

ARBITRAJE INVERSOR-ESTADO: DE “BELLA DURMIENTE” A “LEÓN EN LA JUNGLA”

INVESTOR-STATE ARBITRATION: FROM “SLEEPING BEAUTY” TO “LION IN THE JUNGLE”

Enrique Fernández Masiá*

Sumario: I. EL SISTEMA ACTUAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS INVERSOR-ESTADO. II. CRECIMIENTO EXPONENCIAL DE LA LITIGIOSIDAD Y CRÍTICAS AL SISTEMA. III. LA CREACIÓN DE UN NUEVO CENTRO DE ARBITRAJE POR PARTE DE LOS PAÍSES LATINOAMERICANOS. IV. LA EXCLUSIÓN DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL POR PARTE DE AUSTRALIA EN SUS FUTUROS ACUERDOS INTERNACIONALES. V. EL REPLANTEAMIENTO DE SU POLÍTICA EXTERIOR POR PARTE DE SUDÁFRICA E INDIA. VI. VALORACIÓN FINAL: UNA MIRADA AL FUTURO.

RESUMEN: El creciente número de casos pone de manifiesto los beneficios y deficiencias del arbitraje internacional de inversiones. La mayoría de los países consideran el sistema de arreglo de controversias inversor-Estado como un elemento clave de la protección de la inversión extranjera, pero están reformando determinados aspectos del mismo. En este sentido, los nuevos Acuerdos internacionales introducen innovaciones procesales y cambios en la terminología de las disposiciones sustantivas buscando una aproximación equilibrada que reconozca los intereses legítimos tanto de los inversores extranjeros como de los Estados receptores de las inversiones. Sin embargo, otros gobiernos han dado pasos más radicales. Por ejemplo, los países latinoamericanos han propuesto la creación de un nuevo centro de arbitraje de inversiones de forma alternativa al CIADI. Australia tiene la intención de no incluir más cláusulas de solución de diferencias que permitan el arbitraje inversor-Estado en sus acuerdos futuros, mientras que Sudáfrica e India están revisando su política exterior en relación a la inversión directa extranjera.

PALABRAS CLAVE: Derecho internacional de inversiones, Arbitraje de inversiones, CIADI, Resolución de controversias inversor-Estado.

ABSTRACT: The growing number of cases highlights benefits and deficiencies of international investment arbitration. Most countries consider the investor-state dispute settlement system a key element of international investment protection, but are reforming selected aspects of the same. In this sense, the new

Fecha de recepción del original: 8 de julio de 2013. Fecha de aceptación de la versión final: 21 de septiembre de 2013.

*Profesor Titular de Derecho Internacional Privado. Universidad de Castilla-La Mancha. Enrique.Fdez@uclm.es. Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto titulado “La experiencia del arbitraje y la mediación en los sistemas anglosajones y asiáticos y su incorporación en el nuevo modelo de justicia español del siglo XXI”, DER2010-17126.

international Agreements introduce procedural innovations and changes in the wording of the substantive provisions looking forward a balanced approach that recognizes the legitimate interests of both host countries and foreign investors. But other governments have taken more radical steps. For example, Latin American countries have proposed the creation of a new investment arbitration center alternatively to ICSID. Australia intends no longer to include dispute resolution clauses allowing investor-state arbitration in future treaties, while South Africa and India are reviewing their external policy about foreign direct investment.

KEYWORDS: *International Investment Law, Investment Arbitration, ICSID, Investor-State Disputes Settlement.*

I. EL SISTEMA ACTUAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS INVERSOR-ESTADO

1. En los últimos veinte años el arbitraje de inversiones extranjeras ha crecido de manera vertiginosa, pasando de ser un fenómeno francamente excepcional en el mundo de la resolución de controversias internacionales a ser un objeto preeminente de estudio para cualquiera que se acerque al ámbito de las inversiones extranjeras y su problemática. Así, con cerca de cuarenta nuevos casos por año, el número total de asuntos sometidos a arbitraje llega ya a la cifra de 518, a finales del año 2012¹.

Se ha de señalar, sin embargo, que no todas las instituciones arbitrales hacen públicos mediante un registro los casos que se inician, por lo que es posible que la cifra real de asuntos sometidos a arbitraje internacional en esta materia sea mayor a la anteriormente citada. En este sentido, el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones –en adelante CIADI- es la única institución arbitral que mantiene un registro público de todos los casos presentados -314 casos-, aunque también la Corte Permanente de Arbitraje de la Haya, que administra casos bajo las reglas de arbitraje de la CNUDMI, comunica periódicamente los asuntos sometidos a este foro arbitral, señalándose que hasta la fecha citada eran 85, de los cuales solamente 18 se habían hecho públicos.

2. La razón fundamental de la amplia utilización del arbitraje internacional en este ámbito a nivel universal se encuentra en la creciente presencia y proliferación de Acuerdos Internacionales sobre Inversiones –en adelante AIIs-. A finales de 2010 existían 2807 Tratados bilaterales sobre inversiones a los que hay que sumar un número de 309 de Acuerdos de libre comercio y de integración económica, que en términos comparativos de su contenido en relación con las disposiciones sobre protección de inversiones tienen una similitud muy grande respecto de aquellos, incluyendo los preceptos relativos a los métodos de solución de controversias inversor-Estado². A ellos

¹UNCTAD; “Recent Developments in Investor-State Dispute Settlement (ISDS)”, *IIA Issues Note*, nº1, March, 2013, p.3., disponible en http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2013d3_en.pdf.

² Vid. UNCTAD; “World Investment Report 2011: Non-Equity Modes of International Production and Development”, 2011, p.100, disponible en <http://www.unctad-docs.org/files/UNCTAD-WIR2011-Full-en.pdf>.

podrían añadirse, aunque su contenido no es estrictamente relativo al Derecho internacional de inversiones, los 2976 Tratados internacionales sobre doble imposición existentes.

Si bien tradicionalmente, estos Acuerdos básicamente tenían una naturaleza bilateral, donde los Estados parte asumían recíprocamente una serie de compromisos de promoción y protección de las inversiones realizadas por los inversores de la otra parte contratante –de ahí la terminología típica utilizada designándolos como Tratados bilaterales sobre promoción y protección de inversiones-, hoy en día esta materia se incluye como una más dentro de una negociación más amplia de Acuerdos de Libre comercio y Acuerdos de integración económica, donde se contemplan normas relativas al libre movimiento de mercancías, servicios, capital y personas.

El fenómeno de la integración regional ha conducido a la inclusión de disposiciones sobre inversiones en algunos Tratados de Libre comercio multilaterales³. Entre otros, nos estamos refiriendo al Tratado de Libre Comercio de América del Norte –TLCAN-, del que forman parte los Estados Unidos, Canadá y México, El Tratado de la Carta de la Energía, el Acuerdo sobre Libre Comercio de Cartagena de 1994 entre México, Colombia y Venezuela, los Protocolos de Colonia y de Buenos Aires sobre inversión del MERCOSUR de 1994, el Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos, Centroamérica y República Dominicana de 2004, el Acuerdo sobre inversiones de la ASEAN del 2009, el Acuerdo de Libre Comercio entre la ASEAN, Australia y Nueva Zelanda de 2009 o el Acuerdo sobre inversiones entre la ASEAN y China de 2009. Igualmente, un buen ejemplo en la actualidad lo constituye el Acuerdo que se está negociando entre los países más importantes del área del Pacífico para crear una zona de Libre comercio –Acuerdo de Asociación Transpacífico, TPP en sus siglas en inglés-⁴. Del mismo modo, esta es la idea de negociación presente en los Acuerdos futuros de la Unión Europea en este ámbito –especialmente con Canadá, Estados Unidos, India, China y Singapur-⁵.

3. Estos AII son en la actualidad, en ausencia de un gran instrumento multilateral sobre esta materia⁶, los instrumentos básicos de regulación de la protección jurídica de las

³Vid. Sobre esta cuestión, REINISCH, A.; “Investment Protection and Dispute Settlement in Preferential Trade Agreements: A Challenge to BITS?”, *ICSID Review*, Vol.21, n°.2, 2009, pp.416 y ss.; SCHILL, S. y JACOB, M.; “Trends in International Investment Agreements 2010-211: The Increasing Complexity of International Law”, *Yearbook on International Investment Law and Policy 2011/2012*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp.141 y ss; UNCTAD; “The Rise of Regionalism in International Investment Policymaking: Consolidation or Complexity”, *II Issues Note*, n°3, june 2013.

⁴Vid. LEWIS, M.K.; “The Trans-Pacific Partnership. New Paradigm or Wolf in Sheep’s Clothing?”, *Boston College International & Comparative Law Review*, Vol.34, 2011, pp.27-52.

⁵Vid. M.BUNGENBERG y C.TITI; “Developments in International Investment Law”, *European Yearbook of International Economic Law*, Vol.4, 2013, pp.443-447.

⁶ Recientemente K.P.SAUVANT y F.ORTINO defienden la necesidad de promover un marco multilateral para la protección de las inversiones extranjeras, una idea que está siendo apoyada por diversas instituciones económicas a nivel internacional, en especial la UNCTAD y la OCDE, a través de reuniones y seminarios, con el fin de mejorar el régimen actual disperso en multitud de textos de diverso alcance, “The Need for an International Investment Consensus-Building Process”, *Columbia FDI Perspectives*, n°.101, 12 august 2013, disponible en <http://www.vcc.columbia.edu/content/need-international->

inversiones extranjeras⁷. Su continua negociación y celebración es un elemento clave para la estabilización e incremento de los flujos de inversiones directas extranjeras y que se estiman en cerca de 1,3 billones de dólares a finales de 2012.

Esta cifra supone una bajada de un 16% respecto a los niveles del 2011 y nos sitúa en unos números parecidos a 2009. Los incrementos producidos en los dos años anteriores se han esfumado debido fundamentalmente a los riesgos e incertidumbres políticas latentes y la fragilidad macroeconómica mundial. Destacan especialmente dos datos sobre las cifras de inversión directa extranjera a nivel global: en primer lugar, el descenso es muy importante en relación a los flujos destinados a los países más desarrollados, colocándose en niveles no vistos desde hace diez años y, en segundo lugar, que las inversiones dirigidas a países en desarrollo superan por primera vez en la historia en número a las dirigidas a los países más desarrollados⁸.

4. En estos Acuerdos se incluyen una serie de derechos básicos del inversor, también denominados estándares de protección, que incluirían el tratamiento justo y equitativo, la plena protección y seguridad, el principio de no discriminación, la cláusula de la nación más favorecida, la protección del inversor frente a la expropiación y el compromiso de permitir la libre transferencia de rentas⁹.

Junto con esta protección sustancial, en los mismos y configurándose como una garantía más de protección de las inversiones extranjeras, se incluyen también las disposiciones que contemplan los métodos de resolución de controversias entre el Estado y el

investment-consensus-building-process. En el mismo sentido, N.GRAUGNARD; "Toward a Multilateral Framework for Investment", *Columbia FDI Perspectives*, n.º.103, 2 september 2013, disponible en <http://www.vcc.columbia.edu/content/toward-multilateral-framework-investment>. Frente a ellos y, en nuestra opinión mucho más realista y acorde con las actuales circunstancias, A.BERGER defiende la opción de lograr una mayor unificación de las normas de protección de las inversiones extranjeras a través de un esfuerzo de coordinación global en el actual proceso de cooperación regional que se está plasmando en los citados Acuerdos de libre comercio como el TPP o el Acuerdo Estados Unidos-Unión Europea, "The Futile Debate over a Multilateral Framework for Investment", *Columbia FDI Perspectives*, n.º.102, 26 august 2013, disponible en <http://www.vcc.columbia.edu/content/futile-debate-over-multilateral-framework-investment>.

