, y lo mismo ocurre si está facultado para revisar, como órgano de anulación o apelación, las interpretaciones jurídicas desarrolladas por los tribunales arbitrales ISDS.

Finalmente, una Institución Multilateral puede ser diseñada para ayudar a los Estados anfitriones a minimizar el riesgo de, o incluso evitar, la responsabilidad bajo los AIs en primer lugar. Esto podría abordar el hecho de que muchos problemas atribuidos al ISDS tienen su origen en otros lugares, incluidas las deficientes instituciones nacionales y sus procedimientos (administrativos y judiciales). Por lo tanto, el trabajo para fortalecer la gobernanza nacional y las instituciones nacionales con el fin de reducir, si no evitar, el riesgo de responsabilidad en virtud de los AIs, y para aumentar el cumplimiento de los Estados anfitriones con sus obligaciones bajo tratados, también abordaría las preocupaciones hacia ISDS evitando que surjan disputas en primer lugar. Bajo el modelo de MIDSI, el organismo que proporciona dicha ayuda estará separado del secretaría del MIDSI para los jueces (o árbitros)⁴⁰⁵. Esto es importante para salvaguardar la independencia e imparcialidad de la función de solución de controversias del MIDSI.

⁴⁰³ Cfr. *Ibidem*, p. 330.

⁴⁰⁴ Cfr. *Ibidem*, p. 338.

⁴⁰⁵ Cfr. *Ibidem*, p. 339.

La propuesta en cuestión está obviamente inspirada por la experiencia de resolución de conflictos bajo la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (*United Nations Convention on the Law of the Sea*, o *UNCLOS*)⁴⁰⁶. De conformidad con el artículo 287 (1) de la CONVEMAR, los Estados que firman, ratifican o se adhieren a la CONVEMAR “podrán elegir libremente” entre diferentes arreglos institucionales para la solución de controversias relativas a la CONVEMAR. Pueden optar por presentar las controversias relativas a la CONVEMAR al Tribunal Internacional del Derecho del Mar (*ITLOS*), a la CIJ o a un tribunal arbitral constituido de conformidad con el Anexo VII de la CONVEMAR⁴⁰⁷. Si bien las partes de la CONVEMAR pueden seleccionar una forma preferida de adjudicación, una de ellas tiene necesariamente jurisdicción obligatoria. El artículo 287 (3) - (5) de la CONVEMAR establece que, en caso de que las partes en una controversia hayan realizado declaraciones coincidentes seleccionando el mismo modo para la solución de la controversia, este modo se vuelve obligatorio entre ellas (sin impedirles, sin embargo, acordar *ad hoc* un mecanismo diferente para perseguir solución de controversia en cuestión). En ausencia de declaraciones coincidentes, sigue siendo obligatorio un mecanismo predeterminado, el arbitraje según el Anexo VII de la CONVEMAR.

Un desafío clave en la reforma de la solución de controversias sobre inversiones es evitar que los modelos y propuestas divergentes que se están presentando actualmente conduzcan a un sistema institucionalmente fragmentado que carece de la capacidad institucional para minimizar la fragmentación y mejorar la consistencia, coherencia y previsibilidad. El establecimiento de un mecanismo multilateral, aunque no en la forma de una corte, abordaría ese riesgo y proporcionaría una solución para canalizar los desacuerdos de los Estados sobre el diseño de la solución de controversias hacia el establecimiento de un marco institucional para poder cooperar multilateralmente tanto con respecto a la solución

⁴⁰⁶ Cfr. *Ibidem*, p. 326.

⁴⁰⁷ Cfr. Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, artículo 287, p. 156. Disponible en https://www.un.org/Depts/los/convention_agreements/texts/unclos/convemar_es.pdf (fecha de consulta 05.10.2020).

de controversias de inversión como potencialmente en la configuración del futuro de la régimen de inversión también en el fondo.

CAPÍTULO 4. LA OPCIÓN DE REFORMA QUE FORTALECERÁ LA PROTECCIÓN DE LOS OBJETIVOS LIGÍTIMOS DEL INTERÉS GENERAL Y AYUDARÁ A LOGRAR LOS FINES DE DESARROLLO SOSTENIBLE

4.1. El restablecimiento de balance de poder entre los Estados y los agentes económicos

En nuestra opinión, es poco probable que el arbitraje ISDS se quedará intocado y evitará las reformas, tarde o temprano, por las críticas que actualmente recibe, y porque la UE, la cual participa en una gran parte de los AIs u otros instrumentos que otorgan la protección especial a inversión foránea, ya ha dado pasos significativos para acabar con el sistema actual del arbitraje ISDS (por lo menos dentro de la Unión). Un mecanismo reformado de la solución de controversias entre inversionistas extranjeros y Estados debe resolver la tensión central del tema de inversiones internacionales: por un lado, el capital foráneo, que es un motor para el desarrollo sostenible, requiere fuertes garantías de protección de la inversión como lo ofrecen los AIs, por otro lado, los Estados anfitriones requieren un espacio político para adoptar regulaciones en pos del desarrollo sostenible, lo que puede resultar en interferencia con las inversiones extranjeras. El sistema actual no propone pautas previsibles para ámbos lados del conflicto para elegir una línea de conducta adecuada: los inversores desconocen el alcance de la protección otorgada, mientras que los gobiernos, hasta que se ocurra el arbitraje, no se enteran cuales de sus acciones serán interpretadas por árbitros como violatorios de un acuerdo internacional.

La reforma del ISDS está estrictamente vinculada con las propuestas de reformar todo el conjunto de los AIs. En plano sustancial, es necesario superar la posición de los arbitrajes *ad hoc* de que el derecho internacional de inversiones y otros campos de derecho internacional que protegen los derechos humanos, la salud, el medio ambiente, son campos aislados entre sí⁴⁰⁸. Por lo tanto, es

⁴⁰⁸ Según los investigadores, poca relación entre el derecho de inversiones y otras ramas de derecho internacional se manifiesta, por ejemplo, en el hecho que en los arbitrajes de inversión no se usa la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos (u otras Cortes similares) aún cuando no existe una razón de orden técnico para considerar dicha utilización errónea o inútil. Cfr. De Urioste Samanamud, Ricardo. “La expropiación indirecta en el derecho internacional de las inversiones y el derecho a la propiedad en la Corte Europea de Derechos Humanos”, Revista de Economía y

importante lograr la armonización de las normas de derecho de inversiones con otros campos relevantes, porque en relaciones económicas a regular siempre hay más que dos participantes y beneficiarios. Desentenderse de los compromisos preexistentes contenidos en los actos internacionales de materias importantes, como de los derechos humanos, por el hecho de celebrar otro acuerdo - un AII - no resultaría congruente con los fines del desarrollo sostenible. Es más, en caso de daños causados por el inversor a los individuos o grupos en territorio donde se realiza la inversión, el Estado suele ser el único responsable sobre tales vulneraciones. Dado que hasta los años recientes la mayoría de los TBI no ha incluido referencias explícitas a los derechos humanos, los arbitrajes han emitido laudos basados en el supuesto que el régimen jurídico de protección de las inversiones y el de esos derechos son dos campos que no necesariamente pueden interactuar⁴⁰⁹.

En el plano procedimental, el carácter especial de controversias debe ser reflejado en la estructura institucional de un mecanismo de resolución de conflictos. Como bien señala Anthea Roberts, en lugar de resolver disputas contractuales entre partes privadas, como es el caso del arbitraje comercial internacional, las disputas entre inversionistas y Estados se refieren a acciones públicas e involucran intereses públicos⁴¹⁰. En este caso los Estados actúan en su capacidad pública cuando celebran e incumplen obligaciones de tratados. Los problemas en cuestión están en constante relación con el Derecho Internacional Público de una manera que no encuentra paralelo en el arbitraje comercial internacional⁴¹¹. De ahí las demandas de transparencia, responsabilidad profesional de los árbitros y sometimiento a los controles democráticos. Existe también la opinión según la cual el arbitraje ISDS

Derecho, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC), 2015, vol. 10, núm. 39, p. 27. Disponible en <https://repositorioacademico.upc.edu.pe/bitstream/handle/10757/550399/319-1215-1-PB.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (fecha de consulta 16.10.2019).

⁴⁰⁹ Cfr. Sommer, Christian. *Op.cit.*, p. 344.

⁴¹⁰ Cfr. Roberts, Anthea. "Clash of Paradigms: Actors and Analogies Shaping the Investment Treaty System", *The American Journal of International Law*, vol. 107, núm. 1, enero de 2013, p. 45-46. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=2033167> (fecha de consulta 15.12.2019).

⁴¹¹ Las medidas regulatorias, políticas e intereses públicos, soberanía, los principios de *ius cogens*, la interpretación de los tratados, la responsabilidad del Estado por daños causados a extranjeros, la definición de inversión, la nacionalidad, las diferentes versiones de expropiación, los estándares mínimos de tratamiento internacional, el estado de necesidad son algunos de los temas comúnmente tratados por los tribunales arbitrales de inversión.

debe ser considerado como “un mecanismo de control externo sobre el Estado sede y su Administración, que garantiza el cumplimiento del Tratado aplicable y, por ello, promueve en el ámbito internacional el Estado de Derecho”⁴¹². Desde esta perspectiva los arbitrajes de inversión, y en particular el CIADI entran en el número de los organismos “que se encargan de controlar, desde el Derecho Internacional, la actuación de los Estados y muy especial de su Administración Pública”⁴¹³. Otros autores los evalúan como una representación de la gobernanza global porque el sistema ISDS implica la revisión de las funciones de gobernanza de los Estados demandados y el ejercicio de las funciones de gobernanza por los tribunales arbitrales⁴¹⁴. Es decir, el impacto del arbitraje internacional de inversiones se evalúa como positivo y contribuyente al cumplimiento de las obligaciones internacionales⁴¹⁵. No obstante, para cumplir con tales objetivos, suponemos que la estructura institucional actual no es adecuada por razones ya explicadas en el capítulo 2 de la presente obra.

Como resultado de la experiencia negativa de varios países con los AIs de primera generación, los Estados han intentado de recalibrar el equilibrio de poder, reafirmando sus derechos como Partes del tratado y soberanos⁴¹⁶. Estos intentos se han manifestado en un creciente nivel de especificidad de compromisos en una nueva clase de tratados de inversión o en las prácticas posteriores a conclusión de un AI. Cuanto más activas sean las partes en el tratado en la definición de sus obligaciones, menos flexibilidad tendrán los tribunales para interpretar esas disposiciones. Además, los Estados se reservan expresamente el derecho a regular en el interés público, incluidas las regulaciones diseñadas para proteger el medio ambiente, los derechos humanos y laborales y la economía.

Más allá, se observa un creciente llamamiento de Estados, académicos y ONGs para que los tribunales de arbitraje de inversión reconozcan que están

⁴¹² Hernández G., José Ignacio. “El Derecho Administrativo frente al Arbitraje Internacional de Inversiones. Comentarios al laudo arbitral Philip Morris Brands Sàrl y otros vs. Uruguay”, *Revista De Derecho Público*, Uruguay, año 25, núm. 50, diciembre de 2016, p. 150.

