

Régimen de solución de controversias inversor-Estados: ¿resistencias del modelo relacional en un marco institucional de las relaciones internacionales?¹

*Investor-State dispute settlement regime: resistance of the relational
model in an institutional framework of international relations?*

Magdalena Bas Vilizzio²

Resumen: En primer lugar, este artículo describe las características de la solución de controversias inversor-Estado como un régimen internacional, dentro de un espacio mayor: la protección de inversiones extranjeras. En segundo lugar, el trabajo se focaliza en el examen del régimen a la luz del modelo institucional de las relaciones internacionales, e identifica tres instancias de resistencia del modelo relacional: el retiro del CIADI – Bolivia, Ecuador y Venezuela-, el planteo de alternativas a los mecanismos de resolución de disputas actuales –sistema de tribunales de inversiones propuesto por la Unión Europea-, y la recuperación de la competencia de resolver en los tribunales locales aquellos conflictos jurídicos surgidos con inversores extranjeros –Sudáfrica-.

Palabras clave: Solución de controversias inversor-Estado; relaciones internacionales; modelo relacional; modelo institucional, Estados

Abstract: Firstly, this paper describes the characteristics of investor-State dispute settlement as an international regime, within a bigger space: foreign investment protection. Secondly, this paper focuses on the examination of the regime in the light of the institutional model of international relations and it identifies three instances of resistance by the relational model: ICSID withdrawal –Bolivia, Ecuador and Venezuela-, alternatives to present dispute resolution mechanisms –European Union’s proposal for an investment court system-, and domestic courts’ reacquisition of jurisdiction to settle disputes with foreign investors –South Africa-.

Key words: Investor-State dispute settlement; international relations; relational model; institutional model; States

¹ Recibido: 13/02/2018. Aceptado: 30/05/2018

² Profesora Adjunta de Derecho Internacional Público y Comercio Exterior (UDELAR, Uruguay), Investigadora activa del Sistema Nacional de Investigadores, Uruguay, Doctoranda en Relaciones Internacionales (UNLP). Miembro del Tribunal Internacional de Arbitraje de la Comisión Administradora del Río de la Plata. E-mail: magdalenabas@gmail.com

1. Introducción

En 1959, Alemania y Paquistán celebran el primer tratado bilateral de inversión (TBI) de la historia. Actualmente, con más de 3000 acuerdos de inversiones celebrados en el mundo, entre TBI y otros instrumentos multilaterales, y 855 controversias inversor-Estado conocidas³, el actual régimen de solución de controversias inversor-Estado presenta particularidades no compartidas por otros regímenes de solución de controversias que involucran a Estados soberanos.

Desde un punto de vista metodológico, la dinámica del régimen de solución de controversias inversor-Estado puede leerse desde uno de los dos modelos ideales antagónicos de las relaciones internacionales, el modelo relacional y el modelo institucional, o bien puede plantearse un abordaje dialéctico abierto entre el poder y el Derecho en el cual se enmarcan ambos modelos. Como explica Consani (2016), el modelo relacional en estado puro describe un sistema internacional cuyos únicos actores son los Estados soberanos y en el que la relación Derecho – poder se da de manera horizontal. Mientras que en el modelo institucional presenta un sistema de subordinación en el cual el Derecho y el poder se encuentran en relación vertical, dando lugar a nuevos actores en las relaciones internacionales: las organizaciones internacionales y el individuo (Consani: 2016, p. 10-12).

El hecho que los arbitrajes *ad hoc* entre inversores y Estados sean administrados mayoritariamente en el seno de una agencia de una organización internacional, el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) parte del Banco Mundial, podría llevar a considerar más adecuado el uso del modelo institucional. No obstante, ninguno de los modelos se encuentra en la realidad de manera pura y que la tensión dialéctica entre ambos es permanente, este trabajo opta por el método dialéctico abierto, de manera de poder comprender las diferentes aristas de la realidad de forma sincrética, sin caer en una síntesis final cerrada o un análisis excluyente entre modelos.

Con las anteriores ideas en vista, este artículo tiene como objetivos: 1) describir las características de la solución de controversias inversor-Estado como régimen internacional dentro de un espacio mayor: la protección de inversiones; 2) examinar el régimen a la luz de las características más destacables del modelo institucional e identificar cuáles son las instancias de resistencia del modelo relacional.

2. Solución de controversias inversor-Estado y sus características

2.1. Régimen internacional de inversiones

Tanto el sistema que regula la protección internacional de inversiones como el que regula la solución de controversias inversor-Estado, derivado del primero, pueden ser categorizados como regímenes internacionales, siguiendo a los aportes teóricos de Ruggie (1975, 1999), Krasner (1983) y Keohane (1988) entre otros. En este sentido, un régimen internacional es “un conjunto implícito o explícito de principios, normas, reglas y procedimientos de toma de decisión alrededor de los cuales las expectativas de los distintos acto-

³ Conforme a datos del Investment Hub de la UNCTAD al 31 de diciembre de 2018. Fecha de consulta: 28 de marzo de 2018.

res convergen en un área determinada de las relaciones internacionales” (Krasner, 1983, p. 2).

Los principios son creencias que explican el funcionamiento del sistema, las normas son reglas generales de comportamiento que generan derechos y obligaciones, las reglas son prescripciones en torno a áreas determinadas, y los procesos de toma de decisión refieren a prácticas generalmente seguidas para la negociación y adopción de resoluciones colectivas (Ruggie, 1999: 188; Bizzozero, 2011, p. 153). Cada uno de estos elementos deriva en el siguiente, traduciéndose en un mayor nivel de abstracción.

En el caso puntual del régimen internacional de inversiones, es posible afirmar que las expectativas de los Estados integrantes convergen en torno al principio fundamental de la promoción y protección de inversiones. Esto es, los Estados emisores de inversión extranjera directa ven garantizadas las inversiones de los particulares de su nacionalidad y los Estados receptores cuentan con instrumentos que brindan certeza jurídica al inversor extranjero como forma de promocionar la recepción de capital extranjero. Como en todo régimen internacional, los Estados al ser entidades soberanas tienen capacidad de decisión de integrar el régimen o permanecer fuera al celebrar o no acuerdos internacionales en materia de inversión. Incluso puede optar por impulsar la construcción de regímenes alternativos.