⁷Vid. IRURETAGOIENA AGIRREZABALAGA, I.; "Promoción y protección de las inversiones españolas en el extranjero: los APPRI", *Anuario español de Derecho Internacional Privado*, 2002, pp.151-184; VANDELDE, K.J., "A Brief History of International Investment Agreements", *UC Davis Journal of International Law and Policy*, Vol.12, 2005, pp.157 y ss.; GARCIA RODRIGUEZ, I.; *La protección de las inversiones extranjeras. Los acuerdos de promoción y protección recíproca de inversiones celebrados por España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005; NEWCOMBE, A. y PARADELL, LL.; *Law and Practice of Investment Treaties*, Kluwer, 2009; SALACUSE, J.W.; *The Law of Investment Treaties*, Oxford, Oxford University Press, 2010.

⁸ UNCTAD; "Global Investment Trends Monitor", n.º.11, 23 january 2013, p.1, disponible en http://www.unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaeia2013d1_en.pdf.

⁹ AA.VV.; *Standards of Investment Protection*, A. Reinisch (ed.), Oxford, Oxford University Press, 2008; PASCUAL VIVES, F.J., "Las obligaciones de promoción y protección de las inversiones extranjeras en la segunda generación de APPRI españoles", *REDI*, n.º.2, 2009, pp.411-440; GONZALEZ DE COSSIO, F.; *Arbitraje de inversión*, MexicoD.F., Porrúa, 2009, pp.119-242; DOLZER, R., y SCHREUER, C.; *Principles of International Investment Law*, Oxford, Oxford University press, 2008, pp.89-194; VALENTI, M.; *Gli standard di trattamento nell'interpretazione dei trattati in materia di investimenti*, Torino, Giappichelli, 2009.

inversor. Este sistema de solución de diferencias se basa de manera casi unánime en la posibilidad de acceder a un arbitraje internacional inversor-Estado, intentando despolitizar las disputas que pudiesen surgir, buscando un foro neutral, imparcial e independiente en donde los inversores se sitúan en pie de igualdad respecto al Estado receptor de la inversión y, huyendo, por tanto, de la esfera judicial interna de dicho Estado¹⁰.

5. De manera casi general, el arbitraje internacional se ha erigido en la solución preferida por los inversores cuando tienen que buscar una solución a su diferencia con el Estado receptor de su inversión¹¹. Para un inversor es de gran atractivo contar con un mecanismo de solución de controversias que logra decisiones finales mediante un procedimiento rápido, flexible y en donde las partes tienen un considerable control sobre el mismo¹². A ello debe añadirse además, que la iniciación de un procedimiento arbitral se facilita enormemente para un inversor debido a las especiales características de la prestación del consentimiento por parte del Estado receptor de la inversión.

En efecto, en los últimos años, en la inmensa mayoría de los casos que han sido iniciados por parte de los inversores, el criterio competencial de un tribunal arbitral se basa en una manifestación de voluntad “avanzada” por parte del Estado receptor, ya sea en su legislación interna o en un AII que vincula a dicho Estado con el Estado del que es nacional el inversor, que es aceptada posteriormente por parte del inversor privado¹³. Los datos suministrados por el CIADI son claros al respecto. Sirva como ejemplo que, de acuerdo con los datos facilitados por esta institución arbitral a principios de 2013, únicamente el 20% de los casos iniciados en el CIADI en toda su historia, están basados en una cláusula de arbitraje contenida en un contrato de inversión, mientras que en el 80% restante, el consentimiento estatal había sido “ofertado” con anterioridad a la iniciación del procedimiento arbitral, ya sea en la legislación interna (6%) o bien, en la inmensa mayoría de los casos, en un Tratado internacional (74%)¹⁴.

6. Dentro de los foros arbitrales que conforman el actual sistema de solución de controversias en materia de inversiones extranjeras ha alcanzado una importancia

¹⁰ S.W. SCHILL; “Private Enforcement of International Investment Law: Why We Need Investor Standing in BIT Dispute Settlement”, en *The Backlash against Investment Arbitration. Perceptions and Reality*, ed. M. Waibel, A. Kaushal, K. L. Chung y C. Balchin, Kluwer, 2010, pp.29-50.

¹¹ C.SCHREUER; “The Future of Investment Arbitration”, en *Looking to the Future: Essays on International Law in Honor of W.M. Reisman*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2011, pp.787 y ss.; O.T.JOHNSON y J.GIMBLETT; “From Gunboats to BITS: The Evolution of Modern International Investment Law”, *Yearbook on International Investment Law and Policy* 2010/2011, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp.649 y ss.

¹²FRANCK, S.D.; “The ICSID Effect? Considering Potential Variations in Arbitration Awards”, *Virginia Journal of International Law*, Vol.51, nº.4, 2011, pp.833-837.

¹³ PASCUAL VIVES, F.J.; “Consent to ICSID Arbitration: Recent Conventional and Arbitral Practice”, *TDM*, nº.2, 2011; pp.5 y ss.; REQUENA CASANOVA, M.; “La solución de controversias en los modelos de APPRI: cláusulas tradicionales y nuevas tendencias”, *REEI*, nº.24, 2012, pp.14 y ss.; SCHREUER, C.; “Consent to Arbitration”, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, ed. P. Muchlinski y C. Schreuer, Oxford, Oxford University Press, 2008, pp.830-867; STEINGRUBER, A.M.; *Consent in International Arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp.190 y ss.

¹⁴ The ICSID Caseload-Statistics, nº.1, 2013, p.10.

primordial el CIADI. Dicha institución arbitral fue establecida por el Convenio de Washington, de 18 de marzo de 1965, sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados¹⁵. El arbitraje CIADI –esto es, aquel que se realiza de acuerdo con las disposiciones de la Convención y con su reglamento de arbitraje- es el más utilizado en el ámbito de las inversiones internacionales debido a sus características específicas en relación con el resto de arbitrajes internacionales, en especial, por sus caracteres de autonomía e independencia respecto de los tribunales nacionales y su régimen de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales¹⁶.

7. Fuera del ámbito de la Convención de Washington, el CIADI también administra procedimientos arbitrales a través del denominado Mecanismo Complementario. En virtud de este Mecanismo Complementario, por ejemplo, el CIADI ha sido la institución arbitral encargada de solucionar los asuntos en la mayoría de los casos en los que se ha visto involucrado México en aplicación del sistema de soluciones de controversias inversor-Estado del TLCAN, dado que este país no es parte de la Convención CIADI¹⁷.

Sin embargo, una cuestión es verdaderamente importante resaltar aquí en relación con la utilización de este Mecanismo Complementario. Este arbitraje está desprovisto de los especiales caracteres que rodean al arbitraje CIADI y en particular, de su carácter autónomo e independiente respecto de los tribunales nacionales. Por el contrario, los laudos emitidos en virtud del Mecanismo Complementario están sometidos a la posibilidad del recurso de anulación ante los tribunales del Estado donde haya tenido su sede el procedimiento arbitral y además necesitan pasar por el trámite del reconocimiento y ejecución al que se someten los laudos extranjeros, generalmente, a través del régimen previsto en el Convenio de Nueva York de 1958¹⁸.

8. Otras instituciones arbitrales que se encargan de administrar procedimientos en este ámbito, aunque en mucha menor medida, son: la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París, la Corte de Arbitraje Internacional de Londres, el

¹⁵ BOE n.º.219, de 13 de septiembre de 1994.

¹⁶ A.F.LOWENFELD; *International Economic Law*, 2 ed., Oxford, Oxford University Press, 2002, p.484. Vid. Sobre este procedimiento arbitral, BROCHES, A.; “Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, Explanatory Notes and Survey of its Application”, *Y. B. Com. Arb.*, Vol.18, 1993, pp.627 y ss.; FERNANDEZ MASIA, E.; *Arbitraje en inversiones extranjeras: el procedimiento arbitral en el CIADI*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004; HIRSCH, M.; *The Arbitration Mechanism of the International Center for the Settlement of Investment Disputes*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1993; MANCIAUX, S.; *Investissements étrangers et arbitrage entre États et ressortissants d’autres États. Trente années d’activité du CIRDI*, Dijon, Litec, 2004; SCHREUER, C., MALINTOPPI, L., REINISCH, A. y SINCLAIR, A.; *The ICSID Convention: A Commentary*, 2 ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2009; VIVES CHILLIDA, J.A.; *El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI)*, Madrid, McGrawHill, 1998; REED, L., PAULSSON, J. y BLACKABY, N.; *Guide To ICSID Arbitration*, 2ª ed., La Haya, Kluwer, 2010; RODRIGUEZ JIMENEZ, S.; *El sistema arbitral del CIADI*, Mexico, Porrúa, 2006.

¹⁷ GONZALEZ DE COSSIO, F.; “Mexico before ICSID: Rebel without a Cause?”, *Journal of World Investment and Trade*, Vol.9, n.º.5, 2008, pp.371-376.

¹⁸ Vid. J.A.RUEDA GARCIA; “La aplicabilidad del Convenio de Nueva York al arbitraje de inversiones: efectos de las reservas al Convenio”, *CDT*, n.º.1, vol.2, 2010.

Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo y la Corte Permanente de Arbitraje de la Haya. En todas ellas se han resuelto también controversias en materia de inversiones extranjeras, actuando de manera mayoritaria de acuerdo a las reglas de la CNUDMI aunque, en ocasiones, se haya realizado el procedimiento arbitral de acuerdo a sus propios reglamentos de arbitraje¹⁹.

II. CRECIMIENTO EXPONENCIAL DE LA LITIGIOSIDAD Y CRÍTICAS AL SISTEMA

9. En los primeros años de este nuevo siglo hemos asistido a un importante incremento de las controversias surgidas entre los Estados latinoamericanos con los inversores extranjeros –a finales de 2012, en el 33,5% de los asuntos conocidos a nivel mundial han sido o son parte algún Estado latinoamericano-. Sin olvidar a México -21 casos- que se ha visto involucrado en varios arbitrajes como consecuencia de las disposiciones contempladas sobre métodos de solución de controversias inversor-Estado en el TLCAN, el caso paradigmático lo encontramos con Argentina.

Este país ha visto como una multitud de demandas se interponían contra él por parte de inversores extranjeros como consecuencia de las acciones legislativas tomadas por el gobierno de este país durante la crisis económica. Está claro que una gran mayoría de las mismas tienen su fundamento en los mismos hechos y circunstancias. De esta manera, en los últimos años, cincuenta y dos procedimientos se han iniciado contra Argentina, muchos de ellos, aunque no todos²⁰, como consecuencia de las medidas legislativas de urgencia adoptadas por el gobierno de dicha nación en la crisis económica de 2001, entre ellas, la devaluación del peso argentino y la eliminación de la paridad de dicha moneda con el dólar. La gran mayoría de estos casos se refieren a las pérdidas sufridas en las concesiones por parte de empresas extranjeras en los sectores de servicios públicos, energéticos y de telecomunicaciones y se han fundamentado en las cláusulas de resolución de controversias previstas en los AII celebrados por Argentina en la década de los 90 del siglo pasado.

En una situación similar se encuentran Estados como Venezuela -34 casos-, Bolivia -9 casos- o Ecuador -23 casos-, con las decisiones de sus gobiernos de nacionalizar distintos sectores económicos como el petrolífero o el de telecomunicaciones, el nuevo reparto de los beneficios por excedentes extraordinarios o la idea de modificar los

¹⁹ N.ZAMBARANA TEVAR; *La determinación del derecho aplicable al fondo en el arbitraje de inversiones*, Pamplona, Aranzadi, 2010, pp.33-34.