⁴¹³ *Ibidem*, p. 152.

⁴¹⁴ Cfr. Roberts, Anthea. “The Next Battleground: Standards of Review...”, *Op.cit.*, p. 170.

⁴¹⁵ Hernández G., José Ignacio, *Ibidem*, p. 153

⁴¹⁶ Cfr. Roberts, Anthea. “The Next Battleground: Standards of Review...”, *Op.cit.*, p. 171.

involucrados en una forma de revisión judicial internacional (aunque no es judicial *stricto sensu*) y, por lo tanto, deben adoptar niveles apropiados de deferencia al revisar los actos de poderes legislativo, ejecutivo y judicial de los Estados demandados, basándose en comparaciones internacionales e invocando nociones como la doctrina del margen de apreciación que adoptan algunos tribunales internacionales al revisar las acciones de los Estados para verificar su conformidad con las obligaciones internacionales⁴¹⁷. Los tribunales de arbitraje de inversión, a diferencia de arbitraje comercial, no se pronuncian sobre los derechos y obligaciones contractuales de las partes privadas, sino las obligaciones públicas de los Estados soberanos⁴¹⁸. En lugar de simplemente encontrar y aplicar pasivamente la ley, los tribunales de tratados de inversión también participan en la gobernanza a través de su propio papel en la creación de normas⁴¹⁹.

Por último, está claro que el arbitraje ISDS fue diseñado para las condiciones económicas y la estructura del mercado de los años 1960s, es decir, completamente diferentes. Además, la conservación de los recursos naturales, la protección del medio ambiente y el bienestar social no ocuparon un lugar destacado en la agenda de política internacional hace 60 años. Hoy, sin embargo, estos objetivos se han convertido en principios rectores universalmente reconocidos para toda la formulación de políticas en los países desarrollados y en desarrollo, incluida la formulación de políticas de inversión. En consecuencia, las políticas de inversión (y los AI) ya no pueden diseñarse de forma aislada, sino que deben armonizarse con el objetivo más amplio del desarrollo sostenible y hacerse propicio a él. La insatisfacción actual con el método de resolución de controversias puede ser el resultado de la percepción de que el ISDS es injusto y hace poco para beneficiar los Estados anfitriones en desarrollo al tiempo que empodera a las corporaciones multinacionales ricas. Esta percepción no carece de mérito considerando que en la actualidad las corporaciones a las cuales se otorga la protección especial

⁴¹⁷ Cfr. *Idem*.

⁴¹⁸ Cfr. *Ibidem*, p. 174.

⁴¹⁹ Cfr. *Ibidem*, p.175.

económicamente superan a los Estados más pequeños⁴²⁰. En tales circunstancias parece injusta la característica central del sistema de derecho internacional de inversiones: las corporaciones disfrutan del arbitraje ISDS por ser vulnerables a una intervención gubernamental excesiva, pero generalmente no están en la posición de ser desvalidas en términos de recursos económicos, de ahí la percepción generalizada del inversor con demasiado poder⁴²¹.

Por lo tanto, la discusión se ha regresado a la cuestión sobre la finalidad que debería tener un acuerdo multilateral en materia de inversiones. Cabe preguntarse si un acuerdo internacional de inversiones puede “promover” sólo la inversión o si debe promover también el desarrollo económico de los Estados. “¿Debe obligar a los inversionistas a comportarse y operar con respeto hacia el interés público local e internacional o sólo procurar alcanzar una maximización en las ganancias?”⁴²². En los tiempos del trabajo multilateral sobre AMI el papel que han jugado los inversionistas ha estado centrado en actividades que permitieran el lucro esperado, mientras que sólo al Estado le corresponde el cumplir con las funciones propias de carácter social y redistributivo. Sin embargo, esta percepción eminentemente lucrativa de las inversiones fue replanteada por las Naciones Unidas dando también énfasis a una necesaria y mayor inversión pública con miras a alcanzar los Objetivos de Desarrollo Sostenible. Por ello, las autoridades políticas tienen que encontrar un justo equilibrio entre la creación de un clima propicio para la inversión y la eliminación de las barreras a la inversión, por un lado, y la protección de los intereses públicos mediante la regulación, por otro lado⁴²³. A medida que las opiniones de la comunidad global sobre el desarrollo han evolucionado, las expectativas de las sociedades sobre el papel de la inversión extranjera se han

⁴²⁰ Chevron, un actor repetido en ISDS, tuvo ingresos en 2014 de 200.000 millones de dólares, que puede ser comparado con el PIB de muchas naciones africanas. Además, según la lista de países por PIB de 2019 del Banco Mundial, solo 24 países tienen un PIB mayor que los ingresos anuales de Walmart, actualmente la corporación más grande del mundo. Cfr. Lista de los países y economías por PIB del Banco Mundial, disponible en https://datos.bancomundial.org/indicador/NY.GDP.MKTP.CD?most_recent_value_desc=true (fecha de consulta 06.10.2020); Página de compañía Walmart en la revista *Fortune*, disponible en <https://fortune.com/company/walmart/global500/> (fecha de consulta 06.10.2020).

⁴²¹ Puig, Sergio y Strezhnev, Anton. *Op. cit.*, p. 758-759.

⁴²² Sommer, Christian. *Op. cit.*, p. 9.

⁴²³ UNCTAD. *World Investment report 2015*, p. xii.

vuelto más exigentes. Hoy en día, ya no es suficiente que la inversión cree empleos, contribuya al crecimiento económico o genere divisas. Los países buscan cada vez más inversiones que no sean perjudiciales para el medio ambiente, que traigan beneficios sociales, promuevan la igualdad de género y que les ayuden a ascender en la cadena de valor global.

Los nuevos tratados de inversión reflejan la búsqueda de un punto de equilibrio: según la UNCTAD, de los quince tratados celebrados en 2019 con textos disponibles, once hacen referencia a la protección de la salud y la seguridad, los derechos laborales y el medio ambiente o el desarrollo sostenible, mientras que los nueve incluyen excepciones generales; doce incorporan limitaciones al alcance del tratado (por ejemplo, excluyendo ciertos tipos de activos de la definición de inversión); catorce circunscriben la obligación del trato justo y equitativo y aclaran u omiten la expropiación indirecta. Además, en trece acuerdos se omiten las disposiciones que pueden aumentar la exposición de los Estados a las reclamaciones de arbitraje (como la “cláusula paraguas”)⁴²⁴. Respecto al mecanismo de solución de controversias, catorce de los 15 AII concluidos en 2019 presentan al menos un tipo de limitación al arbitraje ISDS, y al menos tres lo omiten por completo. En algunos otros tratados el arbitraje ISDS está sujeto al derecho del Estado a dar o negar el consentimiento para cada disputa específica, en la forma del llamado “consentimiento caso por caso”.

En suma, el cambio en expectativas públicas y en percepción del papel de capital privado en general y de la inversión extranjera en particular, en nuestra opinión, conducirán inevitablemente a repensar su regulación jurídica internacional. Los Estados ahora celebran menos TBI (porque están alertas de sus consecuencias) y están incorporando cada vez más cláusulas en nuevos tratados que conservan su derecho a regular en interés público. En nuestra opinión, aunque el sistema actual de resolución de disputas es uno de los más efectivos, la elección de los gobiernos y la sociedad tenderá a métodos más transparentes y formalizados (institucionalizados) de resolución de disputas.

⁴²⁴ UNCTAD. *World Investment report 2020*, p. 112.

4.2. La opción de reforma de ISDS más apropiada para el desarrollo sostenible

El mecanismo ISDS fue diseñado para despolitizar las disputas de inversión y crear un foro que ofrezca a los inversores una audiencia imparcial ante un tribunal independiente, neutral y calificado. Fue visto como un mecanismo para tomar decisiones finales y exigibles a través de un proceso rápido, barato y flexible, sobre el cual las partes contendientes tendrían un control considerable. Dado que las quejas de los inversores se relacionan con la conducta de los Estados soberanos, sacar estas disputas de la esfera interna del Estado en cuestión proporciona a los inversores agraviados una importante garantía de que sus reclamos serán juzgados de manera independiente e imparcial. Sin embargo, el procedimiento arbitral actual no es ni rápido, ni barato, mientras que las cuestiones en consideración requieren que los árbitros sean independientes lo máximo posible de las partes en conflicto.

Entre una variedad de las posibles reformas al ISDS, consideramos importante conservar la protección específica a la inversión a nivel internacional. El principal método para proteger la inversión extranjera es la exclusión de las demandas de la jurisdicción nacional, incluso en caso de los sistemas jurídicos avanzados. Tan pronto como el monto de la disputa con un inversionista extranjero exceda varios miles de millones de dólares, el juez de un tribunal nacional enfrentará una difícil elección entre la ley y la justicia, por un lado, y el “interés nacional”, por el otro. Esta situación es contraria a los principios de la ética judicial. Además, a pesar de que los inversionistas con frecuencia disponen del poder económico y político considerable, siguen siendo vulnerables a las acciones oportunistas de los gobiernos. Una característica común de la IED es que el inversionista ha invertido un capital sustancial en el Estado anfitrión y no puede retirarlo rápido y sin pérdidas mayores. Entonces, después de que se ha realizado la inversión la paridad cesará y el poder de negociación se inclinará fuertemente a favor del Estado receptor, a menos que ambas partes comprendan que si las negociaciones fracasan, se procederá a un mecanismo de solución de conflictos obligatorio. Mientras que las grandes EMN a veces pueden estar en condiciones de perseguir sus reclamaciones mediante una variedad de estrategias, los inversores medianos y pequeños son particularmente vulnerables. Para muchos, el arbitraje de inversiones constituye el

único medio de protección, sin embargo, actualmente es demasiado largo y costoso para estas empresas, mientras que las EMN lo utilizan como un medio de presión.

Un enfoque multilateral podría ir más allá que las demás opciones en una resolución sistemática de problemas que requieren reformas. Obviamente, esta ruta enfrenta dificultades de implementación más serias y requiere coordinación con un mayor número de Estados en una serie de asuntos importantes. Mientras más Estados participen en acordar la reforma de ISDS, más difícil será implementarla: los intereses de los Estados pueden ser muy diferentes. A fin de cuentas, el sistema actual del ISDS tiene una ventaja de eficacia probada en la práctica. La negativa drástica a este instrumento tampoco parece una opción adecuada. Por lo tanto, suponemos que la propuesta más equilibrada es la de un mecanismo internacional mixto de resolución de disputas en varias formas (tribunal permanente, arbitraje ISDS, arbitraje interestatal) que permite probar de manera empírica todas las opciones que existen hasta el momento y entender cuales son las necesidades prácticas de esta rama de derecho. Coincidimos con los autores de esta variante en que es poco probable que la inmensa mayoría de los países se pongan de acuerdo en un único método de resolución de conflictos, mientras que el método actual tampoco satisface a todos. Al mismo tiempo, la forma predeterminada de resolución de disputas puede seguir siendo el arbitraje ISDS actual (con algunos cambios en términos de transparencia, tiempo y costo) para asegurar la posibilidad de una transición gradual a nuevas formas, mientras que los Estados que insisten en la necesidad de reformas más profundas podrán probar empíricamente sus proyectos. El valor de que todos estos mecanismos se combinan bajo los auspicios de la única institución es superar la tendencia hacia una mayor fragmentación del derecho de inversiones. Esta institución, considerando las controversias en diversas formas, podría desarrollar gradualmente enfoques uniformes para cuestiones clave de la regulación legal de las inversiones extranjeras, así como para los aspectos procesales de la resolución de controversias (por ejemplo, en términos de las calificaciones de los árbitros, conflictos de interés, participación de terceros, etc.). Es muy probable que la próxima reforma del mecanismo de solución de controversias en materia de inversión extranjera no sea la última, y el trabajo de tal

institución multilateral permitirá en los próximos años acumular una gran variedad de material empírico para una mayor comprensión y desarrollo de esta rama del derecho, así como para comenzar a trabajar hacia su armonización y unificación.

