



UNIVERSIDAD DE CHILE

INSTITUTO DE ESTUDIOS INTERNACIONALES

EL MECANISMO DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS
INVERSIONISTA - ESTADO EN LA NUEVA GENERACIÓN DE
TRATADOS. LOS CASOS DE CPTPP, USCMA Y CETA

Estudio de caso para optar al título de
Magíster en Estrategia Internacional y
Política Comercial

VESSELINA VATEVA

Profesor guía: Rodrigo Polanco

Santiago de Chile, 2019

Agradecimientos

A Ariel López por empujarme a volver a estudiar e insistir en ello.

A Temir Porras Ponceleón, mi maestro en aspirar a la excelencia, que ostenta simultáneamente los cargos de mejor jefe, peor jefe y, sin embargo, amigo.

A Macarena Espinoza, mi partner incansable en esta aventura y en las que vengan.

A Karla Sequeira, amiga mía y amiga de Mara.

A José Miguel Ahumada y Hassan Akram, por sus aportes iniciales.

A Astrid Espaliat, quien al darme mi primer 7 en el magister, me dio alas.

A Rodrigo Polanco, por su paciencia y comentarios reveladores.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	4
-------------------	---

CAPÍTULO I

EL MECANISMO DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS INVERSIONISTA-ESTADO.....

1.1. Los tratados internacionales sobre inversión.....	9
1.1.1. Contexto histórico.....	9
1.1.2. Características fundamentales: objetivos, bienes jurídicos protegidos, cláusulas sustantivas.....	11
1.1.3. Estado del arte de la discusión acerca de los tratados internacionales sobre inversión.....	12
1.2. El arbitraje Inversionista – Estado.....	14
1.2.1. Contexto histórico.....	14
1.3. Estado del arte de la discusión acerca del mecanismo de solución de controversias Inversionista – Estado.....	15
1.4. Estrategias de reforma.....	19
1.4.1. Estrategias de reforma multilateral del arbitraje Inversionista – Estado.....	20
1.4.2. Estrategias de reforma bilateral/plurilateral del arbitraje Inversionista – Estado.....	24
1.4.3. Estrategias unilaterales de solución de controversias Inversionista – Estado.....	26

CAPÍTULO II

EL MECANISMO DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS INVERSIONISTA ESTADO EN TRES TRATADOS DE NUEVA GENERACIÓN: CPTPP, UMSCA Y CETA.....

2.1. La Matriz comparativa.....	31
2.2. El mecanismo de solución de controversias Inversionista - Estado en el Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico (CPTPP).....	36

2.2.1. Enfoque de reforma.....	36
2.2.2. Disposiciones sustantivas.....	41
2.2.3. Temas transversales.....	42
2.3. El mecanismo de solución de controversias Inversionista – Estado en el Acuerdo Estados Unidos, México, Canadá (USMCA).....	43
2.3.1. Enfoque de reforma.....	43
2.3.2. Disposiciones sustantivas.....	48
2.3.3. Temas transversales.....	49
2.4. El mecanismo de solución de controversias Inversionista – Estado en el Acuerdo Integral sobre Economía y Comercio (CETA).....	50
2.4.1. Enfoque de reforma.....	50
2.4.2. Disposiciones sustantivas.....	55
2.4.3. Temas transversales.....	57
 CAPÍTULO III	
ANÁLISIS DE RESULTADOS: REVELANDO LO RELEVANTE.....	60
3.1. Elementos comunes, elementos divergentes.....	60
3.1.1. Disposiciones sustantivas.....	60
3.1.2. Enfoque de reforma: mecanismo de solución de controversias.....	67
3.2. El mecanismo de solución de controversias, el desarrollo sostenible y los derechos humanos.....	77
 CONCLUSIONES.....	83
 BIBLIOGRAFÍA.....	89

INTRODUCCIÓN

Desde que en la última década del siglo XX se produjera el boom de la suscripción de Tratados Bilaterales de Inversión (BIT) y Tratados de Libre Comercio con Capítulos de Inversión (TIPs), en adelante “Acuerdos Internacionales de Inversión (Alls)”, un aumento vertiginoso en el uso del mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado, en su forma de arbitraje inversionista-Estado, ha acompañado a esta evolución cuantitativa del régimen de inversión internacional.

Solo en 2018 se firmaron cuarenta (40) Acuerdos Internacionales de Inversión, llegando así a julio del año 2019, con un total de 2.659 Alls vigentes, de los cuales 2.346 son BITs y 313, TIPs¹. Esta red de Acuerdos Internacionales de Inversión ha propiciado a novecientos cuarenta y dos (942) casos conocidos de disputas arbitrales entre inversionista y Estado, siendo no menos de cincuenta (50) las decisiones sustantivas emitidas durante 2018, de las cuales veinte y nueve (29) son públicas. Profundizando aún más en el detalle, el setenta por ciento de las decisiones arbitrales conocidas en 2018 favorecen al inversionista (UNCTAD, 2019^a, pp. 99-104.).

La fotografía a julio de 2019 del mapa de una nutrida y entrelazada red mundial de Acuerdos Internacionales de Inversión, se complementa con el siguiente dato que nos revela el Informe de Inversión Mundial 2019: un setenta y cinco por ciento de los Alls concluidos durante el último año presentan al menos un elemento de reforma del mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado, y un tercio presentan cuatro o más, según la clasificación ofrecida por la Hoja de Ruta para la Reforma de los Tratados Internacionales de Inversión (UNCTAD, 2015), cuya última sistematización se hizo en el Paquete de Reformas para el Régimen Internacional de Inversión de la UNCTAD (2018a).

En paralelo, al menos veinte y nueve de estos acuerdos, implementan modificaciones de otros elementos, veinte de los cuales incluyen nueve o más componentes, como las

¹ IIA Navigator. Consultado el 03 de julio de 2019 en: <https://investmentpolicyhubold.unctad.org/IIA>

disposiciones de contenido sustantivo, que tienen incidencia directa sobre el mecanismo de solución de controversias y su reforma (UNCTAD, 2019a, pp. 104-109).

¿Qué nos dice esta fotografía? En primer lugar, nos dice que, acompañando a la evolución cuantitativa y debido a esta, hay otra dimensión cualitativa que implica que efectivamente, existe una agenda reformadora del régimen internacional de inversión a todos los niveles -multi, pluri, bi y unilateral- que abarca múltiples componentes, destacando de forma individualizada el del mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado, cuya manifestación dominante es el arbitraje inversionista-Estado. Es un hecho que, tras treinta años de experiencia acumulada procedente de los arbitrajes de inversión, las voces surgidas desde el ámbito académico, político y social, advirtiendo de sus serios problemas de control democrático, sometimiento al estado de derecho o inconsistencia en general, han encontrado un eco, hoy, mayoritario (más no único) en los diferentes actores involucrados en la modelación del régimen.

Es un hecho, también, que en los últimos cuatro años han sido concluidos una serie de tratados de esta nueva generación, liderados por los países desarrollados o conjunto de estos, que representan una gran porción del flujo emisor de inversión y que, por lo mismo, han sido los grandes modeladores del régimen internacional de inversión. Su presencia y/o liderazgo en cualquier All convierte a este necesariamente en potencial fijador de estándar en materia de inversión.

Este es el contexto en el que nos situamos para preguntarnos ¿en qué medida y cómo reflejan los tratados Asociación Transpacífica Integral y Progresista (CPTPP), Tratado entre Estados Unidos, México y Canadá (USMCA) y el Acuerdo Económico Comercial Global (CETA) la actual agenda reformadora centrada en el mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado?

Nuestra intuición informada nos ofrece la siguiente hipótesis de trabajo:

Lo hacen a intensidades desiguales, optando cada uno por un diseño institucional propio.

Para afirmar o refutar la hipótesis, marcamos una serie de objetivos, a través de los cuales se estructurará el estudio. De esta forma, el objetivo principal de este trabajo será identificar y explicar la forma o en su caso, las formas, en que los tratados CPTPP, USMCA y CETA incorporan elementos de la agenda de reforma en la regulación del mecanismo de solución de controversias, si es que lo hacen.

En el camino hacia la realización del primer objetivo, nos ayudaremos mediante el cumplimiento de hitos específicos a modo de objetivos especiales. Así, contextualizaremos los tratados en estudio, evidenciando su evolución histórica, las principales líneas de crítica recogidas en la literatura respecto al mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado en su forma dominante, el arbitraje de inversión, en el marco de un debate general en torno al actual régimen internacional de inversión, que recoge las estrategias multinivel de reforma.

También, analizaremos los elementos más relevantes para caracterizar a los mecanismos de solución de controversias e identificar aquellos que responden a esfuerzos de reforma, y consecuentemente, clasificarlos, a través de un ejercicio comparativo a partir de la construcción de una matriz.

Por último, efectuaremos un examen crítico de los resultados obtenidos de la observación de la matriz, relevando aquellos elementos que son comunes y aquellos otros que son divergentes, incluyendo las implicaciones de una relación de tensión entre el régimen de inversión y elementos transversales como el desarrollo sostenible y los derechos humanos.

Anticipamos desde ahora, que nuestro estudio de caso va a ver confirmada la hipótesis inicial, encontrando que, aun compartiendo un gran número considerable de semejanzas, los tres tratados desarrollan estrategias diferentes en la modernización de sus mecanismos de solución de controversias inversionista-Estado, para acomodar una agenda reformadora, lo que determinará no solo el alcance de esta, sino también la intensidad diferenciada de los cambios implementados.

Este es un estudio con intenciones de visión sistémica, aunque no agote de ninguna forma ni todos los componentes, ni todas las problemáticas del régimen internacional de inversión. Compartimos en esto el criterio del Grupo de Trabajo III de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (United Nations Commission on International Trade Law, UNCITRAL) sobre la necesidad de incorporar al análisis y subsiguientes propuestas de soluciones, los estándares sustantivos, aun cuando su mandato se centra en materia procesal. Secundamos también el enfoque holístico formulado desde la Conferencia de Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (United Nations Conference on Trade and Development, UNCTAD), que propone sincronizar los esfuerzos de reforma del mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado, con las reformas de las disposiciones sustantivas, ambos informados por los objetivos de reorientación del régimen internacional de inversión hacia el desarrollo sostenible. Por ello, nuestra metodología también va a tener un sesgo sistémico, involucrando en el análisis tanto aspectos estrictamente relacionados con el mecanismo de solución de controversias, como elementos que inciden directamente en la configuración de este, como lo son los contenidos sustantivos y la influencia de un nuevo, llamémosle, paradigma histórico, del desarrollo sostenible.

CAPÍTULO I

EL MECANISMO DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS INVERSIONISTA ESTADO

CAPÍTULO I

EL MECANISMO DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS INVERSIONISTA ESTADO

1.1. Los Acuerdos Internacionales de Inversión

1.1.1. Contexto histórico

Sin el propósito de ignorar la evolución histórica del derecho internacional de inversión de los últimos dos siglos, señalaremos que el origen de los Acuerdos Internacionales de Inversión contemporáneos, incluyendo en esta categoría tanto los Tratados Bilaterales de Inversión (Bilateral Investment Treaties – BITs por sus siglas en inglés), como los Acuerdos Comerciales Bi o Plurilaterales con capítulos de inversión (Treaties with Investent Provisions – TIPs por sus siglas en inglés -en adelante “Acuerdos Internacionales de Inversión (IIAs)” - puede tomar como punto de referencia los veintidós (22) tratados de amistad, comercio y navegación (Friendship Commerce and Navigation Agreements – FCN por sus siglas en inglés), que firmara Estados Unidos de América a partir de 1946, en un contexto histórico post Segunda Guerra Mundial. Existiendo tal formato desde 1778, con un contenido extenso, fue redefinido en un marco de relaciones económicas más amplias, como un instrumento tipo de acuerdo de inversión.

Como explica Vandeveld (2018), los FCN revelan la visión de derecho económico internacional que dio a luz el concepto de tratado de inversión y el alcance originario de las disposiciones fundamentales que aparecerán en la mayoría de los tratados internacionales sobre inversión, expresados a partir de una política de inversión extranjera centrada tanto en la protección, como en la regulación del flujo de capitales, en línea con las regulaciones que había creado Estados Unidos con la aplicación de las políticas económicas del New Deal. Lejos de instituir un sistema de ordenamiento privado de protección de derechos, más bien, apuntaban a una relación de equilibrio entre la protección de la inversión y la discreción regulatoria, en un mundo en reconstrucción y con metas ambiciosas de desarrollo.

Sin embargo, el antecedente más literal e inmediato de los AII's modernos, es constituido por el Tratado Bilateral de Inversión firmado entre Alemania y Pakistán en 1959, de cuya existencia se cumplen 60 años. Surge en un período marcado por los procesos de descolonización y los consecuentes temores de los inversionistas -muchas veces nacionales del poder colonial- ante la creación de legislaciones nuevas, en consonancia con el ascenso de los jóvenes estados en búsqueda de la independencia tanto política como económica (García, Ciko, Gaurav, Hough, 2015).

Siguiendo el ejemplo de Alemania, otros países europeos procedieron a la firma de BITs. Esta primera generación de tratados bilaterales de inversión europeos, protagonizados por Francia, Italia, Países Bajos, la Unión Económica de Bélgica y Luxemburgo, entre otros, y los FCN estadounidenses, ya contenían disposiciones sustantivas que encontraremos más adelante, esenciales para el reequilibrio inicialmente pretendido en una relación asimétrica Estado - Inversionista, de un régimen de protección de la inversión, que hasta ese momento inclinaba la balanza hacia el Estado receptor frente al inversionista, débilmente protegido bajo normas de derecho internacional consuetudinario. Así, estándares como el trato justo y equitativo, la prohibición de medidas discriminatorias o no razonables, la protección frente a la expropiación directa o indirecta y las obligaciones de trato nacional y trato de nación más favorecida, fueron tomando posición, convirtiéndose con el tiempo en las cláusulas sustantivas que dibujarán el derecho internacional de inversión como lo conocemos hoy.

No sería sino hasta fines de los años 80 del siglo XX, cuando se produciría un espectacular aumento de los tratados bilaterales de inversión, secuenciado con la emergencia del Consenso de Washington. El inicial rechazo de los países en desarrollo de adoptar los BITs fue sustituido por una masiva adhesión al modelo BIT entre países exportadores de capital -hasta hace poco los Estados occidentales desarrollados- y los Estados importadores de capital -los países en desarrollo- que abrían sus mercados a la inversión extranjera bajo la influencia de las instituciones de Bretton Woods y tras décadas de éxito desigual de políticas de industrialización por sustitución de importaciones. Aquellas, creadas inicialmente con el objetivo de establecer un marco

multilateral más equilibrado para el desarrollo económico de un mundo cada vez más interdependiente y globalizado en una especie de “New Deal en economía internacional”, basado en el principio fundamental de que “la prosperidad, como la paz, es indivisible”, como lo expresara el Secretario del Tesoro estadounidense en 1944, Henry Morgenthau (Gallagher, Kozul-Wright, 2019), terminaron empujando a los principios de multilateralidad a una lenta espiral erosiva a favor de una red de soluciones bilaterales.

Sin embargo, según el *Informe sobre las Inversiones en el Mundo 2018. La inversión y las nuevas políticas industriales* de la UNCTAD (UNCTAD, 2018b, p.xiii) en 2017 el número de nuevos Acuerdos Internacionales de Inversión suscritos fue el más bajo desde 1983, observando por primera vez un número de denuncias efectivas de AIs, superior al número de nuevos tratados, lo que, junto con una tendencia modernizadora y reformadora, marca un importante hito en la evolución del régimen internacional de inversión.

1.1.2. Características fundamentales

Si bien cada tratado tiene sus características propias, existen elementos comunes- sustantivos y procesales- que perfilan el modelo vigente desde mediados del siglo XX. Contienen definiciones conceptuales, delimitaciones de derechos sustantivos y un preámbulo que proporciona criterios interpretativos para estos.

Así como su objetivo general declarado es la protección de la inversión, a través de la creación de un entorno seguro para el inversionista extranjero, otros objetivos asumidos son la promoción de flujos de inversión, la despolitización de las disputas entre inversionista y Estado, la promoción del estado de derecho y el aseguramiento de compensaciones al inversionista en caso de ver lesionados sus derechos como tal (Johnson, Skartvedt, Coleman, 2017). Es a través de los componentes sustantivos y procesales cómo se otorga esa protección de los intereses del inversionista.

Las disposiciones sustantivas que se erigen como pilar del sistema son: (1) trato justo y equitativo, que establece un estándar mínimo de trato; (2) trato de nación más favorecida; (3) trato nacional; (4) protección y seguridad contra expropiaciones tanto directas como indirectas y medidas arbitrarias, discriminatorias o no razonables de los Estados. Como veremos más adelante, al tratar en detalle el mecanismo de solución de controversias en el marco de una inversión extranjera son, efectivamente -junto con las cláusulas paraguas que permiten una acción del inversionista en caso de demandas contractuales- las cláusulas invocadas con mayor frecuencia por los inversionistas a la hora de hacer valer sus derechos frente a una posible violación de estos por parte de los Estados (UNCTAD, 2017, p.6).

1.1.3. Estado del arte de la discusión acerca de los Acuerdos Internacionales sobre Inversión

Transcurridos más de 30 años de evolución del régimen internacional de inversión, las opiniones acerca de su idoneidad para cumplir su propósito inicial están divididas. Una corriente muy importante dentro de la literatura especializada considera que la asimetría original que se trataba de corregir a través de la red de tratados bilaterales parece haberse invertido, con el resultado de un sobre empoderamiento de los inversionistas extranjeros en desmedro de los Estados y su potestad reguladora. Ello, evidenciado por los igualmente numerosos casos de disputas en materia de inversión -en la misma línea expansiva como los AIs, que instauran su resolución a través de arbitrajes de inversión- en los que se enfrentan los intereses protegidos de los inversionistas y los también legítimos intereses de los Estados, muchas veces concretados en actos que tienen que ver con la garantía del interés público. He ahí el núcleo problemático del debate actual acerca del sistema internacional de protección de las inversiones, construido a partir de la red de tratados bilaterales de inversión y tratados de libre comercio que incluyen la disciplina de inversión.

Queremos relevar aquí esta postura, plasmada por García, Ciko, Gaurav y Hough (2015), entre otros, quienes sostienen que el derecho de inversión actual mide y reconoce

efectiva y consistentemente los intereses sociales de los países receptores, así como los derechos humanos afectados y otros valores sociales implicados en muchas de las disputas relacionadas a la inversión.

Otros autores (García, 2016, p.1) amplían la discusión, señalando a los BITs como instrumentos de gobernanza económica, necesariamente sujetos a principios de justicia procedimental y distributiva, como sistema que asigna recursos sociales, que no puede ser visto desde la sola perspectiva del capital. Por ello, se revela como un sistema jurídico deficiente, dado que aspectos estructurales y normativos de los BITs (foco asimétrico en los derechos de los inversionistas y la forma en que estos son interpretados) afectan derechos políticos de otros interesados. Los efectos de asignación del derecho de inversión someten la disciplina a principios de justicia, siendo, según el autor, al menos tres las formas de asignación: (1) distribución de derechos, privilegios y obligaciones entre los inversionistas y los Estados receptores; (2) impacto en la asignación de derechos, privilegios y obligaciones entre un rango de interesados dentro de los Estados receptores (gobierno, capitales nacionales, capitales extranjeros, productores, consumidores y ciudadanos); (3) influencia sobre la distribución global de capital de inversión como un recurso socialmente producido.

Sauvant (2019) por su lado, se centra en los objetivos del régimen internacional de inversión, elevando a desafíos por atender tanto la necesidad de alinear expresamente aquellos con el desarrollo sostenible, en vista de los universalmente aceptados y promovidos Objetivos de Desarrollo Sostenible, como la urgencia de intervenir las disposiciones sustantivas en un ejercicio de reequilibrio, asignando tanto derechos como responsabilidades vinculantes a los inversionistas, tales como cláusulas de responsabilidad social corporativa o reconocimiento explícito del derecho a regular de los países receptores.

Bajo la premisa de la efectiva existencia de una crisis de legitimidad del derecho internacional de inversión, otros acercamientos apuntan a criterios interpretativos para dotar de más legitimidad a la normativa internacional sobre inversión. Un enfoque en este

sentido es el del “desafío de derecho público” o la expansión de la perspectiva de derecho público al derecho internacional de inversión, como propone Schill (2006). En este sentido, los estándares contenidos en los Acuerdos Internacionales de Inversión deben ser entendidos como estándares de derecho público que pueden ser concretizados mediante métodos jurídicos comparativos, coadyuvados por el uso del análisis de proporcionalidad para equilibrar los derechos de los inversionistas y los intereses regulatorios de los estados y relacionar los conceptos de derecho de inversión a principios de derecho público.

