

CAPÍTULO TERCERO

PERSPECTIVAS Y PROSPECTIVAS DEL MECANISMO DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS INVERSIONISTA-ESTADO EN LOS ACUERDOS DE LIBRE COMERCIO

Adelina QUINTERO SÁNCHEZ

I. INTRODUCCIÓN

Un aspecto total y sumamente controvertido dentro de los acuerdos para la inversión extranjera es el mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado, el cual permite al inversionista extranjero demandar al país anfitrión en un tribunal de arbitraje internacional sin necesidad de mediación de su Estado matriz. Este mecanismo ha beneficiado en gran medida a los inversionistas, pero en muchos casos ha acarreado consecuencias nefastas para los países anfitriones. Este sistema nace con la intención de proteger a las empresas que invierten en países extranjeros de medidas corruptas o procedimientos viciados en el caso de presentarse una controversia; no obstante, ha evolucionado para ser un mecanismo que pone a los intereses de las corporaciones transnacionales por encima del propio interés nacional de los países donde se ubican. Asimismo, es imperante mencionar que el mecanismo de solución de controversias propio de los tratados bilaterales de inversión (BIT, por sus siglas en inglés) a partir de algunas décadas es parte recurrente en los tratados de libre comercio de nueva generación, que son una versión moderna y sofisticada de los antiguos acuerdos de amistad, comercio y navegación, más aún cuando las partes cuentan con grados de desarrollo asimétricos.

El Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) fue pionero en incluir la denominada mancuerna inversión-comercio dentro de un tratado comercial, creando una nueva generación de acuerdos comerciales que incluían aspectos más allá del libre comercio, como inversiones. A partir de esto, el “modelo TLCAN” se expandió y ha servido de inspiración

para la mayoría de acuerdos que le sucedieron, y ha suscitado una homologación de contenidos y reglas internacionales para la inversión. No obstante, uno de los puntos que han generado más inconformidad y desacuerdo es el concerniente a la resolución de controversias inversionista-Estado, de ahí que el Acuerdo Comercial entre México, Estados Unidos y Canadá, mejor conocido como T-MEC, que a partir del 1o. de julio de 2020 sustituyó al TLCAN, haya incorporado la experiencia vertida por su antecesor en relación con el proceso arbitral entre inversionistas y Estados y lo haya acotado, modificado y sofisticado.

Hoy en día se puede argumentar la existencia de un régimen internacional para la inversión extranjera, es decir, un cúmulo de reglas, procedimientos y normas para la inversión extranjera emanado de acuerdos sobre la inversión. La homologación de las regulaciones para la inversión existentes en los diferentes acuerdos en materia de inversión, que son prácticamente BIT y tratados de libre comercio (TLC), es lo que ha permitido conformar este régimen. De ahí se desprende que los acuerdos de inversión en general cuenten con una estructura que incluye aspectos que van desde el ámbito de aplicación hasta la solución de controversias. Sin embargo, hay reformas que se están implementado en los acuerdos de inversión recientes para el arbitraje internacional, que podrían marcar un nuevo rumbo para dicho instrumento.

Para fines de esta investigación, nos concentraremos esencialmente en los mecanismos de solución de controversias, y en particular en el de inversionista-Estado. El objetivo principal es analizar las implicaciones del mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado como parte de los capítulos dedicados a inversión dentro de los tratados de libre comercio. Para ello se parte de la hipótesis de que la inclusión del arbitraje internacional dentro de los TLC, en su momento, le otorgó una dimensión diferente al amalgamar contenidos de comercio con inversión e incidió en que se utilizara en mayor medida, dejando vislumbrar a través de su aplicación reiterada su potencial nocivo, hecho que ha motivado en parte a la reforma que actualmente está transitando.

II. LOS TRATADOS BILATERALES DE INVERSIÓN COMO PRECURSORES DEL MECANISMO DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS INVERSIONISTA-ESTADO

En el marco de la segunda posguerra mundial es donde comienzan a surgir las iniciativas para crear reglas multilaterales para la regulación de la inver-

sión extranjera. No obstante, a diferencia de otros aspectos, no se crea un organismo multilateral de Naciones Unidas para la inversión, por lo que trata de regularse a través de la Carta de La Habana de 1948, que sería el sustento de la Organización Internacional del Comercio (OIC), la cual, dada la negativa del Congreso estadounidense para ratificarla, nunca se creó. El artículo 12 de la Carta de La Habana concerniente a inversión extranjera ya establece ciertos lineamientos de protección para los capitales foráneos en sintonía con la no discriminación y la seguridad. La reflexión general de la Carta en torno a las inversiones es que para que los países puedan captar y retener la inversión extranjera precisan un marco regulatorio que ofrezca seguridad y certidumbre a las inversiones.¹

Al no ratificarse el instrumento para crear la OIC, lo único que se firmó fue el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT, por sus siglas en inglés), que como su nombre lo expresa es sólo un acuerdo y no una organización internacional, el cual se concentró en el retiro de aranceles y relegó el tema de las inversiones para un momento posterior. Sin embargo, las reglas para la inversión se expandieron a través de su inclusión como parte de los denominados Acuerdos de Amistad, Comercio y Navegación, que aunque nacen a finales del siglo XVIII, se firman principalmente en el transcurso del siglo XIX, primero solamente enfocados en propiciar el libre comercio y la reciprocidad en derechos de navegación y después evolucionan a incluir otros aspectos.²

Es a partir de 1945 cuando Estados Unidos comienza a agregar cláusulas para la protección de los capitales extranjeros, con objeto de proteger y promover las inversiones estadounidenses en el exterior, principalmente en países en vías de desarrollo.³ Sin embargo, aunque Estados Unidos concluye varios de estos acuerdos de forma exitosa con países desarrollados, no logra negociarlos con los países en desarrollo, sumamente reticentes a incluir prerrogativas para la apertura a las inversiones y empresas estadounidenses. De hecho, en los acuerdos de comercio, amistad y navegación que firmó Es-

¹ Gutiérrez Haces, Teresa y Quintero Sánchez, Adelina, “Hacia la construcción de un régimen internacional de protección a la inversión extranjera”, *Norteamérica*, año 11, núm. 2, 2016, pp. 118-120.

² Avella Alaminos, Isabel, “Dos momentos en la evolución de los tratados comerciales de México con Europa en el siglo XIX. El camino hacia la reciprocidad comercial”, *Investigación Económica*, vol. LXII, 2002, pp. 103-128.

³ Fernández de Gurmendi, Silvia, “Los convenios bilaterales de protección y promoción de las inversiones extranjeras”, *Relaciones Internacionales*, año 2, núm. 3, 1992, p. 35.

tados Unidos con Togo y Tailandia se tuvieron que reducir en gran medida las garantías que requerían los estadounidenses para las inversiones.⁴

Estos acuerdos de amistad, comercio y navegación son un precedente fundamental para la fórmula comercio-inversión dentro de los TLC, ya que reflejan la política pragmática estadounidense, que amalgama temas como el comercio y la inversión extranjera, que tradicionalmente se negociaban por separado.