²⁰ Ejemplo claro lo encontramos muy recientemente en el caso Repsol c. Argentina, donde se ha iniciado un procedimiento arbitral en el CIADI como consecuencia de la nacionalización decretada por el Gobierno de C. Kirchner de la compañía petrolífera YPF, propiedad de la empresa española Repsol. Vid. sobre este asunto, C.JIMENEZ PIERNAS; “La expropiación de YPF: análisis desde el Derecho Internacional”, *ARI*, 31/2012, disponible en <http://www.realinstitutoelcano.org.>; R.BERMEJO GARCIA y R.GARCIANDIA GARMENDIA; “La expropiación de YPF (REPSOL) a la luz del Derecho Internacional”, *Revista electrónica de Estudios Internacionales*, n°.24, 2012.

contratos de participación en contratos de prestación de servicios en el ámbito de los hidrocarburos²¹.

10. Las recientes condenas indemnizatorias que, en algunas ocasiones, suponen importantísimas sumas de dinero para las maltrechas arcas de estos Estados, en los laudos arbitrales hasta ahora dictados²² y a las que, hipotéticamente deben de responder en los asuntos todavía pendientes ante los tribunales arbitrales²³, han desencadenado, en nuestra opinión, lo que puede catalogarse como una especie de resurgimiento de la doctrina Calvo en algunos de los Estados latinoamericanos²⁴.

De esta manera, en los últimos tiempos, comienza a rechazarse la posibilidad de acudir al arbitraje internacional, y más en concreto al CIADI, para resolver sus controversias con los inversores extranjeros²⁵. Creemos que esta posición se fundamenta en la idea, en la que no estamos en absoluto de acuerdo, de que los tribunales de esta institución arbitral han ido demasiado lejos al interpretar las disposiciones sustantivas contempladas en los AII –suponiendo una carga excesiva de obligaciones para el Estado que ve reducido al mínimo su poder regulatorio- y que de esta manera han favorecido de manera casi unánime a los inversores frente al Estado demandado. En una palabra les acusan de ser claramente parciales. Meridiano ejemplo de esta postura son las palabras pronunciadas a finales de mayo de 2009, por el presidente ecuatoriano Rafael Correa quién denunció públicamente al CIADI y dijo que Ecuador se retiraría del CIADI si fuera necesario *"para la liberación de nuestros países porque el CIADI significa colonialismo, esclavitud con respecto a las transnacionales, con respecto a Washington, con respecto al Banco Mundial"*²⁶.

²¹ Vid. TALLENT, K.D.; "State Responsibility by the Numbers: Towards an Understanding of the Prevalence of the Latin America Countries in Investment Arbitration", *TDM*, n.º.1, 2011.

²² Así por ejemplo, 1777 millones de dólares fue la cantidad a la que se condenó a Ecuador en el asunto *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company c. Ecuador*, caso CIADI n.º .ARB/06/11, laudo de 5 de octubre de 2012.

²³ Piénsese en los asuntos pendientes *Exxon Mobil y Conoco Philipps contra Venezuela*. En este último caso, el tribunal arbitral ha dictado el laudo sobre jurisdicción y el fondo el 3 de septiembre de 2013, determinando que Venezuela ha violado su compromiso de negociar un acuerdo de compensación por la expropiación realizada, aunque ha dejado para una fase posterior la determinación del quantum de la condena dineraria por tal conducta ilegal. El laudo puede consultarse en la dirección electrónica <http://www.icsid.worldbank.org>.

²⁴ SHAN, W.; "From "North-South Divide" to "Private-Public Debate". Revival of the Calvo Doctrine and the Changing Landscape in International Investment Law", *Northwestern Journal International Law and Business*, Vol.27, 2007, pp.631 y ss.

²⁵ TRAKMAN, L.; "The ICSID under Siege", *Cornell International Law Journal*, Vol.45, 2012, pp.604-611; FACH GOMEZ, K.; "Latin America and ICSID. David versus Goliath?", *Law and Business Review of the Americas*, Vol.17, n.º.2, 2011, pp.200-212; VINCENTELLI, I.A.; "The Uncertain Future of ICSID in Latin America", *Law and Business Review of the Americas*, Vol. 16, 2010, pp.409 y ss.

²⁶ "ICSID en crisis, ¿camisa de fuerza o protección a la inversión?", disponible en <http://www.brettonwoodsproject.org/art-564989>. En el mismo sentido, pueden consultarse las seis razones esgrimidas por el gobierno de Bolivia para la denuncia de la Convención CIADI que fueron expuestas en conferencia de prensa el 8 de mayo de 2007 y que son recogidas en la noticia "Bolivia withdraws from ICSID and plans to revise BITs", que puede consultarse en la dirección electrónica http://www.boliviasoberana.org/blog/JuiciosCIADI/_archives/2007/5/9/2936982.html.

Y de las palabras a los hechos. En estos últimos años hemos asistido a la salida del CIADI de Bolivia, Ecuador y Venezuela²⁷, y que existan ciertos rumores de que países como Argentina van a llevar a cabo esa misma denuncia de la Convención de Washington en un futuro²⁸.

En apoyo de nuestra postura hemos de señalar, sin embargo, que los datos empíricos no apoyan las conclusiones tan radicales apuntadas por los citados gobiernos latinoamericanos. Así, existe una gran diferencia entre lo que a primera vista se suele proclamar en relación con la parcialidad del procedimiento arbitral a favor de los inversores demandantes y las cifras reales de laudos condenatorios por las conductas de los Estados receptores de la inversión. En concreto, sólo un 38% de las decisiones arbitrales fueron favorables a la parte inversora, mientras un 57,7 % no otorgaron ningún tipo de compensación²⁹. Estos datos, por tanto, no indican que los inversores triunfen en sus pretensiones en la gran mayoría de los asuntos, al contrario, indican que son los Estados parte en la diferencia los que, más a menudo, suelen hacer valer sus tesis.

11. Junto con este primer arsenal de ataques que van directamente a la línea de flotación de la imparcialidad de la institución arbitral del CIADI y que a nuestro entender, no significan un rechazo rotundo al arbitraje internacional como método de solución de controversias, sino más bien, una manera de mostrar una profunda rebeldía frente a una institución que no olvidemos depende del Banco Mundial, observamos una batería de críticas que se relacionan directamente con la conveniencia de utilizar al arbitraje internacional para resolver las controversias suscitadas en este ámbito, esto es, si es o no apropiado su uso como el método general de solución de diferencias inversor-Estado, tal y como está actualmente diseñado³⁰.

12. En este sentido, partimos de una premisa: no hay que olvidar que el arbitraje de inversión toma prestado el modelo de arbitraje diseñado para el comercio internacional, donde son diferencias de naturaleza estrictamente privada las que son sometidas a

²⁷ Vid. SCHREUER, C.; “Denunciation of the ICSID Convention and Consent to Arbitration”, en *The Backlash against Investment Arbitration*, op.cit., pp.353-368; TZANAKOPOULOS, A., “Denunciation of the ICSID Convention under the General International Law of Treaties”, en *International Investment Law and General International Law: Form Clinical Isolation to Systemic Integration?*, R. Hofmann y C. J. Tams (eds.), Baden-Baden, Nomos, 2011, pp.75-93; UNCTAD; “Denunciation of the ICSID Convention and BITS: Impact on Investor-State Claims”, IIA Issues Note, n.º. 2, 2010, disponible en http://unctad.org/en/Docs/webdiaeia20106_en.pdf.

²⁸ “Argentina in the Process of Quitting from World Bank Investment Disputes Centre”, Merco Press, 31 de enero de 2013, disponible en <http://en.mercopress.com/2013/01/31/argentina-in-the-process-of-quitting-from-world-bank-investment-disputes-centre>.

²⁹ S.D.FRANCK; “Empirically Evaluating Claims about Investment Treaty Arbitration”, *North Carolina Law Review*, Vol.86, 2007, p.49.

³⁰ Vid. P.EBERHARDT y C.OLIVET; “Profiting from Injustice: How Law Firms, Arbitrators and Financiers are Fuelling an Investment Arbitration Boom”, Corporate Europe Observatory y Transnational Institute, 2012, disponible en <http://corporateeurope.org/sites/default/files/publications/profitting-from-injustice.pdf>. Respondiendo a muchas de estas críticas, C.N.BROWER y S.W.SCHILL; “Is Arbitration a Threat or a Boon to the Legitimacy of International Investment Law?”, *Chi. J. Int’l.L.*, Vol.9, 2008-2009, pp.471-498; C.N.BROWER y S.BLANCHARD; “From “Dealing in Virtue” to “Profiting from Injustice”: The Case against Re-Statification of Investment Dispute Settlement”, *TDM*, June 2013.

decisión arbitral. En efecto, la idea clave a nuestro entender para la actual situación se debe, en gran parte, a la inclusión del sistema previo de arbitraje basado en una cláusula contractual como método de solución de controversias inversor-Estado en los AIIIs³¹.

Y aquí pensamos radica la diferencia esencial respecto al modelo: los intereses públicos presentes en las diferencias inversor-Estado constituyen el fundamento principal para las críticas del uso del arbitraje como método de solución de diferencias, constituyendo un factor que parece apoyar la falta de legitimidad del mismo e incluso su necesaria sustitución³². En este sentido, cuando hablamos de legitimidad del sistema hacemos referencia a la necesaria observancia y confianza que tienen los usuarios del sistema en el mismo.

13. Así, en primer lugar, hemos de señalar que los tribunales arbitrales han de controlar decisiones gubernativas tomadas por los gobiernos y dichas decisiones han de ser evaluadas de acuerdo con las normas previstas en los Tratados internacionales. Sus decisiones pueden socavar el poder normativo y regulatorio de los gobiernos en ámbitos de especial sensibilidad, como pueden ser las políticas de promoción de una mayor igualdad social, de mejora de la salud pública, o de protección del medio ambiente, afectando de manera importante, en muchas situaciones, a los servicios públicos esenciales para los ciudadanos de un Estado³³.

Esta pérdida de soberanía estatal en favor de un control arbitral se realiza atendiendo a un modelo de interpretación de Derecho privado, cuando es indispensable, desde

³¹En este mismo sentido, G.VAN HARTEN y M.LOUGHILIN; "Investment Treaty Arbitration as Species of Global Administration Law", *EJIL*, Vol.17, 2006, pp.126, señalan que: "*the jurisdiction of a commercial arbitration tribunal did not normally extend to regulatory disputes arising from the state's exercise of public authority with respect to foreign nationals, including foreign investors. A key aspect of the investment treaty arbitration is that it transplants this private adjudicative model from the commercial sphere into the realm of government, thereby giving privately-contracted arbitrators the authority to make what are in essence governmental decisions. This is achieved because investment treaties incorporate arbitration treaties in order to provide an institutional forum and procedural framework for investment arbitration. Investment treaties also rely on arbitration treaties for the enforcement of arbitration awards by domestic courts. Thus, when it came to the drafting of investment treaties, the previously established arrangements of arbitration treaties were simply incorporated as part of the architecture of investment arbitration. In the process, the procedural framework and enforcement structure of international commercial arbitration that provided the basis for the use of a private model of adjudication was extended to resolve regulatory disputes between individuals and the state*" Igualmente, F.GELINAS; "Investment Tribunals and the Commercial Arbitration Model: Mixed Procedures and Creeping Institutionalisation", en *Sustainable Development in World Trade Law*, Gehring, M. y Cordonier Segger, M-Cl. (eds.), La Haya, Kluwer, 2005, pp.577-578.

³² Vid. G.VAN HARTEN, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, pp.180-184, quien ha abogado por romper con el sistema de solución de controversias establecido en este ámbito y sustituirlo por otro nuevo. Este nuevo sistema estaría basado en la creación de un tribunal internacional que sería el que debería resolver en exclusiva las controversias inversor-Estado.