1.2. El arbitraje inversionista - Estado

1.2.1. Contexto histórico

En paralelo al *boom* de los BITs a finales del siglo XX, se posicionó como mecanismo procedimental predilecto de protección de los intereses de los inversionistas extranjeros en una controversia con el Estado receptor, el arbitraje inversionista - Estado o arbitraje de inversión, que venía a sustituir los sistemas basados en la protección diplomática y más tarde en la jurisdicción del Estado receptor, bajo el influjo de la Doctrina Calvo (principio de territorialidad), especialmente en América Latina. Con el objetivo de evitar la politización inherente al primero y garantizar la neutralidad, la imparcialidad y la eficiencia estructural, cuya falta se sospechaba en el segundo, el arbitraje inversionista - Estado proponía un foro neutral y de carácter voluntario en el cual equilibrar la relación entre el inversionista extranjero y el Estado receptor de la inversión (Caballero, 2016).

Emerge así, en el marco de la institucionalidad de Bretton Woods, el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) creado a partir del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Países, también conocido como Convenio de Washington, en vigor desde 1966. Esta institución, que materializa la protección procesal, junto con los estándares sustantivos mencionados *supra*, formarán la médula espinal del régimen internacional de inversión, centrado en la protección y promoción recíproca de las inversiones. Son completados

por el Mecanismo Complementario del CIADI, la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL por sus siglas en inglés) y el Acuerdo Multilateral de Garantía de las Inversiones (MIGA por sus siglas en inglés).

La red de AII, que a julio del año 2019 ascendía a 2.659² (2.346 BITs y 313 TIPs) en vigor³ construyó una arquitectura de protección de la inversión, a través del arbitraje inversionista - Estado, cuyo resultado es un muy elevado número de demandas de solución de controversias entre inversionistas extranjeros y Estados receptores, computando a julio del año 2019 un total de 942⁵ casos conocidos, de los que aproximadamente el 60%⁷ había sido ganado por los inversionistas de los casos que efectivamente contaban con una decisión sobre el fondo de la cuestión (UNCTAD, 2019b).

1.3. Estado del arte de la discusión acerca del mecanismo de solución de controversias inversionista - Estado

Habiendo sido su propósito original despojar a las controversias relativas a inversiones del elemento político que las caracterizaba, sustrayéndolas del ámbito nacional, donde presumiblemente el Estado receptor contaría con una ventaja ante los reclamos del inversionista, basados en actos soberanos de aquél, el arbitraje de inversión proporcionaría al inversionista extranjero, a priori, garantías de imparcialidad e independencia, al estructurar un proceso en sede neutral, que permitiría equilibrar además, el desequilibrio de poder entre ambos. Esta premisa, cierta en su inicio, se ha ido desvirtuando a la luz de las observaciones de la operación real acumulada del mecanismo y ha traído, como se afirma en el Informe Mundial de Inversión 2013 de la UNCTAD, preocupaciones sobre deficiencias sistémicas del régimen y que desembocan

² International Investment Agreements Navigator. Investment Policy Hub. UNCTAD. 09 de mayo de 2019.

³ A 03 de julio de 2019 existían 2.932 BITs y 387 TIPs con disposiciones sustantivas de inversión firmados (Total de 3.319).

⁵ International Investment Agreements Navigator. Investment Policy Hub. UNCTAD. 09 de mayo de 2019.

⁷ Informe sobre las Inversiones en el Mundo 2018. La inversión y las nuevas políticas industriales. UNCTAD.

en una crisis de legitimidad del mecanismo de solución de controversias Inversionista-Estado ad hoc⁹.

En ese contexto, en la base de la discusión en foro académico y político y, tras 60 años de evidencia empírica obtenida a partir del real funcionamiento del mecanismo, se encuentra la aparición de riesgos financieros y legales para los Estados que, originariamente no se pudieron prever en el momento de suscribir los acuerdos y que se dan en circunstancias que van más allá de las infracciones claras de derechos de propiedad (UNCTAD, 2018a).

Se generan así, efectos de aplicación asimétrica, que no solo no equilibran la balanza entre los dos actores, sino que terminan inclinándola a favor del inversionista. Este, tiene la capacidad para recurrir actos y regulaciones de los Estados receptores que tengan el potencial de afectar derechos o expectativas. Pero además, son otros actores privados, como los árbitros, los que pueden revisar virtualmente cualquier conducta gubernamental que afecte la inversión extranjera (Van Harten, 2007). Ello tiene consecuencias tanto en el ámbito jurídico como en el ámbito político, en tanto establece un sistema que Van Harten califica de defectuoso y en conflicto con los principios de responsabilidad judicial, apertura, coherencia e independencia.

En su carta abierta¹⁰ dirigida al Grupo de Trabajo III de la UNCITRAL el 13 de febrero de 2019, un grupo importante de sesentaicinco (65) juristas destacados, expertos en derecho de inversión y académicos de otras disciplinas, refiere a la estructura asimétrica del arbitraje inversionista-Estado, como fundamento de los defectos del sistema, destacando, por un lado que el interés público de los Estados y de las comunidades, potencialmente afectado por las inversiones, permanece subordinado a los intereses privados de los inversionistas y que; por otro, los inversionistas no están sujetos a

⁹ UNCTAD. (2013). World Investment Report 2013: Global Value Chains: Investment and Trade for Development. P.112. Geneva: United Nations Publications.

https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2013_en.pdf

¹⁰ <https://documentcloud.adobe.com/link/track?uri=urn:aaid:scds:US:f165cc95-6957-4e12-a042-9ec43387725e>

responsabilidad alguna bajo derecho internacional por conductas de mala fe o demandas frívolas.

El debate generado en torno al arbitraje inversionista-Estado, ha sido sistematizado por la UNCTAD en diferentes instrumentos, cristalizando en el Paquete de Reforma del Régimen de Inversiones Internacional de 2018¹¹, el cual, utilizaremos como base para exponer las principales críticas al mecanismo y que se resume en los siguientes puntos:

- El mecanismo crea condiciones de competitividad desiguales, al discriminar entre inversionista extranjero e inversionista nacional, a favor del primero, garantizándole más derechos.
- Puede generar un “enfriamiento regulatorio” al exponer al Estado receptor a importantes riesgos legales y financieros, sin que necesariamente conlleve ningún beneficio adicional en términos de flujos de Inversión Extranjera Directa.
- Adolece de suficiente legitimidad, al haber sido modelado con base en el arbitraje comercial privado y carecer de transparencia; generar inquietudes respecto de la independencia y la imparcialidad de los árbitros; su falta de diversidad; la constitución de los tribunales y la falta de idoneidad, efectividad y transparencia de los mecanismos de divulgación de las decisiones.
- No asegura consistencia y coherencia entre decisiones adoptadas por diferentes tribunales arbitrales sobre temas idénticos o similares. Genera así una falta de previsibilidad y corrección de las decisiones arbitrales.
- No tiene una segunda instancia de decisión, es decir, no permite corregir decisiones erróneas.
- Crea incentivos para el fenómeno de “planificación de nacionalidad” por parte de inversionistas de terceros países o del país receptor para acceder al arbitraje de inversión.

¹¹ UNCTAD. (2018c). UNCTADs Reform Package for the International Investment Regime. P.48. Geneva: United Nations Publications.

https://investmentpolicyhubold.unctad.org/Upload/Documents/UNCTAD_Reform_Package_2018.pdf

- Representa un costo económico muy elevado para las partes, con problemas asociados a la duración de los casos y la asignación de costos.
- Existe el financiamiento por terceras partes, generador de cuestionamientos relacionados con la transparencia.

Naturalmente, existen diversos contraargumentos a estos puntos en la literatura.

Así, Schill (2017) atribuye al arbitraje de inversión la función de compensar posibles limitaciones del derecho nacional, otros instrumentos de derecho internacional y de los contratos, en lo que se refiere al acceso a la justicia de los inversionistas extranjeros, como requerimiento del concepto del imperio de la ley.¹²

El fenómeno de enfriamiento regulatorio, por su parte, ha sido objeto de estudios variados, de los que se pueden abstraer argumentos entre los que destaca el hecho de que la inmensa mayoría de impugnaciones regulatorias provienen de actos de naturaleza administrativa y no de actos legislativos, tildando por tanto, de exagerado el impacto del arbitraje de inversión en la conducta de inhibición de los Estados, pudiendo verse más bien como un control adicional sobre conductas indebidas del poder ejecutivo (Tietje & Baetens, 2014).¹³

En el marco del Grupo de Trabajo III de UNCITRAL podemos encontrar referencias más balanceadas en relación a la coherencia y consistencia de las decisiones arbitrales. Por ejemplo, el representante de Estados Unidos plantea que estas son dos características que no son deseables necesariamente, dado que las reglas de interpretación requieren una mirada más amplia al contexto, considerando las interacciones entre disposiciones, el contenido de los preámbulos, entre otros. Afirma que las diferencias de interpretación

¹² Schill, S. (2017). In defense of International Investment Law. Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper No. 2017-10, p. 9. Amsterdam: Amsterdam Center for International Law. Consultado el 02 de julio de 2019, disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2922520

¹³ Tietje, C & Baetens, F. (2014). The Impact of Investor-State-Dispute Settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership, p. 46. Ministry of Foreign Affairs of the Netherlands. Consultado el 01 de julio de 2019, disponible en: <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2014/06/24/the-impact-of-investor-state-dispute-settlement-isds-in-the-ttip>

son temas inherentes a la litigación y no necesariamente apuntan a un problema sistémico.¹⁴

Respecto al financiamiento por terceros, las voces partidarias de esta práctica la ven como la oportunidad que tienen pequeños inversionistas, que no tienen los recursos necesarios para mantener un proceso de arbitraje, de interponer demandas que de otra forma no podrían hacer (Xin & Hough, 2019)¹⁵.

Brower y Blanchard (2014) afirman que el arbitraje de inversión transparente no solo la resolución de la controversia, sino también las acciones de los inversionistas extranjeros y de los Estados receptores. Además, afirman la publicidad es aportada por el mismo CIADI, que transparenta al menos extractos de las decisiones o de los laudos, de forma que se accede más rápido al conocimiento de las violaciones cometidos tanto por inversionistas como por los Estados.¹⁶

1.4. Estrategias de reforma

Visto el panorama de amplio cuestionamiento al modelo de mecanismo de solución de controversias Inversionista-Estado ad hoc, las estrategias de reforma se plantean desde diversas aristas.

Por un lado, desde la perspectiva del alcance de la reforma, podemos encontrar tres (03) niveles de intervención, que se enumeran a continuación en orden ascendente:

¹⁴ Roberts, A. & Bouraoui, Z. (2018). UNCITRAL and ISDS Reforms: Concerns about Consistency, Predictability and Correctness. EJIL Talk. Consultado el 03 de julio de 2019, disponible en: <https://www.ejiltalk.org/uncitral-and-isds-reforms-concerns-about-consistency-predictability-and-correctness/>

¹⁵ Xin, S. & Hough, K. (2019). Researching Third-Party Funding in Investor-State Dispute Settlement. Consultado el 03 de julio de 2019, en: https://www.nyulawglobal.org/globalex/Third-Party_Funding_Investor-State_Dispute_Settlement.html#_1_Introduction

¹⁶ Brower, C.N. & Blanchard, S. (2014). What's in a Meme? The Truth about Investor-State Arbitration: Why It Need Not, and Must Not, Be Repossessed by States. Colum. J. Transnat'l L. 52 (2014): 689–896. Pp. 716-719. Consultado el 03 de julio de 2019, disponible en: http://blogs2.law.columbia.edu/jtl/wp-content/uploads/sites/4/2014/10/52ColumJTransnatlL689_Whats-in-a-Meme.pdf

- Modificación del mecanismo existente mediante distintos enfoques: mejora procedimental, limitación de acceso, creación de filtros como el agotamiento de vías nacionales, entre otros.
- Introducción de elementos nuevos a los mecanismos ya existentes.
- Reemplazo del mecanismo existente por otras vías de solución, como un tribunal de inversión permanente, una solución Estado-Estado o un regreso a la jurisdicción nacional.

El ejercicio de reforma también se piensa desde los actores, pudiendo ser así desde los ámbitos multilateral, bi y plurilateral y unilateral.

1.4.1 Estrategias de reforma multilateral del arbitraje Inversionista - Estado

Para poner un punto de anclaje, estableceremos el Informe Mundial de Inversión de la UNCTAD 2013 como punto de partida de un esfuerzo sistemático a nivel multilateral para abordar ciertas inquietudes relativas al mecanismo de solución de controversias, que se habían ido extendiendo desde hacía algunos años, tanto desde la literatura especializada, como desde el seno de diferentes foros formales e informales de la UNCTAD¹⁷, así como de la OECD¹⁸. En el Informe Mundial de Inversión de 2015 se plasmaron las propuestas de la UNCTAD de alternativas de reforma del mecanismo, para ser incluidas en la Hoja de Ruta para la Reforma de los Tratados Internacionales de Inversión de 2015 y sistematizadas en consecuencia en el Paquete de Reformas del Régimen de Inversión Internacional, publicado tres (03) años más tarde en 2018.

Se resumen, básicamente, en las tres (03) líneas de intervención anunciadas *supra*.

Otro acercamiento multilateral a la problemática del arbitraje inversionista-Estado, es la Convención de Naciones Unidas sobre Transparencia en los Arbitrajes Inversionista-Estado basados en Tratados, en adelante, Convención de Mauricio, adoptada en 2014, en vigor desde el 18 de octubre de 2017, firmada por veintitrés (23) países, ratificada por

¹⁷ Discusiones informales de expertos auspiciadas por la UNCTAD durante 2010 y 2011, reuniones de la Comisión de Inversión y expertos, Foro Mundial de Inversión, entre otros.

¹⁸ Mesas redondas de libertad de inversión.

cinco (05) a mayo de 2019¹⁹. Representa un enfoque parcial centrado en los problemas de transparencia de los arbitrajes de inversión, hayan sido llevado a cabo, o no, bajo la cobertura del procedimiento de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (United Nations Commission for International Trade Law, UNCITRAL), en adelante, UNCITRAL. Es un instrumento aplicable a los procesos arbitrales iniciados con base en los tratados firmados por sus signatarios con anterioridad al 1° de abril de 2014, que crea, además, un Registro de Transparencia con objetivos de publicidad e información de los casos fundamentados en tratados.

La misma UNCITRAL, en julio de 2017, situó entre sus prioridades la reforma del mecanismo de solución de controversias Inversionista-Estado, entregando el mandato a su Grupo de Trabajo III para trabajar, con representación de alto nivel, en todas las aristas de una posible reforma mediante un proceso de tres (03) fases²⁰:

Primera. – recopilar, identificar y sopesar los principales temas de preocupación;
Segunda. – evaluar la necesidad y/o conveniencia de una reforma del mecanismo de solución de controversias Inversionista-Estado;
Tercera. – en caso de llegar a una conclusión afirmativa de la necesidad de reforma, desarrollar soluciones apropiadas y relevantes a ser propuestas a la consideración de la UNCITRAL.

Los hallazgos del Grupo de Trabajo III, coinciden en gran medida con los desafíos explicitados en el Informe Mundial de Inversión 2013 de la UNCTAD y se categorizan en: problemas de consistencia, coherencia, predictibilidad y corrección de las decisiones arbitrales; asuntos relacionados con la imparcialidad y la independencia de árbitros y

¹⁹ https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXII-3&chapter=22&clang=en

²⁰ Ver: UNCITRAL. (2017). Informe del Grupo de Trabajo III (Reforma del Sistema de Solución de Controversias entre Inversionistas y Estados) sobre la labor realizada en su 34° período de sesiones. Consultado el 03 de julio de 2019, disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V18/029/86/PDF/V1802986.pdf?OpenElement>

tomadores de decisiones; asuntos relacionados con los elevados costos y duración de los procesos arbitrales. (UNCTAD, 2019b)²¹.

Durante su última reunión, realizada a principios de abril de 2019, el Grupo de Trabajo III ratificó estas líneas centrales, acordando sin embargo que, independientemente del hecho de que su mandato se centra en aspectos procedimentales de la solución de controversias, habrán de tomarse en cuenta los más recientes desarrollos en materia de tratados que contengan la disciplina de inversión, incluidos los que afectan a los estándares sustantivos contenidos en aquellos, en la elaboración de propuestas de solución. (UNCITRAL, 2019). Esta nota resulta importante, por cuanto la exclusión sobreentendida de los aspectos sustantivos de la deliberación, significaba automáticamente la limitación en la consideración de las alternativas de soluciones que no se referían directamente a modificaciones procedimentales, como por ejemplo, soluciones en el ámbito Estado-Estado o jurisdicción nacional, y que sí forman parte de las propuestas más amplias realizadas por otros actores importantes involucrados en el debate: Estados, academia, juristas, organizaciones sociales y sindicatos, entre otros.

El punto amerita ser subrayado de nuevo en vista de que existe una amplia gama de modificaciones a los regímenes de inversión que están teniendo lugar durante los últimos años, algunas de las cuales responden precisamente a la necesidad de repensar el contenido sustantivo del sistema, antes de o en conjunto con el procedimental. En este sentido, sacamos a colación la antes mencionada carta abierta de sesentaicinco (65) académicos dirigida al Grupo III de Trabajo, en la que precisamente solicitan que sea incluido en sus consideraciones respecto a la reforma del mecanismo, el carácter asimétrico de este, así como los patrones identificados para la corrección de esta asimetría²². Esta, una clara invitación a empujar los límites de la discusión en el marco

²¹ Ver: Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS), Note by the Secretariat, A/CN.9/WG.III/WP.149, 5 September 2018; UNCITRAL, Report of the Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform) on the work of its thirty-sixth session (Vienna, 29 October – 2 November 2018), A/CN.9/964, 6 November 2018.

²² Ver An Open Letter to the Chair of UNCITRAL Working Group III and to All Participating States Concerning the Reform of the Investor State Dispute Settlement: Addressing the Asymmetry of ISDS. February 13th, 2019. <https://documentcloud.adobe.com/link/track?uri=urn:aaid:scds:US:f165cc95-6957-4e12-a042-9ec43387725e>

de UNCITRAL y consecuentemente, del alcance de sus propuestas de reforma del mecanismo de solución de controversias Inversionista-Estado, buscando un ejercicio de más concertación entre los diferentes actores multilaterales que están abordando el tema.

No obstante, es necesario señalar que, como foro multilateral que es, existen en su seno opiniones de diversos matices, enfoques variados, que se alinean en mayor o menor medida con las críticas más amplias al sistema de arbitraje de inversión. Podemos encontrar posturas relativamente cómodas con el modelo tradicional como Japón (lo cual trascenderá, por ejemplo, en las negociaciones en el marco del CPTPP), o el mismo Chile, y que tienen una perspectiva de más flexibilidad para tomar en cuenta las opiniones de una amplia variedad de actores en relación a la reforma del mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado.²³ Estados Unidos, Rusia o China, tienen una aproximación relativamente conservadora al respecto de las problemáticas del mecanismo de solución de controversias recopiladas en el seno del Grupo III de UNCITRAL.

Mientras, la Unión Europea, llama la atención sobre el origen de los cuestionamientos - que considera sistémicos- al sistema de arbitraje, que afirma, procede de la naturaleza ad hoc de los tribunales y de la falta de órganos de apelación.²⁴ Son los elementos que fundamentan la propuesta estratégica de la Comisión Europea, de una Corte Internacional de Inversión.

También el propio CIADI (ICSID, 2018) se ha visto obligado a emprender un camino de reforma y modernización -habiendo transcurrido 13 años desde que se produjera la última revisión de sus reglas-, en el cual abarca aspectos en los ámbitos de las regulaciones administrativas y financieras, las reglas institucionales, las reglas de

²³ Ver Propuesta Conjunta Chile-Japón-Israel a Grupo de Trabajo III de UNCITRAL. A/CN.9/WG.III/WP.163. Consultado el 14 de abril de 2019, disponible en: <https://undocs.org/en/A/CN.9/WG.III/WP.163>

²⁴ Ver UNCITRAL. (2018d). Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS) Submission from the European Union. A/CN.9/WG.III/WP.145. Consultado el 03 de julio de 2019, disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V17/088/32/PDF/V1708832.pdf?OpenElement>

arbitraje y conciliación, tanto bajo la Convención CIADI como el Mecanismo Complementario. Se centra en materias como el financiamiento procedente de terceros, la publicidad, la seguridad y previsibilidad de los costos, la garantía de imparcialidad e independencia de los árbitros a través de la descalificación de estos, el tiempo de toma de decisión y la publicación del laudo, así como una serie de procedimientos expeditos. Estas modificaciones, bajo la forma de enmiendas, tendrán que ser aprobados por los Estados miembro de CIADI antes de poder ser implementadas.