Del principio fundamental de promoción y protección de inversiones se desprenden una serie de principios derivados que regulan el comportamiento de los actores vinculados a la inversión extranjera, esto es, Estados e inversores. Dichos principios derivados son: 1) trato nacional; 2) trato justo y equitativo; 3) garantía y compensación por expropiación; 4) garantía de libre traspaso de fondos y transferencia de capitales y ganancias al exterior; 5) solución de controversias inversor-Estado mediante la prórroga de jurisdicción al arbitraje internacional⁴.

2.2. Régimen internacional de solución de controversias inversor-Estado

El principio de solución de controversias inversor-Estado, dada su complejidad y características propias, se comporta como un régimen internacional en sí mismo. Este se erige sobre el derecho de los inversores extranjeros de demandar a los Estados receptores de la inversión en caso que vean vulnerados sus derechos y amparados en un instrumento jurídico escrito que prevea una prórroga de jurisdicción a favor del arbitraje internacional. Dicha prórroga de jurisdicción puede estar prevista en un tratado bilateral de inversiones, un capítulo de inversiones de un tratado de libre comercio (bilateral o multilateral) o tratados multilaterales en los cuales el Estado huésped o receptor de la inversión y el Estado de nacionalidad del inversor sean parte, así como también en leyes de

⁴ Estos principios derivados suelen formar parte de la estructura básica de los tratados bilaterales de inversiones o los capítulos de inversiones en tratados de libre comercio. En este sentido, las disposiciones de los mencionados instrumentos normativos regulan diversas áreas que pueden agruparse en: 1) Normas generales de trato de la inversión, como ser alcance y definición de inversión, trato nacional, cláusula de la nación más favorecida, trato justo y equitativo; 2) Protección de las inversiones, esto es garantías y compensaciones por expropiación, garantías de libre traspaso de fondos y transferencia de capitales y ganancias al exterior, prohibición o límites a los requisitos de desempeño; 3) Excepciones, modificaciones y terminación del tratado; 4) Solución de controversias tanto sean mecanismos de solución de controversias Estado-Estado e inversor-Estado (Carrau y Valdomir, 2012: 49; Salacuse: 2010: 127 – 128).

inversiones del Estado receptor o contratos entre empresas extranjeras y Estados huéspedes.

Los textos constitutivos de las instituciones que administran arbitrajes a las que remiten los mencionados instrumentos jurídicos pueden establecer requisitos adicionales. Por ejemplo en el caso del CIADI, el artículo 25 del Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados de 1965 (Convenio de Washington) constitutivo del Centro establece que la institución tiene jurisdicción para entender en aquellas controversias inversor-Estado que sean de naturaleza jurídica, que tengan una relación directa con una inversión entre un Estado parte y un nacional de otro Estado parte de dicho tratado, y en las que exista una cláusula de prórroga de jurisdicción por escrito.

Una serie de reglas específicas derivan del principio anteriormente explicado, estas son:

El inversor extranjero tiene locus standi y jus standi: Esta es una de las características más destacables del régimen. Es el particular quien cuenta con *locus standi in iudicio*, esto es, los inversores extranjeros pueden demandar a los Estados en foros jurisdiccionales. De hecho, se ha dado un paso más al reconocerse su *jus standi*, esto es, la titularidad de la acción y el consecuente acceso directo a los tribunales internacionales. Por tanto, en este régimen no resulta de aplicación el instituto de la protección diplomática, según el cual es el Estado de la nacionalidad del particular afectado quien hace propio el reclamo frente al Estado incumplidor y no el particular (Torreja Mateu, 2012, 317; Burgos-De la Ossa y Lozada-Pimiento, 2009, p. 272).

Período de enfriamiento: La casi totalidad de los acuerdos internacionales establecen un período de enfriamiento, esto es, un período en el que las partes en el conflicto intentan resolver sus controversias de manera amigable. Este lapso de tiempo habitualmente se extiende por entre tres y seis meses desde que el inversor extranjero notifica la existencia del conflicto al Estado receptor de la inversión.

No obligatoriedad de agotamiento previo de la jurisdicción doméstica: El agotamiento de los recursos internos es una opción, no una obligación como proponía la doctrina Calvo⁵. No obstante, aun en aquellos instrumentos que se establecen la obligación de agotamiento de los recursos internos pueden presentar lo que Fach Gómez denomina “versión *light* de la cláusula Calvo” al permitir pasar al arbitraje internacional una vez sometida la controversia a la jurisdicción doméstica, se puede pasar al arbitraje por vencimiento de plazo de tiempo determinado (Fach Gómez, 2010, p. 3). No obstante, en aquellos tratados que prevén obligatoriamente el agotamiento previo de los recursos domésticos, por el juego de la cláusula de la nación más favorecida puede eludirse dicha obligación⁶.

⁵ Esta doctrina, elaborada en 1868 por el jurista argentino Carlos Calvo y recogida en varias constituciones latinoamericanas, se basa en los principios de igualdad soberana, no intervención y trato igualitario entre extranjeros y nacionales. Los Estados, como soberanos, tienen derecho determinar libremente sus políticas internas y externas, sin injerencia extranjera, y dado que los extranjeros tienen iguales derechos a los nacionales, estos deben agotar todos los recursos de la jurisdicción doméstica sin pedir la protección y/o intervención diplomática de su Estado de su nacionalidad (Tamburini, 2002: 82).

⁶ Esta práctica se denomina *treaty shopping* o *cherry picking*.

Tribunales arbitrales ad hoc: Las disputas son sometidas a tribunales *ad hoc*, esto es, no permanentes, que se conforman para el caso concreto mediante ternas arbitrales o árbitro único elegidos de listas previamente registradas en una institución que administra arbitrajes. Este es el caso del CIADI, la Corte Permanente de Arbitraje (CPA), la Cámara de Comercio Internacional, la Cámara de Comercio de Estocolmo, Corte Internacional de Arbitraje de Londres.