Más tarde, Alemania inauguró los tratados bilaterales de promoción y protección de las inversiones, al firmar el primero en 1959 con Pakistán. Este tipo de tratados en la parte de protección, responden en mayor medida a la preocupación de los países exportadores de capital de ser víctimas de políticas injustas y discriminatorias por parte de los países anfitriones en desarrollo, así como de expropiaciones abusivas, sin contar con un marco regulatorio justo, por lo que pugnaban por un método para sobrepasar la jurisdicción nacional para la solución de controversias. Mientras que en menor medida, en la parte de promoción, daban respuesta a las preocupaciones expresadas por los países en vías de desarrollo, que deseaban protegerse de invasiones, agresiones o amenazas de potencias extranjeras sustentadas por reclamaciones de daños a sus connacionales dentro de sus territorios o de la explotación de sus recursos nacionales sin beneficio más que para las empresas extranjeras, como históricamente lo habían experimentado.

Así, el contenido clásico de los BIT se estructura sobre los pilares de las cláusulas de trato nacional y de nación más favorecida, en complemento con el nivel mínimo de trato justo y equitativo acorde a los parámetros del derecho internacional, que limitan la expropiación, asegurando una pronta y justa compensación e incluyen un mecanismo de solución de controversias Estado-Estado, y en algunos casos inversionista-Estado.⁵ Una exigencia recurrente por parte de los países exportadores de capital en consonancia con las elites corporativas era contar con un mecanismo de solución de controversias donde los inversionistas privados pudieran autorrepresentarse frente a un Estado,⁶ por lo que en 1965 el Banco Mundial, a través de la Convención para Resolución de Disputas en Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, creó el Centro Internacional para Arreglo de Disputas

⁴ Dolzer, Rudolf y Magrete, Stevens, *Bilateral investment Treaties*, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 1995, pp. 3 y 4.

⁵ UNCTAD, *International Investment Rule-making: Stocktaking, Challenges and the Way Forward*, United Nations, Ginebra, 2008, p. 12.

⁶ Nassar, 1994.

sobre Inversiones (CIADI), con la finalidad de solucionar las controversias entre inversionistas y Estados a través de la conciliación o el arbitraje.⁷

El CIADI, al constituirse como un foro exclusivo y hasta ese momento único, de corte supranacional, institucionalizó una forma de arbitraje internacional sui géneris, donde una de las partes es un Estado, y la otra, una empresa privada.⁸ Ni siquiera es requisito ser parte firmante del convenio, ya que el Mecanismo Complementario del CIADI acoge demandas de países no miembros. Este hecho es un punto toral para la generalización del mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado dentro de los acuerdos de inversión, ya que al vincularlos con el CIADI hace factible el proceso de demanda fuera de las instancias nacionales en un espacio aparentemente neutral.

Hay dos particularidades del mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado en comparación con la costumbre en derecho internacional. En primera instancia, permiten a un particular, en este caso a un inversionista, demandar en pie de igualdad a un Estado, sin mediación por parte de su país. En otras instancias (por ejemplo, la OMC), sólo los Estados pueden acceder a los paneles para solución de controversias. Y, en segunda instancia, generalmente no se condiciona al inversionista extranjero al previo agotamiento de los recursos internos en el Estado demandado, al contrario de lo estipulado por instrumentos como la Cláusula Calvo, que tiene como principios rectores la igualdad soberana, la no intervención en los asuntos internos de los Estados y el trato igualitario entre extranjeros y nacionales.⁹ En algunos de los primeros BIT firmados por países latinoamericanos, como los de Uruguay y los de Perú se exigía como condición *sine qua non* el agotar los recursos internos del país, para poder solicitar el arbi-

⁷ La creación del CIADI fue fundamental para institucionalizar el arbitraje entre inversionista y Estado, así como para la sofisticación del procedimiento para su implementación. Aparte de este organismo existen otros, donde se pueden dirimir las controversias en materia de inversiones, como la Corte Permanente de Arbitraje, la Cámara de Comercio Internacional, la Cámara de Comercio de Estocolmo, la Corte Internacional de Arbitraje de Londres, entre otras instancias de arbitraje *ad hoc*. Bas Vilizzio, Magdalena, “Solución de controversias en los tratados bilaterales de inversión: mapa de situación en América del Sur”, *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, año 3, núm. 5, 2015, p. 235.

⁸ Gutiérrez Haces, Teresa y Quintero Sánchez, Adelina, “Hacia la construcción de un régimen internacional de protección a la inversión extranjera”, *Norteamérica*, año 11, núm. 2, 2016, p. 121.

⁹ La Cláusula Calvo, elaborada en 1968 por el jurista argentino Carlos Calvo, respondió a la búsqueda de defensa por parte de los países en desarrollo a las intervenciones extranjeras, y consagra el derecho soberano de éstos a imponer su interés nacional en sus respectivos territorios. Es por eso que no sólo sirvió de inspiración a diferentes convenios internacionales, sino que fue recogida en varias Constituciones latinoamericanas.

traje internacional de solución de controversias por parte del inversionista extranjero.¹⁰

Un punto para considerar en este sentido es que el CIADI no es un tribunal arbitral permanente, sino una organización que maneja una lista de árbitros, y para cada caso concreto construye un mecanismo *ad hoc*. El tribunal para cada caso es formado por tres árbitros, cada parte elige uno y el tercero lo denomina el Centro. Asimismo, para que el CIADI pueda dirimir una controversia, ésta debe ser de naturaleza jurídica, y debe existir el consentimiento de las partes a presentar su controversia en este foro. Estas condiciones fueron subsanadas de forma excelente por los BIT, ya que, en su mayoría, en la parte de solución de controversias inversionista-Estado incluyen al CIADI y a su mecanismo complementario como foros válidos para dirimir las disputas.

En sincronía con la creación del CIADI, rápidamente la utilización de los BIT se expandió a toda Europa; principalmente los países exportadores de capital los comenzaron a firmar con sus excolonias africanas o con países en desarrollo, como los asiáticos.¹¹ Entre 1959 y 1969 ya se habían firmado setenta y dos BIT.¹²

Para los setenta, los BIT ya eran un requisito común de protección de capitales en países con bajo nivel de desarrollo, siendo las partes típicas un país industrializado y uno en vías de desarrollo. En esa década, Suecia y Gran Bretaña ya habían concluido sesenta acuerdos, Francia 48, Holanda 44 y Bélgica-Luxemburgo 34. En suma, los países escandinavos habían concluido setenta acuerdos, e Italia y Austria treinta y dieciséis, respectivamente. Mientras en el otro lado del continente Canadá ya había firmado once.¹³

A finales de los años ochenta, con la expansión de la globalización económica y la caída del muro de Berlín, que representó el finiquito del sistema socialista, nuevos países se insertaron al modelo capitalista neoliberal, como los latinoamericanos y los de Europa del este. Aunado al *boom* de las empresas transnacionales, principalmente de origen estadounidense, no tardó mucho el que dichos países se incorporaran al entramado de la red de BIT, salvo contadas excepciones, aunado a lo cual, varios países inauguraron su propio modelo de BIT, donde Estados Unidos fue el principal artífice, aprovechando su hegemonía y como respuesta al poco éxito obtenido a través de los acuerdos de amistad, comercio y navegación. El modelo estadounidense

¹⁰ Bas Vilizzio, Magdalena, *op. cit.*, pp. 235 y 236.

¹¹ Fernández de Gurmendi, Silvia, *op. cit.*, p. 37.