Por último, mencionaremos aquí la estrategia en sede multilateral de un grupo de países para la creación de un órgano multilateral en materia de solución de controversias de inversión. Se trata de la propuesta de la creación de una Corte Multilateral de Inversión que lideran la Unión Europea y Canadá, adelantada desde 2016 y que debiera ser materializada en la negociación de una Convención multilateral para su creación y establecimiento.

1.4.2. Estrategias de reforma bilateral/plurilateral del arbitraje Inversionista – Estado

Siguiendo una tendencia notoria (más no mayoritaria), en el transcurso de los últimos años, una serie de tratados bilaterales existentes han sido modernizados, sufriendo modificaciones diversos elementos, tanto procedimentales como sustantivos. En paralelo, los nuevos tratados firmados, han adoptado en origen nuevos regímenes de inversión, fruto del debate que se ha estado dando en materia de inversión en general y del mecanismo de solución de controversias, en particular. Representan así una nueva generación de tratados en los que los países, ya sea por una exposición directa a controversias o por enfrentar procesos de negociación con disciplinas de inversión, han ido introduciendo una serie de nuevos elementos en sus regímenes de inversión.

Los enfoques utilizados para ello han sido clasificados de diferentes formas. En este trabajo, tomaremos como referencia la clasificación realizada por la UNCTAD²⁵, que proporciona las siguientes categorías:

- I. Eliminación del mecanismo de solución de controversias Inversionista-Estado. Puede darse de dos formas: que no exista o que se tenga que considerar “caso a caso”.
- II. Creación de una Corte Permanente en reemplazo del arbitraje ad hoc, siendo designados sus miembros por un tiempo fijo.
- III. Mecanismo de solución de controversias Inversionista-Estado limitado por elementos como el agotamiento de la vía judicial nacional, la reducción del alcance de las materias a ser sometidas a arbitraje, o el establecimiento de plazos para someter un asunto a arbitraje.
- IV. Mejora de los procedimientos del mecanismo de solución de controversias Inversionista-Estado, es decir, la introducción de modificaciones al arbitraje, bajo la premisa de su conservación como solución de controversias, que se resumen en el fortalecimiento del rol del Estado para un mayor control de los procesos; apertura a terceros; fortalecimiento de idoneidad e imparcialidad de los árbitros; aumento de la eficiencia del mecanismo.
- V. Mecanismos de solución de controversias sin reformar.

Qué enfoque, en qué profundidad, con qué alcance es utilizado y cómo -solo o en combinación con otro-, dependerá en gran medida de quién es el que lo está utilizando,

²⁵ UNCTAD (2019b). Reforming Investment Dispute Settlement: A Stocktaking. IIAA Issues Note, March, 2019. Geneva: United Nations Publications.
https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcbinf2019d3_en.pdf

teniendo en cuenta que algunos países o actores tienen una agenda ya definida en materia de inversión y de mecanismo de solución de controversias.

Por ejemplo, la Unión Europea tiene como prioridad la creación de una Corte Internacional de Inversión con sede en Ginebra, incluyendo una segunda instancia. Brasil basa sus negociaciones en su modelo CIFA, que privilegia la solución Estado-Estado y la prevención de controversias. Existen además algunos enfoques asimétricos en el marco de tratados plurilaterales, en los que, dependiendo de la parte de que se trata, se asumen obligaciones diversificadas. Esta práctica “opt in/opto out” se manifiesta a través de los llamados “side letters”, firmados de forma bilateral para establecer relaciones particulares entre dos signatarios. Ejemplo de ello son los cinco (05) side letter firmados por Nueva Zelanda en el marco del Acuerdo Progresista e Integral de Asociación Transpacífico (Comprehensive Progressive Transpacific Partnership – CPTPP), en adelante CPTPP, o el Acuerdo Estados Unidos, Canadá, México (United States, México, Canada Agreement – USMCA) en adelante USMCA.

1.4.3. Estrategias unilaterales de solución de controversias Inversionista - Estado

Con independencia de las negociaciones a nivel bilateral o plurilateral, existen algunos enfoques particulares respecto del régimen de inversión internacional y la solución de controversias surgidas entre los inversionistas extranjeros y el Estado receptor que, por su alcance, implantación e implementación, deben ser relevados brevemente. Se trata en particular, de las políticas de inversión de Brasil, la India e Sudáfrica.

a) Los Acuerdos de Cooperación y Facilitación de Inversiones (ACFI) de Brasil

Brasil no es parte del Convenio CIADI, ni tiene obligaciones en virtud de ningún tratado bilateral de inversión. Aun habiendo firmado catorce (14) tratados en la década de los 90 del siglo pasado, ninguno fue ratificado por su Congreso Nacional, debido a consideraciones de restricciones a la soberanía del país en materia de derecho de regulación del Estado. Desarrolló así, un modelo propio, innovador, centrado en la

promoción y facilitación de la inversión, consensuado con todos los sectores nacionales involucrados en la materia. En el año 2012 presentó las bases de su modelo que marcará un alejamiento del derecho de inversión convencional (Bernasconi-Osterwalder, N. & Dietrich, M. 2015), y que orientarán las negociaciones de los primeros tratados bilaterales fundamentados en ese modelo.

Aunque no existe un modelo publicado, a partir de los tratados ya suscritos por Brasil, se pueden extraer los elementos diferenciadores más importantes, los cuales, siguiendo el estudio comparativo realizado por Bernasconi-Osterwalder y Dietrich, son:

- Prioriza la cooperación y la facilitación de la inversión, a partir de agendas temáticas de cooperación a ser desarrolladas por Comités Conjuntos y Puntos Focales de cada país.
- Implementa mecanismos de prevención de controversias y reducción de riesgos en materia de inversión a través de los Comités Conjuntos y Puntos Focales.
- Dispone de un mecanismo de solución de controversias Estado-Estado.
- Permite la confluencia del sector privado y organizaciones sociales en esquemas de cooperación.
- Incluye obligaciones de responsabilidad social corporativa

Siguiendo este modelo, desde 2015 -con la firma del primero con Mozambique- Brasil ha suscrito diez (10)²⁶ ACFI, incluido el tratado bilateral con Chile.

b) El Nuevo Modelo BIT de la India a partir de 2015

Tras haber enfrentado un número importante de demandas basadas en los tratados bilaterales que la India había firmado, en diciembre de 2015 India aprobó su Nuevo Modelo de Tratado de Inversión Bilateral, caracterizado por:

²⁶ IIA Navigator. Consultado el 03 de julio de 2019, disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/27/brazil>

- Requerimiento de agotar las vías jurisdiccionales nacionales antes de recurrir al arbitraje internacional.
- Aplica plazos para el sometimiento de un reclamo ante un tribunal arbitral internacional.
- Reduce el ámbito de aplicación del estándar de trato al inversionista, ya que no incluye el concepto de trato justo y equitativo.
- Excluye la cláusula de nación más favorecida – NMF.
- Establece obligaciones para el inversionista.

A partir de 2015, India comenzó un proceso de terminación y denuncia de los BITs preexistentes, siendo sesenta (60) los tratados que ya no están vigentes²⁷. Sin embargo, desde ese mismo año, se ha registrado la firma de solo un (01) tratado bilateral, con Belarús.²⁸

c) Sudáfrica y su Protection of Investment Act N° 22 (2015)

Existiendo el *Promotion and Protection of Investment Bill* desde 2013, tras el caso *Piero Foresti, Laura de Carli and Others vs The Republic of South Africa*, en el que se cuestionaban políticas de bandera del Estado sudafricano como el Empoderamiento Económico Negro (Black Economic Empowerment – BEE por sus siglas en inglés), el gobierno del país realizó una revisión de su régimen de inversión. Como consecuencia de este esfuerzo se aprobó la Ley de Protección de la Inversión o Protection of Investment Act, en la que se establecen claramente los derechos regulatorios del Estado en materia de:

- Promoción del desarrollo económico y protección del medio ambiente;
- Políticas dirigidas a la corrección de desigualdades e injusticias sociales y económicas y en ese sentido como objetivo último, la consecución paulatina de derechos socio económicos;

²⁷ UNCTAD (2019). Reforming Investment Dispute Settlement: A Stocktaking. IIAA Issues Note, March, 2019. Geneva: United Nations Publications.

https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcbinf2019d3_en.pdf

²⁸ IIA Navigator. Consultado el 03 de julio de 2019, disponible en:

<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/96/india>

- Protección de los valores y principios constitucionales

Los instrumentos con los que cuenta el Estado sudafricano para ello son, en primer lugar, la expropiación directa, legal y constitucionalmente respaldada y; en segundo lugar, la vía judicial doméstica para la resolución de controversias surgidas entre el inversionista extranjero y la República de Sudáfrica²⁹.

Adicionalmente, se tomó la decisión de terminar varios BITs, como los que se habían firmado con varios países europeos, además de no renegociar aquellos que expiren, estableciendo un régimen de transición de diez (10) años aplicado a las inversiones realizadas con anterioridad a la ley nueva.

²⁹ <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-laws/laws/157/investment-act>

CAPÍTULO II

EL MECANISMO DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS INVERSIONISTA ESTADO EN TRES TRATADOS DE NUEVA GENERACIÓN: CPTPP, UMSCA Y CETA

CAPÍTULO II

EL MECANISMO DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS INVERSIONISTA ESTADO EN TRES TRATADOS DE NUEVA GENERACIÓN: CPTPP, USMCA Y CETA

Son tres (03) los tratados recientes que contienen disciplinas de inversión, los que creemos, marcan tres (03) enfoques en la materialización de las tendencias reformadoras en materia de inversiones. Representan agendas diferenciadas, pero tienen en común un elemento esencial: ya sea por el rol de sus partes, ya sea por la cobertura en términos económicos y comerciales, están llamados a convertirse en estándares internacionales y/o competir por el liderazgo en la creación de un nuevo estándar. El ejercicio comparativo que llevaremos a cabo se fundamenta en origen en esa condición.

2.1. La Matriz comparativa

Son objeto de este estudio el Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico (CPTPP), el Acuerdo Estados Unidos, México, Canadá (USMCA) y el Acuerdo Integral sobre Economía y Comercio (CETA) entre la Unión Europea y Canadá.

Con el fin de realizar una correcta interpretación de la comparación, construimos una matriz, que contiene los elementos esenciales que no solo perfilan a estos y cualquier otro tratado en materia de inversión, sino que, a priori, representan el núcleo del esfuerzo multilateral de reforma del mecanismo de solución de controversias y/o del régimen sustantivo de inversión, en un enfoque sistémico que necesariamente debe hacer confluir ambos aspectos. Incluimos en este sentido, de forma selectiva las **disposiciones sustantivas** más controversiales e invocadas con mayor frecuencia para acceder al arbitraje Inversionista-Estado: trato nacional (TN), trato de nación más favorecida (NMF), estándar mínimo de trato -trato justo y equitativo y seguridad y protección plenas- y expropiación indirecta, en la medida en que no solo constituyen el fundamento legal y fáctico para la misma existencia del procedimiento de solución de controversias - cualquiera que fuera la forma que adquiera en cada uno de los tratados-, sino que

también han sido objeto de modificación como resultado del desarrollo experiencial del mecanismo de solución de controversias Inversionista-Estado durante los últimos treinta (30) años.

La categoría de “**Tipo de instrumento**” se refiere en este caso a la clasificación según número de firmantes, siendo el CPTPP y el USMCA tratados plurilaterales y el CETA, ostentando una doble categoría de bilateral o plurilateral, dependiendo de si el asunto a tratar considera a la Unión Europea en su conjunto, o a cada uno de los 28 Estados que la conforman, por separado.

El examen de la matriz incluye la categoría de “**Enfoque de reforma al mecanismo de solución de controversias**”, tomando como referente la clasificación que realiza la UNCTAD en su publicación *Reforming Investment Dispute Settlement: A Stocktaking*³⁰, con el fin de determinar el tipo de reforma y el alcance de esta en el régimen de inversión instituido en cada uno de los tratados en estudio.

- I. Eliminación del mecanismo de solución de controversias Inversionista-Estado. Puede darse de dos formas: que no exista o que se tenga que considerar “caso a caso”.
- II. Creación de una Corte Permanente en reemplazo del arbitraje ad hoc, siendo designados sus miembros por un tiempo fijo.
- III. Mecanismo de solución de controversias Inversionista-Estado limitado por elementos como el agotamiento de la vía judicial nacional, la reducción del alcance de las materias a ser sometidas a arbitraje, o el establecimiento de plazos para someter un asunto a arbitraje.
- IV. Mejora de los procedimientos del mecanismo de solución de controversias Inversionista-Estado, es decir, la introducción de modificaciones al arbitraje, bajo la premisa de su conservación como solución de controversias, que se resumen en el fortalecimiento del rol del Estado para un mayor control de los procesos;

³⁰ Ver Nota a pie de página N°25

apertura a terceros; fortalecimiento de idoneidad e imparcialidad de los árbitros; aumento de la eficiencia del mecanismo.

- V. Mecanismos de solución de controversias sin reformar.

Cada enfoque tiene indicadores propios, a los cuales relevaremos de forma selectiva en el análisis descriptivo de cada uno de los de los tratados en estudio.

Bajo la categoría de “**Mecanismo de solución de controversias**”, se encuentran clasificados los diferentes mecanismos de solución de controversias entre inversionista y Estado por los que se opta en cada tratado, que deriva directamente del enfoque tomado por las partes para la reforma de estos.

La matriz contempla igualmente, algunos “**Temas transversales**”, relacionados principalmente con diversos elementos de desarrollo sostenible, derechos regulatorios y derechos humanos. La razón de ser: un alineamiento del régimen de inversión moderno con los objetivos de desarrollo sostenible está adquiriendo un rol cada vez más protagónico. En este sentido, como se afirma en el informe de la UNCTAD “Reforming Investment Dispute Settlement: A Stocktaking”, los componentes de las políticas de inversión no pueden ser diseñados de forma aislada, sino que deben ser armonizadas con el logro de un fin más amplio de desarrollo sostenible. Añadimos a estas consideraciones, la afirmación, citando a Bruno Simma (2011)³¹, de que “la protección internacional de inversiones y los derechos humanos no son mundos separados...después de todo, el interés último en la base de ambas áreas de derecho internacional es el mismo: la protección del individuo contra el poder del Estado”³².

Examinaremos, por tanto, la presencia y alcance en cada uno de los tres (03) tratados de ciertos elementos clave que determinarán tanto la dirección tomada respectivamente,

³¹ Simma, B. (2011). Foreign Investment Arbitration: A Place for Human Rights? P.576. ICLQ 60 (July 2011). Consultado el 20 de junio de 2019, disponible en: <https://epub.ub.uni-muenchen.de/23165/1/simma.pdf>

³² Traducción propia.

como la intensidad del esfuerzo modernizador y/o reformador hacia una nueva política de inversión, conservando la nomenclatura utilizada en cada uno.

Matriz comparativa entre CPTPP/USMCA/CETA

	CPTPP	USMCA	CETA
Tipo de instrumento	Plurilateral	Plurilateral	Bilateral*
Disposiciones sustantivas	<p>Trato Nacional (circunstancias similares)</p> <p>Trato de nación más favorecida (circunstancias similares)</p> <p>Estándar mínimo de trato: Derecho Internacional Consuetudinario. Trato justo y equitativo Protección y seguridad plenas</p> <p>Expropiación indirecta (excepción propósito público)</p>	<p>Trato Nacional (circunstancias similares)</p> <p>Trato de nación más favorecida (circunstancias similares)</p> <p>Estándar mínimo de trato: Derecho Internacional Consuetudinario. Trato justo y equitativo Protección y seguridad plenas. Inconsistencias con expectativas del inversionista o pérdidas o daños no constituyen violación.</p> <p>Expropiación indirecta (no en casos de objetivos legítimos de bienestar público, excepto en circunstancias excepcionales)</p>	<p>Trato Nacional</p> <p>Trato de nación más favorecida</p> <p>Trato justo y equitativo (mecanismo de revisión de su contenido) Protección y seguridad plenas</p> <p>Expropiación indirecta (excepción por interés público)</p>
Enfoque de reforma al mecanismo de solución de controversias	<p>I.* Inexistencia de mecanismo (5 opt outs bilaterales)</p> <p>III. Mecanismo limitado</p> <p>IV. Mejora de procedimiento del mecanismo</p>	<p>I. Inexistencia de mecanismo (EE. UU.- Canadá y Canadá-México)</p> <p>III. Mecanismo limitado (EE. UU.- México)</p> <p>IV. Mejora de procedimiento del</p>	<p>II. Corte Permanente de Inversión*</p> <p>III. Mecanismo limitado</p> <p>IV. Mejora de procedimiento del mecanismo</p>

		mecanismo (EE. UU.-México)	
Mecanismo de solución de controversias	<p>Arbitraje de inversión con mejoras procedimentales</p> <p>*</p> <p>Modificación (consentimiento caso a caso) o eliminación del arbitraje de inversión a través de side letters</p> <p>Terminación y sustitución de tratados preexistentes</p>	<p>Arbitraje de inversión limitado entre México y EE. UU.: TN, NMF, Expropiación directa. Necesidad de agotar vías nacionales o 30 meses desde el inicio de la demanda ante órganos nacionales, sin que haya habido decisión. Hayan pasado 4 años desde que el demandante tuvo conocimiento o debió tenerlo de la violación del obligación y conocimiento de las pérdidas.</p> <p>Ordenamiento nacional en controversias entre EE.UU-Canadá y México-Canadá* *Posibilidad de acceso a arbitraje I-E vía CPTPP.</p>	<p>Sistema de Corte de Inversión. Constitución de tribunal permanente bilateral (15 miembros nombrados por Comité Mixto) + Tribunal de apelación</p> <p>Declaración sobre creación de un tribunal multilateral sobre inversiones y de un mecanismo de apelación multilateral</p> <p>Código de conducta para árbitros y mediadores</p>
Temas transversales	<p>Medio ambiente</p> <p>Salud</p> <p>Objetivos regulatorios</p>	<p>Medio Ambiente</p> <p>Salud</p> <p>Seguridad</p> <p>Objetivos regulatorios</p> <p>Responsabilidad Social Corporativa (trabajo, medio ambiente, equidad de género, derechos humanos, derechos de los pueblos originarios, corrupción).</p>	<p>Medio ambiente</p> <p>Salud pública</p> <p>Seguridad</p> <p>Protección social y de consumidores</p> <p>Diversidad cultural</p> <p>Derechos humanos (Decl. Conjunta relativa a art. 8.16. 9.8 y 28.6)</p> <p>Desarrollo sostenible: creación de la comisión de comercio y desarrollo sostenible</p>

Fuente: elaboración propia a partir de los textos originales CPTPP/USMCA/CETA

2.2. El mecanismo de solución de controversias Inversionista - Estado en el Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico (CPTPP)

El mecanismo de solución de controversias Inversionista-Estado, está regulado en el Capítulo 9 del Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico, junto con los Anexos 9-A a 9-L³³.

2.2.1. Enfoque de reforma

El CPTPP es el resultado de años de negociación entre doce países de la rivera pacífica, entre los que ya preexistía una densa red de tratados bilaterales (y algunos plurilaterales), la cual, como describen Polanco y Gómez (2018) al momento de concluir las negociaciones ascendía a cincuenta y tres (53) tratados, dieciséis (16) tratados bilaterales de inversión y treinta y siete (37) tratados de libre comercio con capítulos de inversión, incluyendo los tratados firmados por Estados Unidos implementando sus consecutivos modelos BIT (2004) y BIT (2012).

Recoge, en principio, los enfoques III, arbitraje Inversionista-Estado limitado y IV, modificaciones procedimentales del mismo. Sin embargo y, aunque en el texto del Tratado no se establezca, vamos a considerar también el enfoque I o eliminación del arbitraje Inversionista-Estado, como presente en el Tratado, puesto que a este lo acompañan cinco (05) *side letters* que establecen la posibilidad de *opt out* de forma bilateral del régimen general suscritos principalmente por Australia y Nueva Zelanda.³⁴ Son los acuerdos firmados entre Nueva Zelanda y Australia, eliminando el arbitraje inversionista-Estado como mecanismo de solución de controversias; Nueva Zelanda con Brunei Darussalam, que requiere un consentimiento para someterse al arbitraje caso a caso; Nueva Zelanda y Malasia, que también toma el modelo de consentimiento caso a

³³ El Anexo 9-L, originalmente aprobado en el TPP, quedó suspendido bajo el CPTPP.

³⁴ <https://www.mfat.govt.nz/en/trade/free-trade-agreements/free-trade-agreements-in-force/cptpp/comprehensive-and-progressive-agreement-for-trans-pacific-partnership-text-and-resources#side>

caso; Nueva Zelanda y Perú, en el que se elimina el arbitraje inversionista-Estado y; Nueva Zelanda y Vietnam, caso a caso.