Inapelabilidad de los laudos: Los laudos arbitrales no son pasibles de apelación, y los recursos de anulación o revisión se prevén para casos específicos que no constituyen una segunda instancia de decisión. Por ejemplo en el Convenio de Washington se establece que el recurso de anulación a solicitud de una de la partes si el tribunal se constituyó incorrectamente, este se ha extralimitado manifiestamente en sus facultades, si hubo corrupción de parte de algún miembro, si se ha quebrantado gravemente una norma de procedimiento o el laudo no contiene expresamente los motivos en que se funda (artículo 52). El recurso de revisión, en cambio, puede solicitarse dentro de los 90 días de emisión del laudo en caso de descubrimiento de algún hecho que hubiera podido influir decisivamente y al momento de su emisión hubiera sido desconocido por el tribunal (artículo 51).

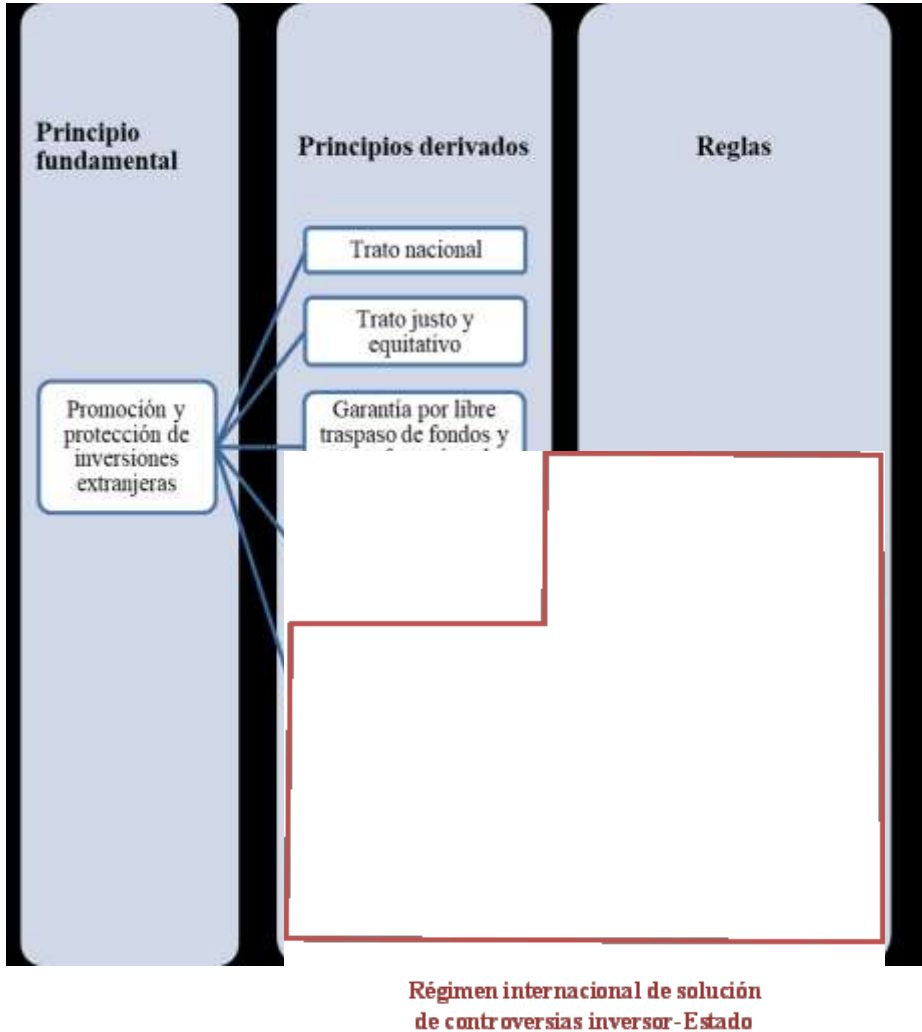
Cláusula de ultractividad: Los tratados de inversiones suelen incluir dentro de su articulado cláusulas que establecen que las demás disposiciones del tratado mantienen su vigencia durante un período determinado subsiguiente a su terminación, por lo general 5, 10, 15 o 20 años, y por tanto la posibilidad de poner en marcha un mecanismo de solución de controversias a pesar que el acuerdo que lo sustenta ya está terminado.

Cláusula de la nación más favorecida: Se trata de una disposición que permite el acceso al mejor trato que un Estado decide ofrecer a los inversores en el marco de otro acuerdo. Como afirma Banifatemi, “a State is undeniably at liberty not to offer better treatment to other investors or not to enter into a most-favoured-nation clause. However, once it has freely embarked on both paths, it must abide by its obligations” (Banifatemi, 2009, p. 273)⁷. La cláusula es aplicable a cualquier disposición del acuerdo, incluso la no obligatoriedad de agotar la jurisdicción doméstica previo al pasaje al arbitraje internacional, como lo reconoce la jurisprudencia por primera vez en la Decisión sobre jurisdicción de fecha 25 de enero de 2000 del caso Emilio Agustín Maffezini contra España (CIADI caso número ARB/97/7).

La figura 1 sintetiza la estructura del régimen internacional de inversiones, focalizándose en el principio derivado de solución de controversias inversor-Estado mediante prórroga de jurisdicción al arbitraje internacional. No se incluyen las reglas derivadas de los demás principios del régimen internacional de inversiones por exceder los objetivos de este artículo.

⁷ “Un Estado tiene, sin duda, la libertad de no ofrecer un mejor trato a los inversores o no obligarse por una cláusula de la nación más favorecida. Sin embargo, una vez que libremente tomó alguno de esos caminos, debe cumplir con sus obligaciones” (traducción propia).