³³ Para B.CREMADES y D.J.CAIRNS; "El arbitraje en la encrucijada entre la globalización y sus detractores", *Rev. La Ley*, nº.5538, Martes 7 de mayo de 2002, p.7, la posibilidad de cuestionar por parte del inversor la legitimidad del poder ejecutivo para adoptar regulaciones gubernamentales en materias medioambientales o de sanidad y seguridad pública con el objetivo de obtener una compensación, plantea cuestiones de alto contenido político para los tribunales arbitrales.

nuestro punto de vista, incluir estándares de revisión de las conductas estatales basadas en Derecho público. En este mismo sentido, las palabras de W.W. Burke-White y A. Von Staden son un claro ejemplo al declarar que *“we argue that the strict standards of review employed by many arbitral tribunals, while perhaps appropriate in commercial arbitration or in the context of specific technical questions, are wholly inappropriate with respect to many issues raised in these cases that are, at heart, public law questions. These public law questions require a tribunal to determine the basic powers of the state, the extent of the state’s ability to regulate in the public interest, and the capacity of the state to make basic socio-economic and political choices”*³⁴.

La redacción y la terminología utilizada hasta ahora en los AII en relación con los estándares de conducta incluidos en los mismos y su amplia interpretación por parte de los tribunales arbitrales, nos parecen que han ayudado en gran medida a ir aumentando la fuerza de esta posición contraria a la actual situación³⁵. Y ello ha conducido a una nueva postura por parte de los Estados en donde, desde nuestro punto de vista, se pretende una redacción mucho más equilibrada de los derechos y obligaciones de los inversores y de los Estados receptores de las inversiones en sus AII³⁶. Ejemplos claros los encontramos en los nuevos términos utilizados en las cláusulas sobre expropiación y, en especial sobre la estricta definición de la denominada expropiación indirecta³⁷, o también en la limitación contemplada en relación con la cláusula del trato justo y equitativo³⁸.

En resumen, podemos concluir que la idea presente en la actualidad es otorgar un mayor espacio regulatorio a los Estados en ámbito materiales de especial significación y relevancia social y que no se limite de manera irrazonable su margen de maniobra para poder aplicar políticas públicas por el temor a ser demandados por las supuestas pérdidas de ganancias del inversor extranjero por motivo de la adopción de una nueva

³⁴W.W.BURKE-WHITE y A.VON STADEN; “Private Litigation in a Public Law Sphere: The Standard of Review in Investor-State Arbitrations”, *Yale Journal of International Law*, Vol.35, 2010, p.285.

³⁵ KARL, J.; “Investor-State Dispute Settlement: A Government’s Dilemma”, *Columbia FDI Perspectives*, n.º.89, 18 february 2013, pp.1 y 3, disponible en <http://www.vcc.columbia.edu/content/investor-state-dispute-settlement-government-s-dilemma>.

³⁶ALVAREZ, J.E.; “The Return of the State”, *Minnesota Journal of International Law*, Vol.20, 2011, pp.235-239; SPEARS, S.A.; “The Quest for Policy Space in a New Generation of International Investment Agreements”, *Journal of International Economic Law*, Vol.13, n.º.4, 2010, pp.1037 y ss.

³⁷Por ejemplo, Anexo B “Expropriation” del Acuerdo Modelo Bilateral de Estados Unidos sobre inversiones de 2012 donde se señala que *“4.b. Except in rare circumstances, non-discriminatory regulatory actions by a Party that are designed and applied to protect legitimate public welfare objectives, such as public health, safety, and the environment, do not constitute indirect expropriations”*.

³⁸ Por ejemplo, art.10.5 del Acuerdo de Libre Comercio entre la República Dominicana, América Central y Estados Unidos (DR-CAFTA, en sus siglas en inglés). Nivel Mínimo de Trato: *“Cada Parte otorgará a las inversiones cubiertas un trato acorde con el derecho internacional consuetudinario, incluido el trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas. 2. Para mayor certeza, el párrafo 1 prescribe que el nivel mínimo de trato a los extranjeros según el derecho internacional consuetudinario es el nivel mínimo de trato que se le otorgará a las inversiones cubiertas. Los conceptos de “trato justo y equitativo” y “protección y seguridad plenas” no requieren un tratamiento adicional o más allá de aquél exigido por ese nivel, y no crean derechos sustantivos adicionales”*.

legislación³⁹. O dicho en otras palabras, nos parece que el temor a posibles condenas por parte de los tribunales arbitrales en sus laudos y la consiguiente merma de recursos monetarios de las arcas públicas no puede convertirse en un mecanismo “desincentivador” para poner en marcha políticas públicas en sectores de gran importancia para un desarrollo económico sostenible de un Estado⁴⁰.

14. Pero junto con la anterior observación sustancial, podemos señalar que la “pretendida” falta de legitimidad del sistema arbitral de solución de controversias inversor-Estado en su conjunto⁴¹, se nos muestra en determinados aspectos procesales de importancia primordial:

a) En primer lugar, hemos de señalar que la inexistencia de una doctrina del precedente en este ámbito es un elemento que, al permitir la existencia de contradicciones entre laudos arbitrales que han de resolver una cuestión jurídica similar, juega en contra del mantenimiento actual del mecanismo arbitral, esto es, un fuerte déficit del sistema lo observamos en la falta de coherencia y consistencia en las resoluciones arbitrales⁴².

A ello además, podemos añadir que se suma la inexistencia de un procedimiento que permita una revisión eficaz de los pronunciamientos arbitrales que han sido claramente erróneos, debido a las limitaciones estrictas que se contemplan en el mecanismo de anulación de los laudos⁴³. No es extraño a nuestro entender que las anteriores consideraciones provoquen grandes dosis de incertidumbre y falta de previsibilidad en este sector de vital importancia dados los importantes intereses presentes en el mismo.

³⁹ MARTINEZ FRAGA, P.J.; “Apuntes sobre la necesidad de armonizar el principio de protección de la inversión extranjera con el concepto de soberanía regulatoria del Estado en el arbitraje internacional: una oportunidad para forjar jurisprudencia transnacional”, *Arbitraje: revista de arbitraje comercial y de inversiones*, Vol. IV, n.º.2, 2011, pp.384-385.

⁴⁰ Vid. I. IRURETAGOIENA AGIRREZABALAGA; *El arbitraje en los litigios de expropiación de inversiones extranjeras*, Barcelona, Bosch, 2010, pp.376-378.

⁴¹ Vid. FRANCK, S.D.; “The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law through Inconsistent Decisions”, *Fordham Law Review*, Vol.73, 2005, pp.1521-1625; BISHOP, D. y STEVENS, M.; “A Systemic Perspective of the Foreign Investment Dispute Settlement System: Feedback, Adaptation and Stability”, en *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation. The Fordham Papers 2011*, ed. A. W. Rovine, Leiden, Martinus Nijhoff, 2012, pp.23-59; SCHNEIDERMAN, D.; “Legitimacy and Reflexivity in International Investment Arbitration: A New Self-Restraint?”, *J. Int. Disp. Settlement*, Vol.2, n.º.2, 2011, pp.471-495; SCHILL, S.; “Enhancing International Investment Law’s Legitimacy: Conceptual and Methodological Foundations of a New Public Law Approach”, *Virginia Journal of International Law*, Vol.52, n.º.1, 2011, pp.57-101.

⁴² Vid. Sobre esta cuestión, C.SCHREUER y M.WEINIGER; “A Doctrine of Precedent?”, en *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, pp.1188-1206; R.DOLZER; “Perspectives for Investment Arbitration: Consistency as a Policy Goal?”, en *Prospects in International Investment Law and Policy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, pp.403-410; TEN CATE, I.M., “The Costs of Consistency: Precedent in Investment Treaty Arbitration”, *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol.51, 2013, pp. 418-478.

⁴³ En este sentido es muy clarificadora la decisión del comité de anulación de 25 de septiembre de 2007, en el caso CMS Gas Transmission Company c. Argentina, caso CIADI n.º. ARB/01/8.

b) La controvertida cuestión del sistema de designación y elección de los árbitros es un elemento clave a nuestro juicio que pone bajo sospecha la independencia e imparcialidad de éstos, lo que puede conducir inexorablemente a la desacreditación de la propia institución del arbitraje inversor-Estado⁴⁴.

A la tendencia de que la designación de cada parte contendiente de los árbitros se realiza en función de que sean proclives a sus intereses⁴⁵, hemos de añadir que el sistema actual permite que las mismas personas puedan actuar como árbitros en algunos casos y como abogados en otros, lo que incentiva que la interpretación de determinadas cuestiones sea realizada de una determinada manera con el fin de beneficiarse de la misma en actuales o futuros asuntos⁴⁶.

A nuestro entender las sospechas que dichas actuaciones se puedan producir, provocan cada vez mayor desconfianza en los usuarios de este sistema de resolución de controversias, lo que consecuentemente ha tenido también como reflejo inmediato el aumento de las solicitudes de recusación de los árbitros. A. Reinisch y C. Knahr son también claros sobre esta cuestión manifestando que “*although potential conflict of interest has always existed in modern investment arbitration challenges to arbitrators have considerably increased over the last few years. In light of the constantly growing number of investment disputes, and of lawyers and scholars regularly serving as arbitrators as well as counsels in various cases, it is conceivable that possible conflicts of interest could become ever more problematic in arbitral practice*”⁴⁷.

⁴⁴ Vid. BERNASCONI-OSTERWALDER, N., JOHNSON, L., y MARSHALL, F.; “Arbitrator Independence and Impartiality: Examining the Dual Role of Arbitrator and Counsel”, International Institute for Sustainable Development (IISD), 2011, disponible en http://www.iisd.org/pdf/2011/dci_2010_arbitrator_independence.pdf.

⁴⁵ Vid. J.PAULSSON; “Moral Hazard in International Dispute Resolution”, *ICSID Review*, Vol.25, n.º.2, 2010, pp.348 y ss., defendiendo la eliminación total de la designación de los árbitros por las partes; A. J. VAN DEN BERG; “Dissenting Opinions by Party- Appointed Arbitrators in Investment Arbitration” en *Looking to the Future: Essays on International Law in Honor of W.M. Reisman*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2011, pp.831 y ss. que aboga por eliminar los votos disidentes al ser siempre realizados por los árbitros designados por la parte que ha perdido el arbitraje. Estas propuestas son rechazadas de forma contundente por C. N. BROWER y C.B.ROSENBERG; “The Death of the Two-Headed Nightingale: Why the Paulsson-vanden Berg Presumption that Party-Appointed Arbitrators are Untrustworthy is Wrongheaded”, *Arbitration International*, Vol.29, n.º1, 2013, pp.7-44.

⁴⁶ En este mismo sentido, es bastante crítico al respecto, T. BUERGENTHAL; “The Proliferation of Disputes, Dispute Settlement Procedures and Respect for the Rule of Law”, *ICSID Review*, Vol.21, n.º.1, 2006, pp.129-130, al señalar que: “*I have long believed that the practice of allowing arbitrators to serve as counsel, and counsel to serve as arbitrators, raises due process of law issues. In my view, arbitrators and counsel should be required to decide to be one or the other, and be held to the choice they have made, at least for a specific period of time. That is necessary, in my opinion, in order to ensure that an arbitrator will not be tempted, consciously or unconsciously, to seek to obtain a result in an arbitral decision that might advance the interests of a client in a case he or she is handling as counsel. ICSID is particularly vulnerable to this problem because the interpretation and application of the same or similar legal instruments—the Bilateral Investment Treaties, for example—are regularly at issue in different cases before it. I also believe that repeated designations by counsel of the same arbitrator should be avoided. These revolving-door problems—counsel selecting an arbitrator who, the next time around when the arbitrator is counsel, selects the previous counsel as arbitrator—should be avoided. Manus manum lavat, in other word “you scratch my back and I’ll scratch yours”, does not advance the rule of law*”.