Existen, además, otros *side letters*, firmados entre Australia y México, Australia y Perú y Australia y Vietnam, en los que dan por terminados los acuerdos bilaterales de inversión previamente existentes, sometiendo las controversias entre inversionista y Estado al régimen general del CPTPP.

El enfoque III de reforma, restringe el alcance del mecanismo de varias formas. Así, se imponen limitaciones a los asuntos sujetos a la posibilidad de ser elevados a una demanda ante un tribunal arbitral, desde el punto de vista procesal, con la técnica llamada “judicialización selectiva” y que puede materializarse en exenciones, excepciones o regímenes especiales (Schill & Vidigal, 2018 p.4). Existe, por ejemplo, un régimen específico para actos gubernamentales en materia de reestructuración de deuda pública en el Anexo 9-G, que excluye la posibilidad de someter una demanda por violación de una obligación bajo la Sección A, a un arbitraje inversionista-Estado, si se trata de una reestructuración negociada, exceptuando las demandas basadas en violaciones de la cláusula de trato nacional y la cláusula de trato de nación más favorecida. Igualmente, el Anexo 9-K establece excepciones en caso de producirse violaciones de algunos contratos de compras del Estado de Malasia.

Siendo fruto de las negociaciones realizadas por las partes a la luz de las demandas interpuestas por Philip Morris contra varios Estados con base en la aprobación de legislaciones de control del tabaco y muy particularmente, la interpuesta contra Australia³⁵, el Artículo 29.5 (Capítulo de Excepciones y Disposiciones Generales), permite a los Estados denegar beneficios de la Sección B del Capítulo 9, en el caso de que una demanda que se le quiera dirigir o se haya dirigido, esté basada en la adopción de medidas de control de tabaco. Es decir, sustrae del alcance del arbitraje, las medidas tomadas por un Gobierno en materia de control del tabaco, aunque la denegación en sí

³⁵ Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia, UNCITRAL, PCA Case No. 2012-12. <https://www.italaw.com/cases/851>

misma puede ser impugnada. Mediante nota a pie de página, el tratado afirma que la disposición opera sin perjuicio de que también lo hagan tanto el Artículo 9.14 (denegación de beneficios estándar) como el Capítulo 28 (Solución de Controversias Estado-Estado), es decir, como indica Gruszczynsky (2015) “las medidas de control de tabaco todavía pueden ser contestadas por los Estados parte del CPTPP mediante el procedimiento de solución de controversias Estado-Estado”.

En materia de regulaciones financieras, refiere a un régimen específico (11.2), involucrando a instituciones como el Comité de Servicios Financieros para la calificación de una medida como sujeta a exenciones prudenciales, con efecto vinculante para los tribunales arbitrales.

Igualmente, el CPTPP impone un límite temporal de tres (03) años y seis (06) meses para someter una demanda a arbitraje, plazo que corre a partir de la fecha en que el inversionista tuvo o debió tener conocimiento de la violación de una obligación bajo el Artículo 9.19.1 y conocimiento de pérdidas o daños sufridos (9.21.1).

El enfoque IV de reforma, indica que el texto procede con algunas modificaciones procedimentales al mecanismo de solución de controversias Inversionista-Estado, el cual, mantiene su forma de arbitraje Inversionista-Estado. Entre estas, podemos destacar una serie de disposiciones que abarcan una amplia gama de elementos.

Indicadores de eficiencia del mecanismo de solución de controversias

En búsqueda de aumentar los niveles de economía procesal de la solución de la controversia, se regula la temprana desestimación de demandas frívolas, en el estado de objeción preliminar a ser decidida por los árbitros (9.23.4).

La indicación de que las partes en controversia deberán utilizar a su inicio mecanismos para llegar a una solución amistosa a través de consultas y negociaciones (9.18), poniendo a su disposición mecanismos no vinculantes como los oficios de buena fe, la

mediación o la conciliación, constituye uno de estos elementos. Solo transcurridos seis (06) meses desde el inicio de las consultas, se puede acudir formalmente al arbitraje.

Igualmente, prohíbe expresamente llevar el reclamo por la vía judicial doméstica en paralelo, exigiendo a su renuncia si ya se había comenzado, para poder iniciar o continuar el procedimiento arbitral previsto en el CPTPP, exceptuando la solicitud de medidas precautorias que no impliquen el pago de daños pecuniarios. Sin embargo, únicamente en el caso de que involucre a Chile, México, Perú y Vietnam, el inversionista que haya optado por la vía judicial nacional para someter una demanda por violación del Tratado quedará imposibilitado de someterlo posteriormente a arbitraje conforme a la Sección B del Capítulo 9, ya que esa elección tiene carácter definitivo y exclusivo (Anexo 9-J).

Prevé, además, la acumulación de procedimientos, cuando las cuestiones de hecho o de derecho sean comunes y se basen en los mismos hechos o circunstancias (9.28.1), pudiendo constituirse un tribunal a tal efecto.

Facultades de los paneles arbitrales

En cuanto a las facultades de los tribunales arbitrales, estos podrán otorgar únicamente daños pecuniarios y los intereses correspondientes y la restitución de la propiedad (o pago de compensación), estando excluidos expresamente los pagos por daños de carácter punitivos. Adicionalmente, podrán también decidir sobre las costas y los honorarios de los abogados.

Idoneidad e imparcialidad de los árbitros

Pasando a los elementos de fortalecimiento de la idoneidad y la imparcialidad de los árbitros, hay dos que destacar: el Artículo 9.22.5 establece que, al designar a los árbitros, las partes deberán tener en cuenta su expertise en el derecho aplicable y, el Artículo 9.22.6 prevé la creación futura de un código de conducta.

Participación de terceras partes y publicidad del procedimiento

El tratado realiza una apertura del procedimiento a terceros *-amicus curiae-* cuyas comunicaciones relacionadas con una cuestión de hecho o de derecho del ámbito de la controversia, el tribunal podrá aceptar y considerar, siempre que tengan un interés significativo en el procedimiento arbitral (9.23.3).

Asimismo, establece criterios de transparencia de las actuaciones procedimentales, por lo que impone la publicación de una amplia gama de documentos de todas las fases procesales, incluyendo los laudos y decisiones arbitrales.

Un mayor papel del Estado

Establece, además, la posibilidad de interpretación de las disposiciones del Tratado por parte de la Comisión de Asociación Transpacífica, conforme la función que le confiere el Artículo 27.2.f), que tiene carácter vinculante para los tribunales arbitrales (9.25.3). Si se tratara de violaciones de obligaciones del ámbito de los Anexos I y II, la misma Comisión puede pronunciarse con una interpretación, a instancias del tribunal arbitral, previo requerimiento del demandante (9.26). En general, la Comisión de Asociación Transpacífica tiene una importancia considerable a la hora de monitorear la implementación del Tratado y su interpretación, teniendo competencia además para proponer adaptaciones a diversas circunstancias sin la necesidad de una renegociación del Tratado mismo, como se desprende del Capítulo 27.

El tratado permite a la parte no contendiente, presentar comunicaciones orales o escritas con respecto a la interpretación del Tratado (9.23.2).

Es igualmente destacable la posibilidad que se otorga a las partes contendientes de conocer el laudo o la decisión con anterioridad al efectivo pronunciamiento del tribunal

arbitral, estableciendo el Artículo 9.23.10 la posibilidad de realizar comentarios a ser considerados por el tribunal.

Por último, recogeremos la mención que se realiza a la posibilidad de la creación futura de un mecanismo de apelación y la competencia de las partes para decidir si los laudos emitidos en el marco del Tratado debieran quedar sujetos a aquél (9.23.11).

2.2.2. Disposiciones Sustantivas

En el CPTPP están presentes las cláusulas sustantivas que forman parte del núcleo del régimen de inversión internacional, es decir, trato nacional, trato de nación más favorecida, estándar mínimo de trato, expropiación directa e indirecta.

Las disposiciones de TN (9.4) y NMF (9.5), responden al formulado habitual, precisando, sin embargo, que debe concurrir la condición de “circunstancias similares”, para que sean aplicables ambos estándares, y que se entenderá así a la luz de la totalidad de las circunstancias concurrentes, “incluyendo si el trato correspondiente distingue entre los inversionistas o inversiones sobre la base de objetivos legítimos de bienestar público.”³⁶

La cláusula de Estándar Mínimo de Trato remite al Derecho Internacional Consuetudinario -delimitado en el Anexo 9-A- para su correcto entendimiento e interpretación (Nota a pie de página N°15), definiendo que incluye tanto el trato justo y equitativo, como la seguridad y protección plenas (9.6). Establece, asimismo, que las expectativas del inversionista no podrán ser fundamento para aducir la violación de este estándar, incluso si la acción u omisión de la parte resultasen en pérdida o daño en la inversión cubierta. Sustraer del ámbito de aplicación de este artículo la no otorgación, renovación, mantención, modificación o reducción de un subsidio o donación, pues considera que no constituyen por sí mismos una violación de aquél (9.6.5).

La misma exclusión de los subsidios podemos encontrar en la regulación de la expropiación, directa o indirecta, sustantivamente justificada únicamente en el caso de

³⁶ Nota a pie de página N°14, Capítulo 9, CPTPP.

que se realice por “causa de propósito público”.³⁷ Para considerar un acto como constituyente de expropiación indirecta, Anexo 9-B, se debe examinar caso a caso, considerando varios elementos: el impacto económico, sin que si este fuera adverso, represente una expropiación forzosa por sí mismo; el nivel de interferencia en las expectativas inequívocas y razonables de la inversión³⁸; el carácter de la acción gubernamental.

El Tratado hace una reserva importante en esta materia, puesto que, salvo excepciones, no considera como constitutivos de expropiación indirecta, las regulaciones no discriminatorias que tengan como fin la “protección de objetivos legítimos de bienestar público, como la salud pública, la seguridad y el medioambiente” (9.B.3.b). Profundiza a modo de ejemplo, en los actos de salud pública a través de la nota a pie de página N°37³⁹.

2.2.3 Temas transversales

El CPTPP recoge algunos de los temas transversales de la agenda sostenible. Así, el Artículo 9.16, que se refiere a la relación entre la inversión y objetivos regulatorios medioambientales, de salud y otros, dispone que el contenido del capítulo sobre inversión no deberá ser interpretado de forma que impida medidas adoptadas por un Estado (compatibles con el capítulo) para asegurar que las inversiones en su territorio se

³⁷ Nota a pie de página N°17: “Para mayor certeza, para los efectos de este Artículo, el término “propósito público” se refiere a un concepto del derecho internacional consuetudinario. El ordenamiento jurídico interno puede expresar este concepto o uno similar usando diferentes términos, tales como “necesidad pública”, “interés público”, o “utilidad pública”.”

³⁸ Nota a pie de página N°36: “Para mayor certeza, el que un inversionista tenga expectativas inequívocas y razonables de la inversión depende, en la medida en que sea relevante, de factores tales como si el gobierno proporcionó al inversionista certezas obligatorias por escrito y de la naturaleza y alcance de la regulación gubernamental o del potencial para la regulación gubernamental en el sector relevante.”

³⁹ Nota a pie de página N°37: Para mayor certeza, y sin el objetivo de limitar el alcance de este subpárrafo, las acciones regulatorias para proteger la salud pública incluyen, entre otras, las medidas con respecto a la regulación, precio y oferta, así como con el reembolso, de productos farmacéuticos (incluyendo productos biológicos), diagnósticos, vacunas, aparatos médicos, terapias y tecnologías genéticas, apoyos y aparatos relacionadas con la salud y productos sanguíneos o relacionados con la sangre.

realicen con criterios de sensibilidad hacia objetivos regulatorios medioambientales, salud y otros.

Es una lista que reafirma lo alegado en el Preámbulo del tratado, en cuyo marco se reconocen los derechos regulatorios de los Estados y su habilidad para establecer prioridades legislativas y regulatorias, salvaguardar el bienestar público y proteger objetivos legítimos de bienestar público, enumerando la salud pública (reconoce expresamente el derecho de los Estados a adoptar, mantener o modificar los sistemas de salud), la seguridad, el medio ambiente, la conservación de los recursos naturales no renovables vivos o no vivos, la integridad y estabilidad del sistema financiero y la moral pública.

Adicionalmente, el tratado regula la responsabilidad social empresarial, propiciando un papel activo del Estado para incentivar la incorporación voluntaria por parte de las empresas del país o que operan en este, de estándares, directrices y principios que orientan la responsabilidad social empresarial, reconocidos internacionalmente que hayan sido aprobados o sean apoyados por ese país (9.17).

2.3. El mecanismo de solución de controversias Inversionista - Estado en el Acuerdo Estados Unidos, México, Canadá (USMCA)

El mecanismo de solución de controversias Inversionista-Estado está normado a lo largo del Capítulo 14 del Acuerdo Estados Unidos, México, Canadá, junto con los Anexos 9-A a 9-E.

2.3.1. Enfoque de reforma

El USMCA recoge tres (03) enfoques diferentes de reforma del mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado, según la clasificación realizada por la UNCTAD (2019b). Son los enfoques I o eliminación del mecanismo ad hoc, III o la limitación del mecanismo y IV o las mejoras procedimentales del mismo.

El texto del Acuerdo, a partir de su Artículo 14.2, no prevé el arbitraje inversionista-Estado entre México y Canadá (disputas que sin embargo quedan cubiertas por el CPTPP), ni entre Estados Unidos y Canadá, estableciendo las cortes nacionales de cada uno de estos Estados como foro para la solución de controversias surgidas en el marco de la relación entre inversionista y Estado receptor de la inversión. Este hecho sitúa al instrumento bajo el enfoque I, siempre teniendo en cuenta los regímenes transicionales establecidos en el Anexo 14-C (Legacy Investment Claims and Pending Claims) y que se refiere tanto a los casos de controversias que se encuentran actualmente presentados bajo el amparo del régimen de inversión establecido en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (North American Free Trade Agreement o NAFTA por sus siglas en inglés), como a aquellos futuros reclamos que se interpongan por controversias relacionadas con inversiones realizadas entre el 1° de enero de 1994 y la fecha de terminación del NAFTA, existentes a la fecha de entrada en vigor del USMCA. Los primeros seguirán su curso sin ninguna interferencia del nuevo régimen; los segundos, sin embargo, tendrían la posibilidad de acogerse al NAFTA únicamente en un período de tres (3) años a partir de la terminación de este.

Establece así el Artículo 14.2 USMCA que “Para mayor Certeza, un inversionista solamente podrá someter a arbitraje un reclamo bajo este Capítulo de acuerdo con lo previsto en el Anexo 14-C (Legacy Investment Claims and Pending Claims), Anexo 14-D (Mexico-United States Investment Disputes), o Anexo 14-E (Mexico-United States Investment Disputes Related to Covered Government Contracts).”⁴⁰

Nos sitúa de esta forma en el enfoque III de reforma, teniendo en cuenta las limitaciones al recurso del arbitraje inversionista-Estado entre Estados Unidos y México, cuyo régimen general únicamente aplica en los casos de expropiación directa, violación de la cláusula de trato nacional, o violación del estándar de nación más favorecida. Particularmente en el caso de violaciones a la cláusula de nación más favorecida, a través de la nota a pie de página 22 del Anexo 14-D, se excluyen de su ámbito de

⁴⁰ Traducción propia.

aplicación las cláusulas contenidas en otros tratados que establezcan procedimientos de solución de controversias o impongan obligaciones sustantivas. Más específicamente, refiere a que el trato que establece la cláusula nación más favorecida debe entenderse en un sentido restrictivo, abarcando medidas adoptadas o mantenidas por la otra parte en los Anexos, que pudieran ser consistentes con la implementación de cláusulas sustantivas contenidas en otros tratados⁴¹.

Las limitaciones sustantivas (obligaciones de nación más favorecida y trato nacional) que impone el nuevo régimen en el Anexo 14-D, no aplicarán, sin embargo, en los casos que se refieran al establecimiento o adquisición de una inversión, así como aquellos a los que se refiere el Anexo 14-E (Disputas de Inversión México-Estados Unidos relacionadas con Contratos Gubernamentales Cubiertos), estableciendo, además, la concurrencia de otras cláusulas sustantivas en las que pudiera fundamentarse un reclamo si se es parte de un contrato gubernamental cubierto. Estas son: estándar mínimo de trato bajo el derecho internacional consuetudinario, incluyendo el trato justo y equitativo⁴² y protección y seguridad plenas⁴³ (Artículo 14.6.1), expropiación indirecta⁴⁴, así como demandas en casos de establecimiento o adquisición de inversión.

Para que un caso se pueda entender sujeto al Anexo 14-E, además de tratarse de contratos gubernamentales cubiertos, estos deben operar en alguno de los sectores cubiertos, expresamente delimitados en el Artículo 6 del mismo Anexo: actividades relacionadas con el petróleo y el gas natural controladas por una autoridad nacional; servicios de suministro de generación de energía al público; servicios de suministro de

⁴¹ *“For the purposes of this paragraph: (i) the “treatment” referred to in Article 14.5 (Most-Favored-Nation Treatment) excludes provisions in other international trade or investment agreements that establish international dispute resolution procedures or impose substantive obligations; and (ii) the “treatment” referred to in Article 14.5 only encompasses measures adopted or maintained by the other Annex Party, which for greater clarity may include measures adopted in connection with the implementation of substantive obligations in other international trade or investment agreements.”*

⁴² Artículo 14.6.2 a): *“fair and equitable treatment” includes the obligation not to deny justice in criminal, civil or administrative adjudicatory proceedings in accordance with the principle of due process embodied in the principal legal systems of the world; and*

⁴³ Artículo 14.6.2 b): *“full protection and security” requires each Party to provide the level of police protection required under customary international law.”*

⁴⁴ Anexo 14-B, clausula tercera: *“an action or series of actions by a Party has an effect equivalent to direct expropriation without formal transfer of title or outright seizure.”*

telecomunicaciones al público; servicios de suministro de transporte al público; propiedad o gerencia de infraestructuras, que no sean de uso o disfrute exclusivo o predominante del gobierno.

Aparte de las limitaciones sustantivas a la posibilidad de acceder al arbitraje Inversionista-Estado en las disputas entre México y Estados Unidos, en el USMCA se pueden encontrar innovaciones procedimentales, aplicables a todas las controversias sujetas al régimen de arbitraje Inversionista-Estado entre aquellos. Revisten una importancia clave, por cuanto cambian radicalmente la lógica del mecanismo de solución de controversias existente entre las partes.

Así, el Anexo 14-D del Acuerdo impone la obligación de agotar la vía judicial nacional antes de tener la posibilidad de acudir al arbitraje inversionista-Estado, siempre que haya transcurrido un plazo de 30 meses desde el inicio del procedimiento ante los órganos nacionales o haya recaído una resolución definitiva (de última instancia), exceptuando los casos en los que este paso fuera “obviamente fútil”⁴⁵. El Apéndice 3 del USMCA refuerza esta idea al advertir a los inversionistas estadounidenses que no podrán someter al mecanismo de arbitraje inversionista-Estado una demanda por violación de obligaciones conforme al Acuerdo, si han alegado lo mismo en una instancia judicial nacional mexicana.

Otro de los elementos nuevos introducidos al mecanismo de solución de controversias entre México y Estados Unidos es el requerimiento de interponer la demanda dentro de los 48 meses siguientes desde que se haya producido la presunta violación de una obligación bajo el Anexo 14-D. Se excluyen de este régimen general los casos regulados por el Anexo 14-E, estableciendo un plazo de tres (03) años y sin la obligación de agotar la vía nacional.

⁴⁵ Nota a pie de página N° 25, Artículo 14.D.5.1 b): “*The provisions in subparagraphs (a) and (b) do not apply to the extent recourse to domestic remedies was obviously futile.*”

Llegamos así a los aspectos que marca el enfoque IV o Mejoras Procedimentales. En este apartado se deben destacar algunos componentes, ordenados por grupos de indicadores.

Indicadores de eficiencia del mecanismo de solución de controversias

El USMCA introduce filtros para descartar demandas frívolas de forma temprana (14.D.7.4). También abre la posibilidad de acumular procedimientos basadas en demandas que compartan la misma cuestión de derecho o de hecho y se originen en los mismos eventos o circunstancias (14.D.12). Igualmente instala la fase de consultas, con posibilidad de acudir a soluciones negociadas mediante procedimientos no vinculantes como los buenos oficios, la conciliación o la mediación (14.D.2).

Facultades de los paneles arbitrales

El tratado ejecuta ciertas limitaciones de las facultades correctoras de los tribunales arbitrales, restringe el tipo de indemnización concedida por el laudo -solo monetaria, restitución de propiedad (o en su defecto, una compensación monetaria), intereses incluidos, así como costos procesales y honorarios de los abogados- excluyendo expresamente daños punitivos (14.D.13).