Figura 1: Principios del régimen internacional de inversiones. Especial referencia al régimen internacional de solución de controversias inversor-Estado (régimen derivado)



Fuente: Elaboración propia

3. Régimen de solución de controversias inversor-Estado en el marco de los modelos institucional y relacional

3.1. Primacía sin exclusividad del modelo institucional

Los arbitrajes inversor-Estado, si bien son *ad hoc*, se dirimen mayoritariamente en el seno de instituciones internacionales que los administran. Conforme a datos de la UNCTAD, el 63,4% de las 855 de controversias conocidas, al 31 de enero de 2017, se

resolvieron o se encuentran en proceso de resolución en el marco del CIADI –agencia del Banco Mundial- creada por el Convenio de Washington. En segundo lugar se encuentra la CPA, creada por la Convención de 1899 para la Resolución Pacífica de Controversias Internacionales, organización que congrega el 13,8% de los casos. El porcentaje restante se reparte entre instituciones privadas –que no son sujetos de Derecho Internacional-, arbitrajes sin institución administradora o no hay datos disponibles (ver gráfica 1).

Gráfica 1: Instituciones administradoras de arbitrajes inversor-Estado. Porcentaje sobre número total de casos conocidos



Fuente: Elaboración propia en base a datos de UNCTAD Investment Hub. Datos al 31 de diciembre de 2018. Fecha de consulta: 26 de marzo de 2018

La mayoritaria institucionalización internacional de los arbitrajes puede constituir un indicio para pensar que el modelo institucional se presenta de manera pura en el régimen bajo análisis, excluyendo cualquier manifestación del modelo relacional. Sin embargo, el modelo relacional continúa ejerciendo tensiones en el régimen bajo análisis y refutan la hipótesis anterior, tema que se analizará en el apartado 3.2.

En relación a la idea de exclusividad del modelo institucional, dos elementos coadyuvan a su afirmación: la concentración del poder y la represión del poder. En primer lugar el modelo institucional sitúa al Estado como miembro de organizaciones internacionales (concentración del poder) (Consani: 2016. 12). En materia de acuerdos de inversiones, sean TBI u otros tratados bilaterales o multilaterales, el peso de instituciones como el CIADI surge de manera clara al ser el foro a cual remiten en mayor número. Para dar un ejemplo, si a los TBI en vigor en Sudamérica se le suman los acuerdos celebrados pero no ratificados por Brasil y los acuerdos denunciados por Bolivia y Ecuador, el 89% de estos remiten al CIADI como foro para resolver las controversias inversor-Estado (Bas Vilizzio, 2017: 32)⁸.

⁸ Los acuerdos pueden remitir a una o más instituciones administradoras de arbitrajes a elección del inversor.

En segundo lugar, el modelo institucional dispone la represión del poder por tanto el uso y la amenaza de la fuerza están prohibidos como principio básico (artículo 2.4 de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas). Como corolario, las disputas deben ser resueltas de manera pacífica entre los Estados. Cabe señalar que el rol de los Estados emisores de la inversor en la solución de controversias en materia de inversiones fue evolucionando a la largo del tiempo desde una participación activa mediante la protección diplomática de sus nacionales a ser un mero vector para que las corporaciones de su nacionalidad tuvieran *locus standi* y *jus standi* para demandar a los Estados receptores en foros especializados.

En este sentido, inicialmente, los Estados eran los únicos capaces de reclamar frente a otros Estados y para tal fin crean el instituto de la protección diplomática. De esta manera el Estado hace propio el reclamo del particular de su nacionalidad afectado frente al Estado incumplidor, sin posibilidad que el particular pudiera iniciar procesos de solución de controversia en un foro internacional (Torreja Mateu, 2012, 317; Burgos-De la Ossa y Lozada-Pimiento, 2009: 272). La protección diplomática es un derecho del Estado que la ejerce y sus requisitos han evolucionado a lo largo del tiempo. En la actualidad tanto la doctrina mayoritaria como el Proyecto de artículos sobre protección diplomática de la Comisión de Derecho Internacional de la Organización de Naciones Unidas (2006) condicionan el ejercicio de la protección diplomática a que el particular afectado tenga un vínculo de nacionalidad con el Estado reclamante, y que agote previamente de los recursos internos en el Estado incumplidor.

Como se indicara en el apartado 2.2, si bien en la actualidad el instituto de la protección diplomática no ha caído en desuso, no resulta de aplicación en materia de protección de inversiones ya que los casi 3000 acuerdos internacionales existentes otorgan a los inversores extranjeros el derecho de recurrir a la vía arbitral para demandar al Estado receptor, en caso de ver sus derechos vulnerados. Más aún, un número importante de tratados no establece el requisito del agotamiento previo de la jurisdicción doméstica, y en los que sí se establece, el juego de la cláusula de la nación más favorecida permite evitarlo, como se explicara anteriormente. A modo de ejemplo, en Sudamérica el 88% de los TBI permite el pasaje a la vía arbitral sin necesidad de agotar los recursos internos (Bas Vilizzio, 2017, p. 25).

En relación a la condicionalidad del poder, tercera característica del modelo institucionalista, su aplicación al régimen de solución de controversias inversor-Estado es más difusa. Si se toma en exclusividad el régimen del CIADI, los Estados miembros condicionan su poder al ser miembros de la organización en particular en lo que refiere al seguimiento de un procedimiento predeterminado para la solución de disputas y la elección de árbitros en base a la lista que los propios miembros registran en la Secretaría General. No obstante, son los inversores extranjeros quienes eligen el foro en el cual iniciar el arbitraje internacional en base a los tratados aplicables, los cuales suelen incluir más de una opción, así como también son de su elección las reglas aplicables. De hecho, podría darse un arbitraje en el que la institución administradora sea el CIADI pero que se aplique el Reglamento de Arbitraje de la UNCITRAL como normas de procedimiento.

Sin perjuicio de lo anterior y dado que el modelo institucional es un modelo ideal no existe de manera perfecta (Consani, 2016, p. 13), en el siguiente apartado se examinarán las resistencias del modelo relacional en el régimen internacional de solución de controversias inversor-Estado que se han identificado en este trabajo.