¹² UNCTAD, 2008, *op. cit.*, p. 12.

¹³ Dolzer, Rudolf y Magrete, Stevens, *op. cit.*, p. 3.

de tratado bilateral de inversiones revolucionó el modelo europeo previo, al adicionar nuevas disposiciones, como la protección al preestablecimiento de la inversión, la prohibición de los requisitos de desempeño¹⁴ y la popularización del mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado, que pasó de ser la excepción a la regla: sumado a la eliminación de mecanismos encaminados a la promoción del desarrollo a través de la inversión, como la transferencia de tecnología y los procesos de cooperación económica.¹⁵

Así, el modelo de BIT de Estados Unidos, principal país exportador de capitales y casa matriz de las mayores empresas transnacionales de la época, en el marco de cambio de modelo económico de muchos países en desarrollo que pasaban de economías proteccionistas, como los latinoamericanos, o de modelos socialistas a los de libre mercado, se convirtió en el nuevo estándar. En suma, al hecho de que la etapa en que el financiamiento internacional se daba a partir de préstamos había concluido con la moratoria de la deuda latinoamericana y que no había liquidez por parte de las instituciones financieras internacionales, la inversión extranjera se convirtió en la fuente de capitales por excelencia. Este tipo de acuerdos maximizó la protección a las inversiones, al tiempo que limitó la capacidad de los países receptores para poder controlarlas o vincularlas con su proceso de desarrollo.¹⁶

A partir de la creación del modelo estadounidense de BIT se aceleró la firma de éstos; aunque Estados Unidos no firmó muchos al principio, en la década de los noventa incrementó su participación en la negociación y conclusión de éstos. Así, mientras en la década de los setenta se firmaron 166 acuerdos de este tipo; es decir, el doble que en la década previa; para la década de los ochenta se habían firmado 386 acuerdos bilaterales de inversión y la mayoría fueron posteriores al fin de la Guerra Fría.¹⁷

Al inicio del nuevo milenio, más del 90% del espectro de países tanto exportadores como receptores de capitales habían firmado acuerdos bilaterales de inversión. Los países africanos y latinoamericanos, así como los de Medio Oriente, en su mayoría, han sido partícipes en gran medida, mien-

¹⁴ Los requisitos de desempeño se refieren a todas las posibles condiciones que un Estado pueda solicitar a las inversiones extranjeras para su establecimiento, desenvolvimiento o salida del país. Estos incluyen desde transferencia de tecnología, contratación de nacionales, encadenamientos productivos con empresas nacionales, entre otros.

¹⁵ UNCTAD 2008, *op. cit.*, pp. 13-19.

¹⁶ Quintero Sánchez, Adelina, "La regulación internacional de la inversión extranjera directa durante la administración de Donald Trump. Una visión histórica", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XX, 2020, México, pp. 559-589.

¹⁷ UNCTAD, 2008, *op. cit.*, pp. 13-20.

tras los asiáticos se han ido incorporando paulatinamente.¹⁸ En el periodo que va de 1989 al 2000, se firmaron y ratificaron más de dos mil acuerdos en materia de inversión extranjera, entre tratados bilaterales y TLC.¹⁹ No obstante, también hay muchos países, como Sudáfrica, Ecuador, Brasil e India, que comenzaron a poner en duda el equilibrio dentro de los acuerdos, así como sus posibles beneficios, en especial, cuestionando la inclusión y el funcionamiento del mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado.

El caso de China es sumamente interesante, ya que dado su modelo socialista se abstuvo mucho tiempo de ser parte del mundo de los BIT, pero después de las reformas de 1978 se convirtió en uno de los países más activos dentro del régimen internacional para la inversión extranjera. En poco más de cuatro décadas China se posicionó como el segundo país con más BIT, únicamente tras Alemania, los cuales ascienden a 129 tratados bilaterales de inversión y diecinueve instrumentos internacionales para regular la inversión, entre los que la mayoría son tratados de libre comercio.²⁰

China ha mantenido una actitud crítica frente a algunos aspectos de los BIT, principalmente ante el mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado,²¹ a pesar de lo cual, muchos de los acuerdos que ha concluido guardan una similitud impresionante con el modelo estadounidense, incluyendo dicho mecanismo.²²

No obstante, ha desarrollado un modelo más flexible, donde se limita y condiciona el uso del mecanismo de solución de controversias, el cual aplica con sus vecinos y principales socios, especialmente los que son parte de la Asociación de Naciones de Sudeste Asiático.

¹⁸ Dolzer, Rudolf y Magrete, Stevens, *op. cit.*, pp. 4-6.

¹⁹ Los BIT pasaron de menos de cuatrocientos antes de los noventa a más de 2,000 al principio del siglo XXI, pues de acuerdo con cifras de la UNCTAD, para 2005 ya se habían firmado 2,392. Además de que en los noventa se registraron cambios en las legislaciones de más de sesenta estados en materia de IE, de los que el 94% estaban encaminadas a favorecerla. UNCTAD, 2008, *op. cit.*, pp. 20-22.

²⁰ El primer país con más BIT en vigor es Alemania, con 135, el segundo China con 129, y el tercer puesto lo ocupa Suiza, con 114, seguido muy de cerca por Gran Bretaña y Francia con 106 y 104, respectivamente. UNCTAD (2019a), *World Investment Report 2019*, United Nations, Ginebra.

²¹ Talavera, Luis Daniel y Fontoura Costa, José Augusto (2016), “Repúblicas bolivarianas e o ICSID: será que o inimigo não é outro?”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XVI, 2016, pp. 189-212.

²² Sauvart, Karl P. y Nolan, Michael D., “China’s Outward Foreign Direct Investment and International Investment Law”, *Journal of International Economic Law*, Oxford, 2015.

Un punto relevante en otro espacio geográfico, América Latina, es que existía una larga tradición de oposición hacia las normas internacionales para la protección de la inversión extranjera, consecuencia de las intervenciones sufridas en sus territorios por parte de las potencias en busca de reclamos sustentado en pérdidas económicas, por lo que en consonancia con la Cláusula Calvo los países latinoamericanos intentaron crear normas internacionales que minimizaran la posible intromisión en sus asuntos internos. La inclusión de las regulaciones para la inversión extranjera como parte de los acuerdos de libre comercio fue un punto crucial para cambiar esa tendencia, aunado a la transición de modelo económico a uno más neoliberal, por parte de muchos países.

Países, como Argentina, firmaron múltiples acuerdos para la inversión extranjera en la década de los noventa, a pesar de los cual, posteriormente diversos Estados latinoamericanos han cuestionado estas acciones y tomado medidas para revertirlas, en algunos casos extremas, como las de Bolivia, de Ecuador y de Venezuela, que se retiraron del CIADI y denunciaron una gran cantidad de BIT.