CONCLUSIONES

PRIMERA. Históricamente el arbitraje ISDS fue diseñado para reducir el riesgo político de las inversiones y trasladar las disputas de inversión del ámbito politizado de la protección diplomática a un foro internacional independiente. Fue inicialmente creado para la resolución de controversias derivadas de los contratos, no de los tratados, y se pensó como una medida excepcional. Luego, como resultado de su evolución de carácter espontáneo y varios acontecimientos históricos se ha convertido en una parte clave de protección otorgada a los inversores por los TBIs. Sin embargo, el modelo de arbitraje *ad hoc* es incompatible con el tipo de disputas actuales dada la presencia de un importante interés público en controversias en materia de inversión extranjera.

SEGUNDA. En el derecho internacional de inversiones los centros económicos, las organizaciones internacionales, las ONGs y los propios operadores del sistema (árbitros, expertos y consejeros) tienen cada vez más importancia en la producción de las normas, mientras que el Estado, un actor clásico de Derecho Internacional Público, pierde su capacidad a regular las relaciones económicas por su alta complejidad y la estructura que sobresale de los límites nacionales.

TERCERA. Desde la perspectiva de desarrollo sostenible, la IED es un factor importante de desarrollo, sin embargo, el marco jurídico internacional actual y la práctica de su aplicación por tribunales arbitrales es poco compatible con los pilares social y ambiental del desarrollo sostenible porque de manera desequilibrada se concentra en la protección de ganancias de inversor. Por lo tanto, la celebración de los AIs puede vulnerar el poder para regular del Estado anfitrión, mientras que su relación con el aumento de la IED y, más allá, del crecimiento del bienestar nacional no está garantizado.

CUARTA. El arbitraje ISDS sufre una grave crisis de legitimidad. En gran parte las críticas son provocadas por la estructura institucional del arbitraje ISDS, que es básicamente un arbitraje *ad hoc* sin la jurisprudencia firme y apelación por cuestiones de mérito. Otra parte importante de las críticas señala que en un

ordenamiento jurídico desarrollado la protección especial para los inversores foráneos, aparte de las garantías ya otorgadas bajo el sistema jurídico nacional, es excesiva, reemplaza a la justicia nacional y crea posibilidades de presión sobre los gobiernos para las EMN. Sin embargo, esta crisis puede iniciar una evolución del régimen de las inversiones extranjeras hacia un diseño más racional y holístico.

QUINTA. Los problemas de ISDS derivados de la estructura institucional de solución de controversias (arbitraje *ad hoc*) tienen actualmente el mayor grado de elaboración y acuerdo entre los investigadores, e incluyen cuestiones de imparcialidad de los árbitros, inconsistencia y falta de previsibilidad del sistema, ausencia de apelación por razones sustanciales, falta de transparencia, *double hatting* y, finalmente, los altos costos de procedimiento junto con sus plazos demasiado largos.

SEXTA. Otro grupo de los problemas del ISDS incluye las consecuencias de un hecho de otorgar la protección internacional adicional a los inversores foráneos, sin importar la forma particular de resolución de conflictos. Este grupo de problemas incluye el enfriamiento regulatorio, el problema de *treaty shopping* y el hecho de que cada vez más las demandas de inversores involucran financiación por parte de terceros.

SÉPTIMA. Las discusiones acerca de la posible reforma del mecanismo ISDS se llevan a cabo en varios foros. Entre ellos los más importantes son el CIADI, la UNCTAD, la UNCITRAL y la Unión Europea. LA UNCTAD proporciona un amplio material estadístico y afirma que la reforma del ISDS debe ser una parte de los cambios más generales del régimen de inversiones extranjeras. La UNCITRAL a través de su Grupo de Trabajo III permite a todos los gobiernos interesados participar en un trabajo sobre un instrumento multilateral que regule la solución de controversias inversionista-Estado y busca desarrollar una opción con la mayor flexibilidad posible a fin de lograr un alto nivel de aceptación por parte de los Estados. El CIADI, que está en el proceso para enmendar sus Reglas, propone los cambios que abordan la constitución de los tribunales arbitrales, fijan plazos más estrictos para el procedimiento e incrementan su transparencia, y también

introducen disposiciones de Arbitraje Expedito. Finalmente, la Unión Europea optó por la creación de las cortes permanentes, primero para cada uno de sus AIs, para luego convertirlas en el Tribunal permanente único.

OCTAVA. Las opciones de reforma son muy variadas y no siempre mutuamente excluyentes. El espectro incluye la corrección del mecanismo ISDS actual (poniendo límites a la interpretación abusiva de los AIs y para demandas infundadas, mejorando el mecanismo de nombramiento de los árbitros, excluyendo los casos sensibles del arbitraje ISDS, etc.) sin trastocar demasiado su núcleo, pasa por las opciones con cambios más significativos, la más importante de las cuales es el desarrollo de un mecanismo de apelación, y termina con la idea de descartar por completo el arbitraje ISDS y sustituirlo con un Tribunal permanente, arbitraje entre los Estados, o bien, evadir por completo la protección de las inversiones a nivel internacional.

NOVENA. Dado que es poco probable que algún único modelo en discusión encuentre, en última instancia, un apoyo universal, ya que las diferentes posiciones sobre el diseño del mecanismo ISDS reflejan posiciones políticas en gran parte arraigadas, una opción más probable es la creación de una institución multilateral bajo los auspicios de la cual cada grupo de países podrá implementar la opción de reforma más adecuado para sus necesidades particulares.

DÉCIMA. El carácter especial de controversias debe ser reflejado en la estructura institucional de un mecanismo de resolución de conflictos. Los problemas en cuestión están en constante relación con el Derecho Internacional Público de una manera que no encuentra paralelo en el arbitraje comercial internacional, que fue el modelo para el arbitraje ISDS. Por lo tanto, del último se demanda la transparencia, responsabilidad profesional de los árbitros y sometimiento a los controles democráticos.

DÉCIMA PRIMERA. Sacar las disputas de inversión extranjera de la esfera interna del Estado proporciona a los inversores una importante garantía de que sus

reclamos serán juzgados de manera independiente e imparcial, por lo tanto, será importante conservar la protección específica a la inversión a nivel internacional.

DÉCIMA SEGUNDA. La propuesta más equilibrada de reforma es la de un mecanismo internacional mixto de resolución de disputas en varias formas (tribunal permanente, arbitraje ISDS, arbitraje interestatal) que permita probar de manera empírica todas las opciones que existen hasta el momento y entender cuáles son las necesidades prácticas. El valor de que todos estos mecanismos se combinan bajo los auspicios de la única institución es superar la tendencia hacia una mayor fragmentación del derecho de inversiones y desarrollar gradualmente enfoques uniformes para cuestiones más importantes, que permite incrementar la coherencia de esta rama de derecho con los fines del desarrollo sostenible.

FUENTES CONSULTADAS

Convenciones y tratados internacionales

Acuerdo Brasil-Angola de Cooperación y Facilitación de Inversiones, 1 de abril de 2015. Disponible en <http://www.itamaraty.gov.br/es/notas-a-la-prensa/16914-acuerdo-brasil-angola-de-cooperacion-y-facilitacion-de-inversiones-acfi-luanda-1-de-abril-de-2015> (fecha de consulta 30.07.2020).

Acuerdo Brasil-Mozambique de Cooperación y Facilitación de Inversiones, 30 de marzo de 2015. Disponible en: <http://www.itamaraty.gov.br/es/notas-a-la-prensa/10372-acuerdo-brasil-mozambique-de-cooperacion-y-facilitacion-de-inversiones-acfi-maputo-30-de-marzo-de-2015> (fecha de consulta 30.07.2020).

Acuerdo de Cooperación Económica entre el Gobierno de Reino de los Países Bajos y el Gobierno de la República de Indonesia celebrado en Yakarta en 7 de julio de 1968. Texto en inglés disponible en <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/3329/download> (fecha de consulta 24.02.2020)

Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios. Disponible en https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/26-gats.pdf (fecha de consulta 18.11.2020).

Acuerdo Económico y Comercial Global Entre Canadá y La Unión Europea y sus Estados miembros, firmado en Bruselas el 30 de octubre de 2016. Texto disponible en https://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ceta/ceta-chapter-by-chapter/index_es.htm (fecha de consulta 23.04.2020).

Agreement Between the Government of Canada and the Government of the People's Republic of China for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, 09 de septiembre de 2012. Disponible en <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/3476/download> (fecha de consulta 22.07.2020).

Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. Disponible en https://www.un.org/Depts/los/convention_agreements/texts/unclos/convemar_es.pdf (fecha de consulta 05.10.2020).

Convención de las Naciones Unidas sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado, Nueva York, 2014. Disponible en <https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/transparency-convention/Transparency-Convention-s.pdf> (fecha de consulta 17 de diciembre 2019).

Convenio Constitutivo del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones, Seúl, 1985.

Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, Washington, 18 de marzo de 1965.

EU-Vietnam Investment Protection Agreement. Disponible en https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2018/september/tradoc_157394.pdf (fecha de consulta 30.07.2020).

Japan-Australia Economic Partnership Agreement (JAEP A), 8 de julio de 2014. Disponible en <https://www.dfat.gov.au/trade/agreements/in-force/jaepa/full-text/Pages/full-text-of-jaepa> (fecha de consulta 30.07.2020).

Malaysia-Australia Free Trade Agreement. Disponible en <https://www.dfat.gov.au/trade/agreements/in-force/mafta/Pages/malaysia-australia-free-trade-agreement> (fecha de consulta 30.07.2020).

Protocolo Adicional al Convenio Para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, París, 20 de marzo de 1952. Disponible en <https://www.derechoshumanos.net/Convenio-Europeo-de-Derechos-Humanos-CEDH/1952-Protocolo01-ConvenioProteccionDerechosHumanosyLibertadesFundamentales.htm> (fecha de consulta 18.04.2020).

Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico (TIPAT, o CPTPP), 8 de marzo de 2018. Disponible en <https://www.gob.mx/tratado-de-asociacion-transpacifico/articulos/textos-del-tratado-integral-y-progresista-de-asociacion-transpacifico> (fecha de consulta 17.11.2020).