3.2. Resistencias del modelo relacional

El modelo relacional aun resiste dentro del régimen de solución de controversias inversor-Estado en tres aspectos fundamentales: las resistencias estatales manifestadas en el retiro del CIADI y la propuesta de mecanismos alternativos de resolución de disputas, así como la recuperación de la competencia de resolver en los tribunales locales aquellos conflictos jurídicos surgidos con inversores extranjeros, competencia cedida a instituciones internacionales mediante prórroga de jurisdicción. A continuación se analizará un ejemplo de cada instancia a los efectos de ilustrar las ideas planteadas: 1) el retiro del CIADI por parte de Bolivia; 2) la propuesta de la Unión Europea de un sistema de tribunales de inversión; 3) el retorno a la jurisdicción doméstica en materia de inversiones incluido en la última ley de inversiones sudafricana.

Retiro del CIADI: el caso de Bolivia

El retiro del CIADI se ha dado únicamente en tres casos a lo largo de la historia: Bolivia, Ecuador y Venezuela, Estados que notificaron la denuncia al Convenio de Washington en fecha 1 de mayo de 2007, 2 de julio de 2009 y 24 de enero de 2012 respectivamente. Conforme al artículo 71 del Convenio las denuncias fueron efectivas seis meses después de su notificación. Tanto Bolivia como Ecuador acompañaron esta decisión con la terminación los TBI en vigor⁹, habiendo avanzado a diferente ritmo y con diferentes características, pero en base a la aplicación de las cláusulas de ultractividad contenidas en los tratados, en los hechos se registraron, y continúan registrando, nuevas demandas de manos de inversores extranjeros.

El caso de Bolivia es el que tiene su origen más retomo en la denominada “Guerra del agua” en Cochabamba, que en 2002 termina con la demanda de la empresa Aguas del Tunari SA (propiedad de la estadounidense Betchel) en el CIADI. La demanda tiene su germen en la rescisión de la concesión del servicio de aguas y acantarillado sanitario de Cochabamba otorgada a Aguas del Tunari por un período de 40 años (1999)¹⁰. Amparado en el TBI Bolivia-Países Bajos, el demandante reclama una indemnización de aproximadamente 50 millones de dólares, a pesar de haberse invertido poco menos de 1 millón.

En 2005, el tribunal *ad hoc* entendió que era competente en el caso, no haciendo lugar a las excepciones presentadas por el Estado, entre las cuales se destaca que 1) la jurisdicción y la legislación aplicable es la boliviana conforme al contrato de concesión (párrafos 95 y 96 de la Decisión sobre jurisdicción), y 2) no corresponde invocar el TBI Bolivia-Países Bajos, dado que Aguas del Tunari no es controlada directa o indirectamente por empresas nacionales de Países Bajos sino que se trata de una cadena de socieda-

⁹ Vale aclarar que la Cancillería bajo la administración del actual presidente Lenin Moreno elaboró un nuevo modelo de TBI con el fin que sea renegociado con 16 Estados, dentro de los cuales se incluyen parte de los acuerdos que fueron denunciados en 2017 a propuesta del informe final de la Comisión para la Auditoría Integral Ciudadana de los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones y del Sistema de Arbitraje Internacional en Materia de Inversiones (CAITISA), institución creada bajo la presidencia de Rafael Correa. Conforme a manifestaciones de la canciller María Fernanda Espinosa, el nuevo modelo es acorde a las disposiciones constitucionales ecuatorianas y en él prima el interés nacional (Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, 2018).

¹⁰ Cabe destacar que la privatización de empresas nacionales es una de las políticas propulsadas por el Consenso de Washington.

des constituidas en ese Estado pero vacías de contenido (párrafo 72). Esta decisión derivó en duras críticas al tribunal de parte de los movimientos sociales, en particular por considerarla una medida de apoyo a las políticas neoliberales y un evidente caso de *forum shopping*¹¹ (Sornarajah, 2010, p. 326 - 327).

Finalmente, frente a la presión pública internacional, el 19 de enero de 2006 la empresa decide retirar el caso, luego de acordar el traspaso de sus acciones al Estado por la suma simbólica de 2 bolivianos (aproximadamente 0,25 dólares) (Ministerio de Relaciones Exteriores y Cultos de Bolivia, 2008, p. 101) y solicitar que se discontinúe el proceso. Este caso constituye la antesala de Bolivia para retirarse de la organización y terminar los TBI en vigor, y por ende marcar cierta resistencia relacional en el marco de un modelo institucional.

Dentro de las razones esgrimidas, Bolivia remarca la incompatibilidad con la doctrina Calvo incorporada en la Constitución de 1967 vigente en ese momento; temas de procedimiento (conflictos de interés entre los actores y los árbitros, doble enjuiciamiento, jurisprudencia libre, *forum shopping*, *treaty shopping* y *cherry picking*); los altos costos de los procedimientos; la minoría de laudos a favor de los Estados; y los conflictos de interés en el Banco Mundial como propulsor de las políticas de ajuste estructural que llevaron a la privatización de empresas que al ser estatizadas reclaman cuantiosas compensaciones (Ministerio de Relaciones Exteriores y Cultos de Bolivia, 2008, p. 108 – 124).

Mecanismos alternativos: el sistema tribunales de inversión propuesto por la Unión Europea

Desde el año 2015, la Unión Europea (UE) impulsa una reforma del régimen de solución de controversias inversor-Estado. Como primera fase se incluye en las negociaciones de tratados de comercio e inversión con terceros Estados un sistema bilateral de tribunales de inversión. Como segunda fase se propuso crear un tribunal multilateral de inversiones cuya negociación estuviera abierta a todos los interesados.

La primera fase, fue plasmada en el Acuerdo Económico y Comercial Global entre la UE y Canadá (CETA por su sigla en inglés), que entró en vigor provisionalmente el 21 de septiembre de 2017, y la negociación del Acuerdo de la Asociación Transatlántica de Comercio e Inversión entre la UE y Estados Unidos (TTIP por su sigla en inglés), negociación, enlentecida desde el inicio de la administración Trump. En su capítulo 8 (Inversiones) el CETA establece la creación de un Tribunal de Inversiones Permanente y un Tribunal de Apelación. Conforme al artículo 8.27, el Tribunal permanente está compuesto por quince jueces elegidos por un período de cinco años renovable por una única vez (cinco nacionales de la Unión Europea, cinco de Canadá, y cinco de terceros Estados). Cada caso concreto será resuelto por tres de los quince jueces, manteniéndose las proporciones de nacionalidades previstas para el Tribunal en pleno, y será presidido por el juez nacional del tercer Estado.