⁴⁷ A.REINISCH y C.KNAHR; “Conflict of Interest in International Investment Arbitration”, en *Conflict of Interest in Global, Public and Corporate Governance*, A. Peters y L. Handschin, Cambridge,

Podemos señalar que una fácil solución a esta cuestión, ya experimentada en otras instancias como el Tribunal Arbitral del Deporte, sería la adopción de una lista permanente de árbitros y la prohibición de que los mismos puedan actuar como abogados de una parte contendiente ante dicha institución arbitral. Mientras tanto, únicamente podemos propugnar un compromiso individualizado de cada árbitro como la única manera de terminar con el problema de “los dos sombreros” y su consabida apariencia de falta de imparcialidad. Sirva como ejemplo lo que han hecho los afamados árbitros B. Hanotiau y A. J. Van den Berg, del bufete de abogados Hanotiau & Van den Berg con sede en Bruselas, que han declarado esta primavera del 2013 su intención de rechazar cualquier posibilidad de actuar como abogados de una parte contendiente en los arbitrajes relativos a controversias inversor-Estado que tengan su fundamento en Leyes nacionales o AIIs⁴⁸.

c) La tradicional confidencialidad del procedimiento arbitral ha supuesto en nuestra opinión, la creación de un mar de dudas sobre el arbitraje como medio idóneo para resolver controversias con indudable transcendencia pública, o dicho de otra manera, es altamente criticable la ausencia de transparencia y de participación de los terceros interesados en la diferencia⁴⁹.

Tal y como ya hemos señalado, estos tribunales arbitrales han de decidir sobre la actuación del Estado receptor de la inversión en su condición de autoridad pública, controlando la legalidad de las políticas puestas en práctica en relación con los estándares de protección previstos en sus compromisos internacionales, con la posibilidad de adoptar resoluciones de condena lejos de todo control por parte de la opinión pública⁵⁰. Pero además, a nuestro entender, un gran número de estas decisiones de los tribunales arbitrales influyen de manera sustancial en la posibilidad de que los

Cambridge University Press, 2012, pp.103-104: “. En el mismo sentido, Vid. G.BOTTINI; “Should Arbitrators Live on Mars? Challenge of Arbitrators in Investment Arbitration”, *Suffolk Transnational Law Review*, Vol.32, 2008-2009, pp.341-366; L.MARKERT; “Challenging Arbitrators in Investment Arbitration: The Challenging Search for Relevant Standards and Ethical Guidelines”, *Contemp. Asia Arb. J.*, Vol.3, 2010, pp.237-281.

⁴⁸ M.D.GOLDHABER; “The Global Lawyer: Arbitration without Legitimacy”, 7 de junio de 2013, *The American Lawyer. The Litigation Daily*, disponible en http://www.americanlawyer.com/litigation_daily.jsp.

⁴⁹ Vid. G.B.BORN y E.G.SHENKMAN; “Confidentiality and Transparency in Commercial and Investor-State International Arbitration”, en *The Future of Investment Arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2009, pp.5-42; K.FACH GOMEZ; “Rethinking the Role of Amicus Curiae in International Investment Arbitration: How to Draw the Line Favorably for the Public Interest”, *Fordham International Law Journal*, Vol.35, 2012, pp.511-564; F.J.PASCUAL VIVES; “La institución del amicus curiae y el arbitraje de inversiones”, *Anuario de derecho internacional*, nº.27, 2011, pp.353-396; C.MARIAN; “Balancing Transparency: The Value of Administrative Law and Mathews-Balancing to Investment Treaty Arbitrations”, *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, Vol.10, n.2, 2010, pp.275-301.

⁵⁰ W.BEN HAMIDA; “L’arbitrage État-investisseur étranger: regards sur les traités et projets récents”, *Journ.dr.int.*, nº.2, 2004, p.431: “On a affirmé que les arbitres sont appelés à prononcer sur des politiques mises en ouvre par les Etats, et á condamner éventuellement des initiatives gouvernementales loin du contrôle de l’opinion publique. On a invoqué que l’arbitrage transnational a changé de visage et que les litiges soumis aux tribunaux arbitraux ne sont plus des litiges purement contractuels mais souvent des litiges impliquant le pouvoir normatif des gouvernements élus démocratiquement”. Del mismo modo, N.BLACKABY y C.RICHARD; “Amicus Curiae: A Panacea for Legitimacy in Investment Arbitration”, en *The Backlash against Investment Arbitration*, op.cit., p.255.

ciudadanos puedan acceder a servicios públicos considerados esenciales. Dichos servicios son necesarios para poder ejercer el derecho a un nivel de vida adecuada, así como otros derechos humanos fundamentales como la salud, la vivienda o la educación. Esta situación además, se agrava, en gran parte de las ocasiones, cuando en la realidad se trata de ciudadanos que viven en países en desarrollo y con unas condiciones de vida bastante paupérrimas.

d) En cuarto lugar, en nuestra opinión, los actuales costes y la duración de los procedimientos arbitrales en este tipo de litigios ponen absolutamente en entredicho las tradicionales ventajas que se predicaban del arbitraje de inversiones como un método de resolución de controversias “ágil, flexible y rápido”. En efecto, según podemos observar en los últimos tiempos las actuaciones de las partes vienen completamente marcadas por el diseño de unas estrategias procesales altamente complejas-farragosas en muchos casos- y, enormemente onerosas, dirigidas por despachos de abogados internacionales, que emplean a un número muy importante de personas en tareas de investigación y estudio⁵¹.

Ello no sólo provoca que el procedimiento arbitral se vaya alargando en el tiempo, sino que eleva en gran medida las costas, las cuales al incluir también las tasas de la institución arbitral y los honorarios de los árbitros, suponen a nuestro entender, en la mayoría de los casos, una carga inasumible para las arcas públicas de muchos Estados en vías de desarrollo y, de la misma manera, para muchas empresas inversoras de tamaño menor que no pueden hacer frente a los gastos ocasionados que suelen ser de varios millones de dólares⁵².

15. Las anteriores críticas que hemos expuesto y analizado han hecho temblar los cimientos de la actual configuración del sistema de solución de controversias inversor-Estado, tal y como hasta ahora estaba diseñado.

A primera vista, los Estados abogan por soluciones continuistas aunque con ciertas reformas del sistema⁵³, reformas que en nuestra opinión van en la línea adecuada para dar respuesta a los problemas planteados. Ejemplos claros de esta postura los encontramos en los esfuerzos por introducir una mayor transparencia mediante la oportuna reforma de las reglas de arbitraje, tal y como ya ha realizado el CIADI en 2006⁵⁴, o la adopción de una nueva normativa, como muy recientemente se ha

⁵¹P.EBERHARDT y C.OLIVET; “Profiting from Injustice: How Law Firms, Arbitrators and Financiers are Fuelling an Investment Arbitration Boom”, op.cit., pp.18 y ss.

⁵² D.GAUKRODGER y K.GORDON; “Investor-State Dispute Settlement: A Scoping Paper for the Investment Policy Community”, *OECD Working Papers on International Investment*, nº.3, 2012, pp.19-24, disponible en <http://www.oecd.org/daf/investment/workingpapers>.; S.FRANCK; “Rationalizing Costs in Investment Arbitration”, *Washington University Law Review*, Vol.88, 2011, pp.769-852; D.SMITH; “Shifting Sands: Cost and Fee Allocation in International Investment Arbitration”, *Virginia Journal of International Law*, Vol.51, 2011, pp.749-781.

⁵³ Vid. UNCTAD; “Reform of Investor-State Dispute Settlement: In Search of a Roadmap”, *IIA issues Note*, nº.2, 2013, pp.6-7, disponible en http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2013d4_en.pdf.

⁵⁴J.W. JACKEE y J.WONG; “The 2006 Procedural and Transparency-Related Amendments to the ICSID Arbitration Rules: Model Intentions, Moderate Proposals and Modest Returns”, *Yearbook on International Investment Law and Policy 2009/2010*, Oxford, Oxford University Press, 2010, pp.233-274.

producido en el seno de la CNUDMI⁵⁵. De la misma manera, la incipiente introducción de un mecanismo de apelación por parte de algunos Estados en sus nuevos AIs, en especial Estados Unidos, es una clara réplica a las críticas sobre las dificultades para poder corregir decisiones arbitrales claramente erróneas⁵⁶.

Sin embargo, y aunque el mantenimiento del sistema sigue siendo la postura mayoritaria y, por la que nosotros abogamos con los debidos cambios, muchos de ellos debidamente apuntados y ya puestos en marcha, los desarrollos producidos en algunos países parecen ir más allá. En las próximas páginas nos centraremos en analizar ejemplos claros de estas posturas que quieren romper con el sistema actual de solución de controversias inversor-Estado basado en el arbitraje internacional en general, y en el CIADI en particular.

III. LA CREACIÓN DE UN NUEVO CENTRO DE ARBITRAJE POR PARTE DE LOS PAISES LATINOAMERICANOS

16. El 22 de abril de 2013 se reunieron en Guayaquil representantes de los distintos Estados miembros de la Alternativa Bolivariana para los pueblos de nuestra América – ALBA- para discutir como las conductas de los Estados se veían influenciadas por los intereses de las empresas transnacionales⁵⁷. En la declaración final de la reunión se ha propuesto la creación como una instancia política permanente, de un Comité ejecutivo de la Conferencia Ministerial de Estados Latinoamericanos afectados por intereses transnacionales y como una instancia de apoyo, de un Observatorio internacional⁵⁸.

17. Entre las funciones del Comité ejecutivo de la Conferencia, que será coordinado inicialmente por Ecuador, se contempla el diseño de acciones conjuntas en el ámbito jurídico como son: compartir alertas sobre disputas judiciales que impliquen a cualquiera de los Estados miembros, coordinar la defensa conjunta frente a las posibles demandas mediante la creación de equipos legales de expertos internacionales y, diseñar

⁵⁵ El Grupo de Trabajo II (Arbitraje y conciliación) ha preparado un reglamento sobre la transparencia en los arbitrajes entre inversionistas y un Estado entablados en el marco de un tratado de inversión, que ha sido aprobado por la Comisión en su 46º periodo de sesiones, el 11 de julio de 2013. Este reglamento entrará en vigor el 1 de abril de 2014 y se aplicará a todos los procedimientos arbitrales entablados en el marco de un tratado de inversión sometidos al reglamento de arbitraje de la CNUDMI, salvo que las partes acuerden otra cosa. Los documentos preparatorios se encuentran disponibles en <http://www.uncitral.org>. Vid. Sobre esta nueva normativa, LEE, S.; “UNCITRAL’s Unclear Transparency Instrument: Fashioning the Form and Application of a Legal Standard Ensuring Greater Disclosure in Investor-State Arbitrations”, *Northwestern Journal of International Law & Business*, Vol.33, nº.2, 2013, pp. 439-474; VERBIST, H.; “Transparency in Treaty Based Investor State Arbitration – The Draft UNCITRAL Rules on Transparency”, *Revue@dipr.be*, nº2., 2013, pp. 73-98.

⁵⁶ El Acuerdo de Libre Comercio República Dominicana-América Central-Estados Unidos (DR-CAFTA) contempla en su Anexo 10-F la posibilidad de establecer un grupo de trabajo para desarrollar un mecanismo de apelación.

⁵⁷ S.BURCH; “Estados hacen frente común”, en *América Latina en movimiento*, nº.485, mayo 2013, p.15.

⁵⁸ Declaración final de la I Conferencia Ministerial de Estados Latinoamericanos afectados por intereses transnacionales, disponible en http://www.cancilleria.gob.ec/wpcontent/uploads/2013/04/22abr_declaracion_transnacionales_esp.pdf.

campañas de comunicación que puedan servir de contrapeso a las estrategias de comunicación emprendidas por las compañías en la difusión de los distintos aspectos legales, económicos y sociales de las controversias que se puedan plantear.