Tratado entre los Estados Unidos de América, los Estados Unidos Mexicanos y Canadá (T-MEC), 10 de diciembre de 2019, Anexo 14-D “Solución de

Controversias de inversión México-Estados Unidos”. Disponible en <https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/465796/14ESPInversion.pdf> (fecha de consulta 06.10.2019).

Tratado entre los Estados Unidos de América, los Estados Unidos Mexicanos y Canadá (T-MEC), 10 de diciembre de 2019, Anexo 14-E “Solución de Controversias de inversión México-Estados Unidos relacionadas con contratos de gobierno cubiertos”. Disponible en <https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/465796/14ESPInversion.pdf> (fecha de consulta 06.10.2019).

Tratado entre los Estados Unidos de América, los Estados Unidos Mexicanos y Canadá (T-MEC), 10 de diciembre de 2019, Capítulo 24 “Medio ambiente”. Disponible en <https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/465806/24ESPMedioAmbiente.pdf> (fecha de consulta 17.11.2020).

Unión Europea. Acuerdo para la terminación de los tratados bilaterales de inversión entre los Estados miembros de la Unión Europea, 5 de mayo de 2020. Disponible en [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:22020A0529\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:22020A0529(01)&from=EN) (fecha de consulta 25.06.2020).

Unión Europea. Declaration of the representatives of the governments of the Member States on the legal consequences of the judgment of the Court of Justice in *Achmea* and on investment protection in the European Union, 15 de enero de 2019. Disponible en https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/business_economy_euro/banking_and_finance/documents/190117-bilateral-investment-treaties_en.pdf (fecha de consulta 20.06.2020).

Instrumentos y estudios de organizaciones o instituciones internacionales

Banco Mundial. Directrices sobre el tratamiento de la inversión extranjera directa. Disponible en: <https://www.italaw.com/documents/WorldBank.pdf> (fecha de consulta 17.07.2019).

- CIADI. Carga de Casos del CIADI – Estadísticas, edición 2020-1. Disponible en <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/Caseload%20Statistics/sp/The%20ICSID%20Caseload%20Statistics%20%282020-1%20Edition%29%20SPA.pdf> (fecha de consulta 24.07.2020).
- CIADI. Las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje. Disponible en <https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/icsiddocs/ICSID-Convention-Arbitration-Rules.aspx> (fecha de consulta 13.04.2020).
- CIADI. Propuesta de enmiendas a las Reglas del CIADI, Documento de Trabajo #4, tomo 3, febrero de 2020. Disponible en https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/amendments/WP_4_Vol_3_Sp.pdf (fecha de consulta 16.09.2020).
- Comisión Europea. Informe Consulta pública en línea sobre la protección de las inversiones y la solución de diferencias entre inversores y Estados en el Acuerdo de la Asociación Transatlántica de Comercio e Inversión (ATCI), 13 de enero de 2015. Disponible en https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/march/tradoc_153304.pdf (fecha de consulta 28.04.2020).
- Declaración de Johannesburgo sobre el Desarrollo Sostenible, aprobada durante la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Sostenible en Johannesburgo, Sudáfrica, en 2002. Disponible en https://www.un.org/spanish/esa/sustdev/WSSDsp_PD.htm (fecha de consulta 09.03.2020).
- Draft Convention on Investments Abroad (Abs-Shawcross Draft Convention). Texto disponible en <https://www.international-arbitration-attorney.com/wp-content/uploads/137-volume-5.pdf> (fecha de consulta 05.02.2020).
- Energy Charter Secretariat. Guide to Investment Mediation, 2016. Disponible en <http://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/CCDECS/2016/CCDEC201612.pdf> (fecha de consulta 24.07.2020).
- OCDE, OECD Code of Liberalization of Capital Movements, 2019. Disponible en <http://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/Code-Capital-Movements-EN.pdf> (fecha de consulta 10.11.2019).

- OCDE. Draft Convention on the Protection of foreign Property, 12 de octubre de 1967. Texto disponible en <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0084> (fecha de consulta 22.04.2020).
- OCDE. Gaukrodgeri, David y Gordon, Kathryn. "Investor-State Dispute Settlement: A Scoping Paper for the Investment Policy Community", OECD Working Papers on International Investment, núm. 2012/03. Disponible en https://www.oecd-ilibrary.org/finance-and-investment/investor-state-dispute-settlement_5k46b1r85j6f-en (fecha de consulta 13.01.2020).
- OCDE. Inversiones extranjeras directas en desarrollo: un máximo de beneficios por un costo mínimo, resumen, 2002. Disponible en <http://www.oecd.org/investment/investmentfordevelopment/1959795.pdf> (fecha de consulta 04.01.2020).
- OMS. "Un tribunal internacional confirma el derecho de los Estados a proteger la salud mediante el control del tabaco", 12 de julio de 2016. Disponible en <https://www.who.int/fctc/mediacentre/news/2016/international-tribunal-states-rights-to-protect-health-through-t/es/> (fecha de consulta 31.05.2019).
- ONU. "Informe del Experto Independiente sobre la promoción de un orden internacional democrático y equitativo", 5 de agosto de 2015, A/70/285, p. 5. Disponible en <https://undocs.org/es/A/70/285> (fecha de consulta 05.07.2019)
- ONU. "Informe sobre la Fragmentación del Derecho Internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho Internacional" en Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 58º período de sesiones de la Asamblea General, Nueva York, 2016. Disponible en: <http://legal.un.org/docs/index.asp?path=../ilc/reports/2006/spanish/chp12.pdf&lang=EFSRAC&referer=http://legal.un.org/ilc/reports/2006/> (fecha de consulta 04.03.2020).
- ONU. Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 58º período de sesiones de la Asamblea General, Nueva York, 2016. Disponible en: <http://legal.un.org/docs/index.asp?path=../ilc/reports/2006/spanish/chp12.pdf&lang=EFSRAC&referer=http://legal.un.org/ilc/reports/2006/> (fecha de

- consulta 04.03.2020).ONU. Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 2001, Volumen II. Disponible en https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/spanish/ilc_2001_v2_p2.pdf (fecha de consulta 07.12.2019)
- ONU. Asamblea General, Informe de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo “Nuestro Futuro Común”. Disponible en <https://undocs.org/es/A/42/427> (fecha de consulta 09.03.2020).
- ONU. Asamblea General, Resolución aprobada el 12 de diciembre de 1974, #3281(XXIX). “La Carta de derechos y deberes económicos de los Estados”. Disponible en <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/NaturalResources.aspx> (fecha de consulta 12.09.2020).
- ONU. Asamblea General, Resolución aprobada el 14 de diciembre de 1962, #1803 (XVII). “Soberanía permanente sobre los recursos naturales”. Disponible en <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/NaturalResources.aspx> (fecha de consulta 12.09.2020).
- ONU. Asamblea General, Resolución aprobada el 1º de mayo de 1974, #3201 (S-VI). “La Declaración sobre el establecimiento de un nuevo orden económico internacional”. Disponible en <https://www.cetim.ch/wp-content/uploads/ag-resolution-3201-esp.pdf> (fecha de consulta 12.09.2020).
- ONU. Asamblea General, Resolución aprobada el 25 de septiembre de 2015, #70/1. “Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible”. Disponible en https://www.senado.gob.mx/comisiones/fomento_economico/eventos/docs/resolucion_080916.pdf (fecha de consulta 11.09.2020).
- ONU. Asamblea General, Resolución aprobada el 27 de julio de 2012, #66/288. “El futuro que queremos”. Disponible en <https://undocs.org/pdf?symbol=es/A/RES/66/288#:~:text=66%2F288.&text=1.2>. (fecha de consulta 09.03.2020).
- ONU. Comisión de Derechos Humanos. Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los

- derechos humanos, E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2, 26 de agosto de 2003. Texto disponible en <https://digitallibrary.un.org/record/501576> (fecha de consulta 28.03.2020).
- ONU. Consejo de Derechos Humanos. Resolución 26/9 “Elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos”, 14 de julio de 2014. Disponible en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/082/55/PDF/G1408255.pdf?OpenElement> (fecha de consulta 06.03.2020).
- ONU. Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo segundo período de sesiones, Suplemento núm. 17 (A/72/17). Disponible en <https://undocs.org/es/A/72/17> (fecha de consulta 20.01.2020).
- ONU. La Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, 1992. Disponible en <https://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/riodeclaration.htm> (fecha de consulta 09.03.2020)
- Organización Internacional del Trabajo. Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social, 1977. Texto disponible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/---emp_ent/documents/publication/wcms_124924.pdf (fecha de consulta 28.03.2020).
- The Singapore International Arbitration Centre Investment Arbitration Rules, 1 de enero de 2017. Disponible en <http://www.siac.org.sg/images/stories/articles/rules/IA/SIAC%20Investment%20Arbitration%20Rules%20-%20Final.pdf> (fecha de consulta 17.05.2020).
- UNCITRAL, Grupo de Trabajo III (Reforma del Sistema de Solución de Controversias entre Inversionistas y Estados). Posible reforma del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados (SCIE), Observaciones del Gobierno de Indonesia, 09 de noviembre de 2018.

Disponible en <https://undocs.org/es/A/CN.9/WG.III/WP.156> (fecha de consulta 17.05.2020).

UNCITRAL. Conciliación comercial internacional: preparación de un instrumento sobre la ejecución de los acuerdos de transacción comerciales internacionales resultantes de la conciliación. Nota de la Secretaría, A/CN.9/WG.II/WP.200, 28 de noviembre de 2016. Disponible en <https://undocs.org/es/A/CN.9/WG.II/WP.200> (fecha de consulta 30.07.2020).

UNCITRAL. Grupo de Trabajo III, Posible reforma del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados, Comunicación del Gobierno de China, 19 de julio de 2019, A/CN.9/WG.III/WP.177. Disponible en <https://undocs.org/es/A/CN.9/WG.III/WP.177> (fecha de consulta 18.09.2020).

UNCITRAL. Informe del Grupo de Trabajo II (Arreglo de Controversias) sobre la labor realizada en su 65º período de sesiones (Viena, 12 a 23 de septiembre de 2016), A/CN.9/896, 30 de septiembre de 2016. Disponible en <https://undocs.org/es/A/CN.9/896> (fecha de consulta 30.07.2020).

UNCITRAL. Informe del Grupo de Trabajo III (Reforma del Sistema de Solución de Controversias entre Inversionistas y Estados) sobre la labor realizada en su 34º período de sesiones (Viena, 27 de noviembre a 1 de diciembre de 2017), Primera parte, A/CN.9/930/Rev.1, 19 de diciembre de 2017. Disponible en <https://undocs.org/es/A/CN.9/930/Rev.1> (fecha de consulta 15.01.2020).

UNCITRAL. Informe del Grupo de Trabajo III (Reforma del Sistema de Solución de Controversias entre Inversionistas y Estados) sobre la labor realizada en su 35º período de sesiones (Nueva York, 23 a 27 de abril de 2018). Disponible en <https://undocs.org/es/A/CN.9/935> (fecha de consulta 28.01.2020).