Adicionalmente, el texto prevé un Tribunal de Apelaciones que tiene como fin confirmar, modificar o revocar los laudos del Tribunal permanente, y funcionará en divisiones de tres miembros (artículo 8.28). El hecho que ambos tribunales sean permanentes, inde-

¹¹ Se denomina *forum shopping* a la selección de uno o más foros de solución de controversias, ya sea mediante la búsqueda de la protección de un tratado en particular o por aplicación de la cláusula de la nación más favorecida.

pendientemente de su funcionamiento en divisiones, mitiga parte de las críticas al actual sistema de solución de controversias inversor-Estado, especialmente al CIADI, cuyos tribunales se conforman para el caso concreto y carece de una instancia de apelación.

Con el fin de garantizar la transparencia en los procedimientos y la independencia de los miembros de los tribunales se establece a texto expreso que estos no reciben instrucciones de organizaciones o gobiernos en temas vinculados a la controversias, y desde su designación tienen prohibida la actuación como asesores, expertos nombrados por una parte o testigos (artículo 8.30). Este punto es crucial en el sistema, ya que es una de las críticas más fuertes al actual sistema de solución de controversias inversor - Estado, en particular desde la sociedad civil organizada¹².

Otros elementos a resaltar son: la prohibición de procedimientos paralelos tanto en tribunales nacionales como internacionales al mismo tiempo que en el sistema de tribunales de inversiones del CETA (artículos 8.22 y 8.23); la prevención de demandas fraudulentas o manipuladoras en base, por ejemplo, a reestructuraciones empresariales (artículo 8.18); no derogación de la medida impugnada (artículo 8.39); la inclusión de mecanismos alternativos de solución de disputas, como ser la mediación (artículo 8.20).

El sistema previsto en la Sección III, del Capítulo II (Inversiones) del último borrador del TTIP –noviembre de 2015- tiene las mismas características y ha sido blanco de diversas críticas. Se destaca, en primer lugar, el análisis de Sornarajah (2016) quien considera que el sistema propuesto no resuelve los problemas de los mecanismos actuales, dado que *per se* no asegura legitimidad, ni hay una determinación clara de la distribución geográfica de los miembros de los tribunales que corresponden a terceros Estados. Por los mismos motivos, Gaffney (2016) considera que el borrador se queda a mitad de camino entre la construcción de un nuevo sistema y la permanencia en el actual. Finalmente Schill (2016) agrega un elemento más al debate al cuestionar la ausencia de requisito de agotamiento previo de la jurisdicción doméstica, aspecto que puede poner en tela de juicio la autoridad y legitimidad democrática de los tribunales nacionales y quitarles la oportunidad de corregir posibles medidas arbitrarias, discriminatorias o ilegítimas adoptadas por el Gobierno.

La segunda fase, el sistema multilateral de tribunales de inversiones, ya estaba prevista en el articulado de los acuerdos negociados con Canadá y Estados Unidos, artículos 8.29 y 12 respectivamente, estableciendo que los mecanismos bilaterales serán sustituidos una vez que el mecanismo multilateral entre en vigor. El 13 de septiembre de 2017 la Comisión Europea eleva al Consejo una recomendación de decisión por la que se autoriza la apertura de negociaciones sobre un Convenio relativo al establecimiento de un tribunal multilateral para la solución de diferencias en materia de inversiones (Documento COM(2017) 493 final). La autorización y las directrices de negociación son aprobadas con fecha 20 de marzo de 2018 (Documento 12981/17).

Entre las directrices de negociación, se destaca que el sistema contará un órgano de primera instancia y otro de apelación cuyos miembros serán independientes y recibirán una remuneración permanente durante su mandato –limitado a un período de tiempo y no renovable. La permanencia de los tribunales y sus miembros busca garantizar una jurisprudencia consistente a diferencia de los actuales tribunales *ad hoc*. Asimismo-

¹² En este sentido ver especialmente: Eberhardt y Olivet (2012).

mo, los procedimientos deberán ser transparentes y posibilitar la intervención de terceros –organizaciones no gubernamentales, grupos de consumidores, asociaciones empresariales, cámaras comerciales, etc.- de la misma manera que hoy prevé el Reglamento sobre Transparencia de los arbitrajes entre inversionistas y Estados en el marco de un tratado de la UNCITRAL (2014).

Todo hace pensar que dado el enlentecimiento en las negociaciones del TTIP y la reciente autorización a la Comisión Europea para iniciar las negociaciones de un acuerdo multilateral, los debates sobre la reforma del régimen de solución de controversias inversor-Estado se darán con más fuerza a nivel multilateral fuera del CIADI, y mientras no se concrete la UE continuará incluyendo su sistema de tribunales de inversión en las negociaciones bilaterales. Otros ejemplos de mecanismos alternativos se presentan en la UNASUR con la proyección de un Centro de solución de controversias en materia de inversiones aun no concretado, o el debate sobre la reforma del régimen que se está dando a nivel de la UNCTAD y nuclea a Estados, academia y sociedad civil organizada. Estas instancias muestran como los Estados prefieren resolver *vis-à-vis* y en un orden paralelo aquellos temas que en el modelo institucional no encuentran solución.

Retorno a la jurisdicción doméstica: el caso de Sudáfrica

Sudáfrica presenta un interesante caso de recuperación de la competencia de resolución de conflictos con inversores extranjeros cedida a instituciones internacionales mediante prórroga de jurisdicción en los TBI celebrados. El proceso de cambio se inicia a posteriori de la demanda recibida de manos de un grupo de inversores de Italia y Luxemburgo en el año 2006. La controversia se basa en que la Carta de Minería de Sudáfrica del año 2004 establece una serie de opciones de desinversión parcial por parte de las empresas propietarias de explotaciones mineras, como mecanismo para promover el acceso equitativo a la explotación de los recursos mineros y del petróleo para los grupos históricamente desfavorecidos y reparación de la privación de derechos y otros efectos sociales negativos causados por el apartheid.