Idoneidad e imparcialidad de los árbitros

Observamos también la existencia de reglas de conducta, calificación y conflicto de intereses -directos o indirectos- para los árbitros, adoptando las directrices de la International Bar Association a tal efecto (14.D.7) y la normativa UNCITRAL para su recusación. Igualmente, se establece la prohibición del “*double hatting*”, es decir, la imposibilidad de actuar como consejero o experto de parte, o testigo en cualquier arbitraje pendiente con base en los anexos al capítulo 14, durante el procedimiento en cuestión (14.D.6.5.c).

Participación de terceras partes y publicidad del procedimiento

Terceros que ostentes un interés significativo en los procedimientos *-amicus curiae-* pueden intervenir en estos en relación con cuestiones de hecho o derecho (14.d.7.3). Para una mayor transparencia del proceso, el tratado introduce estándares de transparencia procedimental y publicidad (14.D.8).

Un mayor papel del Estado

El tratado establece la posibilidad para los Estados -a través de la Comisión de Comercio Libre constituida según Artículo 30.1 del USMCA- de emitir interpretaciones conjuntas vinculantes (14.D.9.2)⁴⁷, así como la posibilidad de participación en el procedimiento del Estado que no forma parte de la disputa (14.D.7.2), habilitado para someter a la consideración del tribunal su interpretación del tratado.

Asimismo, las partes en disputa tienen la oportunidad de revisar y comentar los borradores de los laudos arbitrales (14.D.7.12)

2.3.2. Disposiciones Sustantivas

El USMCA recoge las cláusulas sustantivas típicamente presentes en cualquiera de los instrumentos que regulan el régimen de inversión, con precisiones.

Están incluidas las cláusulas de trato nacional (14.4) y trato de nación más favorecida (14.5); en ambos casos se refiere a la exigencia de la existencia de “circunstancias similares” para que puedan operar, aclarando que para que se entienda que el trato se otorga en circunstancias similares, se tendrá en cuenta la totalidad de circunstancias,

⁴⁷ Artículo 14.D.9.2: “A decision of the Commission on the interpretation of a provision of this Agreement under Article 30.2 (Functions of the Commission) shall be binding on a tribunal, and any decision or award issued by a tribunal must be consistent with that decision.”

incluyendo el hecho de si el trato relevante distingue entre inversionistas o inversiones sobre la base de objetivos legítimos de bienestar público.

En el caso de la expropiación indirecta -recordemos, únicamente aplicable al régimen del Anexo 14-E- en la determinación de si un acto se constituye en tal, debe mediar un estudio de los hechos, caso a caso, considerando algunos factores tales como: el impacto económico del acto gubernamental, cuyo posible efecto adverso sobre el valor económico de la inversión, no determina por sí mismo la existencia de una expropiación indirecta; la confluencia en determinada medida de interferencias en las expectativas razonables fundamentadas en la inversión -que serán razonables según factores como la existencia de garantías gubernamentales escritas y vinculantes, la naturaleza y alcance de la regulación o el potencial de regulación e el sector relevante- y el carácter del acto gubernamental, su fin, contexto e intención (14.B.3). Se explicita, además, que los actos regulatorios no discriminatorios que tienen como objeto la protección de objetivos legítimos de bienestar público, como la salud, seguridad y medio ambiente, no constituirán una expropiación indirecta, exceptuando circunstancias excepcionales.

Tratándose del Estándar Mínimo de Trato, interpretado según el Derecho Consuetudinario Internacional (Anexo 14-A), este incluye tanto el trato justo y equitativo, como la protección y seguridad plenas (14.6). En este caso y a diferencia de la cláusula de expropiación indirecta, el Acuerdo excluye la consideración de las expectativas razonables fundamentadas en la inversión, incluso en los casos en los que el acto resulta en la pérdida o daño a la inversión cubierta (14.6.4)

2.3.3. Temas transversales

El USMCA recoge algunos de los temas transversales de la agenda sostenible. Así, el Artículo 14.16, que se refiere a la relación entre la inversión y objetivos medioambientales, de salud, de seguridad y otros, dispone que el contenido del capítulo sobre inversión no deberá ser interpretado de forma que impida medidas adoptadas por

un Estado para asegurar que las inversiones en su territorio se realicen con criterios de sensibilidad hacia objetivos regulatorios medioambientales, salud, seguridad y otros.

Adicionalmente, el tratado regula la responsabilidad social empresarial, propiciando un papel activo del Estado para incentivar la incorporación voluntaria por parte de las empresas del país o que operan en este, de estándares, directrices y principios que orientan la responsabilidad social empresarial, mencionando expresamente las Directrices de la OECD para Empresas Multinacionales y enumerando las áreas de trabajo, medioambiente, equidad de género, derechos humanos, derechos de los pueblos originarios y corrupción (14.17).

El Preámbulo, entre otros, reconoce el derecho regulatorio de los Estados y su potestad para establecer prioridades legislativas y regulatorias, así como proteger objetivos legítimos de bienestar público, como salud, seguridad, medioambiental, conservación de los recursos naturales no renovables vivos o no vivos, integridad y estabilidad del sistema financiero y la oral pública. Asimismo, menciona la protección de la vida o salud humana, animal o de las plantas.

2.4. El mecanismo de solución de controversias Inversionista - Estado en el Acuerdo Integral sobre Economía y Comercio (CETA)

El mecanismo de solución de controversias Inversionista-Estado se regula en la Sección F del Capítulo 8 del Acuerdo Integral sobre Economía y Comercio, entre la Unión Europea, sus Estados miembro y Canadá, incluyendo los anexos 8-A a 8-F.

2.4.1. Enfoque de reforma

El CETA combina dos (02) enfoques de reforma del mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado. Por un lado, está presente el enfoque II, es decir, crea un cuerpo a modo de tribunal permanente bilateral, incluyendo una segunda

instancia de apelación. Al mismo tiempo, introduce, a través del enfoque IV, mejoras procedimentales en el proceso arbitral.

El tratado establece así el Sistema de Corte de Inversión (Investment Court System – ICS por sus siglas en inglés) en el que opera un tribunal arbitral de primera instancia permanente y un tribunal de apelación⁴⁸. La constitución del primero se regula en el Artículo 8.27 y establece que tendrá quince (15) miembros nombrados por el Comité Mixto, de los que cinco (05) serán nacionales canadienses, cinco (05) de algún país miembro de la Unión Europea y otros cinco (05) de terceros países. El Presidente del tribunal designará de forma aleatoria divisiones, compuestas por tres (03) personas, que conocerán de los diferentes casos.

También se contempla la posibilidad de que una demanda sea considerada por un solo árbitro, recomendando a los Estados que consideren con simpatía la solicitud del inversionista, cuando este sea pequeño o mediano, o el monto de la compensación o los daños es relativamente reducido (8.20.5).

Los requisitos obligatorios que deben cumplir los árbitros para ser tales, incluyen reglas importantes de calificación: tener cualificaciones en su país de origen para ejercer funciones jurisdiccionales o ser juristas de reconocida competencia, además de contar con experiencia demostrable en Derecho Internacional Público. A nivel de recomendación, indica como deseable la expertise en Derecho Internacional de Inversión, Derecho Internacional Comercial y solución de controversias basadas en Acuerdos Internacionales de Inversión o Comercio (8.27.4).

Podemos observar así mismo la prohibición del “double hatting” común, dado que los árbitros no se pueden desempeñar simultáneamente como asesores, expertos de parte o testigos en otros procedimientos de solución de controversias, originados en el mismo tratado o en cualquier otro tratado internacional (8.30.1). Sin embargo, les es permitido

⁴⁸ No obstante, apunta a un objetivo último que es la creación de una Corte Multilateral Permanente de Inversión a través del Artículo 8.29.

actuar en calidad de árbitros en casos fundamentados en otros tratados. En aras de asegurar mayor independencia y la ausencia de conflictos de interés, el CETA requiere que los árbitros deben cumplir con los estándares de la International Bar Association en la materia. En este mismo sentido, en caso de que surja una recusación contra un árbitro, esta debe ser resuelta por el Presidente de la Corte Internacional de Justicia (8.30.4).

Adicionalmente, remite a un futuro Código de Conducta, a ser acordado y desarrollado por el Comité de Servicios e Inversiones (8.44.2).

Al ser un tribunal que no se constituye ad hoc, el tratado implementa un modelo de remuneración a honorarios, con el fin de asegurar la disponibilidad de sus miembros, previendo la posibilidad de que pueda cambiar a una modalidad de sueldo mensual, a decisión del Comité Conjunto (8.27.12 y 15).

El Tratado crea un Tribunal de Apelación, como segunda instancia de decisión con competencias para revisar: errores en la aplicación y la interpretación del Derecho (28.2.a); errores manifiestos en la apreciación de los hechos y del Derecho nacional pertinente (28.2.b); motivos de anulación de acuerdo con la Convención de CIADI (28.2.c).

Los estándares de independencia y de idoneidad para los miembros de este tribunal son idénticos a los que operan para la primera instancia. Sin embargo, una variedad de detalles procedimentales y de composición, queda pendiente, a ser determinada por el Comité Conjunto (8.28.7).

Introduciendo elementos de mejora procedimental, el tratado se acerca al enfoque IV de reforma, de acuerdo con los indicadores ya conocidos.

Indicadores de eficiencia del mecanismo de solución de controversias

En cuanto a la duración del proceso, el Tribunal cuenta con un plazo máximo de 24 meses desde la fecha de presentación de la demanda, para dictar su laudo, con posibilidad de prórroga fundamentada (8.39.7). Si se trata de apelaciones, las partes tienen noventa (90) días desde el laudo para iniciar el procedimiento, sin que se establezca un plazo máximo para la finalización de este.

El demandante, por su lado, tendrá tres (03) años a partir de haber tenido conocimiento de la infracción o del daño, para comenzar el procedimiento a través de una solicitud de consultas, las cuales, deben llevarse a cabo en un plazo de sesenta (60) días (8.19.22). Deben pasar ciento ochenta (180) días desde esa solicitud antes de iniciar la demanda.

En el caso de que se hubiera iniciado un procedimiento ante órganos jurisdiccionales nacionales, basados en el mismo acto del Estado, el plazo es de dos (02) años a partir de la retirada, suspensión y renuncia a iniciar esos procedimientos en sede nacional. El Artículo 8.22.f. y g. establece como requisito para la presentación de una demanda, terminar con cualquier procedimiento anterior. Asimismo, en el caso de que la demanda se presenta en virtud del CETA y otro acuerdo internacional y existe riesgo de duplicidad de indemnizaciones o de que la demanda tuviera un impacto significativo en la resolución de esta, el Tribunal debe suspender el procedimiento o asegurar que los procedimientos realizados en el otro sean tenidos en cuenta a la hora de dictar una resolución (8.24).

La posibilidad de una solución amistosa está presente desde el inicio, obligando a las consultas y permitiendo resoluciones de controversias alternativas como la mediación, a la cual se podrá recurrir en cualquier momento del procedimiento (8.20).

Con el fin de dotar de más eficiencia al proceso, el Tribunal está obligado a considerar las objeciones preliminares de parte del Estado y en su caso, desestimar ciertas demandas desde un momento procesal temprano, fundamentándose en su propia falta de jurisdicción para encausar el asunto o en la manifiesta falta de valor jurídico de la

demanda (8.32 y 33). Asimismo, el CETA impide que se presenten demandas originadas en inversiones realizadas mediante conductas inapropiadas (8.18.3).

Siguiendo la misma lógica de eficiencia, permite la acumulación de demandas basadas en la misma cuestión de hecho o de derecho, derivadas de los mismos acontecimientos o circunstancias (8.43) y restringe las posibles reparaciones a otorgar a: indemnización pecuniaria y los intereses (8.39.1.a); restitución de la propiedad o la compensación de esta (8.39.1.b), excluyendo específicamente los resarcimientos punitivos. Las costas del juicio deben ser asumidas por la parte perdedora, como regla general, pudiendo operar excepciones dependiendo de las circunstancias (8.39.5). El Comité Mixto deberá estudiar normas adicionales que alivien la carga financiera que recae sobre los pequeños y medianos inversionistas/empresas (8.39.6).

Participación de terceras partes y publicidad del procedimiento

Pasando a otro indicador, la transparencia del procedimiento, el Tratado remite expresa y directamente al Reglamento sobre Transparencia de UNCITRAL (8.36.1). Así, establece la obligación de publicidad de todos los documentos, incluyendo aquellos de carácter previo al inicio formal del procedimiento y la realización de audiencias públicas (8.36.2).

Un mayor papel del Estado

El Tratado prevé que el Comité Mixto pueda realizar interpretaciones vinculantes de las disposiciones, a propuesta del Comité de Servicios e Inversiones (8.31.3). Esta es solo una de las competencias que tiene el Comité de Servicios e Inversiones, cuya función principal es ser el foro en el que se realicen consultas respecto a la aplicación del capítulo de inversiones, así como evaluar posibles mejoras del régimen de inversión del CETA (8.44). Podrá adoptar y modificar normas complementarias de solución de controversias y modificar las de transparencia, adoptar reglas de mediación, entre otras (8.44.3).

También da la posibilidad de interpretación del Tratado en el marco de un procedimiento a la parte al margen de la controversia, así como asegura su acceso a la documentación generada, sea de oficio o a solicitud de la parte al margen (8.38).

Para finalizar este apartado, mencionaremos que el CETA deja fuera del alcance del mecanismo de solución de controversias Inversionista-Estado algunas áreas específicas como las deudas públicas, subsidios y una serie de servicios que se especifican en el Capítulo 9 sobre los servicios transfronterizos (9.2).

2.4.2. Disposiciones Sustantivas.

Las Sección C y D del Capítulo 8 del Tratado recogen los estándares de no discriminación habituales como el trato nacional y trato de nación más favorecida, además de la cláusula de trato justo y equitativo y seguridad y protección plenas. Incluye además las cláusulas de protección de la inversión que refieren a la expropiación directa e indirecta.

Los artículos 8.6 y 8.7, que abordan el trato nacional y el trato de nación más favorecida, respectivamente, hacen referencia a la necesidad de que se produzcan los hechos en circunstancias similares para que opere la cláusula. Sin embargo, ninguno de los dos contiene una aclaración acerca de lo que hay que entender por tal concepto.

Los estándares de trato justo y equitativo y protección y seguridad plenas, se encuentran regulados en el Artículo 8.10 bajo el título “Trato de los inversionistas y de las inversiones cubiertas”, sin que se haga referencia al Derecho Internacional Consuetudinario ni al nivel mínimo de trato como concepto. En su lugar, introduce una lista, en principio, cerrada, en la que se enumeran los actos y conductas constituyentes de la violación del estándar de trato justo y equitativo, dejando la puerta abierta (8.10.2.f) a la adición de otros elementos en función del establecimiento de la revisión regular del contenido de la obligación de trato justo y equitativo a través del Comité de Servicios e Inversiones, el cual elaborará propuestas a ser sometidas para la decisión del Comité Mixto (8.10.3).

Como criterio interpretativo al alcance del tribunal, dispone tener en cuenta la existencia de un contacto explícito de un Estado a un inversionista, dirigido a inducir la realización de la inversión, creando expectativas legítimas en este que resultaran en la inversión. (8.10.4).

La Sección D “Protección de inversiones”, sin embargo, comienza con una declaración de la preeminencia de los derechos regulatorios de los Estados en búsqueda de objetivos políticos legítimos, enumerando expresamente la salud pública, la seguridad, el medio ambiente, la moral pública, la protección social o de consumidores, o la promoción y protección de la diversidad cultural (8.9.1). Aclara, en este contexto, que el solo hecho de que a través de un acto regulatorio se afecten las expectativas (también las de ganancias), no supone una violación de una obligación de esta sección (8.9.2), así como afirma la potestad del Estado para conceder, renovar o modificar subvenciones, sin que ello se entienda como una infracción a las obligaciones impuestas por la sección (8.9.3).

Por su lado, el Artículo 8.12, en el que se regula la expropiación, remite al Anexo 8-A para una ulterior interpretación. En este, podemos encontrar la delimitación de la expropiación indirecta a través un examen casuístico, basado en los hechos, que debe considerar entre otros elementos: el impacto económico de la medida, sin que la mera afectación adversa del valor económico de la inversión indique la existencia de una expropiación indirecta; la duración de la medida; el nivel de afectación de las expectativas razonables basadas en la inversión; el carácter, objeto, contexto e intención.

Como regla general, se establece que las medidas no discriminatorias de un Estado, que buscan la protección de objetivos de bienestar público -tales como la salud, la seguridad y el medio ambiente- no constituyen una expropiación indirecta, exceptuando casos de carácter excepcional, en los que se produce un impacto proporcionalmente tan severo comparado con su propósito, que haga que parezca manifiestamente excesivo (8.A.3).

Otras mejoras

El CETA se ocupa del fenómeno del financiamiento por terceras partes, exigiendo ciertas medidas de transparencia, como la obligación de la parte que se beneficia del financiamiento de declarar la identidad de quien lo financia y su dirección, el día que somete la demanda o, en el caso de que el acuerdo de financiamiento sea posterior, en el momento inmediatamente posterior a su celebración (8.26).

2.4.3. Temas transversales

La sección D del Capítulo 8 del CETA, dedicada a la protección de las inversiones, comienza con una afirmación contundente del derecho regulatorio de los Estados para llegar a objetivos políticos legítimos, mencionando expresamente la protección de la salud pública, la seguridad, el medio ambiente, la moral pública, la protección social o de consumo o la promoción y protección de la diversidad cultural (8.9). Aclara que el solo hecho de regular, incluyendo la modificación de leyes, de forma que afecte negativamente a una inversión, o interfiere en las expectativas del inversionista, no constituye violación de una obligación de acuerdo con el Capítulo 8 (8.9.2). Viene a ratificar los principios que asentaron las partes en el preámbulo del tratado: el derecho de los Estados a regular y ejecutar políticas públicas en las áreas mencionadas mencionado en varias ocasiones; la sujeción a la democracia y a los derechos humanos; el apoyo al derecho de los Estados a preservar su identidad cultural y afianzar las expresiones culturales, incluyendo las industrias de cultura; el compromiso a promover el desarrollo sostenible en sus dimensiones económica, medioambiental y social; el incentivo dirigido a las empresas a implementar las buenas prácticas en el marco de la responsabilidad social empresarial, entre otros.

Y aunque el Artículo 8.16, sobre denegación de beneficios solo se refiere a los casos en razón de la mantención de la paz y seguridad internacionales, la Declaración Conjunta del Anexo 8-E interpreta de forma extensiva, entendiendo que también se incluya la protección de los derechos humanos.

CAPÍTULO III

ANÁLISIS DE RESULTADOS: RELEVANDO LO RELEVANTE

CAPÍTULO III

ANÁLISIS DE RESULTADOS: REVELANDO LO RELEVANTE

3.1. Elementos comunes, elementos divergentes

3.1.1. Disposiciones sustantivas

Desde un enfoque sistémico, resultaría un error no incluir en este estudio disposiciones sustantivas relevantes, que constituyen el fundamento del régimen de inversión en general y del régimen de solución de controversias, en particular. A su vez, la experiencia obtenida con la implantación dominante del arbitraje inversionista-Estado, ha conducido a la modelación del contenido sustantivo, especialmente durante los últimos años, en los que el surgimiento de una nueva generación de tratados ha ido perfilando de forma más fina los diferentes estándares.

Los tres tratados en estudio presentan un acercamiento, en gran medida similar, al aprendizaje histórico emanado del rodaje del mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado, en su formato predominante, el arbitraje inversionista-Estado. Al mismo tiempo reflejan, inevitablemente, los cambios políticos que acompañan la última quincena a nivel global, en la que los flujos de inversión ya no son típicamente desde países desarrollados hacia países en desarrollo, sino que han dibujado un mapa diversificado en una red que abarca relaciones de inversión de países desarrollados entre sí, de países en desarrollo entre sí, y de países en desarrollo como emisores hacia países desarrollados receptores de inversiones.

Como ya anticipamos, este trabajo tiene como foco principal el mecanismo de solución de controversias; por tanto, evitaremos el análisis extendido del componente sustantivo de los tratados en cuestión, ofreciendo, no obstante, algunas pinceladas importantes (y suficientes para el propósito), que son las que condicionan e intervienen en mayor medida el mecanismo. ¿Qué es lo relevante entonces en el marco de las disposiciones sustantivas?

En primer lugar, encontramos que, en los tres tratados, se extiende la cobertura ofrecida por las obligaciones de no discriminación -los estándares de trato nacional y trato de nación más favorecida-, al período de pre-establecimiento de la inversión, es decir, se otorga protección a la inversión en la fase prospectiva. (9.4 y 9.5 CPTPP, 14.4 y 14.5 USMCA 8.6 y 8.7 CETA). Si bien esta es una práctica habitual en la tradición estadounidense y canadiense de tratados bilaterales (Bernasconi-Osterwalder, 2013), en la trayectoria de tratados firmados por los miembros de la Unión Europea no ha sido un enfoque utilizado, por lo que representa una novedad importante en la práctica de la Unión Europea en su conjunto, máxime, teniendo en cuenta que desde 2009 la competencia en política de inversión extranjera directa está en manos exclusivas de la Unión Europea (Artículo 207 del Tratado de Funcionamiento de la U.E.).