UNCITRAL. Informe del Grupo de Trabajo III (Reforma del Sistema de Solución de Controversias entre Inversionistas y Estados) sobre la labor realizada en su 36º período de sesiones (Viena, 29 de octubre a 2 de noviembre de 2018), A/CN.9/964, 6 de noviembre de 2018. Disponible en <https://undocs.org/es/A/CN.9/964> (fecha de consulta 15.01.2020).

UNCITRAL. Kaufmann-Kohler, Gabrielle y Potestà, Michele. "Can the Mauritius Convention Serve as a Model for the Reform of Investor-State Arbitration in

Connection with the Introduction of a Permanent Investment Tribunal or an Appeal Mechanism?”, CIDS - Geneva Center for International Dispute Settlement, 3 de junio de 2016. Disponible en https://www.uncitral.org/pdf/english/CIDS_Research_Paper_Mauritius.pdf (fecha de consulta 25.01.2020).

UNCITRAL. Posible reforma del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados (SCIE), Financiación por terceros - Posibles soluciones, Nota de la Secretaría de 2 de agosto de 2019 (A/CN.9/WG.III/WP.172). Disponible en <https://undocs.org/es/A/CN.9/WG.III/WP.172> (fecha de consulta 21.01.2020).

UNCITRAL. Posible reforma del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados, Nota de Secretaría, 18 de septiembre de 2017. Disponible en <https://undocs.org/es/A/CN.9/WG.III/WP.142> (fecha de consulta 21.01.2020).

UNCITRAL. Posible reforma del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados (SCIE), Financiación por terceros, Nota de la Secretaría de 24 de enero de 2019 (A/CN.9/WG.III/WP.157), p. 9. Disponible en <https://undocs.org/es/A/CN.9/WG.III/WP.157> (fecha de consulta 14.01.2020).

UNCITRAL. Posible reforma del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados (SCIE). Interpretación de los tratados de inversión por las partes en los tratados. Nota de la Secretaría, A/CN.9/WG.III/WP.191, 17 de enero de 2020. Disponible en <https://undocs.org/es/A/CN.9/WG.III/WP.191> (fecha de consulta 27.02.2020).

UNCITRAL. Posible reforma del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados, Instrumento multilateral relativo a la reforma del sistema de SCIE, Nota de Secretaría, 16 de enero de 2020, A/CN.9/WG.III/WP.194. Disponible en <https://undocs.org/es/A/CN.9/WG.III/WP.194> (fecha de consulta 29.09.2020).

UNCITRAL. Posible reforma del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados. Prevención y mitigación de controversias: medios

- alternativos de solución de controversias, Nota de Secretaría, 15 de enero de 2020, A/CN.9/WG.III/WP.190. Disponible en <https://undocs.org/es/A/CN.9/WG.III/WP.190> (fecha de consulta 27.02.2020).
- UNCITRAL. Posible reforma del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados (SCIE). Procesos múltiples y reconvencciones. Nota de la Secretaría, A/CN.9/WG.III/WP.193, 22 de enero de 2020. Disponible en <https://undocs.org/es/A/CN.9/WG.III/WP.193> (fecha de consulta 27.02.2020).
- UNCITRAL. Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (revisado en 2010), Naciones Unidas, Nueva York, 2011. Disponible en <https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/arb-rules-revised/arb-rules-revised-s.pdf> (fecha de consulta 12.11.2020).
- UNCITRAL. Reglamento de la CNUDMI sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado. Disponible en <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/rules-on-transparency-s.pdf> (fecha de consulta 17 de diciembre 2019).
- UNCITRAL. Solución de controversias comerciales: ejecutabilidad de los acuerdos de transacción derivados de procedimientos internacionales de conciliación/mediación. Nota de la Secretaría, A/CN.9/WG.II/WP.187, 27 de noviembre de 2014. Disponible en <https://undocs.org/es/A/CN.9/WG.II/WP.187> (fecha de consulta 30.07.2020).
- UNCTAD. IIA Issues Note No. 1: “Latest Developments in Investor-State Dispute Settlement”, UNCTAD, 2012. Disponible en https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaeia2012d10_en.pdf (fecha de consulta 13.05.2020).
- UNCTAD. IIA issues note, No 1: “Recent developments in the international Investment regime”, mayo de 2018. Disponible en https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcbinf2018d1_en.pdf (fecha de consulta 13.05.2020).
- UNCTAD. IIA issues note, No 2: “Reform of Investor-State Dispute Settlement: In Search of a Roadmap Special issue for the Multilateral Dialogue on

- Investment”, 2013. Disponible en https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2013d4_en.pdf (fecha de consulta 13.05.2020).
- UNCTAD. IIA issues note, No 4: “Review of ISDS Decisions in 2018: Selected IIA Reform Issues”, julio de 2019. Disponible en <https://investmentpolicy.unctad.org/publications/1206/review-of-isds-decisions-in-2018-selected-iaa-reform-issues> (fecha de consulta 13.05.2020).
- UNCTAD. Investment Policy Hub. Disponible en <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements> (fecha de consulta 03.09.2020).
- UNCTAD. Investor-State Dispute Settlement: a sequel. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, Nueva York y Ginebra, 2014. Disponible en: http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaeia2013d2_en.pdf (fecha de consulta 21.07.2020).
- UNCTAD, UNCTAD’s Reform Package for the International Investment Regime, Nueva York y Ginebra, 2018. Disponible en https://investmentpolicy.unctad.org/uploaded-files/document/UNCTAD_Reform_Package_2018.pdf (fecha de consulta 13.07.2020)
- UNCTAD. World Investment Report 2013. Disponible en https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2013_en.pdf (fecha de consulta 09.06.2020).
- UNCTAD. World Investment report 2015. Disponible en https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2015_en.pdf (fecha de consulta 29.11.2019).
- UNCTAD. World Investment report 2017. Disponible en https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2017_en.pdf (fecha de consulta 10.01.2020).

UNCTAD. World Investment Report 2018. Disponible en http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2018_en.pdf (fecha de consulta 19.07.2019).

UNCTAD. World Investment report 2020. Disponible en https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2020_en.pdf (fecha de consulta 06.07.2020).

Jurisprudencia internacional y laudos arbitrales

Achmea B.V. v. La República Eslovaca, UNCITRAL, Caso PCA No. 2008-13, Laudo de 7 de diciembre de 2012. Disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3206.pdf> (fecha de consulta 14.03.2020).

Addiko Bank AG and Addiko Bank d.d. v. Republic of Croatia, Caso CIADI No. ARB/17/37, Decisión sobre la excepción a la jurisdicción de Croacia relacionada con el presunto Incompatibilidad del TBI con el *Acquis* de la UE, 12 de junio 2020. Disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw11546.pdf> (fecha de consulta 18.09.2020).

Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia, Caso CIADI No. ARB/81/1, Decisión del Comité ad hoc sobre la solicitud de anulación de 20 de noviembre de 1984. Disponible en https://jusmundi.com/en/document/decision/en-amco-asia-corporation-and-others-v-republic-of-indonesia-ad-hoc-committee-decision-on-the-application-for-annulment-friday-16th-may-1986#decision_1035 (fecha de consulta 01.05.2020).

CEMEX Caracas Investments B.V. and CEMEX Caracas II Investments B.V. v. República Bolivariana de Venezuela, Caso CIADI, No. ARB/08/15, Decisión sobre jurisdicción, 30 de diciembre de 2010. Disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0143.pdf> (fecha de consulta 17.07.2020).

Charanne B.V. y Construction Investments S.a.r.l. c. España, Caso SCC No. 062/2012. Disponible en <https://www.italaw.com/cases/2082> (fecha de consulta 17.05.2020).

CME Czech Republic B.V. v. The Czech Republic, UNCITRAL, Laudo parcial de 13 de septiembre de 2001. Disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0178.pdf> (fecha de consulta 27.10.2019).

CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic, Caso CIADI No. ARB/01/8, Decisión del Tribunal sobre las objeciones a la jurisdicción, 17 de julio de 2003. Disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0183.pdf> (fecha de consulta 13.05.2020).

CMS Gas Transmission Company v. República de Argentina, Caso CIADI No. ARB/01/8, Laudo, 12 de mayo 2005. Disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0184.pdf> (fecha de consulta 13.05.2020).

Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi S.A. v. Argentine Republic, Caso CIADI No. ARB/97/3. Información acerca del caso disponible en <https://www.italaw.com/cases/309> (fecha de consulta 17.06.2020).

ConocoPhillips Petrozuata B.V., ConocoPhillips Hamaca B.V. y ConocoPhillips Gulf of Paria B.V. v. República Bolivariana de Venezuela, CIADI Caso N° ARB/07/30, Laudo, 8 de marzo de 2019. Disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10403.pdf> (fecha de consulta 17.11.2020).

EDF International S.A., SAUR International S.A. and León Participaciones Argentinas S.A. v. Argentine Republic, Caso CIADI No. ARB/03/23. Decisión sobre anulación de 5 de febrero de 2016. Disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7091.pdf> (fecha de consulta 11.03.2020).

ICS Inspection and Control Services Limited (United Kingdom) v. The Republic of Argentina, UNCITRAL, Caso PCA No. 2010-9, Decisión sobre el desafío al árbitro, 17 de diciembre de 2009. Disponible en

- <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0415.pdf> (fecha de consulta 17.06.2020).
- Impregilo S.p.A. v. Argentine Republic, Caso CIADI No. ARB/07/17, Laudo de 21 de junio de 2011. Disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7993.pdf> (fecha de consulta 17.12.2019).
- Interocean Oil Development Company v. Federal Republic of Nigeria, Caso CIADI No. ARB/13/20, Decisión sobre excepciones preliminares, 29 de octubre de 2014. Disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw6336.pdf> (fecha de consulta 31.07.2020).
- Ioan Micula, Viorel Micula and others v. Romania, ICSID Case No. ARB/05/20, Decisión sobre jurisdicción y admisibilidad, 24 de septiembre de 2008. Disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0530.pdf> (fecha de consulta 17.05.2020).
- Isolux Infrastructure Netherlands B.V. c. Reino de España, Caso SCC No. 2013/153. Disponible en <https://www.italaw.com/cases/5893> (fecha de consulta 17.05.2020).
- Joseph Charles Lemire v. Ukraine, Caso CIADI No. ARB/06/18, Laudo de jurisdicción y responsabilidad, 14 de enero de 2010. Disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0453.pdf> (fecha de consulta 17.06.2020).
- Khan Resources Inc., Khan Resources B.V. y Cauc Holding Company Ltd. c. Gobierno de Mongolia y Monatom Co., Ltd., Caso PCA No. 2011-09. Disponible en <https://www.italaw.com/cases/604> (fecha de consulta 17.05.2020)
- LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc .v. República de Argentina, Caso CIADI No. ARB/02/1, Laudo de 25 de julio de 2007. Disponible en https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0463_0.pdf (fecha de consulta 17.05.2020)
- LG&E, LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., LG&E International Inc. v República Argentina, Caso CIADI No. ARB/02/1, Decisión sobre Responsabilidad, 3 de octubre de 2006, parr 251. Disponible en

<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0461.pdf> (fecha de consulta 13.04.2020)

Maritime International Nominees Establishment v. Republic of Guinea, Caso CIADI No. ARB/84/4, Decisión sobre la solicitud de Guinea de anulación parcial del Laudo, 22 de diciembre de 1989. Disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8608.pdf> (fecha de consulta 01.05.2020).