Si bien, la norma es acorde a los preceptos constitucionales de dicho Estado, el 1 de noviembre de 2006, los inversores italianos Piero Foresti y otros así como la empresa establecida en Luxemburgo, Finstone SARL, solicitan el inicio de un arbitraje de inversiones mediante el mecanismo adicional del CIADI en base a las disposiciones de los TBI entre Sudáfrica e Italia (1997) y Sudáfrica y Bélgica-Luxemburgo (1998) (caso CIADI número ARB(AF)/07/1). Los reclamantes entienden que, dado están obligados a desinvertir el 26% del capital invertido en explotaciones mineras, existe un incumplimiento por parte del Estado de las cláusulas sobre expropiación y compensación, trato justo y equitativo y trato nacional y reclaman una indemnización de 350 millones de dólares¹³.

El caso es discontinuado a pedido de los demandantes, no obstante, como consecuencia inmediata, Sudáfrica se embarca en un proceso de análisis de su sistema de protección de inversiones, sumado a la constatación de la inexistencia de una relación directa entre los TBI en vigor y la atracción de inversiones, la identificación de inconsistencias entre las disposiciones de la red de TBI en vigor y los preceptos de lo Constitución post-apartheid (1994) (Carim, 2015, p. 4). Dentro de las decisiones tomadas se destacan

¹³ Un análisis más profundo del caso puede verse en Bas Vilizzio (2017b)

la no celebración de nuevos TBI, la revisión de aquellos en vigor con vistas a su terminación o posible renegociación en base a un nuevo modelo de acuerdo a ser elaborado, y la mejora de la legislación interna de protección de inversiones (Carim, 2015, p. 4).

Como primera medida, se procede a notificación de terminación por denuncia unilateral de los acuerdos que se mantenían en vigor con diez Estados europeos. La segunda etapa del proceso la constituye la nueva Ley de inversiones (Ley número 22 de 2015) en vigor desde su publicación en la Gaceta Oficial en fecha 19 de diciembre de 2015. La norma evidencia un intento de reforzar el Derecho interno y plantea algunas innovaciones, como ser el derecho de regular en áreas de interés público, como ser reparación histórica, social y económicas de inequidades e injusticias; derechos garantizados en la Constitución; promoción y preservación de la herencia cultural, conocimiento indígena y recursos naturales; protección del medio ambiente y conservación de los recursos naturales.

La otra innovación, la constituye la exclusión de la solución de controversias inversor-Estado en tribunales arbitrales internacionales. En el texto normativo se prevé el empleo de métodos alternativos de solución de conflictos, como la mediación, así como la posibilidad de resolver conflictos en los tribunales internos sudafricanos. Si bien Sudáfrica no es signatario ni adhirió al Convenio de Washington, los inversores extranjeros contaban con la posibilidad de demandar al Estado mediante el mecanismo adicional del CIADI –previsto especialmente para aquellos Estados que no son parte del Convenio de Washington-. Por tanto, a pesar de no ser miembro del CIADI, contaba con un mecanismo para cederle una competencia propia como es la resolución de conflictos con inversores extranjeros, que con la nueva ley de inversiones y la terminación de los TBI logra recuperar para sí.

4. Reflexiones finales

A lo largo de este trabajo, se analizaron las reglas del régimen internacional de solución de controversias inversor-Estado y se lo encuadró en la dialéctica entre el Derecho y el poder marco de los modelos relacional e institucional. El régimen tiene un fuerte arraigo en el modelo institucional, dado que se asienta sobre el principio de solución pacífica de controversias –represión del poder- y la mayoritaria institucionalización de los arbitrajes inversor-Estado, principalmente en torno al CIADI -condicionalidad del poder-. Aun así, en este trabajo se identificaron resistencias del orden relacional, esto es, las resistencias estatales manifestadas en el retiro del CIADI –Bolivia, Ecuador y Venezuela-, la propuesta de mecanismos alternativos de resolución de disputas –sistema de tribunales de inversiones propuesta por la Unión Europea-, así como la recuperación de la competencia de resolver en los tribunales locales aquellos conflictos jurídicos surgidos con inversores extranjeros, competencia cedida a instituciones internacionales mediante prórroga de jurisdicción –situación de Sudáfrica-.

Visto que no se trata de modelos reales sino ideales, la tensión entre ambos es parte habitual de la dinámica de las relaciones internacionales. No obstante, en la última década, la creciente crítica al régimen de solución de controversias inversor-Estado ha llevado a que sean los propios Estados lo que comiencen a buscar escenarios que los alejan del modelo institucional, pero sin dejar de apostar a la represión del poder y la consecuente solución pacífica de controversias. Las manifestaciones del modelo relacional están vinculadas a un ejercicio de soberanía que permita reafirmar la primacía del Derecho por sobre el poder –poder económico relativo, en este caso- y el propio rol del

Estado como sujeto de Derecho Internacional frente a un actor de las relaciones internacionales en constante crecimiento: las corporaciones.