18. Por su parte, el Observatorio tiene entre sus objetivos, dar cuenta del desarrollo de los posibles litigios, proponer mecanismos para la reforma de las instancias arbitrales existentes y potenciar formas alternativas de solución de controversias, así como realizar estudios y actividades que puedan servir a los Estados como apoyo en sus actuaciones ante los tribunales arbitrales.

19. Junto con la creación de estas dos nuevas instituciones, la declaración señala su apoyo a “*la constitución y puesta en marcha de instancias regionales para la solución de controversias en materia de inversiones, que garanticen reglas justas y equilibradas al momento de dirimir conflictos entre transnacionales y Estados*”. Este apoyo se justifica de acuerdo con el Preámbulo de dicha declaración ya que “*los recientes acontecimientos en diversos países de la región latinoamericana, relativos a disputas entre Estados y empresas transnacionales, han demostrado que persisten casos de fallos violatorios del derecho internacional y de la soberanía de los Estados, así como de su institucionalidad jurídica, debido al poder económico de ciertas empresas y a las deficiencias de los sistemas internacionales de solución de controversias en materia de inversiones, hechos que deben ser evaluados a profundidad por los Estados en espacios intergubernamentales establecidos para estos efectos*”. En consecuencia, desde nuestro punto vista, no se busca otra cosa más que reforzar y alentar el trabajo ya iniciado hace algunos años dentro de UNASUR para la creación de un Centro regional de arbitraje.

En efecto, entre las medidas adoptadas por distintos Estados latinoamericanos que buscan modificar el actual estado del Derecho internacional de inversiones y sus métodos de solución de controversias se encuentran⁵⁹:

a) La retirada de algunos de ellos del CIADI –como ya hemos señalado con anterioridad–,

b) La denuncia de muchos de los AII bilaterales. En este sentido, Ecuador después de denunciar diez Acuerdos en 2008, inició el procedimiento interno preciso para completar la denuncia de los restantes AII bilaterales vigentes. Después de que la Corte Constitucional los declarase inconstitucionales en razón de su contrariedad con el

⁵⁹ Vid. Sobre estas medidas, FACH GOMEZ, K.; “Ecuador’s Attainment of the Sumak Kawsay and the Role Assigned to International Arbitration”, *Yearbook on International Investment Law and Policy* 2010/2011, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp.451-487; FERNANDEZ MASIA, E.; ““El incierto futuro del arbitraje de inversiones en Latinoamérica”, *Arbitraje: Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, Vol.II, n°.3, 2009, pp.741-760, WICK, D.M.; “The Counter-Productivity of ICSID Denunciation and Proposals for Change”, *The Journal of International Business & Law*, Vol.12, 2012, pp.239-292; NOWROT, K.; “International Investment Law and the Republic of Ecuador: From Arbitral Bilateralism to Judicial Regionalism”, *TDM*, n°.1, 2011; LAVOPA, F., BARREIROS, L.E. y BRUNO, M.V.; “How to Kill a BIT and Not Die Trying: Legal and Political Challenges of Denouncing or Renegotiating Bilateral Investment Treaties”, 9 July 2012, Society of International Economic Law (SIEL), 3rd Biennial Global Conference, disponible en <http://ssrn.com/abstract=2102683>.

artículo 422 de la nueva Constitución de Ecuador, la Asamblea Nacional completó el proceso para que el AII con Finlandia se terminase, pero el proceso se paralizó respecto a los restantes AII. Sin embargo, recientemente el presidente Correa ha reafirmado en marzo de 2013 su intención de retomar esta iniciativa. Del mismo modo, Bolivia también está llevando a cabo una revisión de su política convencional en este ámbito, habiendo denunciado sus AII con España y Estados Unidos en 2012.

c) Una discutida interpretación del cumplimiento y ejecución de los laudos arbitrales. En este sentido, Argentina no ha pagado por ahora ninguna de las cantidades a que ha sido condenada por parte de los tribunales arbitrales. Esta falta de pago se debe a la postura mantenida en la actualidad por este país en relación con la interpretación que debe otorgarse a los artículos 53 y 54 de la Convención CIADI. Mientras que el artículo 53 se refiere al carácter obligatorio de los laudos arbitrales, el artículo 54 establece el régimen específico de reconocimiento y ejecución. Para Argentina estos preceptos conducen a que el inversor, para poder cobrar la condena pecuniaria, ha de acudir obligatoriamente a los tribunales argentinos y allí solicitar el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral⁶⁰. Esta postura ha conducido a que el gobierno de Estados Unidos, en marzo de 2012, haya tomado como medida de represalia económica frente al impago de dos laudos condenatorios de tribunales arbitrales del CIADI favorables a empresas norteamericanas, la decisión de excluir a Argentina de su Sistema General de Preferencias⁶¹.

d) Y por último, la propuesta de establecer dicho Centro de arbitraje regional⁶².

20. Centrándonos en esta última medida, la idea de que UNASUR crease un centro de arbitraje alternativo al CIADI fue propuesta por primera vez por el ministro de asuntos exteriores de Ecuador, Fander Falconi, en el mes de junio de 2009, durante la 39ª sesión de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos. En el mes de diciembre de 2010 en Guyana, los ministros de asuntos exteriores de los países miembros de la UNASUR decidieron que fuese Ecuador quién debía presidir un grupo de trabajo denominado “mecanismo para la solución de controversias en materia de inversiones en el marco de UNASUR”. Después de algunas reuniones, existe una propuesta que ha sido presentada por Ecuador⁶³ y que contempla tres acciones

⁶⁰ Vid sobre esta cuestión, FERNANDEZ MASIA, E.; “La estrategia de Argentina de dilatar el pago de las condenas comienza a encontrar obstáculos en el CIADI”, *Arbitraje: Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, Vol. II, n.º.3, 2009, pp.791-796.

⁶¹ “Obama excluye a Buenos Aires de beneficios arancelarios”, disponible en http://internacional.elpais.com/internacional/2012/03/27/actualidad/1332837414_108173.html.

⁶² MORENO PAREDES; E.A.; “El Arbitraje de Inversiones en América del Sur: Propuesta de Creación de un Centro Alternativo de Arbitraje dentro de la Estructura Internacional de la Unión de Naciones Suramericanas”, *U. Miami Inter-Am. L. Rev.*, vol.42, 2010, pp.175-195; RUEDA GARCIA, J.A.; “Las restricciones al arbitraje de inversiones en Ecuador frente a su desarrollo en el marco de UNASUR”, en *El arreglo pacífico de controversias internacionales*, E. M. Vázquez Gómez, M. D. Adam Muñoz y N. Cornago Prieto (coords.), Valencia, Tirant Lo Blanch, 2013, pp.193-204.

⁶³ Sobre esta propuesta, FACH GOMEZ, K.; “Latin American Approaches to International Dispute Resolution”, ASIL’s Meeting, Washington, March 25, 2011, disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1795568; FIEZZONI, S.K.; “The Challenge of UNASUR Member Countries to Replace ICSID Arbitration”, *Beijing Law Review*, n.º.2, 2011, pp.134-144.

conjuntas: a) la creación de un Centro de asesoría legal en materia de inversiones, b) la adopción de un código de conducta para los miembros de los procesos de manejo de conflictos y tribunales arbitrales del centro de arbitraje de UNASUR y c) la elaboración de un Reglamento del centro de solución de controversias de UNASUR.

21. El Centro de Asesoramiento, que cuenta ya con un precedente en el ámbito de la Organización Mundial del Comercio⁶⁴, buscaría dar satisfacción a una de las mayores reivindicaciones de los países latinoamericanos cuando estos se ven envueltos en un arbitraje internacional en este ámbito: la falta de preparación de muchos de sus funcionarios en estos temas supone el tener que buscar asesoramiento jurídico para la defensa de sus posiciones mediante la contratación de los servicios de firmas internacionales de abogados, lo que ha provocado que los costes derivados de los arbitrajes sean casi prohibitivos para las arcas de muchos de estos países⁶⁵. Por ello, este Centro tendría como más importantes funciones proporcionar información, orientación, apoyo y representación legal ante cualquier foro internacional con el fin de comprender, impedir, gestionar y resolver cualquier tipo de diferencia relativa a inversiones extranjeras.

Este Centro de asesoramiento estaría abierto en un principio únicamente a los Estados miembros del UNASUR, aunque posteriormente se abriría a los demás Estados latinoamericanos y del caribe e incluso a terceros Estados. Su asesoramiento no sería posible cuando los contendientes fueran dos Estados miembros del UNASUR o bien un Estado del UNASUR frente a un inversor nacional de otro Estado miembro de esta organización.

22. La adopción de un Código de Conducta para los árbitros del Centro responde a la importante preocupación de contar con un sistema de resolución de controversias claramente independiente e imparcial, eliminando cualquier posible duda o sospecha sobre un posible conflicto de intereses. Se contempla un deber de revelación por parte de los árbitros de cualquier interés, relación o asunto que pueda afectar su independencia en el procedimiento. Además, se añade la obligación de conducir el procedimiento de manera justa y sin retrasos injustificados, mantener la confidencialidad en todo el proceso de deliberación así como un deber de no realizar ningún tipo de comentario público sobre los casos sometidos.

23. El Reglamento propuesto del centro de solución de controversias es de una gran minuciosidad, destacando una serie de características que vienen a dar respuesta a muchas de las críticas que los países latinoamericanos han realizado al actual sistema de arbitraje inversor-Estado, entre las que destacan: a) se restringe el ámbito competencial

⁶⁴ SCHUNKEN, K.R.; “The Advisory Centre on WTO Law: A Success Story, But for Whom?”, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, Vol.7, nº.1, 2008, pp.59-79.

⁶⁵Esta idea ha sido propuesta a nivel global por parte de E.GOTTWALD; “Leveling the Playing Field: Is It Time for a Legal Assistance Center for Developing Nations in Investment Treaty Arbitration?”, *American University International Law Review*, Vol.22, 2007, pp.237 y ss., como un medio para lograr una plena y activa participación de los países en desarrollo en los procedimientos arbitrales inversor-Estado.

del arbitraje ya que se excluyen las diferencias en materia de salud pública o medio ambiente, b) se prevé la posibilidad de que los Estados puedan requerir la obligación de agotar los recursos internos, c) se modifica el proceso de designación de los árbitros, pues en caso de desacuerdo se realizará un sorteo, d) se establece la posibilidad de acumulación de los procedimientos arbitrales, e) se contempla un mecanismo de apelación y, por último, f) se fijan reglas sobre transparencia de los procedimientos arbitrales.

IV. LA EXCLUSIÓN DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL POR PARTE DE AUSTRALIA EN SUS FUTUROS ACUERDOS INTERNACIONALES

24. En abril de 2011, el gobierno de Australia declaró su firme posicionamiento de excluir en los futuros AII de los que sea parte al arbitraje internacional como método de resolución de controversias inversor-Estado⁶⁶: *“In the past, Australian Governments have sought the inclusion of investor-state dispute resolution procedures in trade agreements with developing countries at the behest of Australian businesses. The Gillard Government will discontinue this practice. If Australian businesses are concerned about sovereign risk in Australian trading partner countries, they will need to make their own assessments about whether they want to commit to investing in those countries”*.

Este rechazo del arbitraje viene a romper una tradición de este Estado desde que comenzó a negociar sus AIIs, pues en los mismos y, de forma generalizada, con la excepción del AII del 2004 que le vincula con Estados Unidos⁶⁷, siempre había incluido disposiciones que contemplaban los métodos de solución de controversias inversor-Estado y especialmente, la posibilidad de acudir por parte del inversor al arbitraje internacional frente al Estado receptor de la inversión.

25. Este “retorno a los tribunales nacionales” es realmente sorprendente en la medida en que por ahora, ha sido el único Estado desarrollado que mantiene esta postura rupturista con el actual sistema de solución de controversias inversor-Estado.