Mavrommatis Palestine Concessions, Corte Permanente de Justicia Internacional, Decisión sobre la excepción a la jurisdicción, 30 de agosto de 1924, Publications of the Permanent Court of International Justice, Collection of Judgments, serie A, núm. 2, 30 de agosto de 1924, p. 12. Disponible en <https://jusmundi.com/fr/document/decision/en-the-mavrommatis-palestine-concessions-judgment-objection-to-the-jurisdiction-of-the-court-saturday-30th-august-1924> (fecha de consulta 28.03.2020).

Mondev International Ltd. v. United States of America, Caso CIADI No. ARB(AF)/99/2, Laudo de 11 de octubre de 2002. Disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1076.pdf> (fecha de consulta 30.06.2020).

Mr. Patrick Mitchell v. Democratic Republic of the Congo, Caso CIADI No. ARB/99/7, Decisión sobre la solicitud de anulación de 1º de noviembre 2006. Disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0537.pdf> (fecha de consulta 01.05.2020).

Occidental Petroleum Corporation y Occidental Exploration and Production Company v. República de Ecuador, Caso CIADI N° ARB/06/11, Laudo, 5 de octubre de 2012. Disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1095.pdf> (fecha de consulta 17.11.2020).

Pac Rim Cayman LLC v. La República de El Salvador, Caso CIADI No. ARB/09/12, Laudo de 14 de octubre de 2016. Disponible en: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7641_0.pdf (fecha de consulta 09.10.2018).

Peter A. Allard v. The Government of Barbados, Caso PCA No.2012-06, Laudo de 27 de junio de 2016. Disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7594.pdf> (fecha de consulta 11.06.2020).

Philip Morris Asia Limited (Hong Kong) v. The Commonwealth of Australia, Caso PCA No. 2012-12, Notice of Arbitration, 21 de noviembre de 2011. Disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0665.pdf> (fecha de consulta 17.06.2020).

Philip Morris Asia Limited (Hong Kong) v. The Commonwealth of Australia, Caso PCA No. 2012-12, Laudo a la jurisdicción y admisibilidad, 17 de diciembre 2015. Disponible en https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7303_0.pdf (fecha de consulta 17.05.2020).

Phoenix Action, Ltd. v. The Czech Republic, Caso CIADI No. ARB/06/5, Laudo de 15 de abril de 2009. Disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0668.pdf> (fecha de consulta 09.10.2019)

Repsol YPF Ecuador S.A. v. Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador), Caso CIADI No. ARB/01/10, Decisión sobre la solicitud de anulación de 8 de enero de 2007. Disponible en https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7999_0.pdf (fecha de consulta 01.05.2020).

Rockhopper Italia S.p.A., Rockhopper Mediterranean Ltd, and Rockhopper Exploration Plc v. La Republica Italiana, Caso CIADI No. ARB/17/14. Los detalles del caso disponibles en <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/17/14> (fecha de consulta 08.06.2020).

Ronald Lauder v. The Czech Republic, UNCITRAL, Laudo final de 3 de septiembre de 2001, parr. 203, p. 44 (énfasis agregado). Disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0451.pdf> (fecha de consulta 27.10.2019).

S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada, Laudo parcial, 13 de noviembre de 2000. Disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0747.pdf> (fecha de consulta 17.11.2019).

Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco, Caso CIADI, No. ARB/00/4, Decisión de jurisdicción, 23 de julio de 2001. Disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0738.pdf> (fecha de consulta 22.07.2020).

Spyridon Roussalis v Romania, Caso CIADI No. ARB/06/1, Laudo del 7 de diciembre de 2011, disponible en <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0723.pdf> (fecha de consulta 06.03.2020).

Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. and Autobuses Urbanos del Sur S.A. v. La República Argentina, Caso CIADI No. ARB/09/1, Decisión sobre jurisdicción de 21 de diciembre de 2012. Disponible en https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1091_0.pdf (fecha de consulta 17.05.2020).

Tethyan Copper Company Pty Limited v. República Islámica de Pakistán, CIADI Caso N° ARB/12/1, Laudo, 12 de julio de 2019.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala). Sentencia de 6 de marzo de 2018, asunto C-284/16. Disponible en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=199968&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=374324> (fecha de consulta 14.03.2020).

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Pleno). Dictamen 1/17, 30 de abril de 2019. Disponible en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=213502&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=5061519> (fecha de consulta 22.06.2020).

UP and C.D Holding Internationale v. Hungary, Caso CIADI, No. ARB/13/35, Laudo final, 9 de octubre de 2018. Disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10075.pdf> (fecha de consulta 18.09.2020).

Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. la República Argentina, Caso CIADI ARB/07/26, Decisión de Jurisdicción, 19 de diciembre de 2012. Disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1324.pdf> (fecha de consulta 17.12.2019).

Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic, Caso CIADI ARB/07/26, Laudo de 8 de diciembre de 2016. Disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9627.pdf> (fecha de consulta 17.12.2019).

Vattenfall AB y otros v. República Federal de Alemania (II), Caso CIADI N.º ARB/12/12. Información acerca del caso disponible en <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/467/vattenfall-v-germany-ii-> (fecha de consulta 11.04.2020).

Vattenfall AB y otros v. República Federal de Alemania (II), Caso CIADI N.º ARB/12/12. Decisión sobre el asunto Achmea, 31 de agosto de 2018. Disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9916.pdf> (fecha de consulta 18.09.2020).

Vattenfall AB, Vattenfall Europe AG, Vattenfall Europe Generation AG v. República Federal de Alemania, Caso CIADI No. ARB/09/6, Laudo de 11 de marzo de 2011. Disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0890.pdf> (fecha de consulta 08.06.2020).

Waguih Elie George Siag and Clorinda Vecchi v. The Arab Republic of Egypt, Caso CIADI No. ARB/05/15, Laudo de 1 de junio de 2009. Disponible en https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0786_0.pdf (fecha de consulta 22.07.2020).

Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. Federación de Rusia, UNCITRAL, CPA Caso N.º AA 227, Laudo, 18 de julio de 2014.

Legislación

Constitución de la República del Ecuador de 20 de octubre de 2008. Disponible en https://www.asambleanacional.gob.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf (fecha de consulta 17.05.2020).

El Parlamento Europeo, Resolución que contiene las recomendaciones del Parlamento Europeo a la Comisión Europea relativas a las negociaciones de la Asociación Transatlántica de Comercio e Inversión (ATCI) (2014/2228(INI)), 8 de julio de 2015, artículo 2, fracción c), apartado xv). Disponible en https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2015-0252_ES.html (fecha de consulta 15.02.2020).

Ley para la Promoción y Protección de Inversores, aprobada por el Decreto 51-2011, Diario oficial de la República de Honduras, 15 de julio de 2011, num. 32,568. Disponible en <https://honduras.eregulations.org/media/Ley%20para%20la%20promoci%C3%B3n%20y%20protecci%C3%B3n%20de%20inversiones.pdf> (fecha de consulta 10.01.2020).

Reglamento (UE) No 912/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un marco para gestionar la responsabilidad financiera relacionada con los tribunales de resolución de litigios entre inversores y Estados establecidos por acuerdos internacionales en los que la Unión Europea sea parte, 23 de julio de 2014. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014R0912&from=EN> (fecha de consulta 15.02.2020).

TBI modelo de Canadá de 2014, texto disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/files/italaw8236.pdf> (fecha de consulta 06.03.2020).

TBI modelo de la India de 2016. Disponible en https://dea.gov.in/sites/default/files/ModelBIT_Annex_0.pdf (fecha de consulta 18.09.2020).

TBI modelo de los EE. UU. de 2012, texto disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/archive/ita1028.pdf> (fecha de consulta 06.03.2020).

TBI modelo de Noruega, texto disponible en <https://www.regjeringen.no/contentassets/e47326b61f424d4c9c3d470896492623/draft-model-agreement-english.pdf> (fecha de consulta 17.07.2020)

Libros

BENTO, Lucas. "From Anarchy to Rational Design: Direction and Perception in International Investment Law" en BJORKLUND, Andrea K. (ed.). *Yearbook on International Investment Law & Policy 2014–2015*, Nueva York, Oxford University Press, 2016.

BJORKLUND, Andrea K. "Can International Investment Law Be Restated?: Or Is Jurisprudence Constante the El Dorado of Investment Treaty Lawyers?" en BJORKLUND, Andrea K. (ed.). *Yearbook on International Investment Law & Policy 2014–2015*, Nueva York, Oxford University Press, 2016.

DE BRABANDERE, Eric. *Investment Treaty Arbitration as Public International Law: Procedural Aspects and Implications*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, Cambridge Studies in International and Comparative Law.

BUNGE, Mario. *Ciencia y desarrollo*, Buenos Aires, Ediciones siglo veinte, 1980.

CINGOTTI, Natacha *et al.* *El Sistema de Tribunales de Inversiones puesto a prueba*, Ámsterdam/Bruselas/Berlín/Ottawa, el Centro Canadiense de Políticas Alternativas, Corporate Europe Observatory, Amigos de la Tierra Europa, el Foro Alemán de ONG de Medio Ambiente y Desarrollo y el Transnational Institute, 2016. Disponible en https://www.tni.org/files/publication-downloads/el_ics_puesto_a_prueba.pdf (fecha de consulta 09.08.2020).

DEZALAY, Yves y Garth, BRYANT G. *Dealing in Virtue: International Commercial Arbitration and the Construction of a Transnational Legal Order*, Chicago, The University of Chicago Press, 1996.