III. DEL CAPÍTULO XI DEL TRATADO DE LIBRE COMERCIO DE AMÉRICA DEL NORTE AL XIV DEL TRATADO ENTRE MÉXICO, ESTADOS UNIDOS Y CANADÁ. DETONADOR PARA EL ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIONES

El TLCAN se inspiró en las negociaciones y resultados de la Ronda de Uruguay, que dio origen a la Organización Mundial del Comercio (OMC), que siguiendo el espíritu de los Acuerdos de Amistad, Comercio y Navegación incluyeron tres acuerdos que relacionan al comercio con los mecanismos de protección a la inversión extranjera, donde el más importante es el Acuerdo sobre las Medidas en Materia de Inversiones Relacionados con el Comercio (TRIM, por sus siglas en inglés). Estos acuerdos son muy relevantes en el sentido que llevan a un nivel multilateral la mancuerna comercio-inversión y reconocen el papel protagónico de las empresas transnacionales como vehículos por excelencia del capital internacional.

Asimismo, el TLCAN retomó y absorbió al Acuerdo de Libre Comercio entre Canadá y Estados Unidos (ALCCEU) de 1989, que aunque ya contenía un capítulo para inversiones no contaba con un mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado.

La culminación del TLCAN en 1994 constituyó un parteaguas en la historia de los acuerdos internacionales comerciales, al revolucionar no sólo su

contenido, sino también el tipo de miembros que lo signaron. Fue el primer TLC en la historia que se negoció con miembros totalmente asimétricos en sus niveles de desarrollo en pie de igualdad e incorporó los denominados temas conexos a la inversión, como propiedad intelectual, compras del sector gubernamental e inversiones, aunado al hecho de que incluyó un mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado propio únicamente de los BIT. Así, el TLCAN se convirtió en un tratado pionero e inédito, al incluir este mecanismo, que permite a los inversionistas en condiciones de igualdad, autorrepresentarse y demandar directamente al Estado anfitrión, sin necesidad de la mediación de sus países y fuera de las legislaciones nacionales, aunque sin contemplar la posibilidad de que un Estado entable una demanda en contra de una empresa transnacional.²³ Como señala el jurista Bernardo Sepúlveda, vulnera la soberanía nacional y rompe definitivamente con los principios de la Cláusula Calvo y de la Carta de Deberes y Derechos Económicos de los Estados (1997).

Es preciso reconocer que el tratado entre los tres países norteamericanos colocó un énfasis muy marcado a las inversiones, por lo que incluyó una extensa y comprensiva regulación para la misma, superando el contenido de muchos de los BIT firmados por países latinoamericanos hasta ese momento.²⁴ Tal como enfatizan Antonio Belaurde Moreyra y Gregorio Vidal, la implicación más relevante para México al firmar el tratado fue la concerniente a inversión extranjera. Hay que recordar que México había rechazado en varias ocasiones y en diferentes momentos históricos la firma de un BIT con Estados Unidos, en respuesta a su visión nacionalista y al discurso de la elite gubernamental, que observaba a la inversión como un mecanismo de intrusión y de explotación de recursos para beneficio de los extranjeros.

Ahora bien, el capítulo XI del TLCAN reprodujo el modelo estadounidense de BIT, aunque con algunos ajustes y de modo detallado y extenso en algunos puntos. Su contenido se puede sintetizar de la siguiente manera:

- Trato a la inversión: concepto amplio de inversión, que no distingue entre inversión directa o inversión indirecta, aunado a las cláusulas de trato nacional, de nación más favorecida y de nivel mínimo de trato.
- Protección de las inversiones: prohibición de expropiación o me-

²³ Melgar Manzaniella, P. y Quintero Sánchez, A., “The impact of NAFTA Chapter XI on Mexico”, *Opción*, año 34, núm. especial 14, 2018, pp. 1655-1683.

²⁴ *Ibidem*, pp. 1663 y 1664.

didadas equivalentes, prohibición de los requisitos de desempeño y garantía de libre transferencia.

- Solución de controversias: incluye el nivel clásico de solución de controversias entre Estados y el de inversionista-Estado.

De acuerdo con el TLCAN, el espíritu del capítulo XI era brindarle certidumbre, seguridad jurídica y rendimientos a los inversionistas. Para este propósito se creó un mecanismo arbitral especial para prever y resolver las controversias entre un inversionista y un Estado parte, cuando el primero considerara que se estaban vulnerando sus derechos consagrados en este capítulo. No obstante, este mecanismo fue uno de los puntos más controvertidos dentro del tratado, desde su inclusión dentro del acuerdo hasta su funcionamiento posterior al ponerse en marcha.

El tratado otorgaba al inversionista la capacidad de elegir entre los tribunales nacionales o el arbitraje internacional, donde un método excluía al otro definitivamente. El CIADI, así como su mecanismo complementario, junto con la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL, por sus siglas en inglés), eran las instancias donde se podía presentar la demanda.

En cuanto al derecho aplicable a la controversia, el tribunal arbitral decidirá de acuerdo con el texto del TLCAN y con las disposiciones aplicables del derecho internacional. Finalmente, en lo que concierne al laudo arbitral, éste será obligatorio, y podrá considerar el pago de daños pecuniarios más los intereses correspondientes, inclusive la restitución de la propiedad; mas no podrá imponer el pago de intereses punitivos (TLCAN, artículo 1116).

Las disposiciones establecidas en el tratado trilateral constituyeron un paso más de los países poseedores del capital, por imponer condiciones a los países receptores en vías de desarrollo y resguardar los intereses de sus empresas transnacionales. De ahí que el mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado haya sido un punto neurálgico. No obstante, su aplicación puso de manifiesto las lagunas en el acuerdo, así como los abusos que podía suscitar, y esto se consideró para el capítulo XIV del T-MEC.

La estructura de los diferentes capítulos del TLCAN fue estratégica, al crear una red que se comunica y se refuerza entre cada apartado para brindar protección a las empresas extranjeras y a sus inversiones desde todos los flancos. Por ejemplo, el capítulo sobre propiedad intelectual protege a la tecnología y el *know how* de las empresas transnacionales acorde con la eliminación de requisitos de desempeño, mientras el apartado de compras del sector gubernamental permite participar en compras del gobierno na-

cional sin discriminación, como establece el trato nacional. Sin embargo, todo el entramado entre capítulos y disposiciones no tendría sentido sin el mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado, el cual representa la piedra angular que otorga certidumbre jurídica al crear un espacio para demandar y exigir resarcimiento en caso de violaciones al acuerdo. Como señala Gustavo Vega Cánovas, el capítulo XI se sustentó en dos intereses estadounidenses: pulverizar las restricciones que pudiera haber para el establecimiento de sus inversiones tanto en territorio mexicano como canadiense y asegurar la mayor protección posible a éstas. Sin embargo, esto sólo contó con el apoyo de sus elites corporativas, en la medida en que las distintas disposiciones creadas para proteger sus intereses pudieran exigir su cumplimiento y sancionar en caso de violación, mediante un mecanismo de resolución de disputas efectivo que ellos pudieran activar directamente.²⁵

El T-MEC que entró en vigor a partir del 1o. de julio de 2020 y reemplazó al TLCAN reproduce hasta cierto punto la estructura y los contenidos de su antecesor en materia de inversiones, aunque agrega aspectos que sofistican los contenidos, amplía la protección a los inversionistas extranjeros y limita el uso del mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado. El capítulo XIV del T-MEC tiene la misma estructura temática del capítulo homólogo del TLCAN, aunque con algunos agregados, como el relacionado con la responsabilidad social corporativa, las precisiones con relación a conceptos y alcances, así como la mayor transparencia de los procesos arbitrales.