No obstante lo anterior, debemos precisar que las violaciones de obligaciones en fase de pre-establecimiento de la inversión, derivadas de los estándares no discriminatorios, no caen dentro del ámbito de cobertura del mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado del CETA (8.18.1.a).

Debemos señalar aquí que el USMCA, excluye expresamente la fase de pre-establecimiento de la inversión para la aplicación de las cláusulas de nación más favorecida y trato nacional (14.D.3.1.a.i.A)

La ampliación de la protección a la inversión se hace también a través de las definiciones de inversionista, que mencionamos aquí, pero que no forman parte de este estudio comparativo.

Es sumamente relevante, puesto que se relacionará directamente con la consideración de las expectativas -legítimas/razonables- de los inversionistas a la hora de encausar una demanda por violaciones de las obligaciones procedentes de cualquiera de los tratados analizados.

En los tres tratados -8.7.4 CETA, 9.5.3 CPTPP, nota a pie de página 22 en USMCA-, la cláusula de trato de nación más favorecida excluye de su aplicación a cláusulas de solución de controversias de otros tratados (el USMCA añade las disposiciones sustantivas). Es una corriente observable a partir del caso *Maffezini vs. España* (CIADI, Caso N°.ARB/97/7), en el que el tribunal interpretó de forma amplia el alcance del trato de NMF, de modo que esta permitiría acogerse a cláusulas de resolución de controversias más favorable, contenidas en tratados con terceros países (en este caso, el demandante argentino, había hecho valer el tratado bilateral entre Chile y España, en el que no se exigía el agotamiento de la jurisdicción nacional para someter una demanda a arbitraje, tal y cómo sí lo exigía el tratado bilateral entre Argentina y España). Reaccionando a una serie de interpretaciones de los tribunales arbitrales en la línea de aquel caso, la tendencia actual por parte de los Estados es, sustraer del alcance de la cláusula de nación más favorecida, de forma expresa, las disposiciones para la solución de controversias.

El CETA va incluso un poco más allá en delimitar el ámbito de aplicación del estándar de nación más favorecida, a casos en los que el Estado efectivamente haya actuado para otorgar trato preferencial a otros inversionistas extranjeros, excluyendo taxativamente la posibilidad de importar disposiciones sustantivas de otros tratados, ya que estas no constituyen por sí mismas un “trato”, de forma que tampoco pueden ser consideradas como fundamento para aducir una violación de “este artículo” (8.7.4).

Algunos estudios proporcionan evidencias empíricas que apoyan la necesidad de delimitar la cláusula de nación más favorecida. Por ejemplo, en el estudio realizado por Van Harten⁴⁹, que abarcó 142 resoluciones conocidas, se evidenció que el 71% de las resoluciones sobre cláusulas sustantivas que emitieron los paneles arbitrales, era de carácter expansivo en cuanto a su interpretación, así como el 76% de las resoluciones correspondientes a asuntos de jurisdicción. El mismo estudio arrojó otros resultados relevantes, y es que este fenómeno se intensifica cuando el demandante es nacional de

⁴⁹ Van Harten, G. (2016). *Arbitrator Behaviour in Asymmetrical Adjudication (Part Two): An Examination of Hypotheses of Bias in Investment Treaty Arbitration*. *Osgoode Hall Law Journal* 53.2 (2016): 540-586. <http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/ohlj/vol53/iss2/6>

un país occidental emisor de inversión y disminuye si el país demandado es Estados Unidos.

El estándar de trato justo y equitativo, junto con la protección y seguridad plenas, se encuentra en los tres tratados, aunque de forma diferenciada, la cual, a su vez, refleja las dos técnicas (Titi, 2018) a través de las cuales se acota su alcance en los tratados de nueva generación. En el USMCA y el CPTPP, están recogidos bajo el denominador del Nivel Mínimo de Trato o Estándar Mínimo de Trato, que constituye los títulos de ambos preceptos normativos (14.6 USMCA y 9.6 CPTPP), delimitado por el Derecho Internacional Consuetudinario, sumando la identificación de alguno de sus componentes esenciales. En realidad, es una técnica propia del modelo estadounidense de tratados bilaterales, que no presenta avances significativos en la restricción de los poderes interpretativos.

Como comentan Johnson y Sachs (2015), el nuevo lenguaje utilizado en el CPTPP (y por extensión, el USMCA, dado que mantienen textos casi idénticos en términos de los estándares citados más arriba) -que establece que el solo hecho de los actos (o su omisión) inconsistentes con las expectativas del inversionista no da lugar por sí solo a una violación del estándar- representa un retroceso respecto de posiciones estadounidenses asentadas, que excluían las legítimas expectativas de la obligación de trato justo y equitativo y, por tanto, no imponen obligaciones al Estado. Las autoras afirman que, de hecho, esta formulación reconoce que implícitamente, las expectativas sí pueden ser relevantes para establecer la violación de la cláusula de trato justo y equitativo. A nuestro entender, la literalidad del texto abre la puerta a interpretaciones extensivas.

El CETA, utiliza un enfoque diferente, visible desde el título del artículo 8.10, dedicado a estos estándares: “Trato de los Inversionistas y de las Inversiones Cubiertas”. La técnica general se manifiesta a través de la descripción detallada del contenido de cada estándar. Así, en el caso del trato justo y equitativo, registra las diferentes situaciones y conductas que quedan bajo el alcance de la cláusula. El tratado presenta, además, una

salvaguardia particular, pues deja abierta la posibilidad de su modificación por las partes a través del Comité Mixto del CETA, previa propuesta del Comité de Servicios e Inversión, lo cual, pudiera indicar el deseo de las partes de retener el control de la interpretación de la cláusula de trato justo y equitativo, como sugieren Jadeau y Gélinas (2016)⁵⁰.

Sin embargo, en el desarrollo del artículo y con el fin de dilucidar si efectivamente un acto cae en el rango de acción del trato justo y equitativo, se introduce el concepto de expectativas legítimas del inversionista, creadas por un acto del Estado, dirigido específicamente al inversionista para inducir la realización de la inversión. Se instala así la posibilidad, a través de un concepto de ambigüedad, de interpretaciones expansivas de esta cláusula, lo cual, no es menor, pues es la cláusula utilizada con mayor frecuencia para la interposición de una demanda de inversión, seguida por la expropiación indirecta⁵¹. Representa una introducción directa del enfoque tomado en el caso *Bilcon vs. Canadá*⁵², que implementa el enjuiciamiento de lo que son las expectativas razonables, creadas a partir de conductas estatales no vinculantes y en función de ello evalúa los actos del Estado objeto de la demanda, que hayan frustrado las expectativas de los inversionistas.

De hecho, según el análisis del proceso de negociación del CETA y sus diferentes borradores de Flavien Jadeau y Fabien Gélinas (2016), uno de los debates se centró en la inclusión o no del elemento de las legítimas expectativas y en qué preciso lugar, pues inicialmente, formaba parte de la lista de actos y conductas que constituyen violación de la obligación de trato justo y equitativo. Su exclusión de la lista, pero mantención en el artículo, y por tanto, parte del estándar, afirman, le da un carácter de obligación semi-autónoma, sin contar con una definición precisa. Y es por ello que, tiene el potencial de

⁵⁰ Jadeu, F. & Gélinas, F. (2016). CETA's Definition of the Fair and Equitable Treatment Standard: Toward a Guided and Constrained Interpretation, p.8. *Transnational Dispute Management*. Vol.13. Issue 1. March 2016. <https://www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=2319>

⁵¹ UNCTAD. (2017). Special Update on Investor-State Dispute Settlement: Facts and Figures. IIA Issues Note. Issue 3. November 2017. https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcb2017d7_en.pdf

⁵² *Bilcon of Delaware et al v. Government of Canada*. PCA Case No. 2009-04. <https://www.italaw.com/cases/1588> a través de Johnson & Sachs (2015).

ser el recurso al que acudan los inversionistas para interponer una demanda basada en una conducta estatal que no esté presente en la lista, pero que sí se considere por aquellos violatoria de sus expectativas.

Tratándose por otro lado de la protección y seguridad plenas, el tratado restringe su significado al ámbito físico.

En estrecha relación se encuentra el manejo de la expropiación indirecta, remitiendo todos los tratados en estudio a un anexo interpretativo de esta. Estos anexos tienen la misma estructura y se refieren típicamente a criterios para establecer la existencia de una expropiación indirecta, que podemos encontrar en otros tratados anteriores, particularmente en aquellos que responden al modelo estadounidense de tratado bilateral. Igualmente, los tres tratados introducen excepciones de políticas públicas para la protección de objetivos legítimos de bienestar público, que de forma general no serían considerados como fundamentos de expropiación indirecta, salvo en circunstancias excepcionales (*“rare”* en el original en inglés).

Lo cierto es que esta formulación, que ya se puede encontrar desde la introducción del Modelo BIT de 2004 de Estados Unidos, deja un espacio interpretativo amplio, recurriendo a caracterizaciones de legitimidad (de los objetivos) y excepcionalidad (de las circunstancias que anulan la excepción). ¿Cuáles actos provenientes de un Estado soberano son legítimos? ¿Cuál es el nivel adecuado de existencia de una circunstancia para que sea considerada excepcional/rara? ¿Quiénes son los que van a resolver estos extremos?

En un contexto de cuestionamiento mayoritario de la coherencia de los laudos arbitrales, en los que las decisiones, además, son vinculantes exclusivamente para las partes, parece excesivo el poder interpretativo del que se ha dotado a los decisores en los procesos arbitrales.

El CETA, en este sentido, intenta dar un paso más en la dirección de cierre del margen de interpretación de las disposiciones, puesto que establece que, además de que sean excepcionales las circunstancias para que aquellas políticas públicas escapen a la excepción, deben producir un impacto tan severo comparado con su propósito (de proteger objetivos de bienestar público), que haga que parezca manifiestamente excesivo (8.A.3).

Sin embargo, de nuevo, este precepto, habilita a los tribunales arbitrales a considerar y evaluar en clave de manifiesto exceso, las políticas públicas de un Estado, en ocasiones en un lapso extenso.

Como se afirma en el trabajo conceptual “Investment in TTIP and beyond – the path for reform”, documento de trabajo de la Comisión Europea:

“se han definido conceptos clave como el trato justo y equitativo y la expropiación indirecta con el fin de prevenir abusos. Por primera vez, el CETA proporciona una definición de estos términos. El trato justo y equitativo es definido mediante un texto claro y cerrado que define de forma precisa el contenido del estándar, sin dejar espacio para la discreción no bienvenida a los árbitros. Además, un lenguaje detallado ha sido acordado para aclarar qué es lo que constituye una expropiación indirecta, excluyendo, en particular, demandas contra medidas de políticas públicas legítimas.”⁵³

Sí, pero los elementos de más certidumbre que introduce son, sin embargo, de naturaleza inherentemente interpretativa, de nuevo.

El USMCA, sin embargo, excluye expresamente a la expropiación indirecta de la cobertura del mecanismo de solución de controversias (14.D.3.1.a.i.B).

⁵³ Traducción propia. EC. (2015). Investment in TTIP and beyond – the path for reform. Concept Paper, p.2. http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/may/tradoc_153408.PDF

Es clara la relación interdependiente entre el contenido sustantivo y la solución de controversias en sí, particularmente en cuanto a indicadores de imparcialidad e independencia de los árbitros, unidos a la incoherencia e inconsistencia de las decisiones arbitrales. Y aunque el mismo Van Harten (2016) expresa reservas respecto a lo concluyente de cualquier estudio empírico en esta materia, sí ratifica la suficiencia de la base teórica y doctrinal, junto con la empírica, para la implementación de salvaguardias de independencia y transparencia, justificada incluso por la mera sospecha de la posibilidad de la existencia de un potencial sesgo.

3.1.2. Enfoque de reforma: mecanismo de solución de controversias

El núcleo de este ejercicio analítico está ocupado por las reformas del mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado y los diferentes enfoques que pueden orientar a estas, los cuales reflejan una variedad de factores. Desde posiciones ideológicas situadas en la base de las modificaciones, pasando por restricciones constitucionales/legislativas, para terminar en necesidades prácticas de ajuste dictadas por la experiencia acumulativa adquirida en el transcurso de los últimos treinta años.

Anticipamos desde ahora, que los tres tratados objeto de este estudio, representan enfoques diferenciados en términos de cuál es el modelo de mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado que respondería de forma más adecuada a la opinión mayoritaria de necesidad de reforma del mecanismo dominante en la red de tratados de inversión y tratados de libre comercio con capítulos de inversión, el arbitraje Inversionista-Estado. En algunos casos, comparten enfoques y medidas concretas, en otros casos, se distancian diametralmente. Como veremos, la coincidencia de enfoque no iguala los tratados, dependiendo la intensidad de la reforma del alcance y profundidad aplicados en cada disposición.

Así, el CPTPP engloba enfoques III, IV y I (asumiremos que compromisos bilaterales formales en el marco del tratado, forman parte de este) es decir, un arbitraje inversionista-Estado con limitaciones, un arbitraje con mejoras procedimentales y la inexistencia de

arbitraje. Este último, debido a los cinco *side letters* bilaterales firmados, en los que, bien se excluye la forma de arbitraje para resolver las controversias surgidas en materia de inversión, bien se hace una evaluación caso a caso.

El USMCA, ofrece una duplicidad de modelos, lo que determina los enfoques de reforma aplicados. Por un lado, la solución de controversias entre inversionistas y Estado entre Estados Unidos y Canadá, así como entre México y Canadá⁵⁴ se canaliza por la vía de los órganos jurisdiccionales nacionales, lo cual determina el enfoque I de reforma. Por otro, el arbitraje Inversionista-Estado permanece como mecanismo de solución de controversias entre Estados Unidos y México, en una forma ciertamente restringida, llevándolo así al alcance de los enfoques III y IV.

Por último, en el CETA podemos vislumbrar los enfoques II (Tribunal permanente), III y IV. A priori, es el tratado que presenta mayor ambición y con ello, mayor divergencia en el diseño institucional para la solución de controversias inversionista-Estado, a través de su Sistema de Corte de Inversión, un cuerpo bilateral cuyo funcionamiento se basa en las reglas de arbitraje de inversión, por lo que tiene mucho parecido procedimental con los mecanismos planteados por los otros dos tratados, con notables afinaciones en algunas ocasiones. Comenzaremos la evaluación por lo más relevante, que deriva directamente de las divergencias entre los modelos y tiene que ver con dos aspectos importantes, la doble instancia creada por el CETA y la idoneidad e independencia de los miembros del tribunal.

El primer elemento, en respuesta directa a una de las principales críticas que se le hace al arbitraje inversionista-Estado, supone la creación de un tribunal de apelación en el marco del Sistema de Corte de Inversión, con competencia para conocer errores de derecho, errores manifiestos de hecho y conformidad con las bases de anulación de acuerdo a la Convención CIADI. Se trata de un poder de revisión de decisiones del tribunal de primera instancia muy importante que, aunque no esté desarrollado

⁵⁴ Sin perjuicio de que ambos son signatarios del CPTPP y, por tanto, los inversionistas de cada uno tendrán acceso al arbitraje Inversionista-Estado.

plenamente en el texto del tratado, ni este contenga un estándar de revisión, viene a solucionar en gran medida el notorio problema de la falta de consistencia, coherencia y en ocasiones, calidad, de los laudos arbitrales. La capacidad de revisión de esta segunda instancia es de tal alcance, que lo convierte en un “salto cuántico” comparado con la anulación -en razón de errores procedimentales o de jurisdicción- con la que cuenta el arbitraje inversionista-Estado bajo el paraguas de CIADI y en este sentido, los otros dos acuerdos sometidos a estudio. Mencionaremos aquí, que el CPTPP incluye la mera declaración de considerar un mecanismo de apelación a futuro, mientras el USMCA hace omisión del tema.

Haciendo un ejercicio comparativo con el régimen multilateral en comercio, la solución de diferencias en la OMC, regida por el Entendimiento de Solución de Diferencias (ESD), no cuenta con un proceso de apelación que abarque tal amplitud de aspectos, teniendo -según el Artículo 17.6 ESD- el Órgano de Apelación la facultad de revisar exclusivamente cuestiones de derecho e interpretación legal.

No obstante, la segunda instancia no cuenta con un diseño definitivo en el marco del tratado, remitiendo la tarea, fundamentalmente en cuanto procedimiento, al Comité Mixto CETA. Lo que sí se ha establecido de forma clara, es la necesidad de que sus miembros cumplan los mismos requisitos de idoneidad, independencia, e imparcialidad, que los del tribunal de primera instancia.

El aspecto de los requisitos anteriormente mencionados es esencial en la caracterización del CETA respecto del CPTPP y USMCA, dado que abarca los temas de calificación, transparencia, imparcialidad e independencia de una forma extensa y profunda. Adelantaremos nuestra opinión aquí, de que si bien, el régimen que establece es ciertamente avanzado, no logra hacerse cargo de algunos aspectos fundamentales en materia de imparcialidad, particularmente, en cuanto a conflictos de interés e incompatibilidades se refiere. Así, los miembros del tribunal no pueden ejercer simultáneamente funciones de consultoría, experto de parte o testigo en cualquier disputa, preexistente o nueva, originada en cualquier tratado o bajo jurisdicción nacional.

Sin embargo, sí se permite que se desempeñen como árbitros bajo el amparo de otros tratados. Es decir, los miembros del tribunal de inversiones del CETA, a los que se les paga un honorario de “fidelidad” -por llamarlo de alguna forma- aún pueden ser árbitros en procesos arbitrales de CIADI, por ejemplo.

Resultando a priori, contradictorio, ya que aleja a este tribunal del modelo de tribunal multilateral de inversión permanente -fin último de la Comisión Europea y fin declarado de las partes firmantes del CETA- la explicación para tal omisión podría encontrarse en el hecho de la imprevisibilidad de número de casos de controversias que surjan a partir del tratado, unido al formato aleatorio de designación de casos a cada miembro por parte del Presidente del tribunal. Ello, en directa relación con potenciales intereses financieros de los miembros, sean de aumento de los casos o su duración en el tiempo, apuntando al máximo de 24 meses que establece el CETA. Esta limitación en la duración del procedimiento es, a propósito, una característica que lo distingue del CPTPP y del USMCA, donde no existe un plazo máximo.

Sin embargo, sí podemos encontrar algunas similitudes en el ámbito de las salvaguardias de independencia e imparcialidad de los árbitros o miembros de tribunal. Así, tanto USMCA, como CETA, recurren a los estándares de la International Bar Association para la regulación de los conflictos de interés; no así el CPTPP, que es el más escueto en el área en general. CETA y CPTPP establecen requisitos de competencia, coincidiendo en la experticia en materia de derecho que rige la inversión. El USMCA no impone ningún requisito de competencia, pero sí de conducta. El CETA, como hemos visto, es mucho más exigente, pues requiere reconocida competencia como jurista y cualificaciones necesarias para designaciones en los órganos jurisdiccionales nacionales, experticia demostrable en derecho internacional público y preferiblemente también en derecho internacional de inversiones y comercial, además de soluciones de controversias bajo el paraguas de tratados de inversión o comerciales. CETA y CPTPP prevén la ulterior creación de códigos de conducta o de ética. CETA y USMCA prohíben el llamado *double hatting*, el primero de forma mucho más extensa -como ya vimos- que el segundo, que

solo se refiere a compatibilizar funciones como consultor o experto en controversias amparadas en el mismo tratado.

Encontramos ciertas coincidencias entre los tratados en el modo en que se enfrenta el desafío de la transparencia del proceso. En este sentido, tanto CETA, como USMCA y CPTPP adoptan normas de publicidad casi idénticas, en línea con las reglas de transparencia de UNCITRAL, aunque solo el primero las mencione expresamente, y también, solo el CETA abarca la publicidad de documentos originados en una fase anterior al establecimiento del arbitraje en sí.

Respecto a la participación de terceras partes *-amicus curiae-* USMCA y CPTPP regulan expresamente su participación, la cual está supeditada a la aprobación del tribunal/panel, según la formulación de los artículos que establecen esta posibilidad. El CETA, introduce este recurso procesal de forma indirecta, a través de la mención de las reglas de transparencia de UNCITRAL.