EBERHARDT, Pia y OLIVET, Cecilia. *Cuando la injusticia es negocio. Cómo las firmas de abogados, árbitros y financiadores alimentan el auge del arbitraje de*

- inversiones*, Bruselas/Amsterdam, Corporate Europe Observatory y Transnational Institute, 2012. Disponible en https://www.tni.org/files/download/cuando_la_injusticia_es_negocio-web.pdf (fecha de consulta 04.07.2019).
- EBERHARDT, Pia *et al.* *Un tratado para gobernarlos a todos*, Bruselas/Ámsterdam, Corporate Europe Observatory y el Transnational Institute, 2019. Disponible en <https://www.tni.org/es/tratado-sobre-carta-energia> (fecha de consulta 08.07.2019).
- ECHAIDE, Javier. “El derecho internacional de las inversiones, los Derechos Humanos y la gobernabilidad democrática” en VON BOGDANDY, Armin *et al.* (coord.) *El constitucionalismo transformador en América Latina y el derecho económico internacional. De la tensión al diálogo*, UNAM, 2018.
- FERNÁNDEZ PÉREZ, Ana. “La necesaria adaptación de los acuerdos internacionales de inversiones y el arbitraje de inversiones al "desarrollo sostenible" en LARRAZ IRIBAS, Beatriz y FERNÁNDEZ PÉREZ, Ana (coords.). *Desarrollo sostenible en el siglo XXI: economía, sociedad y medio ambiente*, Madrid, Iprolex, 2016. Disponible en https://www.researchgate.net/publication/305307175_LA_NECESARIA_ADAPTACION_DE_LOS_ACUERDOS_INTERNACIONALES_DE_INVERSIONES_Y_DEL_ARBITRAJE_DE_INVERSIONES_AL_DESARROLLO_SOSTENIBLE (fecha de consulta 11.06.2020).
- GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. *Arbitraje de Inversión*, México, Editorial Porrúa, 2009.
- GRAHAM, James. “Hacia una doctrina latinoamericana en materia de arbitraje sobre inversión extranjera” en RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, Sonia y WÖSS, Herfried (coords.). *Foro de arbitraje en materia de inversión*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2013.
- HERNÁNDEZ, Aleida. *La producción jurídica de la globalización económica. Notas de una pluralidad jurídica transnacional*, San Luis Potosí, México, CEIICH-UNAM-CENEJUS, 2014.

- IRURETAGOIENA AGIRREZABALAGA, Iñigo. *El arbitraje en los litigios de expropiación de inversiones extranjeras*, Bosch, 2010.
- JOHNSON, Lise y SACHS, Lisa. "International investment agreements, 2011–2012: A review of trends and new approaches" en BJORKLUND, Andrea K. (ed.). *Yearbook on International Investment Law & Policy 2012–2013*, Nueva York, Oxford University Press, 2014.
- LALLAS, Peter L. "International investment activities. Giving affected people greater voice and rights of recourse" en NAKAGAWA, Junji (ed.). *Transparency in International Trade and Investment Dispute Settlement*, Nueva York, Routledge, 2013.
- NATARAJ, Geethanjali y TANDON, Anjali. "India's New Bilateral Investment Treaty: Expansions, Inclusions and Exclusions" en KANUNGO, Rama P. *et al.* (eds.). *Changing the Indian Economy: Renewal, Reform and Revival*, Elsevier, 2018.
- ORTINO, Federico. "Transparency of investment awards. External and internal dimensions" en NAKAGAWA, Junji (ed.). *Transparency in International Trade and Investment Dispute Settlement*, Nueva York, Routledge, 2013.
- ORTIZ AHLF, Loretta. *Derecho internacional público*, 4ta edición, Mexico, Oxford University Press México, 2018.
- PAUWELYN, Joost. "Rational Design or Accidental Evolution? The emergence of International Investment Law" en DOUGLAS, Zachary *et al.* (eds.). *The foundations of International Investment Law*, Nueva York, Oxford University Press, 2014.
- PÉREZ PACHECO, Yaritza. "Arbitraje inversor-Estado desde la perspectiva latinoamericana", *Retos Actuales del Derecho Internacional Privado. Memorias del XXXVIII Seminario de Derecho Internacional Privado (Ciudad de México, 22-23 de octubre de 2015)*, Instituto de la Judicatura Federal, 2015. Disponible en https://www.cjf.gob.mx/transparencia/resources/hrt/A70/FXLI/2017/C3/004_RetosActualesDerechoIPIPrivado1almp.pdf (fecha de consulta 02 de marzo 2020).

- PÉREZ VILLANUEVA, Omar Everleny y PUIG GÓMEZ, Albert. “La inversión extranjera directa en la era de la globalización” en LICHTENSZTEJN, Samuel (coord.) *Inversión extranjera en países emergentes y en transición*, Xalapa, Veracruz, México: Universidad Veracruzana, 2013.
- REYES DÍAZ, Carlos Humberto. *Régimen Jurídico de Comercio Exterior*, Enciclopedia Jurídica de la Facultad de Derecho, Primera edición, México, UNAM, 2017.
- SCHILL, Stephan W. *The Multilateralization of International Investment Law*, Nueva York, Cambridge University Press, 2009.
- SCHREUER, Christoph. “Do We Need Investment Arbitration?” en KALICKI, Jean E. y JOUBIN-BRE, Anna (eds.). *Reshaping the Investor-State Dispute Settlement System: Journeys for the 21st Century*, Leiden/ Boston, Brill/Nijhoff, 2015.
- SOMMER, Christian. *Laudos arbitrales del CIADI. Reconocimiento y ejecución*, Buenos Aires, editorial Astrea sol, 2016.
- SORNARAJAH M., *The International Law On Foreign Investment*, 3ra edición, Cambridge University Press, 2010.
- DE SOUSA SANTOS, Boaventura y RODRÍGUEZ GARAVITO, César A. *El derecho y la globalización desde abajo: Hacia una legalidad cosmopolita*, trad. de Carlos F. Morales de Setién Ravina, Barcelona/ México, Anthropos Editorial-UAM Unidad Cuajimalpa, 2007.
- SZÉKELY, Alberto. *Instrumentos fundamentales de derecho internacional público*, 2a. edición, México, UNAM, 1989, t. II.
- VAN DUZER, J. Antony et al. *Integrating Sustainable Development into International Investment Agreements: A Guide for Developing Countries*, Londrés, Commonwealth Secretariat, 2012. Disponible en https://www.iisd.org/pdf/2012/6th_annual_forum_commonwealth_guide.pdf (fecha de consulta 04.01.2020).
- VAN HARTEN, Gus. *Sovereign Choices and Sovereign Constrains. Judicial Restraint in Investment Treaty Arbitration*, Oxford University Press, 2013.
- DE VATTEL, Emerich. *The Law of Nations, or Principles of the Law of Nature Applied to the Conduct and Affairs of Nations and Sovereigns*, 6a edición, Philadelphia, T.&J.W. Johnson, libro II, capítulo VI. Disponible en

https://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/Lieber_Collection/pdf/DeVattel_LawOfNations.pdf (fecha de consulta 28.03.2020).

Artículos académicos

BAS VILIZZIO, Magdalena. “Protección de los Derechos Humanos en la solución de controversias inversor-Estado: ¿confluencia o bifurcación de caminos?”, *Revista de la secretaría del Tribunal permanente de revisión*, Secretaría del Tribunal permanente de revisión del MERCOSUR, Paraguay, año 7, núm. 14, agosto de 2019. Disponible en <http://www.revistastpr.com/index.php/rstpr/article/view/359> (fecha de consulta 14 de febrero 2020).

BROWER, Charles N. y ROSENBERG, Charles B. “The Death of the Two-Headed Nightingale: Why the Paulsson-van den Berg Presumption that Party-Appointed Arbitrators are Untrustworthy is Wrongheaded”, *Arbitration International*, vol. 29, núm. 1, marzo de 2013.

CHOUHDURY, Barnali. “Recapturing public power: is investment arbitration’s engagement of the public interest contributing to the democratic deficit?”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2008, vol. 41, núm. 3. Disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1070701 (fecha de consulta 23.02.2020)

ECHAIDE, Javier. “Inversiones y solución de controversias: el proyecto dentro de la Unasur y propuestas alternativas”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, UNAM-IIJ, 2017, vol. XVII. Disponible en <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/article/view/11040> (fecha de consulta 04.07.2020).

GALLEGOS ZÚÑIGA, Jaime. “Algunos cambios que incorpora el T-MEC, en materia de inversiones extranjeras, en relación con lo previsto en el Capítulo XI del TLCAN”, *Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, España, 2019, vol. XII núm. 1. Disponible en <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/168639> (fecha de consulta 24.02.2020).

- GARCÍA-BOLÍVAR, Omar E. “La crisis del derecho internacional de inversiones extranjeras”, *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, Paraguay, Secretaría del Tribunal permanente de revisión del MERCOSUR, año 3, 2015, núm. 5.
- HERNÁNDEZ G., José Ignacio. “El Derecho Administrativo frente al Arbitraje Internacional de Inversiones. Comentarios al laudo arbitral Philip Morris Brands Sàrl y otros vs. Uruguay”, *Revista De Derecho Público*, Uruguay, año 25, núm. 50, diciembre de 2016.
- KAYSIN, Dmitriy y DEMINA, María. “International investment court: to be or not to be?”, *Journal of foreign legislation and comparative law*, Moscú, 2018, núm. 4, julio-agosto (en ruso). Disponible en <https://jzsp.ru/articles/article-2726.pdf> (fecha de consulta 23.04.2020).
- MEDINA-CASAS, Héctor Mauricio. “Las partes en el arbitraje CIADI”, *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2009, núm. 15. Disponible en: <http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/internationallaw/article/viewFile/13857/11152> (fecha de consulta 21.11.2019).
- NEWCOMBE, Andrew. “The Boundaries of Regulatory Expropriation in International Law”, *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, 2005, vol. 20, núm. 1. Disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=789706 (fecha de consulta 05.09.2020).
- PÉREZ PACHECO, Yaritza y MÉNDEZ SALOM, Elizabeth, “Recurso de anulación contra laudos CIADI ¿Refuerza la autonomía del sistema o contraría la celeridad del arbitraje internacional?”, *Anuario Latinoamericano de Arbitraje*, Perú, Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, núm. 1.
- PÉREZ PACHECO, Yaritza. “Arbitraje inversor-Estado desde la perspectiva latinoamericana”, *Retos Actuales del Derecho Internacional Privado. Memorias del XXXVIII Seminario de Derecho Internacional Privado (Ciudad de México, 22-23 de octubre de 2015)*, Instituto de la Judicatura Federal, 2015. Disponible en https://www.cjf.gob.mx/transparencia/resources/hrt/A70/FXLI/2017/C3/004_R

[etosActualesDerechoIltPrivado1almp.pdf](#) (fecha de consulta 02 de marzo 2020).

PUIG, Sergio y SHAFFER, Gregory. "Imperfect Alternatives: Institutional Choice and the Reform of Investment Law", *American Journal of International Law*, vol. 112, núm. 3, julio de 2018. Disponible en https://www.cambridge.org/core/services/aop-cambridge-core/content/view/BDF034DC00EDBCDB654344F0F1147560/S0002930018000702a.pdf/imperfect_alternatives_institutional_choice_and_the_reform_of_investment_law.pdf (fecha de consulta 22.07.2020).

PUIG, Sergio y STREZHNEV, Anton. "The David Effect and ISDS", *European Journal of International Law*, vol. 28, núm. 3, agosto de 2017. Disponible en <https://academic.oup.com/ejil/article/28/3/731/4616684> (fecha de consulta 24.06.2020).

REINISCH, August. "Necessity in Investment Arbitration", *Netherland Yearbook of International Law 2010: Necessity Across International Law*, T.M.C. Asser press, La Haya, vol. 41, 2011.

RETYUNSKIY, Vadim S. "Misuse of procedural protection mechanisms by investors in disputes with the foreign states", *International Law and International Organizations*, 2017, núm. 3 (en ruso). Disponible en https://en.nbpublish.com/library_read_article.php?id=23845 (fecha de consulta 17.06.2020).