En específico, sobre el mecanismo de solución de controversias, hay dos cambios sustanciales. Uno es que las empresas propiedad del Estados son susceptibles de ser demandadas, retirando el fuero que brindaba el TLCAN, y otro es que se acotan las opciones para invocar el recurso de un tribunal *ad hoc*, a excepción de lo marcado en el anexo 14-E. El capítulo de inversiones limita el procedimiento arbitral, ya que los inversionistas podrán recurrir a un procedimiento de esta naturaleza únicamente por violaciones a las cláusulas de trato nacional y de nación más favorecida, salvo con respecto al establecimiento o la adquisición de una inversión, o por motivo de expropiación directa, sin contemplar la expropiación indirecta, que fue un motivo recurrente para demandas sin sustento dentro del TLCAN.²⁶ Asimismo, se precisa que ninguna reclamación será sometida a arbitraje sin que primero se haya iniciado una demanda ante un tribunal judicial o administrativo

²⁵ Cánovas Vega, Gustavo, XIX.

²⁶ Artículo 14.D.3).

competente de la parte demandada con relación a la presunta violación,²⁷ situación que tácitamente reconoce la jurisdicción de los tribunales nacionales y reduce la protección de las empresas extranjeras ante el país anfitrión. Sin embargo, este avance queda empañado por el anexo 14-E.

El anexo referido anteriormente crea una excepción sobre los límites del arbitraje como solución de controversias inversionista-Estado, para los contratos con empresas paraestatales, los contratos en sectores estratégicos, es decir, energía, generación de electricidad, transporte, telecomunicaciones e infraestructura, así como para las empresas involucradas en estos estratos. Así, los inversionistas en estos rubros pueden demandar a causa de violaciones a cualquier disposición dentro del capítulo sin agotar las instancias internas del país receptor. Si se considera que un alto porcentaje de demandas entabladas contra países en desarrollo caen dentro de esta categoría, este anexo representa un riesgo potencial para México de ser objeto de múltiples demandas, pues el capítulo XIV en su conjunto minimiza el riesgo de demandas en contra de Canadá y Estados Unidos.

Ahora bien, a sabiendas de los pocos beneficios que puede generar la firma de un acuerdo como el TLCAN o el T-MEC para los países en desarrollo, hay que cuestionarse qué los ha motivado a implementarlos. Al parecer, la respuesta estriba en que con tal de acceder a los grandes mercados internacionales, como el estadounidense, el europeo, o más recientemente el chino, han estado dispuestos a ofrecer toda la apertura y protección a las empresas transnacionales. Entonces, el hecho de conjuntar inversión con muchos otros temas dentro de un TLC a partir del TLCAN catapultó al mecanismo de solución de controversias a una dimensión distinta. Las suscripciones al CIADI y la utilización de su arbitraje para resolver controversias se elevaron de forma considerable a partir de 1994.²⁸

Ahora bien, después de considerar la relevancia que la inclusión del mecanismo de solución de controversias entre inversionista y Estado revisió a partir del TLCAN, es imprescindible hacer hincapié en la experiencia que ha dejado su puesta en marcha. Los veinticuatro años de vigencia del tratado dejaron una plétora de lecciones en cuanto a los vicios, defectos y consecuencias de la aplicación del arbitraje entre empresas transnacionales y Estados, como se revisará en el siguiente apartado.

El “modelo TLCAN” que se generó tras la entrada en vigor del mismo refleja la trascendencia del tratado, al ser la base en estructura, apertura y exigencia para muchos otros acuerdos subsiguientes, principalmente, donde

²⁷ Artículo 14-D.5).

²⁸ UNGTAD (2019a), *World Investment Report 2019*, Ginebra, United Nations, p. 103.

Estados Unidos es una de las partes. No obstante, muchos de los acuerdos posteriores no reprodujeron de forma fiel los contenidos del TLCAN, sino que lo superaron, ya que retomaron la propuesta de las negociaciones fallidas de la Ronda de Singapur de la OMC en torno a los denominados “nuevos temas”, que pretendían llevar a otro nivel las regulaciones emanadas de los acuerdos previos, como los TRIM, e incluir nuevas protecciones en materia de inversión y compras del sector gubernamental.²⁹

Por otra parte, muchos acuerdos también han tomado las lecciones emanadas de la aplicación del mecanismo de solución de controversias en el TLCAN, y ajustaron, limitaron y detallaron el mecanismo de solución de controversias, como el propio T-MEC o el Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico (CPTTP, por sus siglas en inglés) en donde actualmente se encuentra suspendido.

IV. CASOS Y RESULTADOS DE APLICACIÓN DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL

A inicios del nuevo milenio se convergió hacia una mayor homologación de los contenidos en los acuerdos para la inversión, conformando el régimen internacional de protección a la inversión extranjera, por lo que, de acuerdo con la UNCTAD, la mayoría de acuerdos prevén el arbitraje internacional del CIADI o de la CDUDMI, como forma de solución de disputas (2010).

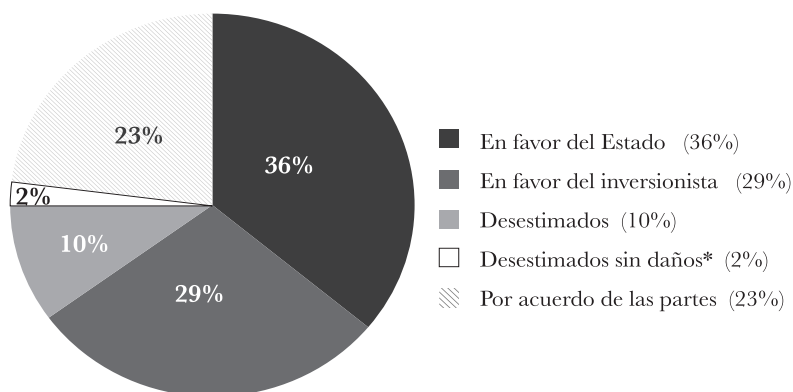
De forma paralela al aumento de acuerdos de inversión, también se incrementaron drásticamente las controversias entre inversores y Estados. No fue hasta 1987 cuando se comenzó a utilizar en realidad el arbitraje internacional, y fue después de 1994, año de entrada en vigor del TLCAN, cuando se inició una escala vertiginosa de su aplicación, pasando de menos de diez casos a más de cincuenta a inicios del nuevo milenio. Para 2012 eran 608 casos, y para 2018 se llegó a 942 casos acumulados, que han involucrado a 117 países, y la mayoría de las demandas han sido iniciadas por empresas

²⁹ En la Primera Reunión Ministerial de la OMC, celebrada en diciembre de 1996 en Singapur, ya había entrado en vigor el TLCAN, y Estados Unidos trató de extender su avance en el ámbito multilateral, por lo que a través del *green room* se colocaron en la cima de la agenda de negociación los cuatro temas que les eran prioritarios a los países desarrollados, los que desde entonces se conoce como los temas de Singapur: políticas de competencia, compras gubernamentales, inversiones y facilitación de comercio. Sin embargo, no se avanzó en ellos, ya que sólo eran reflejo de los intereses de una parte muy reducida de los miembros de la organización. Este hecho no significa que se hayan retirado de la mesa de negociación, puesto que han regresado una y otra vez, como consecuencia de la insistencia de los Estados desarrollados que los consideran fundamentales.

de países desarrollados en contra de países en vía de desarrollo, con casi la mitad de ellas en el contexto de un TLC.³⁰

En el periodo que va de 1987 a 2018, los países más demandados han sido Argentina (60), España (49), Venezuela (47), República Checa (38), Egipto (33), México (30), Polonia (30), Canadá (28), India (24), Rusia (24), Ecuador (23) y Ucrania (23). Mientras que los países de las empresas que más han demandado son Estados Unidos (174), Países Bajos (108), Gran Bretaña (78), Alemania (62), España (50), Canadá (49), Francia (49), Luxemburgo (40), Italia (37), Turquía (33), Suecia (32) y Chipre (26) (UNCTAD, 2019c:2-3). Estos datos permiten observar que los inversionistas de los países en desarrollo son los que más demandas han interpuesto, mientras que los países menos desarrollados son los que han tenido que defenderse en los tribunales arbitrales internacionales en mayor número de ocasiones.