Si bien esta es una herramienta positiva para dar entrada al proceso a diferentes actores que podrían ser afectadas por la decisión arbitral, ya que, por definición, los *amicus curiae* deben tener un interés significativo en el procedimiento, no deja de ser una mera posibilidad, puesto que tiene naturaleza optativa, es decir, se somete al arbitrio de los tribunales la decisión de admitirlos o no, así como una vez admitidos, considerarlos en su decisión, o no. Es especialmente relevante, ya que es a través de esta figura cómo se pueden introducir elementos fácticos y legales, que, de no ser por esta, no podrían ser conocidos, pero que tal y cómo está configurada en la actualidad, no pasan efectivamente, del conocimiento. Podemos pensar en comunidades afectadas por algún proyecto, organizaciones de la sociedad civil, organizaciones sindicales, etc., cuyos argumentos no son necesariamente recogidos por los Estados, parte de la controversia, ni tampoco necesariamente comparten los mismos intereses que aquellos. En su configuración actual, sin embargo, resulta una herramienta útil no tanto para la efectiva inclusión de estos actores, sino más bien para permitir documentar o registrar la

existencia de dimensiones sociales de múltiples aristas que son parte esencial de los conflictos surgidos en el ámbito de la inversión.

La participación de los Estados al margen de la controversia, sean los Estados originarios del inversionista demandante, o terceros Estados cuando se trate de tratados plurilaterales, se canaliza a través de la posibilidad de interpretación del Tratado en el marco de un procedimiento y acceso a la documentación generada en los tres tratados sometidos a escrutinio.

Los poderes de interpretación de los tratados, como instrumento para reforzar el papel de los Estados, se materializan en estos tratados mediante la creación a partir de los mismos, de órganos que, entre otras funciones y competencias, tienen la de emitir interpretaciones vinculantes de las disposiciones contenidas en los mismos. En el CETA, es el Comité Mixto, con la intervención previa del Comité de Servicios e Inversión; en el CPTPP es la Comisión de Asociación Transpacífica y en el USMCA es la Comisión de Comercio Libre. Si bien, refleja cierta voluntad de los Estados de ejercer más control sobre la forma en que se aplican los tratados⁵⁵, no es menos cierto que esta posibilidad está presente en el NAFTA y todos los tratados suscritos por Estados Unidos desde entonces, por ejemplo, y el uso que hicieron las partes de la mismo fue mínimo.⁵⁶

Los indicadores de economía procesal y de eficiencia en la solución de controversias tienen un contenido similar en los tres tratados. En todos existen procedimientos para la desestimación temprana -en la fase de objeciones preliminares- de demandas injustificadas, sea sobre la base de falta de jurisdicción o de mérito legal, incluyendo las

⁵⁵ “We have given governments, not arbitrators, ultimate control over the interpretation of the rules. Under CETA, the EU and Canada can issue binding interpretations on how the provisions should be interpreted, and the ISDS Tribunal is obliged to respect those interpretations. These binding interpretations can also be made with respect to on-going ISDS cases. The ability for the Parties to the agreement to adopt binding interpretations is a safety valve in the event of errors by the tribunals (the likelihood of which is in any event eliminated by the clear drafting of the relevant investment protection standards).” EC. (2015). Investment in TTIP and beyond – the path for reform. Concept Paper, p.2. http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/may/tradoc_153408.PDF

⁵⁶ Se usó para la interpretación del alcance del estándar de trato justo y equitativo en el NAFTA en el año 2001.

demandas frívolas. Recogen así procedimientos regidos por CIADI, al menos desde 2006, cuando se produjo la última reforma de sus reglas de arbitraje. En este sentido, la evidencia proporcionada por algunos estudios muestra que es mucho más probable la desestimación de una demanda fundamentada en la jurisdicción del panel o tribunal, que aquella basada en la ausencia manifiesta de justificación legal.⁵⁷

En la misma línea de economía procesal, CPTPP, USMCA y CETA permiten la acumulación de demandas y limitan el tipo de reparaciones a otorgar a: indemnizaciones monetarias y restituciones de la propiedad (o la correspondiente compensación), permitiendo además decidir sobre la adjudicación y/o distribución de las costas procesales y honorarios. En este último punto, CETA se aparta de la tendencia general e instaura la regla de “paga el perdedor”, buscando, a priori, desincentivar demandas frívolas, ante la perspectiva de tener que asumir todos los gastos, incluidos los del Estado ganador.⁵⁸ Sin embargo, en el contexto actual de cuestionamientos a la imparcialidad e independencia de los árbitros o miembros de tribunal, unido a la potencial existencia de un sesgo pro-inversionista, esta regla podría ser un arma de doble filo, recargando aún más a los Estados que pierdan, que ahora no solo tendrían que asumir la indemnización bajo cualquiera de sus formas, sino también los altísimos costos procesales y de honorarios. Potencialmente, podría intensificar el efecto de enfriamiento regulatorio, descrito ampliamente en la literatura especializada.

Otra diferencia importante en el ámbito de eficiencia es el establecimiento de un tiempo máximo de duración del proceso, siendo el CETA el único tratado que fija un plazo para la terminación, que es de 24 meses (prorrogable bajo fundamentación) desde la

⁵⁷ Bernasconi-Osterwalder, N. & Mann, H. (2014). IISD Report: A Response to the European Commission's December 2013 Document “Investment Provisions in the EU-Canada Free Trade Agreement (CETA).” Winnipeg: International Institute for Sustainable Development. https://www.iisd.org/sites/default/files/publications/reponse_eu_ceta.pdf

⁵⁸ “We are making investors who bring a case and lose, pay for all the costs of the legal proceedings. This “loser pays principle”, introduced for the first time ever in CETA, will not only discourage frivolous or unfounded claims but will also mean that the investor must pay the litigation costs of the state he has challenged (at present, even if a government successfully defends itself, it often has to bear its litigation costs). Given the financial risk, an investor will think twice before bringing any ISDS claim;”).” EC. (2015). Investment in TTIP and beyond – the path for reform. Concept Paper, p3. http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/may/tradoc_153408.PDF

interposición de la demanda, en los que el tribunal debe dictar el laudo. No cierra ciclo de la misma forma en el caso de las apelaciones, lo que deja abierta la incertidumbre sobre la duración del proceso, y con ello, sobre sus costos.

Si hablamos de plazos, los tres tratados fijan lapsos diferentes para la interposición de las demandas. En orden ascendente y coincidiendo el momento desde el que empiezan a correr, en el CETA, este es de tres (03) años en régimen general y dos (02) años si se había iniciado previamente un procedimiento en sede nacional (el que debe ser suspendido según exigencias del tratado). En el CPTPP, el plazo es de tres (03) años; y en el USMCA, de 48 meses en el régimen general y de tres (03) años en los casos sujetos al Anexo 14-E. Aprovechamos para recordar que el USMCA establece la obligación de agotar los recursos nacionales o esperar treinta (30) meses desde el inicio de un procedimiento en sede local, para tener la opción de interponer una demanda bajo el régimen general del arbitraje Inversionista-Estado, circunscrito exclusivamente a la relación entre México y Estados Unidos, estableciendo una ventana de oportunidad para no cumplir este requisito en casos en los que aquella vía resulte manifiestamente fútil.⁵⁹

A la luz de estos tiempos, podríamos encontrar situaciones en los que el inversionista tendría diez y ocho (18) meses para interponer su demanda. Esta situación, según Cohen y Landicho (2018) daría lugar a fenómenos de reestructuración de las inversiones y de planificaciones de nacionalidad de las empresas/inversionistas o a la búsqueda de alternativas de protección de inversiones alternativas al USMCA, incluyendo otros tratados entre las partes del USMCA y otros Estados, en los que podrían quedar cubiertos por estándares de protección más favorables a los inversionistas.⁶⁰ Ambas prácticas, sin embargo, están prohibidas por el tratado.

En relación con la obligación que impone el USMCA de agotar la vía nacional para poder acceder al arbitraje Inversionista-Estado, el CETA hace exactamente lo contrario, bajo el fundamento de evitar múltiples procesos paralelos y con ello, una duplicidad de

⁵⁹ Habría que observar alcance de esta excepción a la regla general, sobre todo desde el punto de vista de la amplitud interpretativa que deja en manos del panel arbitral.

⁶⁰ Landicho, R. & Cohen, A. (2018). What's in a Name Change? For Investment Claims Under the New USMCA Instead of NAFTA, (Nearly) Everything. Kluwer Arbitration Blog. <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/10/05/whats-in-a-name-change-for-investment-claims-under-the-new-usmca-instead-of-nafta-nearly-everything/>

indemnizaciones. Así, establece como requisito para poder demandar bajo su cobertura, cancelar cualquier procedimiento anterior que se haya iniciado ante órganos jurisdiccionales de acuerdo con derecho interno o internacional o renunciar a cualquier derecho de iniciarlo en el futuro. Podríamos decir que este precepto representa un avance respecto de la coherencia de las decisiones jurídicas, aun cuando no impone el agotamiento de la vía doméstica en primer lugar, sino el cese y/o renuncia a este (y de cualquier otro en sede internacional) para seguir por la vía de la solución arbitral internacional, precisamente porque se refiere a todos los procesos en curso o a iniciar en el futuro, sean conforme a derecho interno o internacional.

El CPTPP, tiene parcialmente el mismo enfoque, ya que prohíbe acudir a la jurisdicción nacional una vez iniciado el procedimiento bajo su cobertura. Sin embargo, también impide iniciar un procedimiento de arbitraje inversionista-Estado conforme a su articulado, en los casos en los que se hayan iniciado previamente procedimientos por la vía doméstica cuando se trata de Chile, México, Perú y Vietnam (Anexo 9-J).

En síntesis, los tres tratados buscan garantizar un estado de derecho sostenido por los pilares de la certidumbre jurídica y previsibilidad, fundamentados por consistencia y coherencia de las decisiones jurídicas, y lo hacen de forma diferenciada.

Siguiendo con el análisis, encontramos que dos de los tres tratados, CETA y CPTPP, imponen la realización de consultas, previo sometimiento de una demanda. Los tres contemplan la mediación, entre otros medios de soluciones amistosas, estableciendo solo el CETA, sin embargo, la posibilidad de llevarla a cabo en cualquier momento del procedimiento.

Por último, destacaremos elementos de convergencia y divergencia en materia de excepciones al régimen de cobertura de los mecanismos de solución de controversias inversionista-Estado presentes en los tres tratados, lo que hemos llamado en el Capítulo II, la judicialización selectiva, en función de los tipos de demandas susceptibles de ser sometidas a los mecanismos correspondientes. Así, todos los tratados estudiados

incluyen algún tipo de restricción a su operación, sea a través de excepciones o regímenes especiales en virtud de los asuntos especialmente sensibles.

Por ejemplo, en materia de servicios financieros, el USMCA excluye por completo el acceso a los mecanismos de solución de controversias, mientras tanto CETA como CPTPP regulan regímenes específicos en los que las partes tienen la posibilidad de decidir sobre la aplicación de las “excepciones prudenciales”. El mismo enfoque se encuentra en la base del tratamiento que se da a las políticas fiscales o impuestos, con la diferencia de que en vez de tener esa competencia los Comités de Servicios Financieros, la decisión se toma en consultas entre las partes. Asimismo, los tres restringen el régimen aplicable en materia de reestructuración de deuda pública.

El CPTPP, a modo de excepción general, sustrae de la cobertura del arbitraje inversionista-Estado, las medidas tomadas por los Gobiernos en materia de control de tabaco. Probablemente, como reacción a la notoria demanda de Philip Morris contra Australia. Esta, no existe en los otros dos tratados. En nuestra opinión, si bien parece ser un paso positivo para que los Estados puedan regular en esta área muy particular concerniente a la salud (con la consecuencia de disminuir el efecto de enfriamiento regulatorio), también tiene la característica de ser una medida parcial, ad hoc, que de alguna forma dinamita los esfuerzos a nivel sistémico de salvaguardar la capacidad regulatoria de los Estados y la ejecución de políticas públicas dirigidas a proteger legítimos intereses públicos de forma general, lo cual, efectivamente tratan de hacer las partes en este (y los otros) tratado en el Artículo 9.16, el cual, por razones metodológicas, comentaremos en el apartado siguiente.

La mera existencia de esta excepción podría implicar indirectamente, y consecuentemente, permitir interpretaciones en este sentido, que otros objetivos legítimos de bienestar público, no solo en el área de la salud y medio ambiente, sino cualquiera de los mencionados específicamente al “salvaguardar” la potestad regulatoria de los Estados, serían menos significativos y, por tanto, susceptibles a ser impugnados en un arbitraje Inversionista-Estado. Este argumento, es extensivo en relación a los otros

tratos especiales mencionados con anterioridad, lo que nos lleva a preguntar, ¿si la voluntad de las partes es alejar del ámbito de competencia del arbitraje políticas públicas importantes, es este enfoque parcializado una respuesta adecuada para enfrentar una problemática sistémica? Creemos que, cuanto menos, la técnica es confusa.

3.2. El mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado, el desarrollo sostenible y los derechos humanos

Nuestra premisa al abordar la relación entre el mecanismo de solución de controversias Inversionista-Estado, como parte esencial del régimen de inversión internacional, los derechos humanos y el desarrollo sostenible, es que los flujos de inversión tienen, en principio, un impacto positivo tanto en los países receptores, como en aquellos que los emiten, y en la medida en que se alinean con el desarrollo sostenible, tienen mayor potencial de contribuir al fortalecimiento de los derechos humanos en todas sus dimensiones, pero fundamentalmente en lo que a los derechos económicos y sociales se refiere.

Es una premisa, pero no es automática. Para que efectivamente opere, se necesita la confluencia de una variedad de factores entre los que repunta el papel que juegan los Estados en ordenar y direccionar los objetivos, el destino, la conducta y potencialmente, los resultados de las inversiones. De esta forma, se hace necesario pensar un marco internacional de políticas de inversión -en su dimensión tanto sustantiva, como procedimental- que reme en el mismo sentido que el consenso mundial acerca del desarrollo sostenible y su institucionalización, los objetivos de desarrollo sostenible de la Agenda 2030.

Pero ¿qué es el desarrollo sostenible? En la Agenda 2030 se define como “el desarrollo capaz de satisfacer las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las futuras generaciones para satisfacer sus propias necesidades.” Prosigue con la aclaración de que “para alcanzar el desarrollo sostenible es fundamental armonizar tres elementos básicos, a saber, el crecimiento económico, la inclusión social y la protección

del medio ambiente. Estos elementos están interrelacionados y son todos esenciales para el bienestar de las personas y las sociedades.”⁶¹ Así, recoge definiciones de desarrollo que ya habían sido elaboradas en el marco de Naciones Unidas, como por ejemplo la ofrecida por Arjun Sengupta en su Informe de Experto Independiente sobre el Derecho a Desarrollo (UN Doc. E/CN.4/2000/WG.18/CRP.1 vía VanDuzer, Simons & Mayeda, 2012):

El derecho a desarrollo es el derecho a un proceso particular de desarrollo que permite la realización de derechos económicos, sociales y culturales, así como derechos civiles y políticos y todas las libertades fundamentales, expandiendo las capacidades y elecciones del individuo.⁶²

La nueva generación de AII, en la que incluimos a los tres tratados objeto de este estudio, se caracteriza por ciertas modificaciones que trata de imponer al modelo anterior, el cual ha sido cuestionado con el transcurso de los años, entre otras cosas, por restringir la potestad reguladora de los Estados los que, en última instancia, son los responsables de las grandes líneas directrices en favor del desarrollo sostenible.

Lo han hecho a través de varias técnicas, según Coleman, Cordes, y Johnson, (2019)⁶³: a través del preámbulo; en disposiciones que establecen el derecho a regular; mediante “obligaciones” de los inversionistas que en algunos casos dan lugar a denegación de beneficios/ventajas; no reducción de disposiciones de estándares y; excepciones generales.

En la matriz que se elaboró para este estudio, incluimos la categoría de temas transversales, en la que recogemos precisamente el contenido relacionado al desarrollo sostenible y los derechos humanos, que informan el tratado, pero, sobre todo, la

⁶¹ <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/development-agenda/>

⁶² Traducción propia.

⁶³ Coleman, J., Cordes, K.Y. & Johnson, L. (2019). Human Rights Law and the Investment Treaty Regime. CCSI Working Paper 2019, p.14. Columbia Center on Sustainable Investment. <http://ccsi.columbia.edu/files/2019/06/Coleman-Cordes-and-Johnson-Human-Rights-Law-and-the-Investment-Treaty-Regime.pdf>

operación del mecanismo de solución de controversias Inversionista-Estado, en cuanto fundamentan la acción del Estado, la cual es a su vez, el acto o conducta impugnada a través de los mecanismos de solución de controversias inversionista-Estado.

CETA, USMCA y CPTPP incluyen la reafirmación del derecho de los Estados a regular en protección de objetivos legítimos de bienestar público. El primero tiene un contenido algo más extenso que los segundos dos, ya que menciona expresamente la sujeción a la democracia y los derechos humanos, el compromiso a promover el desarrollo sostenible en sus dimensiones económica, medioambiental y social, la responsabilidad social empresarial, la identidad cultural, entre otros, además del derecho regulatorio de los Estados para llegar a objetivos políticos legítimos, mencionando expresamente la protección de la salud pública, la seguridad, el medio ambiente, la moral pública, la protección social o de consumo o la promoción y protección de la diversidad cultural. Este último contenido es confirmado en el capítulo de Inversión, mediante una disposición individualizada, lo que le da un carácter operativo y vinculante.

USMCA y CPTPP comparten enunciado muy similar en los preámbulos, que reconocen el derecho regulatorio de los Estados y su potestad para establecer prioridades legislativas y regulatorias, así como proteger objetivos legítimos de bienestar público, como salud, seguridad, medioambiental, conservación de los recursos naturales no renovables vivos o no vivos, integridad y estabilidad del sistema financiero y la moral pública. Asimismo, menciona la protección de la vida o salud humana, animal o de las plantas.

El preámbulo parece una ubicación secundaria, sin embargo, en aplicación de la regla general de interpretación, contenida en el Artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y que establece que “Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”, aquél adquiere una dimensión importante para la interpretación teleológica del articulado de los tratados.

El derecho a regular se revalida, además, en disposiciones dedicadas exclusivamente a él, con la exigencia de hacerlo en búsqueda de objetivos de bienestar público. De nuevo, según la clasificación que realizan Coleman, Cordes, y Johnson (2019)⁶⁴, CPTPP y USMCA utilizan la técnica de referirse al derecho del Estado a regular *la inversión* en interés público, mientras el CETA lo hace estableciendo el derecho a regular *en general* en el interés público.

Estas disposiciones tienen la siguiente formulación casi idéntica en USMCA y CPTPP:

“Nada de lo dispuesto en este Capítulo se interpretará en el sentido de impedir a una Parte adoptar, mantener o hacer cumplir cualquier medida, *que sea compatible* con este Capítulo, que considere apropiada para asegurar que la actividad de inversión en su territorio se realice de una manera sensible al medio ambiente, salud (seguridad en USMCA) u otros objetivos regulatorios.”⁶⁵

Coincidiendo con la posición de L. Johnson & L. Sachs (2015), creemos que estos artículos afirman el derecho de regular, pero inmediatamente después, dan un giro, condicionándolo a un ejercicio de acuerdo a lo establecido en los capítulos de inversión correspondientes, es decir, sometién dose a las exigencias de trato, lo cual, niega los propios objetivos de las disposiciones, dejando la puerta abierta para impugnaciones de parte de los inversionistas.⁶⁶

Asimismo, los tres tratados regulan la responsabilidad social empresarial, propiciando un papel activo del Estado para incentivar la incorporación voluntaria por parte de las empresas del país o que operan en este, de estándares, directrices y principios que orientan la responsabilidad social empresarial, reconocidos internacionalmente que

⁶⁴ Coleman, J., Cordes, K.Y. & Johnson, L. (2019). Human Rights Law and the Investment Treaty Regime. CCSI Working Paper 2019, p.15. Columbia Center on Sustainable Investment. <http://ccsi.columbia.edu/files/2019/06/Coleman-Cordes-and-Johnson-Human-Rights-Law-and-the-Investment-Treaty-Regime.pdf>

⁶⁵ Artículos 14.16 USMCA y 9.16 CPTPP.

⁶⁶ Johnson, L. & Sachs, L. (2015). The TPP's Investment Chapter: Entrenching, rather than reforming, a flawed system, p.2. Columbia Center on Sustainable Investment. <http://ccsi.columbia.edu/2015/11/18/the-tpps-investment-chapter-entrenching-rather-than-reforming-a-flawed-system/>

hayan sido aprobados o sean apoyados por ese país. Es un enfoque un tanto voluntarista, que no impone obligaciones a los inversionistas.

Buscando entre las excepciones generales, debemos destacar la que lleva a cabo el CPTPP en relación al pueblo originario maorí y la interpretación del Tratado de Waitangi, que no puede ser sometida a arbitraje Inversionista-Estado.