Tal y como hemos señalado, otros Estados como puede ser Estados Unidos y Canadá, han optado por reformar sus Acuerdos modelo e incorporar limitaciones dentro de los estándares de protección que aseguren un mayor equilibrio entre el derecho a regular por parte del Estado y la necesaria protección de los inversores extranjeros, al mismo tiempo que no han abandonado al arbitraje internacional como método esencial de solución de diferencias, aunque modelando e incorporando innovaciones en la

⁶⁶ Department of Foreign Affairs and Trade, Australian Government, “Trading Our Way to More Jobs and Prosperity”(Gillard Government Trade Policy Statement, April 2011), disponible en <http://www.dfat.gov.au/publications/trade/trading-our-way-to-more-jobs-and-prosperity.html#investor-state>.

⁶⁷ Vid. DODGE, W.S.; “Investor-State Dispute Settlement between Developed Countries: Reflections on the Australia-United States Free Trade Agreement”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol.39, n°. 2006, pp.1-36.

regulación de dicho procedimiento arbitral, muchas de las cuales se derivan de sus experiencias con el sistema diseñado en el capítulo XI del TLCAN⁶⁸.

Esta misma idea parece ser que es la que finalmente va a predominar en los futuros Acuerdos de la Unión Europea, donde después de algunas voces especialmente críticas con el actual sistema del arbitraje procedentes del Parlamento Europeo, hoy existe un pleno convencimiento de incluir un capítulo relativo a los métodos de solución de controversias inversor-Estado, en donde el procedimiento arbitral seguirá siendo una opción en manos del inversor extranjero para dirimir sus diferencias con el Estado miembro receptor de la inversión⁶⁹.

En este sentido, muy recientemente la Comisión Europea ha puesto claramente de manifiesto su postura al respecto, al señalar que “*the European Commission is convinced that ISDS is a key pillar of investment protection, and that investment protection plays a fundamental role in promoting and securing economic growth in the EU. Including ISDS provisions in an agreement guarantees that the substantive protections provided for under the Treaty can effectively be enforced by the investor. In the absence of ISDS provisions, an investor seeking enforcement of the obligations undertaken in the treaty by the host Party would have no other alternative but to bring the case before the national courts of that Party.....This is why ISDS is of paramount importance for ensuring the protection of investments guaranteed in the treaty is effective*”⁷⁰.

Un reflejo claro de lo aquí manifestado lo podemos encontrar en el Acuerdo de Libre Comercio que se está negociando entre la Unión Europea y Canadá, en donde se incluye un capítulo dedicado a los métodos de solución de controversias inversor-Estado, muy similar al que ya venía siendo incluido en los Acuerdos bilaterales de los Estados miembros de la Unión Europea aunque con ciertas innovaciones ya incorporadas por parte canadiense en sus Tratados en los últimos años –básicamente sobre transparencia de los procedimientos arbitrales y reglas para asegurar la independencia de los árbitros-⁷¹.

⁶⁸ TRAKMAN, L.E.; “Choosing Domestic Courts over Investor-State Arbitration: Australia’s Repudiation of the Status Quo”, *UNSW Law Journal*, Vol.35, n°.3, 2012, p.980.

⁶⁹Vid. REINISCH, A.; “The EU on the Investment Path-Quo Vadis Europe?The Future of EU BITs and other Investment Agreements”, march, 2013, pp.17-20, disponible en <http://ssrn.com/abstract=2236192>; BROWN, C. y NAGLIS, I.; “Dispute Settlement in Future EU Investment Agreements”, en *EU and Investment Agreements*, ed. M. Bungenberg, A. Reinisch Y C. Tietje, Baden-Baden, Nomos, 2013, pp.17-36; FERNANDEZ MASIA, E., ““El Tratado de Lisboa y el futuro de los Acuerdos de promoción y protección de inversiones en Europa”, en *Nuevas Fronteras del Derecho de la Unión Europea. Liber Amicorum José Luis Iglesias Buhigues*, C. Esplugues Mota y G. Palao Moreno (eds.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp.329-353; IRURETAGOIANA AGIRREZABALAGA, I.; “Competencia de la Unión Europea en materia de inversiones extranjeras y sus implicaciones en el arbitraje inversor-Estado”, *Arbitraje: Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, Vol.4, n°.1, 2011, pp.117-136

⁷⁰ “The Investor-State Dispute Settlement Mechanism”, 26 de marzo de 2013, disponible en http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/march/tradoc_150801.pdf.

⁷¹ Vid. Sobre esta cuestión, BERNASCONI-OSTERWALDER, N.; “The Draft Investment Chapter of the Canada-EU Comprehensive Economic and Trade Agreement: a Step Backwards for the EU and Canada?”, *Investment Treaty News*, Vol.3, n°.4, 2013, pp.10-13, disponible en <http://www.iisd.org/itn/id>.

26. Si buscamos cuales han sido las razones de este importante cambio de Australia en relación con el arbitraje inversor-Estado hemos de señalar básicamente dos:

a) En primer lugar, esta nueva política es la opción por la que se decantó finalmente el Informe final de la Comisión de Productividad de Australia⁷², la cual tenía como misión realizar recomendaciones sobre la futura política comercial exterior de este país. En este informe, dicha Comisión defiende que la exclusión de los métodos de solución de controversias inversor-Estado en los futuros AII es consecuencia de, entre otras cuestiones, la necesidad de garantizar el principio de igualdad de trato entre los inversores extranjeros y los nacionales, la puesta en práctica sin ningún tipo de cortapisas de políticas que regulan el medio ambiente o la salud pública, y los importantes problemas planteados por el procedimiento arbitral que hacen dudar de su legitimidad para su utilización en este ámbito.

b) Junto con lo anterior, una razón de enorme trascendencia para esta nueva posición del gobierno australiano ha sido la iniciación de un procedimiento arbitral por parte de la empresa Philip Morris Asia contra las medidas legislativas antitabaco⁷³. Este arbitraje, todavía pendiente, se fundamenta en la opción prevista para acudir por parte del inversora un procedimiento arbitral basado en el reglamento de arbitraje de la CNUDMI, en las disposiciones sobre solución de controversias inversor-Estado del AII entre Australia y Hong Kong de 1993⁷⁴. El gobierno australiano observa en este arbitraje un ataque a su soberanía legislativa en un ámbito de especial sensibilidad política y social.

27. El nuevo posicionamiento del gobierno australiano sobre el arbitraje internacional como método de resolución de controversias inversor-Estado lleva aparejada, sin embargo, como no podía ser menos, una serie de consecuencias:

a) Así, en primer lugar, en las negociaciones en las que este país está involucrado para adoptar nuevos AII de gran impacto económico y de progreso en la zona Asia-Pacífico –pensemos en el citado TPP-, otros Estados mantienen posiciones mucho más favorables a la necesidad de seguir incorporando el arbitraje internacional como método de solución de diferencias inversor-Estado como una garantía decisiva en el marco de protección a contemplar en el texto convencional⁷⁵. La falta de acuerdo

⁷² Productivity Commission, Australian Government, “Bilateral and Regional Trade Agreements: Final Research Report”, 13 december 2010, disponible en <http://www.pc.gov.au/projects/study/trade-agreements/report>.

⁷³ KURTZ, J.; “Australia’s Rejection of Investor-State Arbitration: Causation, Omission and Implication”, *ICSID Review*, Vol.27, n.1, 2012, pp. 65 y ss.; TRAKMAN, L.E., “Investor State Arbitration or Local Courts. Will Australia Set a New Trend?”, *Journal of World Trade*, Vol.46, n.º.1, 2012, pp.83 y ss.; NOTTAGE, L.; “The Rise and Possible Fall of Investor-State Arbitration in Asia: A Skeptic’s View of Australia’s Gillard Government Trade Policy Statement”, *TDM*, june, 2011.

⁷⁴VOON, T. y MITCHELL, A.; “Time to Quit? Assessing International Investment Claims against Plain Tobacco Packaging in Australia”, *Journal of International Economic Law*, Vol.14, n.º.3, 2011, p.5; DAVISON, M.; “The Bilateral Investment Treaty Dispute between Australia and Philip Morris Asia. What Rights are Relevant and How Have they Been Affected?”, *TDM*, Vol.9, n.º.5, 2012.

⁷⁵Vid. HWANG, S.C., y THIO, N., “Investment Treaty Arbitration in Asia. Contemporary Issues and Challenges”, *TDM*, Vol.9, n.º.3, 2012, pp.31-32; NOTTAGE, L.; “Throwing the Baby Out with the

sobre esta cuestión que algunos consideran un elemento clave de vital importancia⁷⁶, puede provocar incluso el fracaso de las negociaciones hasta ahora llevadas a cabo, con la consiguiente pérdida de inversiones en ámbitos de especial transcendencia para el desarrollo global de las economías de esta parte del planeta como puede ser el sector de explotación de los recursos naturales.

b) Y en segundo lugar, las empresas australianas comienzan a mostrar sus temores ya que se ven sometidas a una desventaja competitiva cuando deciden invertir en países en desarrollo, en donde pueden encontrarse con graves problemas de corrupción en el sistema judicial y administrativo, y no cuentan con mecanismos de solución de controversias independientes e imparciales⁷⁷.

V. EL REPLANTEAMIENTO DE SU POLITICA EXTERIOR POR PARTE DE SUDÁFRICA E INDIA

28. En julio de 2010, el gobierno de Sudáfrica adoptó un nuevo marco político para la protección de las inversiones extranjeras más moderno y más fuerte, mediante la puesta en marcha de una serie de medidas que al mismo tiempo que aseguren que este país permanece abierto a la inversión extranjera, proporciona una adecuada seguridad y protección a todos los inversores, mientras preserva el derecho soberano del gobierno de Sudáfrica a perseguir objetivos de política pública de desarrollo⁷⁸.

Bathwater: Australia's New Policy on Treaty-Based Investor-State Arbitration and its Impact in Asia", *Asia Studies Review*, Vol.37, nº.2, 2013, pp. 253-272. Sobre la opción de eliminar las disposiciones que regulen los métodos de resolución de controversias inversor-Estado en el futuro TPP se han manifestado una serie de profesores y juristas en una carta abierta a los negociadores de este Acuerdo en la que tras afirmar que "*as lawyers from the academy, bench and bar, legislature, public service, business and other legal communities in Asia and the Pacific Rim, we are writing to raise concerns about the Investment and Investor-State dispute arbitration provisions being considered in the on-going negotiations for a Trans-Pacific Partnership (TPP) agreement*", hacen un llamamiento a que "*all governments engaged in the TPP negotiations to follow Australia's example by rejecting the Investor-State dispute mechanism and reasserting the integrity of our domestic legal processes*", An Open Letter from Lawyers to the Negotiators of the Trans-Pacific Partnership Urging the Rejection of Investor-State Dispute Settlement, 8 mayo 2012, disponible en <http://tpplegal.wordpress.com/open-letter/>.

⁷⁶ En este sentido, treinta y una empresas norteamericanas escribieron una carta al Presidente de Gobierno Obama en febrero de 2012 para alertar en relación a que el rechazo de Australia a incorporar un arreglo de controversias inversor-Estado dentro del TPP tenía un efecto debilitador muy importante sobre la negociación de los aspectos clave del Acuerdo, de tal manera que si se aceptaba dicha excepción se dejaría la puerta abierta a que otros Estados pudieran también buscar establecer otras excepciones individuales en otros ámbitos, "Australia to reject investor-state dispute resolution in TPPA", *Investment Treaty News*, Vol.2, nº.3, p.18, disponible en <http://www.iisd.org/itn/2012/04/13/news-in-brief-7>.