Resultado de casos concluidos, 1987-2018 (en porcentaje)



FUENTE: elaboración propia con datos de UNCTAD, 2019a: 104.

* No se decidieron a favor de ninguna parte y sin costos.

No obstante que según la UNCTAD, en el 36% de los casos los resultados han favorecido al Estado demandado, es relevante observar, como muestra la anterior gráfica, que en un porcentaje muy cercano y elevado también, el 29% de las empresas han ganado las demandas, y se les ha tenido que compensar. Además, en los casos que se resolvieron a favor del Estado, aproximadamente la mitad fueron desechados por falta de jurisdicción. Al

³⁰ Sólo en 2018 se iniciaron 71 nuevos casos, siendo Colombia el más demandado, con seis casos conocidos, seguido por España con cinco, siendo las empresas que más demandaron las de origen estadounidense y ruso (UNCTAD, 2019:102 y 103).

observar la totalidad de las decisiones sobre el fondo (es decir, cuando un tribunal determinó si la medida impugnada incumplió alguna de las obligaciones sustantivas del acuerdo), aproximadamente el 60% se decidió a favor del inversor y el resto a favor del Estado.³¹

Así también se precisa saber, por una parte, que el porcentaje que favorece a los inversionistas va en aumento; por ejemplo, en 2018 más del 70% de los fallos arbitrales favorecieron al inversionista, y, por otra, que las compensaciones solicitadas por las empresas han aumentado considerablemente, actualmente se ubican en el rango de tres millones de dólares a quince mil millones de dólares,³² mientras que en 2010 estaban en el rango de entre ocho millones de dólares a 2.5 mil millones de dólares.³³

En relación con los árbitros, se observa que de las 537 personas que han participado en los 942 casos conocidos, más de la mitad han servido en más de un caso, y catorce han sido nombrados para más de treinta casos cada uno.³⁴ Esta situación refleja que no hay la suficiente rotación de árbitros para garantizar la neutralidad e imparcialidad requeridas.

El TLCAN es una referencia imperdible para determinar los resultados del mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado dentro de un TLC, en principio porque fue el primero en incluirlo, y en segundo, por haber sido uno de los tratados con más demandas: 63, sin contabilizar las que se desecharon o se solucionaron por medios alternos.³⁵

México, como el sexto país más demandado del mundo, fue llevado a arbitraje en once ocasiones en el marco del TLCAN, y ha tenido pérdidas incontables como resultado. Ejemplos de ello son el caso de la empresa Metalclad, donde el laudo fue contra el gobierno mexicano, y se le condenó a pagar 16.5 millones de dólares por daños a la empresa, derivados de la decisión del gobierno de Guadalcázar, San Luis Potosí, de cerrar un vertedero de desechos tóxicos que filtraba sus aguas subterráneas. En 2008, otros dos fallos de los árbitros ordenaron a México a pagar 58 millones de dólares a la empresa estadounidense Corn Products International, y 37 millones a Archer Daniels Midland Corporation, en ambos casos por la imposición por parte del gobierno, de impuestos a bebidas endulzadas con jarabe de

³¹ UNCTAD (2019c), Fact Sheet on Investor-State Dispute Settlement Cases in 2018, *IIA Issues Note*, United Nations, Ginebra, p. 4.

³² *Idem*.

³³ UNCTAD (2010), *Controversias entre inversores y Estados: prevención y alternativas al arbitraje*, Colección de publicaciones de la UNCTAD sobre las políticas internacionales de inversión para el desarrollo, Nueva York, UNCTAD, pp. 14-16.

³⁴ UNCTAD, 2019c, *op. cit.*, p. 5.

³⁵ UNCTAD, 2019a, *op. cit.*, p. 103.

maíz alto en fructuosa, relacionadas con las políticas para atacar problemas de salud derivados del aumento en la obesidad de la población y los niños.³⁶

Otro caso en América del Norte es el de la empresa canadiense de gas y petróleo Lone Pine, que en 2013 inició una demanda contra su propio gobierno bajo el amparo del TLCAN y una sociedad pantalla en Delaware. El caso se suscitó a partir de que la provincia de Quebec aprobó la Ley 18, que revocaba los permisos para la extracción de gas y petróleo por debajo del río San Lorenzo, en consideración al impacto ambiental que estaban provocando las acciones extractivas, y en particular el *fracking*.³⁷ La empresa, alegando una revocación arbitraria, caprichosa e ilegal de sus concesiones de explotación de gas y petróleo bajo el río, aunque le faltaban aún permisos, demandó solicitando una indemnización de 109.8 millones de dólares más intereses. El caso aún se encuentra pendiente de resolución.³⁸

Bilcon vs Canadá es otro caso muy ilustrador, ya que la empresa estadounidense Bilcon inició una demanda contra el gobierno canadiense argumentado discriminación y violación del principio del nivel mínimo de trato al amparo del TLCAN. Esto, después que la empresa adquiriera derechos para construir una cantera y una terminal marítima en Nueva Escocia, con la intención de extraer y triturar basalto, sin poderlo realizar, ya que la zona se encontraba en un área costera ecológicamente delicada. Después de que el proyecto fue evaluado por un panel de revisión conjunta creado por la provincia junto con el gobierno canadiense para evaluar el impacto ambiental, se determinó que era improcedente.³⁹ En 2007, tanto Nueva Escocia como Canadá rechazaron el proyecto debido a sus potenciales efectos nocivos contra el medio ambiente. Entonces Bilcon demandó al Estado en el CNUDMI y obtuvo siete millones de dólares más intereses, de los trescientos millones solicitados, ya que el tribunal falló a su favor.⁴⁰

³⁶ Quintero Sánchez, Adelina (2017), “Retos y disyuntivas del proceso de negociación y entrada en vigor del Acuerdo de Asociación Transpacífico (ATP): un estudio crítico de caso”, en Velázquez Elizarrarás, Juan Carlos (coord.), *El estudio interactivo de los tratados internacionales en México*, México, UNAM, pp. 313 y 314.

³⁷ Fractura hidráulica, método a través del cual se extrae petróleo superficial de la tierra por medio de grandes cantidades de agua a elevada presión. Método altamente contaminante para la tierra, el agua y los depósitos subterráneos.