5. Bibliografía

- Banifatemi, Yas (2009). The emerging jurisprudence on the Most-Favored-Nation Treatment in investment arbitration. En: BJORKLUND, Andrea y otros (Edit.). *Investment Treaty Law. Current Issues III – Remedies in International Investment Law: Emerging Jurisprudence of International Investment Law*, 241 – 273. Londres: BIICL.
- Bas Villizio, Magdalena (2017). *América del Sur ante los tratados bilaterales de inversión: ¿hacia un retorno del Estado en la solución de controversias?* Montevideo: Biblioteca Plural, Comisión Sectorial de Investigación Científica – Universidad de la República.
- _____ (2017b). Notas sobre la fragmentación del Derecho Internacional: protección de inversiones versus derechos humanos en el caso Piero Foresti contra Sudáfrica. Suplemento de Derecho Internacional Público de elDial.com, DC22C1. Buenos Aires: Editorial Albrematica.
- Bizzozero, Lincoln (2011). *Aproximación a las relaciones internacionales. Una mirada desde el siglo XXI*. Montevideo: Ediciones Cruz del Sur.
- Burgos-de la Ossa, María Angélica Y Lozada-Pimiento, Nicolás (2009). La protección diplomática en el marco de las controversias internacionales de inversión. *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*. No. 15, 243 – 278. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana. Disponible en: <http://www.scielo.org.co/pdf/ilrdi/n15/n15a09.pdf> (Consultado: 10.02.18)
- Carim, Xavier (2015). International investment agreements and Africa's structural transformation: a perspective from South Africa. *Investment Policy Brief, no. 4, agosto 2015*. Ginebra: South Center. Disponible en: https://www.southcentre.int/wp-content/uploads/2015/08/IPB4_IAs-and-Africa%E2%80%99s-Structural-Transformation-Perspective-from-South-Africa_EN.pdf (Consultado: 30.03.18)
- Carrau, Natalia Y Valdomir, Sebastián (2012). *La incidencia de los Tratados de Protección de Inversiones en el Mercosur*. Documento de trabajo 013. Montevideo: CEFIR, GIZ, Somos Mercosur.
- Consani, Norberto (Dir. y Comp.) (2016) Introducción. En: *Nuevos desarrollos del Derecho Internacional*, 9 – 20. La Plata: Instituto de Relaciones Internacionales de la Universidad Nacional de La Plata. Disponible en: <http://www.iri.edu.ar/wp-content/uploads/2016/08/cat2-manualderechoInternacionalP%C3%BAblico-completo.pdf> (Consultado: 27.03.18)
- Ebergardt, Pia y Olivet, Cecilia (2012). *Cuando la injusticia es negocio*. Bruselas/Ámsterdam: The Transnational Institute. Disponible en: <https://www.tni.org/files/download/cuando-la-injusticia-es-negocio-web.pdf> (Consultado: 31.03.18)
- Fach Gomez, Katia (2010). *Latin America and ICSID: David versus Goliath?* Disponible en:

<http://ssrn.com/abstract=1708325> (Consultado: 14.02.18)

- Gaffney, John (2016). The EU proposal for an Investment Court System: what lessons can be learned from the Arab Investment Court? *Columbia FDI Perspectives*, No. 181. Nueva York, Columbia Center on Sustainable Development, Columbia University. Disponible en <http://ccsi.columbia.edu/files/2013/10/Perspective-Gaffney-Final-Formatted.pdf> (Consultado: 30.03.18)
- Keohane, Robert (1988). Después de la hegemonía. Cooperación y discordia en la política económica mundial. Buenos Aires: Grupo Editor Latinoamericano.
- Krasner, Stephen (1983). Structural causes and regime consequences: regimes as intervening variables. En: KRASNER, STEPHEN (Edit.), *International regimes*. Ithaca: Cornell University Press.
- Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de Bolivia (2008). Bolivia y el CIADI: crónica de un divorcio anunciado. En: VALDOMIR, SEBASTIÁN Y SANTOS, CARLOS (Edición General). *Soberanía de los pueblos o intereses empresariales*, 103 – 128. Montevideo: Fundación Solón, Redes Amigos de la Tierra, Uruguay Sustentable, Amigos de la Tierra.
- Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad de Ecuador(2018). *Cancillería presenta los nuevos convenios bilaterales de inversión*. Comunicado de prensa de fecha 25 de febrero de 2018. Disponible en: <http://www.cancilleria.gob.ec/cancilleria-presenta-los-nuevos-convenios-bilaterales-de-inversion/> (Consultado: 30.03.18)
- Ruggie, John (2009). Epistemología, ontología y el estudio de los regímenes internacionales. *Relaciones Internacionales*, No. 12, Octubre 2009, 171 – 191. Madrid: Grupo de Estudios de Relaciones Internacionales (GERI) de la Facultad de Derecho, Universidad Autónoma de Madrid (Obra original publicada en 1998). Disponible en: www.relacionesinternacionales.info/ojs/article/download/178/164.pdf (Consultado: 28.03.18)
- _____ (1975). International Responses to Technology: Concepts and Trends. *International Organization*, No. 29 (3), 557 – 583. Cambridge: Massachusetts Institute of Technology. Disponible en: <http://www.jstor.org/stable/2706342> (Consultado: 28.03.18)
- Salacuse, Jeswald (2010). *The Law of Investment Treaties*. Oxford: Oxford Un. Press.
- Schill, Stephan (2016). The European Commission’s Proposal of an “Investment Court System” for TTIP: Stepping Stone or Stumbling Block for Multilateralizing International Investment Law? *Insights*, Vol. 20, No. 9. Washington, American Society of International Law (ASIL). Disponible en <https://www.asil.org/insights/volume/20/issue/9/european-commissions-proposal-investment-court-system-ttip-stepping> (Consultado: 30.03.18)
- Sornorajah, Muthucumaraswamy (2016). An International Investment Court: panacea or purgatory? *Columbia FDI Perspectives*, No. 180. Nueva York, Columbia Center on Sustainable Development, Columbia University. Disponible en: <http://ccsi.columbia.edu/files/2013/10/No-180-Sornarajah-FINAL.pdf> (Consultado: 30.03.18)

- _____ (2010). *The international law on foreign investment*. Tercera edición. Cambridge: Cambridge University Press.
- Tamburini, Francesco (2002). Historia y Destino de la Doctrina Calvo: ¿Actualidad u obsolescencia del pensamiento de Carlos Calvo? *Revista de estudios histórico-jurídicos*, No. XXIV, 81 – 101. Valparaíso: Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Disponible en: <http://www.rehj.cl/index.php/rehj/article/view/363/343> (Consultado: 23.01.15)
- Torreja Mateu, Helena (2012). Protección diplomática. En: SÁNCHEZ, VÍCTOR (Director). *Derecho Internacional Público*, 315 – 330. Barcelona: Huygens Editorial.