ROBERTS, Anthea. "Clash of Paradigms: Actors and Analogies Shaping the Investment Treaty System", *The American Journal of International Law*, vol. 107, núm. 1, enero de 2013. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=2033167> (fecha de consulta 15.12.2019).

----- "The Next Battleground: Standards of Review in Investment Treaty Arbitration", *International Council for Commercial Arbitration Congress Series*, vol. 16, 2011. Disponible en <https://www.ssrn.com/abstract=2186208> (fecha de consulta 27.01.2020).

SCHILL, Stephan W. "Investor-State Dispute Settlement Reform at UNCITRAL: A Looming Constitutional Moment?", *The Journal of World Investment & Trade*,

- vol. 19, núm. 1, 2018. Disponible en https://brill.com/view/journals/jwit/19/1/article-p1_1.xml?body=pdf-35540 (fecha de consulta 09.06.2020).
- "Reforming Investor-State Dispute Settlement (ISDS): Conceptual Framework and Options for the Way Forward", *E15Initiative*, Geneva: International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD) and World Economic Forum, julio de 2015. Disponible en: <http://e15initiative.org/publications/reforming-investor-state-dispute-settlement-isds-conceptual-framework-and-options-for-the-way-forward/> (fecha de consulta 01.07.2020).
- SCHILL, Stephan W., y VIDIGAL, Geraldo. "Designing Investment Dispute Settlement à la Carte: Insights from Comparative Institutional Design Analysis", *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, los Países Bajos, Brill/Nijhoff, vol. 18, núm.3, 2020. Disponible en https://brill.com/view/journals/lape/18/3/article-p314_5.xml?body=pdf-35540 (fecha de consulta 01.09.2020).
- STONE SWEET, Alec. "The new *Lex Mercatoria* and transnational governance", *Journal of European Public Policy*, Taylor and Francis, vol. 13, núm. 5, agosto de 2006. Disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1569352 (fecha de consulta 30.03.2020).
- DE URIOSTE SAMANAMUD, Ricardo. "La expropiación indirecta en el derecho internacional de las inversiones y el derecho a la propiedad en la Corte Europea de Derechos Humanos", *Revista de Economía y Derecho*, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC), 2015, vol. 10, núm. 39. Disponible en <https://repositorioacademico.upc.edu.pe/bitstream/handle/10757/550399/319-1215-1-PB.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (fecha de consulta 16.10.2019).
- VICUÑA, Francisco Orrego. "Foreign Investment Law: How Customary Is Custom?", *Estudios Internacionales*, Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile, vol. 38, núm. 148, 2005, enero-marzo. Disponible en

<https://revistaei.uchile.cl/index.php/REI/article/view/14438> (fecha de consulta 05.11.2019).

VIDIGAL, Geraldo y STEVENS, Beatriz. "Brazil's New Model of Dispute Settlement for Investment: Return to the Past or Alternative for the Future?", *Journal of World Investment & Trade*, vol. 19, núm. 3, 2018. Disponible en https://brill.com/view/journals/jwit/19/3/article-p475_6.xml?body=pdf-35540 (fecha de consulta 18.09.2020).

VOON, Tania. "Philip Morris v. Uruguay: Implications for Public Health", *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 18, núm. 2, 2017. Disponible en https://brill.com/view/journals/jwit/18/2/article-p320_5.xml (fecha de consulta 31.05.2020).

YEE, Sienho. "Dispute Settlement on the Belt and Road: Ideas on System, Spirit and Style", *Chinese Journal of International Law*, vol. 17, núm. 3, septiembre de 2018. Disponible en <https://academic.oup.com/chinesejil/article/17/3/907/5133003> (fecha de consulta 18.09.2020).

Entrevistas

Entrevista con el profesor Rudolf Dolzer, *Russian Institute of Modern Arbitration*, 27 de septiembre de 2017. Disponible en <http://modernarbitration.ru/en/2017/09/27/interview-with-professor-dolzer/> (fecha de consulta 10.08.2020).

Entrevista con la profesora Brigitte Stern, *International Commercial Arbitration Review*, enero-junio de 2017. Disponible en <http://arbitrationreview.ru/wp-content/uploads/2017/10/%E2%84%96-1-2017-vestnik1.pdf> (fecha de consulta 10.08.2020).

Prensa y otras fuentes

AMES, Paul. "ISDS: The most toxic acronym in Europe", *Politico*, 17 de septiembre de 2015. Disponible en: <http://www.politico.eu/article/isdsthe-most-toxic-acronym-in-europe/> (fecha de consulta 09.03.2020).

BAS VILIZZIO, Magdalena. "Covid-19 y arbitraje inversor-Estado: ¿hacia la tormenta perfecta?", *la diaria*, 23 de abril de 2020, Uruguay, disponible en <https://ladiaria.com.uy/articulo/2020/4/covid-19-y-arbitraje-inversor-estado-hacia-la-tormenta-perfecta/> (fecha de consulta 28.04.2020).

Call for ISDS Moratorium During COVID-19 Crisis and Response, Centro de Inversión Sostenible de Columbia (CCSI), 6 de mayo de 2020. Disponible en <http://ccsi.columbia.edu/2020/05/05/isds-moratorium-during-covid-19/> (fecha de consulta 06.07.2020).

Carta abierta en contra de inclusión del ISDS en el TPP. Disponible en <https://tpplegal.wordpress.com/open-letter/> (fecha de consulta 03.07.2020)

"Commission asks Member States to terminate their intra-EU bilateral investment treaties", Comunicado de prensa, 18 de junio de 2015, Bruselas. Disponible en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_15_5198 (fecha de consulta 22.11.2019)

Comunicación pública sobre la segunda ronda de negociaciones sobre la modernización del TCE. Disponible en https://www.energycharter.org/media/news/article/public-communication-on-the-second-negotiation-round-on-the-modernisation-of-the-ect-public/?tx_news_pi1%5Bcontroller%5D=News&tx_news_pi1%5Baction%5D=detail&cHash=284d1595d54f1d36a3cccb1dbee035fb (fecha de consulta 11.09.2020).

Conclusiones del Abogado General Sr. Melchior Wathelet, el 19 de septiembre de 2017, asunto C-284/16. Disponible en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=194583&doclang=ES> (fecha de consulta 20.06.2020).

JOHN, Taylor St. y CHERNYKH, Yulia. "Déjà vu? Investment Court Proposals from 1960 and Today", *EJIL: Talk! Blog of the European Journal of International Law*, 15 de mayo de 2018. Disponible en ejiltalk.org/deja-vu-investment-court-proposals-from-1960-and-today/ (fecha de consulta 10.06.2020).

- KEOHANE, Robert O. y NYE, Joseph S. Jr. "Between Centralization and Fragmentation: The Club Model of Multilateral Cooperation and Problems of Democratic Legitimacy", Faculty Research Working Papers Series, John F. Kennedy School of Government Harvard University, febrero de 2001. Documento preparado para la Convención Americana de Ciencias Políticas, Washington, D.C., 31 de agosto – 3 de septiembre de 2000. Disponible en <https://research.hks.harvard.edu/publications/getFile.aspx?id=4> (fecha de consulta 30.03.2020).
- KINNEAR, Meg. "Moving with the times: amending the ICSID rules", *Columbia FDI Perspectives*, núm. 233, 27 de agosto de 2018. Disponible en: <http://ccsi.columbia.edu/files/2016/10/No-233-Kinnear-FINAL.pdf> (fecha de consulta 10.06.2020).
- OLIVET, Cecilia *et al.* "Pandemic profiteers. How foreign investors could make billions from crisis measures", Transnational Institute, 20 de abril de 2020. Disponible en <https://longreads.tni.org/pandemic-profiteers/> (fecha de consulta 07.05.2020).
- "Renco Uses U.S.-Peru FTA to Evade Justice for La Oroya Pollution", *Public Citizen*, 2º de noviembre de 2016. Disponible en <https://www.citizen.org/article/renco-uses-u-s-peru-fta-to-evade-justice-for-la-oroya-pollution/> (fecha de consulta 15.09.2020).
- ROBERTS, Anthea. "UNCITRAL and ISDS Reform: Not Business as Usual", *Blog of the European Journal of International Law*, 11 de diciembre de 2017. Disponible en <https://www.ejiltalk.org/uncitral-and-isds-reform-not-business-as-usual/> (fecha de consulta 09.06.2020).
- "Would a Multilateral Investment Court be Biased? Shifting to a treaty party framework of analysis", *EJIL: Talk! Blog of the European Journal of International Law*, 28 de abril de 2017. Disponible en <https://www.ejiltalk.org/would-a-multilateral-investment-court-be-biased-shifting-to-a-treaty-party-framework-of-analysis/> (fecha de consulta 14.01.2020).

- SACHS, Lisa *et al.* “Environmental Injustice: How Treaties Undermine the Right to a Healthy Environment”, Kluwer Arbitration Blog, 13 de noviembre de 2019. Disponible en <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/11/13/environmental-injustice-how-treaties-undermine-the-right-to-a-healthy-environment/> (fecha de consulta 23.01.2020).
- SCHWEBEL, Stephen M. “The Proposals of the European Commission for Investment Protection and an Investment Court System”, texto de ponencia el 17 de mayo de 2016 en Sidley Austin, Washington, D.C., p. 8. Disponible en <http://isdsblog.com/wp-content/uploads/sites/2/2016/05/THEPROPOSALSOFTHEEUROPEANCOMMISSION.pdf> (fecha de consulta 21.04.2020).
- Secretaría de Economía de los Estados Unidos Mexicanos. Comunicado de prensa No. 37, “T-MEC entrará en vigor el 1º de julio de 2020”, 24 de abril de 2020. Disponible en <https://www.gob.mx/se/prensa/t-mec-entrara-en-vigor-el-1-de-julio-de-2020> (fecha de consulta 08.06.2020).
- SORNARAJAH, M. “An International Investment Court: panacea or purgatory?”, *Columbia FDI Perspectives*, número 180, 15 de agosto de 2016. Disponible en: <http://ccsi.columbia.edu/files/2013/10/No-180-Sornarajah-FINAL.pdf> (fecha de consulta 26.02.2020).
- SOSA TROYA, María. “La Eurocámara plantea alternativas al arbitraje en el pacto con EE UU”, *El País*, 9 de julio de 2015. Disponible en https://elpais.com/economia/2015/07/08/actualidad/1436364793_777628.html (fecha de consulta 10.03.2020).
- STIGLITZ, Joseph E. “The secret corporate takeover”, *Project Syndicate*, mayo de 2015. Disponible en <https://www.project-syndicate.org/commentary/us-secret-corporate-takeover-by-joseph-e--stiglitz-2015-05?barrier=accesspaylog> (fecha de consulta 27.01.2020).
- TIENHAARA, Kyla. Sumisión 86, 11 de abril 2014. Disponible en https://www.aph.gov.au/Parliamentary_Business/Committees/Senate/Foreign_Affairs_Defence_and_Trade/Trade_and_Foreign_Investment_Protecting_th

[e_Public_Interest_Bill_2014/Submissions?main_0_content_1_RadGrid1ChangePage=9](#) (fecha de consulta 17.05.2020).