³⁸ Centro de Políticas de Inversión (2019), *Lone Pine v. Canada* (caso CIADI No. UNCT/15/2), disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/547/lone-pine-v-canada>.

³⁹ Canadian Centre for Policy Alternatives *et al.*, 2016, p. 31.

⁴⁰ Davis, Mariquita (2015), “Tribunal de la CNUDMI concluye que evaluación ambiental conducida por Canadá violó el nivel de trato mínimo conforme al derecho internacional y el estándar de trato nacional”, *Investment Treaty News*, IISD, disponible en: <https://www.iisd>.

El caso de Canadá es uno más en la lista de demandas hechas por empresas mineras, que es uno de los sectores que más demandas han entablado alrededor del mundo, siendo 52 casos los que aún tienen en proceso. De los 44 casos resueltos hasta 2016, obtuvieron indemnizaciones por un total de 53 mil millones de dólares. Negar o revocar permisos por cuestiones ambientales, violación a derechos humanos o protección de comunidades indígenas han sido detonadores de demandas en centros de arbitraje internacional. Los gobiernos de Bolivia, Indonesia, Mongolia, Perú y Sudáfrica han enfrentado costosas demandas después de tomar medidas para combatir el fraude dentro de la industria minera, hacer que las compañías mineras cumplieran con una limpieza de contaminación acordada y remediar la discriminación. Indonesia y Sudáfrica eventualmente bajaron los estándares ambientales para evitar tales demandas.⁴¹

En otro continente, un fallo reciente (2018) de un tribunal de la Cámara de Comercio Internacional (ICC, por sus siglas en inglés) condenó a Libia a pagar cincuenta millones de dólares a la empresa turca Cengiz por daños a sus sitios de construcción. La empresa estaba desarrollando proyectos de infraestructura que sufrieron daños por la guerra civil en Libia, y entabló una demanda en 2016 en contra del gobierno por no proteger su propiedad en el marco del BIT Turquía-Libia.⁴²

Estos ejemplos revelan que más allá de pagar cuantiosas sumas por procedimiento arbitrales y por reparación de las empresas extranjeras, en caso de pérdida de la demanda, son instrumentos que van en contra del soberano derecho de los Estados de regular a favor del bienestar público el medio ambiente, la salud o el interés nacional, en virtud de buscar el desarrollo nacional. Asimismo, pueden sancionar al país por situaciones fuera de su alcance, como una conflagración civil. En síntesis, las medidas públicas legítimas pueden derivar en demandas y pérdidas millonarias.

En otra parte de Latinoamérica podemos citar el caso de la empresa Philip Morris contra Uruguay, que comienza cuando en 2010 el gobierno uruguayo decidió aumentar el tamaño de la fotografía en los paquetes de cigarrillos, sobre lo nocivo de fumar y restringió a las tabacaleras a vender sólo un producto por marca. Aunque estas acciones eran con la intención de internalizar los compromisos contraídos en el Acuerdo Antitabaco de la

org/itn/es/2015/05/21/uncitral-tribunal-finds-canadas-environmental-assessment-breached-international-minimum-standard-of-treatment-and-national-treatment-standard-clayton-bilcon/.

⁴¹ Olivet, Cecilia et al., *Signing away sovereignty: How investments agreements threaten regulation of the mining industry in the Philippines*, Alyansa Tigil Mina, Focus on the Global South and Transnational Institute, Amsterdam-Manila, 2016, pp. 11-14.

⁴² Award-7 Nov 2018.

Organización Mundial de la Salud, la empresa demandó bajo el amparo del BIT Suiza-Uruguay solicitando un monto de veinticinco millones de dólares por los siguientes argumentos: denegación de justicia, expropiación, violación de la cláusula de trato nacional y limitación de ganancias.⁴³ El 8 de julio de 2016, el tribunal del CIADI emitió su fallo a favor de Uruguay, obligando a la empresa a pagar los gastos del demandado y del tribunal.⁴⁴

En el último caso el fallo favoreció al Estado; no obstante, existen muchos otros casos donde aunque el arbitraje no fructifique, se desestime o se arregle por convenio entre las partes, tanto el demandado como el demandante corren con los gastos invertidos en el proceso; entonces, significa que los costos por arbitraje son sumamente elevados independientemente de los resultados. Los costos de defender los reclamos de tratados presentados por los inversionistas pueden ser significativos. Los estudios han estimado que a cada parte contendiente le cuesta aproximadamente cinco millones de dólares, por caso en promedio, cubrir los honorarios legales y los costos del tribunal arbitral. Dado que se trata de cifras promedio, hay, por supuesto, ejemplos de disputas en las que los costos son más bajos y en los que son más altos. En trece de los 56 casos del CIADI concluidos entre 2011 y 2015, los gastos legales del demandado fueron inferiores a un millón de dólares, pero en algunos casos los costos han excedido ampliamente los cinco millones de dólares. En las disputas de arbitraje de Yukos, por ejemplo, los costos del Estado demandado fueron de veintisiete millones de dólares, y los costos del demandante, de aproximadamente ochenta millones. Además, en el caso de *Libananco vs Turquía*, los costos del demandado fueron de casi 36 millones de dólares, mientras que los del demandante fueron de aproximadamente veinticuatro millones de dólares.⁴⁵

Todos los puntos anteriores apuntalan al hecho evidente de que los juicios por arbitraje han favorecido mayoritariamente a las empresas transnacionales, socavando el derecho soberano de los Estados y vulnerando a sus poblaciones; además de que implican costos millonarios que no favorecen a nadie, sin soslayar el hecho de que duran años en solventarse, creando una fractura insalvable entre el inversionista y el Estado receptor, contrario a lo que se desea en los objetivos de los acuerdos de inversión, situación que

⁴³ En el mismo sentido, y por las mismas causas, también la empresa intentó demandar al gobierno de Australia; no obstante, fue desechada por el tribunal, al considerar había existido abuso de derecho, dado que cuando la empresa invirtió en el país, aún no se había materializado el procedimiento de arbitraje (ICSID, case No. ARB/10/7).

⁴⁴ ICSID, case núm. ARB/10/7.

⁴⁵ Johnson, Lise *et al.*, *Costs and Benefits of Investment Treaties. Practical Considerations for States*, Columbia, Policy Paper March, Columbia Center of Sustainable Investment, 2018, p. 11.

muchos países de diversas latitudes han estado evaluando y han tomado en muchos casos medidas para mejorarla.