⁷⁷ CAMPBELL, C., NAPPERT S. y NOTTAGE, L.; "Assessing Treaty-based Investor-State Dispute Settlement: Abandon, Retain or Reform", *Legal Studies Research Paper n.º. 13/40, Sydney Law School*, june 2013, pp.1-2, disponible en <http://ssrn.com/abstract=2280182>.

⁷⁸ Vid. Department Trade and Industry, Republic of South Africa; "Policy Statement: The South African Government's Approach to Future International Investment Treaties", disponible en <http://www.jadafa.co.za/LinkClick.aspx?fileticket=9A6eXZstR10%3D&tabid=432>; X.CARIM; "Update on the Review of Bilateral Investment Treaties in South Africa", disponible en http://www.thedti.gov.za/parliament/bit's_in_sa.pdf.

29. La idea clave en esta nueva política gira en torno a la conclusión a la que ha llegado este Estado tras tres años de estudio de lo ocurrido en su territorio tras más de veinte años de apertura hacia el exterior –era post-apartheid-: para el gobierno sudafricano, los AII bilaterales que fueron firmados en la década de los años 90 del siglo pasado –total- no han sido un factor clave para atraer inversiones extranjeras y que no existe una clara relación entre tener estos AII y que se produzcan incrementos de flujos de inversiones extranjeras directas.

Aunque no estamos de acuerdo totalmente con las afirmaciones anteriores, ya que sobre la idea de que la adopción de los AII es un factor determinante para una mayor recepción de inversión extranjera existen posturas totalmente contrapuestas⁷⁹, sí podemos señalar que estos Acuerdos por sí solos nunca pueden ser un instrumento suficiente de política para atraer inversiones –valga el ejemplo de Brasil, que no cuenta con ningún Acuerdo y es el mayor receptor de inversiones extranjeras en Latinoamérica-. De hecho, en nuestra opinión los factores determinantes de la inversión extranjera en un país suelen ser los siguientes: a) el marco normativo general de la inversión extranjera (donde debería incluirse la existencia o no de un Tratado internacional), b) importantes factores económicos como serían el tamaño del mercado y la posibilidad de acceder a recursos naturales y c) los instrumentos que faciliten la actividad empresarial, como pueden ser la presencia de incentivos y una buena infraestructura logística.

30. Sea como fuere, las palabras del Ministro de Comercio e Industria del gobierno de Sudáfrica, R. Davies, son claro reflejo de la nueva política emprendida en este ámbito: *“If there are investors who stay away because they feel that we don't have old-style, dated, antiquated bilateral investment treaties in place, I can assure you there are plenty of other investors from other parts of the world who are happy to come and don't insist on this”*⁸⁰. Una nueva política que, se articula sobre las siguientes cuestiones fundamentales:

a) Eliminar la actual red convencional de protección de las inversiones extranjeras mediante la terminación de los AII bilaterales que hasta ahora tenía Sudáfrica, básicamente con distintos Estados de la Unión Europea. Esta tarea se inició en 2012 con el Acuerdo que vinculaba a Sudáfrica con Bélgica y Luxemburgo. Posteriormente ha continuado con el Acuerdo con España de 30 de septiembre de 1998⁸¹, el cual ha sido denunciado por el gobierno sudafricano el 23 de junio de 2013, seis meses antes del cumplimiento de su periodo de vigencia –23 de diciembre de 2013-. A pesar de esta denuncia, las inversiones realizadas con anterioridad a la fecha de

⁷⁹ Vid .sobre esta cuestión, J.YACKEE; “Do BITs Really Work? Revisiting The Empirical Link between Investment Treaties and Foreign Direct Investment”, en *The Effects of Treaties on Foreign Direct Investment*, ed. K. P. SAUVANT y L.E.SACHS, Nueva York, Oxford University Press, 2009, pp.379-395; A.BERGER, M.BUSSE, P.NUNNENKAMP y M.ROY; “Attracting FDI through BITs and RTAs: Does Treaty Content Matter?”, *Columbia FDI Perspectives*, nº.75, 30 July 2012, disponible en <http://www.vcc.columbia.edu/content/attracting-fdi-through-bits-and-rtas-does-treaty-content-matter>.

⁸⁰“South Africa, European Union lock horns”, *Business Times*, 23 september 2012, disponible en <http://www.bdlive.co.za/business-times/2012/09/23/south-africa-european-union-lock-horns>.

⁸¹ BOE nº.26, de 31 de enero de 2000.

expiración del Tratado, de acuerdo con el art.12.3 del mismo, quedan protegidas por un periodo adicional de diez años⁸².

b) Desarrollar un nuevo modelo de AII en donde las claves serían, por una parte, lograr un adecuado equilibrio entre los derechos de los inversores y el poder regulatorio del Estado en determinados ámbitos en donde es necesario desarrollar políticas públicas de especial sensibilidad y donde se ven afectados de manera directa los derechos humanos⁸³ y, por otra parte, colocar en una posición preeminente dentro de los métodos de resolución de controversias inversor-Estado a los tribunales nacionales. Este nuevo modelo de AII sería ofrecido como base para una posible futura renegociación de los Acuerdos ya existentes y sería también el fundamento de cualquier negociación para la adopción de nuevos Acuerdos con otros países, cuestión que por otra parte, se señala, que sólo se realizará de forma excepcional de ahora en adelante y siempre que existan razones económicas y políticas de gran importancia y relevancia.

c) Elaborar una Ley de inversiones extranjeras que establezca un marco de protección fuerte pero al mismo tiempo clarifique los estándares típicos existentes en este ámbito.

d) Y por último, establecer un Comité interministerial sobre inversiones que tendrá como función controlar la implementación y desarrollo de todas las medidas que se proponen. Este Comité será el órgano competente para decidir sobre la nueva política exterior de esta materia y por tanto, si se deben o no iniciar negociaciones con otros Estados con el fin de celebrar nuevos AII, tomando en consideración tanto los costes como beneficios económicos y políticos que se puedan derivar de dicha acción.

31. India, por su parte, ha señalado a través del Departamento de política industrial y promoción del Ministerio de Comercio e Industrial en enero de 2013, que se va a iniciar la tarea de revisar toda su red convencional de AIIs –un total de 82-⁸⁴. Igualmente, se

⁸² J.A.RUEDA; “South Africa denounces BIT with Spain”, 30 de junio de 2013, disponible en <http://blogaila.com/2013/06/30/south-africa-denounces-bit-with-spain-by-jose-angel-rueda/>.

⁸³ De incidencia decisiva en esta postura ha sido el caso Piero Foresti et al. c. Sudáfrica, Caso CIADI n°. ARB(AF)/07/1, laudo de 4 de agosto de 2010, donde un conjunto de inversores italianos y empresas mineras luxemburguesas que operaban en Sudáfrica, alegaron que las disposiciones de la Ley de desarrollo de recursos mineros y petroleros de 2002 relativas a las medidas medioambientales y, en especial, al empoderamiento económico de la población negra, eran contrarias a las normas contempladas en los Tratados bilaterales de inversión de Sudáfrica con Italia y con Luxemburgo. Dichas medidas habían sido adoptadas por parte del gobierno sudafricano como una forma de compensación por los importantes perjuicios provocados por la política de apartheid llevada con anterioridad. Vid. FRIEDMAN, A.; “Flexible Arbitration for the Developing World: Piero Foresti and the Future of Bilateral Investment Treaties in the Global South”, *International Law & Management Review*, Vol.7, 2010, pp.37-51. Sobre la relación entre derechos humanos y protección de las inversiones extranjeras, Vid. DE BRABANDERE, E.; “Human Rights Considerations in International Investment Arbitration”, en *The Interpretation and Application of the European Convention of Human Rights: Legal and Practical Implications*, M. Fitzmaurice y P. Merkouris (eds.), Leiden, Martinus Nijhoff, 2012, pp.183-216; MECKENSTOCK, C.A.; *Investment Protection and Human Rights Regulation: Two Aims in a Relationship of Solvable Tension*, Baden-Baden, Nomos, 2010.

⁸⁴ C.OLIVET; “Estados en la cuerda floja cuestionan los tratados de inversión”, en *América Latina en movimiento*, n°.485, mayo 2013, p.4.

prevé el estudio sobre la posibilidad de excluir o al menos limitar la opción de acudir al arbitraje internacional como método de resolución de controversias por parte de los inversores extranjeros.

VI. VALORACIÓN FINAL: UNA MIRADA AL FUTURO

32. El arbitraje internacional como método de resolución de controversias en materia de inversiones extranjeras, tal y como había sido incorporado tradicionalmente a los AII, está sometido en los últimos tiempos a fuertes críticas. La complejidad de los litigios, el incremento exponencial de los mismos, los intereses públicos presentes, las grandes sumas de dinero reclamadas por los inversores, son factores, entre otros, que han contribuido a poner bajo la lupa a la actuación de los tribunales arbitrales y, en general, al diseño actual del Derecho internacional de inversiones contenido en estos AII que es interpretado y aplicado por aquellos.

33. La actitud de los Estados ha variado de forma radical respecto a cómo afrontar el establecimiento de su marco jurídico de promoción y protección de las inversiones extranjeras. Aunque muchos de ellos se encuentran en una posición aún de “esperar y ver”, ya existen algunas voces –aún minoritarias- muy disconformes, procedentes de muy distintos puntos del planeta, que plantean romper con el sistema ampliamente aceptado hasta ahora.

34. Los retos que ha puesto de manifiesto este “ataque” al sistema de resolución de controversias inversor-Estado no pueden ser obviados y, si se pretende el mantenimiento del arbitraje como el método principal de solución en este ámbito, ciertas reformas se hacen precisas. Esta solución “reformista” del Derecho internacional de inversiones, incluyendo igualmente un nuevo diseño de los métodos de solución de controversias en este ámbito, va encontrando acomodo en los más recientes AII adoptados.

Así, por una parte, de manera sustantiva, tratando de buscar un equilibrio en la redacción y terminología utilizada en los estándares de protección contemplados en los AII. Se intenta, sin menoscabar la necesaria protección de las inversiones extranjeras, lograr que el Estado pueda ejercer de manera amplia su poder regulatorio en determinadas materias de especial sensibilidad social y económica.

Por otra parte, se incorporan ciertas innovaciones procesales en el sistema de resolución de controversias inversor-Estado. Estas modificaciones buscan otorgar una mayor previsibilidad y coherencia, mostrar una respuesta a los interrogantes planteados sobre la independencia e imparcialidad del sistema y reflejar una cierta apertura pública de estos procedimientos arbitrales.

35. Estos esfuerzos por fortalecer la legitimidad del arbitraje de inversiones no sólo a ojos de sus propios usuarios sino de manera global, han de venir acompañados necesariamente, en nuestra opinión, por la progresiva incorporación de manera

complementaria de métodos alternativos de solución de controversias, tales como la mediación o la conciliación, en las disposiciones de solución de controversias inversor-Estado de los AII⁸⁵. La solución amistosa de la controversia en un plazo breve desde el nacimiento del conflicto permite que las posiciones enfrentadas de las partes no se enquisten de manera irremediable, pudiéndose ser reconducidas en muchas de las ocasiones hacia el logro de un acuerdo, no rompiendo la relación existente y permitiendo un importante ahorro de tiempo y dinero. Quizás sea éste un camino que habría que explorar para tratar de calmar las revueltas aguas en donde hoy se mueve el Derecho internacional de inversiones.

⁸⁵ Vid. BOULLE, L.; “ADR in Cross-Border Investment Disputes”, *ADR Bulletin*, Vol.12, n°.5, pp.93-105; COLLINS, D., “Alternative Dispute Resolution for Stakeholders in International Investment Law”, *Journal of International Economic Law*, Vol.15, n°.2, 2012, pp.673-700; UNCTAD; “Investor-State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration”, *UNCTAD Series on International Investment Series on Development*, Nueva York y Ginebra, United Nations, 2010.