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES

Una nueva generación de tratados internacionales de inversión y, crecientemente más, tratados de libre comercio con capítulos de inversión, están tomando la delantera en la configuración del régimen internacional de inversión. Vienen con vocación de sustituir una institucionalidad asentada desde hace treinta (30) años en un paradigma de relaciones asimétricas entre países emisores y países receptores de inversión, países desarrollados y países en desarrollo, que se vio profundamente trastocado tras la crisis financiera mundial del período 2007-2009. Los flujos de capital y de inversión productiva, no tuvieron inconveniente alguno en romper los esquemas hasta entonces dominantes, al convertir a receptores en emisores y emisores en receptores. De pronto, países que hasta entonces no habían enfrentado el reto que supone ser demandado en un arbitraje Inversionista-Estado, se vieron sumidos en millonarios procedimientos iniciados por inversionistas quienes, amparados por la profusa red de Acuerdos Internacionales de Inversión, tomaron la decisión de impugnar legítimas políticas diseñadas, aprobadas y/o ejecutadas por los Estados en protección de intereses públicos, gravemente afectados en un contexto de crisis económica y financiera.

Si bien el mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado, tomando la forma de arbitraje inversionista-Estado, lleva funcionando desde hace más de treinta (30) años, no es sino a partir de la experiencia acumulativa adquirida a raíz de la explosión de su uso por parte de los inversionistas, que empezó a ser cuestionado. Primero, por los directamente afectados, los países en desarrollo; después, por parte de la academia y sociedad civil; por último, y sorprendentemente coincidente con el aumento de casos en su contra, por los países desarrollados. Se empiezan a escuchar más voces (y más fuertes) de la existencia de una crisis de legitimidad del sistema de arbitraje inversionista-Estado, de la necesidad de su reforma, de lo inaplazable de su alineamiento con el desarrollo sostenible, nuevo paradigma histórico.

Y es aquí donde comienzan las divergencias, determinadas por la agenda particular de cada actor. Estas, se distinguen claramente a lo largo de este estudio, centrado en los

tres tratados, protagonistas últimos de la corriente reformadora en materia de inversión, y de lo que nos ocupa directamente, el mecanismo de solución de controversias, en conjunto con los estándares sustantivos que mayor incidencia tienen en aquél.

Nuestro resumen podría ser el siguiente. Unos juegan a mantener en esencia sus propios modelos, introduciendo sí, precisiones y delimitaciones. Otros, intentan impulsar un modelo nuevo, aunque dando dos pasos hacia delante y tres hacia atrás. Los terceros, tratan de poner al unísono demasiadas voces divergentes. Y los últimos, se prestan para todos los anteriores.

Tras desplegar una matriz que incluye tanto elementos estrictamente atinentes al mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado, como otros, pertenecientes al ámbito sustantivo, encontramos tres diferentes estrategias para recoger el esfuerzo reformador en la disciplina.

En principio, los factores de mayor divergencia son los relacionados al diseño institucional del mecanismo de solución de controversias, optando el CPTPP y el USMCA por un marco más conservador, del arbitraje inversionista-Estado tradicional ad hoc, aunque mejorado mediante delimitaciones tanto del procedimiento, como de las cláusulas sustantivas que proporcionan los fundamentos para su existencia. El USMCA, en este sentido, está medio paso adelantado, o si se prefiere, al costado, con un régimen general en el que solo aplican los estándares de no discriminación, y de expropiación directa, y otro especial para controversias relacionadas con contratos cubiertos del Estado en ciertos sectores, donde operan también la expropiación indirecta y el estándar mínimo de trato (trato justo y equitativo y protección y seguridad plenas).

Sin perjuicio de lo anterior, el USMCA irrumpe con una duplicidad de mecanismos de solución de controversias inversionista-Estado, añadiendo al descrito más arriba, la jurisdicción nacional, operando cada uno de ellos en directa relación con los involucrados. Este es, uno de los elementos más disruptivos observados, y pone de relieve una opción largamente ignorada por el *mainstream* en inversión, que es la

validación de la vía jurisdiccional nacional y con ella, de los ordenamientos jurídicos nacionales, como foros adecuados para la solución de controversias surgidas de la relación entre inversionista y Estado. Una opción más que lógica, sobre todo si se trata de países desarrollados, con una vasta trayectoria democrática, instituciones sólidas y tradición legal madura, que muestra un interesante giro en las posiciones habituales de Estados Unidos. La priorización de las cortes domésticas se ve aún más clara a la luz de la exigencia de agotamiento de las vías nacionales o la espera de un plazo de 30 meses como premisa para iniciar un procedimiento de arbitraje inversionista-Estado si el otro involucrado es México.

No es de extrañar que nada de esto esté presente en el CPTPP, por múltiples razones, de las que podríamos perfilar, la complejidad de llegar a consensos satisfactorios para el significativo número de países, hoy firmantes, que se encuentran en estados de desarrollo desiguales, que tienen sistemas políticos diferentes que, además, tienen tradiciones legales dispares y que tampoco comparten necesariamente una visión crítica al arbitraje inversionista-Estado. Recordemos, además, que Estados Unidos fue parte negociadora muy activa, dirigida por otra Administración, que tampoco compartía necesariamente las posiciones de la actual, la cual, a propósito, terminó retirando al país del Tratado.

En cambio, cuando hablamos del CETA, nos tenemos que referir a una estrategia de reforma si no antagónica, sí discrepante, materializada en lo que se ha llamado el Sistema de Corte de Inversión, una apuesta ciertamente diferenciadora, a medio camino entre el arbitraje inversionista-Estado y la Corte Multilateral de Inversión, la propuesta estratégica de la Unión Europea, a través de la Comisión Europea (que ostenta en exclusividad la competencia en inversión extranjera directa).

Valoramos tres (03) aspectos con vocación “subversiva” en este sistema. En primer lugar, la implantación de la instancia de apelación, a través de la creación de un Tribunal de Apelación. Le siguen las medidas deontológicas tomadas para garantizar las independencia, imparcialidad y competencia de los miembros del Tribunal permanente

del CETA; y, por último, el funcionamiento del Tribunal y ciertas características procedimentales. Son medidas que están dirigidas a dar respuesta a tres de las críticas más fundamentadas al modelo de arbitraje inversionista-Estado y que son parte nuclear de su agenda reformadora: la inconsistencia, incoherencia y en ocasiones, dudosa calidad de las decisiones arbitrales, por un lado; el posible sesgo (o su sola sospecha), conflicto de intereses e insuficiente cualificación de quienes ejercen como árbitros, por otro; y la existencia de intereses financieros de los árbitros, que estarían detrás de decisiones positivas sobre jurisdicción, así como dilataciones del proceso.

Convergen los tres tratados en dirigir la atención a la salvaguardia del derecho de los Estados a regular buscando la protección de legítimos objetivos de bienestar público. Con ello, vinculan la visión a largo plazo que ofrece el nuevo paradigma del desarrollo sostenible (y a través de este, los derechos humanos) al régimen internacional de inversión y sus mecanismos de solución de controversias. Es cuestión de tiempo ver si tendrán éxito en hacerlo, tal y como están formuladas, sobre todo en el USMCA y en el CPTPP, donde se introdujo esta especie de giro en U “castrante”, vinculando el derecho regulatorio a la conformidad con el contenido del capítulo.

El futuro también mostrará cuál va a ser el destino de los modelos que se proponen hoy, que tienen que superar un obstáculo fundamental: entrar en vigor. Un rodaje esencial y necesario en aquellos casos en los que se presenta una propuesta, cuyo funcionamiento no ha sido observado todavía (independientemente de los posibles parecidos con la solución de diferencias *a la* OMC).

El presente ya está demostrando que la reforma del mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado ya no es un fenómeno marginal. Son los grandes poderes económicos, los actores políticos principales a nivel mundial, los que están encabezándola. Y por ello es importante prestarle mucha atención, ya que la propuesta de hoy será el estándar de mañana. ¿Cuál será?

Hoy, no podemos aventurarnos a una respuesta certera.

Lo que sí podemos concluir es que las propuestas de una institución multilateral de solución de controversias inversionista-Estado, como la que sugieren Schill y Vidigal, que albergue un sistema de mecanismo de solución de controversias “a la carte”, en el cual convivan un Tribunal Multilateral de Inversión, el arbitraje inversionista-Estado o el arbitraje inter-Estado para la solución de controversias de inversión, tiene la ventaja -al menos en una fase inicial- de proporcionar una plataforma de convergencia en un contexto de reforma, que dé cabida tanto a los diferentes modelos de solución de controversias, como a los diversos contenidos sustantivos.

BIBLIOGRAFÍA

Bibliografía

Acuerdo Estados Unidos, México, Canadá. (2018). Última consulta el 03 de julio de 2019, disponible en:

https://ustr.gov/sites/default/files/files/agreements/FTA/USMCA/Text/14_Investment.pdf

Acuerdo Integral sobre Economía y Comercio. (2016). Última consulta el 03 de julio de 2019, disponible en:

[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:22017A0114\(01\)&qid=1561149793640&from=ES](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:22017A0114(01)&qid=1561149793640&from=ES)

Bernasconi-Osterwalder, N. & and Dietrich, M. (2015). Comparative Commentary to Brazil's Cooperation and Investment Facilitation Agreements (CIFAs) with Mozambique, Angola, Mexico, and Malawi. Geneva: International Institute for Sustainable Development IISD. Consultado el 20 de mayo de 2019, disponible en:

<https://www.iisd.org/sites/default/files/publications/commentary-brazil-cifas-acfis-mozambique-angola-mexico-malawi.pdf>

Bernasconi-Osterwalder, N. (2013) Commentary to the Draft Investment Chapter of the Canada-EU Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA). IISD Report. International Institute for Sustainable Development. Consultado el 02 de julio de 2019, disponible en:

https://www.iisd.org/sites/default/files/publications/commentary_investment_chapter_CETA.pdf

Brower, C.N. & Blanchard, S. (2014). What's in a Meme? The Truth about Investor-State Arbitration: Why It Need Not, and Must Not, Be Repossessed by States. Colum. J. Transnat'l L. 52 (2014): 689–896. Pp. 716-719. Consultado el 03 de julio de 2019, disponible en:

http://blogs2.law.columbia.edu/jtl/wp-content/uploads/sites/4/2014/10/52ColumJTransnatlL689_Whats-in-a-Meme.pdf

Caballero, L.B. (2016). El Arbitraje CIADI y los Mecanismos Preventivos de Solución de Controversias Inversionista-Estado. El Caso Peruano. Lex: Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Alas Peruanas. Vol. 14, Nº. 18, 2016. Consultado el 05 de mayo de 2019, disponible en:

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5755421>

Coleman, J., Cordes, K.Y. & Johnson, L. (2019). Human Rights Law and the Investment Treaty Regime. CCSI Working Paper 2019. Columbia Center on Sustainable Investment. Consultado el 28 de junio de 2019, disponible en:

<http://ccsi.columbia.edu/files/2019/06/Coleman-Cordes-and-Johnson-Human-Rights-Law-and-the-Investment-Treaty-Regime.pdf>

Gallagher, K. & Kozul-Wright, R. (2019). A New Multilateralism for Shared Prosperity: Geneva Principles for a Global Green New Deal. Global Development Policy Center, Boston University. United Nations Conference on Trade and Development. Consultado el 15 de mayo, disponible en:

https://www.bu.edu/gdp/files/2019/04/A-New-Multilateralism-GDPC_UNCTAD.pdf

García, F. (2016). Investment treaties are about justice. Columbia FDI Perspectives. Perspectives on topical foreign direct investment issues, No. 185 October 24, 2016. Columbia Center on Sustainable Investment. Consultado el 15 de mayo, disponible en:

<https://lawdigitalcommons.bc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2034&context=lsfp>

Garcia, F., Ciko, L., Gaurav, A. & Hough, K. (2015). Reforming the International Investment Regime: Lessons from International Trade Law, *Journal of International Economic Law*, Volume 18, Issue 4, December 2015, Pages 861–892. Consultado el 14 de mayo, disponible en:

<https://doi.org/10.1093/jiel/jgv042>

Gruszczynski, L. (2015). The Tran-Pacific Partnership Agreement and ISDS Carve-out for Tobacco Control Measures. *European Journal of Risk Regulation*, 4/2015.

Consultado el 02 de julio, disponible en:

<https://www.cambridge.org/core/journals/european-journal-of-risk-regulation/article/transpacific-partnership-agreement-and-the-isds-carveout-for-tobacco-control-measures/C82FFF6CD5147E341C67ECB9B4C0B9B5>

ICSID (2018). Backgrounder on Proposals for Amendment of the ICSID Rules, August 2018. Protection of Investment Act. Act N°22 (2015). Official Gazette, Vol. 606, No. 39514. Consultado el 20 de mayo, disponible en:

<https://investmentpolicy.unctad.org/investment-laws/laws/157/investment-act>

Jadeu, F. & Gélinas, F. (2016). CETA's Definition of the Fair and Equitable Treatment Standard: Toward a Guided and Constrained Interpretation. *Transnational Dispute Management*. Vol.13. Issue 1. March 2016. Consultado el 02 de julio de 2019, disponible en:

<https://www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=2319>

Jonson, L. & Sachs, L. (2015). The TPP's Investment Chapter: Entrenching, rather than reforming, a flawed system. Columbia Center on Sustainable Investment. Consultado el 20 de junio de 2019, disponible en:

<http://ccsi.columbia.edu/2015/11/18/the-tpps-investment-chapter-entrenching-rather-than-reforming-a-flawed-system/>

Polanco, R. & Gómez, S. (2018). A Requiem for the Trans-Pacific Partnership: Something New, Something Old and Something Borrowed? Melbourne Journal of International Law 18/2. Consultado el 02 de julio de 2019, disponible en:

https://law.unimelb.edu.au/_data/assets/pdf_file/0008/2746376/Polanco-paginated.pdf

Roberts, A. & Bouraoui, Z. (2018). UNCITRAL and ISDS Reforms: Concerns about Consistency, Predictability and Correctness. EJIL Talk. Consultado el 03 de julio de 2019, disponible en: <https://www.ejiltalk.org/uncitral-and-isds-reforms-concerns-about-consistency-predictability-and-correctness/>

Sauvant, K. (2019). The State of the International Investment Law and Policy Regime. Columbia FDI Perspectives. Perspectives on topical foreign direct investment issues, No. 247, March 11, 2019. Columbia Center on Sustainable Investment. Consultado el 16 de abril de 2019, disponible en:

<http://ccsi.columbia.edu/files/2018/10/No-247-Sauvant-FINAL.pdf>

Schill, S. & Vidigal, G. (2018). Cutting the Gordian Knot: Investment Dispute Settlement à la Carte. RTA Exchange. Geneva: International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD) and the Inter-American Development Bank (IDB). Consultado el 29 de junio de 2019, disponible en:

https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/rta_exchange_-_investment_dispute_settlement_-_schill_and_vidigal.pdf

Schill, S. (2017). In defense of International Investment Law. Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper No. 2017-10. Amsterdam: Amsterdam Center for International Law. Consultado el 02 de julio de 2019, disponible en:

https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2922520

Schill, S. (2006). Fair and Equitable Treatment under Investment Treaties as an Embodiment of the Rule of Law. IILJ Working Paper 2006/6 (Global Administrative Law Series). New York University School of Law. Consultado el 15 de abril de 2019, disponible en:

<http://iilj.org/wp-content/uploads/2016/08/Schill-Fair-and-Equitable-Treatment-under-Investment-Treaties-as-an-Embodiment-of-the-Rule-of-Law-2006-2.pdf>

Simma, B. (2011). Foreign Investment Arbitration: A Place for Human Rights? ICLQ 60 (July 2011). Consultado el 20 de junio de 2019, disponible en: <https://epub.ub.uni-muenchen.de/23165/1/simma.pdf>

Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico. (2018). Última consulta el 03 de julio de 2019, disponible en: <https://www.direcon.gob.cl/capitulos-del-acuerdo/>

Titi, C. (2018). The Evolution of Substantive Investment Protections in Recent Trade and Investment Treaties. RTA Exchange. Geneva: International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD) and the Inter-American Development Bank (IDB). Consultado el 20 de junio de 2019, disponible en: http://e15initiative.org/wp-content/uploads/2015/09/ictsd_-_the_evolution_of_substantive_investment_protections_in_recent_trade_and_investment_treaties_-_titi.pdf

Tietje, C & Baetens, F. (2014). The Impact of Investor-State-Dispute Settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership. Ministry of Foreign Affairs of the Netherlands. Consultado el 01 de julio de 2019, disponible en: <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2014/06/24/the-impact-of-investor-state-dispute-settlement-isds-in-the-ttip>

Vandeveld, K. (2018). IIA provisions, properly interpreted, are fully consistent with a robust regulatory state. Columbia FDI Perspectives. Perspectives on topical foreign direct investment issues, No. 216 January 1, 2018. Columbia Center on Sustainable Investment. Consultado el 15 de abril de 2019, disponible en: <http://ccsi.columbia.edu/files/2016/10/No-216-Vandeveld-FINAL.pdf>

VanDuzer, J.A., Simons, P. & Mayeda, G. (2012). Integrating Sustainable Development into International Investment Agreements: A Guide for Developing Countries Prepared for the Commonwealth Secretariat. London: Commonwealth Secretariat. Consultado el 02 de julio de 2019, disponible en: https://www.iisd.org/pdf/2012/6th_annual_forum_commonwealth_guide.pdf

Van Harten, G. (2016). Arbitrator Behaviour in Asymmetrical Adjudication (Part Two): An Examination of Hypotheses of Bias in Investment Treaty Arbitration. Osgoode Hall Law Journal 53.2 (2016): 540-586. Consultado el 14 de abril de 2019, disponible en: <http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/ohlj/vol53/iss2/6>

Van Harten, G. (2007). *Investment Treaty Arbitration and Public Law*. Oxford: Oxford University Press. Última consulta el 02 de julio de 2019.

Xin, S. & Hough, K. (2019). *Researching Third-Party Funding in Investor-State Dispute Settlement*. Consultado el 03 de julio de 2019, disponible en: https://www.nyulawglobal.org/globalex/Third-Party_Funding_Investor-State_Dispute_Settlement.html#_1_Introduction

UNCITRAL (2019). *Report of Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform) on the work of its thirty-seventh session (advance copy)*, A/CN.9/970, 9 April 2019. Consultado el 03 de julio de 2019, disponible en: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/acn9_970_as_sub_1.pdf

UNCITRAL (2018a). *Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS)*, Note by the Secretariat, A/CN.9/WG.III/WP.149, 5 September 2018. Consultado el 15 de ayo de 2019, disponible en: http://www.uncitral.org/pdf/english/workinggroups/wg_3/WGIII-36th-session/149_main_paper_7_September_DRAFT.pdf

UNCITRAL (2018b). *Report of the Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform) on the work of its thirty-sixth session (Vienna, 29 October – 2 November 2018)*, A/CN.9/964, 6 November 2018. Consultado el 02 de julio de 2019, disponible en: <https://undocs.org/en/A/CN.9/964>

UNCITRAL (2018c). *Propuesta Conjunta Chile-Japón-Israel a Grupo de Trabajo III de UNCITRAL*. A/CN.9/WG.III/WP.163. Consultado el 14 de abril de 2019, disponible en: <https://undocs.org/en/A/CN.9/WG.III/WP.163>

UNCITRAL. (2018d). *Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS) Submission from the European Union*. A/CN.9/WG.III/WP.145. Consultado el 03 de julio de 2019, disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V17/088/32/PDF/V1708832.pdf?OpenElement>

UNCTAD (2019a). *World Investment Report 2019. Special Economic Zones*. Geneva: United Nations Publications. Consultado el 02 de julio de 2019, disponible en: https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2019_en.pdf

UNCTAD (2019b). Reforming Investment Dispute Settlement: A Stocktaking. IIAA Issues Note, March, 2019. Geneva: United Nations Publications. Consultado el 10 de mayo de 2019, disponible en:

https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcbinf2019d3_en.pdf

UNCTAD. (2018a). UNCTADs Reform Package for the International Investment Regime. Geneva: United Nations Publications. Consultado el 05 de mayo de 2019, disponible en:

https://investmentpolicyhubold.unctad.org/Upload/Documents/UNCTAD_Reform_Package_2018.pdf

UNCTAD (2018b). World Investment Report 2018. Investment and New Industrial Policies. Geneva: United Nations Publications. Consultado el 15 de abril de 2019, disponible en:

https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2018_en.pdf

UNCTAD (2017). IIA Issues Note. Special Update on Investor-State Dispute Settlement: Facts and Figures. November 2017. Geneva: United Nations Publications. Consultado el 15 de abril de 2019, disponible en:

https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcb2017d7_en.pdf

UNCTAD. (2013). World Investment Report 2013: Global Value Chains: Investment and Trade for Development. Geneva: United Nations Publications. Consultado el 05 de abril de 2019, disponible en:

https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2013_en.pdf