El CIADI, como principal institución donde se dirimen las controversias en materia de inversiones internacionales, ha sido sumamente criticado por sus procedimientos, sus estatutos y sus arbitrajes en general. Algunos países, como Venezuela, Ecuador y Bolivia, en algún momento lo catalogaron de antidemocrático, parcial y en contubernio con las elites empresariales. Por esta situación, tomaron acciones extremas al denunciar al organismo y dejar de ser parte de él.⁴⁶

De acuerdo con la UNCTAD, desde 2012 se comenzó a hablar de la reforma del régimen de protección a la inversión extranjera, donde una parte sustancial es el arbitraje internacional. Así que se estima que, de algunos años para acá, existe una nueva generación de acuerdos de inversión, con reformas relevantes para el mecanismo de solución de controversias; mientras otros acuerdos viejos se están revisando o modificando, como puede ser el caso del TLCAN, ahora T-MEC y el TLCUEM.⁴⁷

Los acuerdos de inversión recientes han implementado un gran número de reformas, donde la mayoría se concentran en el arbitraje internacional, aparte de las reformas que indirectamente repercuten en el mecanismo. Según la UNCTAD, en su mayoría las reformas pueden agruparse en cinco vertientes de transformación hacia el mecanismo de arbitraje internacional: 1) las que ya no lo incluyen, 2) las que incluyeron un tribunal permanente, 3) las que limitaron el mecanismo, 4) las que mejoraron el procedimiento y 5) las que no lo reformaron.⁴⁸ Los BIT entre Brasil con Etiopía, Guyana y Surinam, respectivamente, ya no cuentan con la opción al arbitraje internacional, mientras que en el CPTTP, el mecanismo se encuentra suspendido. El Acuerdo para la Protección a la Inversión (IPA, por sus siglas en inglés) entre la Unión Europea y Singapur, así como todos los demás acuerdos de inversión firmados por la Unión desde 2015, son ejemplos del caso 2, por lo que incluyen un tribunal arbitral permanente. Los BIT Argentina-Japón, Argentina-Emiratos Árabes Unidos, Armenia-Japón, Japón-Emiratos Árabes Unidos, Australia-Perú, Bielorrusia-India, Kazajistán-Singapur, entre otros, son ejemplos de acuerdos que limitan el uso del arbitraje. Existen también cuantiosos ejemplos de acuerdos que mejoraron el procedimiento, como los BIT Argentina-Japón, Argentina-Emiratos Árabes Unidos, Arme-

⁴⁶ Talavera, Luis y Fountoura Costa, *op. cit.*, pp. 191 y 192.

⁴⁷ UNCTAD, 2019a, *op. cit.*, pp. 104-115.

⁴⁸ UNCTAD (2019d), "Reforming Investment Dispute Settlement: A Stocktaking", *IIA Issues Note*, Ginebra, United Nations, p. 2.

nia-Japón y Bielorrusia-India. Algunos acuerdos, como el TLC entre Centroamérica y la República de Corea, el TLC Singapur-Siri Lanka y T-MEC, son ejemplos que entran tanto en categoría 3 como en la 4.⁴⁹ Finalmente, hay otros acuerdos de inversión recientes, donde el arbitraje permanece sin modificaciones, como el BIT Kazajistán-Emiratos Árabes Unidos y los BIT de Malí con Turquía y Emiratos Árabes Unidos, respectivamente.

El caso de la Unión Europea merece un espacio aparte, ya que en 2014 se decidió crear un sistema de tribunales de inversiones (ICS, por sus siglas en inglés), como parte de su sistema institucional supranacional, que “deja claro que los gobiernos conservan su derecho a legislar y a alcanzar objetivos legítimos en materias como la salud pública, la seguridad, el medio ambiente, la moral pública y la promoción y protección de la diversidad cultural”. De acuerdo con la Unión Europea, el ICS se inspira en tribunales internacionales públicos, contiene un tribunal de primera instancia y uno de apelación, tiene jueces profesionales e independientes y es transparente,⁵⁰ aunque para algunas ONG el ICS sigue conservando espacios para la ambigüedad, como en relación con el “trato justo y equitativo”, y dejan la carga de la prueba al Estado para demostrar que sus acciones son necesarias, no discriminatorias y legítimas. Además, introduce un concepto novedoso explícito, que es de “expectativas legítimas”, que aunque se limita a las que vayan precedidas a una representación del Estado, puede ser un motivo de demandas.⁵¹

Del universo de reformas en los acuerdos de inversión en relación con el aspecto geográfico, se puede apreciar que incluyen a países de diversos grados de desarrollo y de distintas regiones del mundo. Sin embargo, más allá de eso se puede advertir que hay países, como es el caso de Emiratos Árabes Unidos o China, que firman distintos tipos de tratados, de acuerdo con la contraparte. Por ejemplo, China firma BIT que incluyen el mecanismo de arbitraje a la usanza del modelo estadounidense con países latinoamericanos y africanos, mientras firma acuerdos que limitan el arbitraje y/o lo mejoran con los países del sudeste asiático.

Para finalizar, es preciso reconocer que se han dado pasos, indiscutiblemente en el sentido de mejorar, hacer más objetivo y restarle opacidad al arbitraje internacional, pero aún hay un arduo camino por recorrer para

⁴⁹ *Ibidem*, pp. 6-8.

⁵⁰ Comisión Europea (2019), “Comercio: El Tribunal de Justicia de la Unión Europea confirma la compatibilidad del Sistema de Tribunales de Inversiones con los Tratados de la UE”, Comunicado de prensa, Bruselas, disponible en: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/IP_19_2334.

⁵¹ Canadian Centre for Policy Alternatives *et al.*, 2016.

arribar a un régimen internacional que no sólo proteja a los inversionistas, sino también a los países anfitriones, y en cierta medida coadyuve al desarrollo nacional. Se requiere un sistema de arbitraje inversionista-Estado más equilibrado, que permita también entablar demandas contra las empresas cuando violenten derechos humanos, no cumplan con las normativas ambientales o propicien movimientos políticos adversos al Estado. Asimismo, debe codificarse el derecho en un instrumento internacional como parte de algún organismo de Naciones Unidas para darle peso a un régimen internacional mejorado y universal.

V. CONCLUSIONES

Es evidente que desde el surgimiento de los acuerdos bilaterales de inversión, hasta su tácita inclusión dentro de los tratados de libre comercio, el derecho para las inversiones ha evolucionado significativamente. Las disposiciones para regular la inversión extranjera se han sofisticado al tiempo de sistematizarse, por lo que el mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado no ha sido la excepción.

La inclusión de las regulaciones para la inversión a la usanza de los BIT en los acuerdos de libre comercio a partir del TLCAN estableció un referente para futuros acuerdos y aumentó de manera considerable el universo de instrumentos internacionales para la inversión con un mecanismo de arbitraje internacional. Así, la creciente inclusión del mecanismo de solución de controversias dentro de los acuerdos en materia de inversión elevó de igual manera la cantidad de casos arbitrales presentados en foros como el CIADI, que han arrojado distintos resultados y han dejado una experiencia muy enriquecedora para poder ajustarlo, mejorarlo y volverlo más justo y diáfano para las partes.

El arbitraje internacional en muchas ocasiones se ha convertido en un arma de las empresas inversoras contra los países anfitriones, para incumplir con lineamientos internos o para obstaculizar políticas públicas que no les favorezcan. Esta situación ha motivado una reforma al régimen internacional de inversión, y en específico al mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado.

En este sentido, existen reformas que han optado por eliminarlo, algunas por limitarlo y otras por mejorarlo, creando una nueva generación de acuerdos para la inversión, que buscan ser más equilibrados entre el inversionista y el Estado, reducir costos de arbitraje y proteger el derecho soberano de los países a procurar el bienestar para la población. No obstante,

aún siguen firmándose acuerdos que mantienen el arbitraje internacional sin modificación alguna, y países que firman diferentes tipos de acuerdos con sus contrapartes, por lo que la reforma que se está gestando resulta insuficiente, y requerirá que el propio devenir histórico lo ponga a prueba para seguir mejorando y coadyuvando por un régimen de inversiones más justo y equitativo.