

**Arbitraje internacional como mecanismo de resolución de disputas
inversor- Estado. Consideraciones sobre su conveniencia según su
diseño actual y perspectivas futuras.**



Trabajo de Fin de Master

Master Asuntos Internacionales: Economía Política y Derecho

Teresa Fernández Beltrán

Universidad Pontificia de Comillas

INDICE

1. INTRODUCCIÓN.....	3
1.1 INTRODUCCIÓN AL TEMA OBJETO DE ESTUDIO	3
1.2 METODOLOGÍA Y ESTRUCTURA DEL TRABAJO.....	5
2. DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO.....	7
2.1 CONCEPTO DE INVERSIÓN EN TÉRMINOS GENÉRICOS.....	7
2.2 INVERSIONES EN TRATADOS DE INVERSIÓN Y ACUERDOS MULTILATERALES.....	8
2.2.1 Modalidades de Tratados de inversión y Acuerdos multilaterales	9
2.2.2 La inversión en los Acuerdos multilaterales y Tratados de inversión.....	11
2.3. CLÁUSULA DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN TRATADOS DE INVERSIÓN Y ACUERDOS MULTILATERALES.....	14
3. DEFINICIÓN Y ESPECIFICIDADES DEL ARBITRAJE DE INVERSORES	17
3.1 DEFINICIÓN	17
3.2 ESPECIFICIDADES.....	17
4. CONSIDERACIONES SOBRE EL ARBITRAJE INVERSOR-ESTADO.....	20
4.1 LUCES DEL ARBITRAJE DE INVERSIONES.....	20
4.2 SOMBRAS DEL ARBITRAJE DE INVERSORES.....	22
4.2.1. Críticas a la institución arbitral inversor-Estado.....	22
4.2.2. Críticas al procedimiento.....	24
4.3 NUEVOS ENFOQUES EN LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS INVERSOR-ESTADO EN EL SENO DE LA UNIÓN EUROPEA.....	27
5. CONCLUSIONES	31
6.BIBLIOGRAFÍA.....	34

JUSTIFICACIÓN DE LA ELECCIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO E HIPÓTESIS DE INVESTIGACIÓN.

A lo largo del presente trabajo se va a poner el foco en la institución del arbitraje como mecanismo de resolución de disputas entre inversores extranjeros y Estados. Debido a los avances de la globalización y la interconexión entre los distintos países del mundo, así como al aumento de los movimientos de flujos de capital entre inversores privados y Estados, el arbitraje internacional se ha coronado como institución estrella a la hora de poner solución a estas disputas.

Tomando como base esta consideración, se tratará de responder a la hipótesis principal de investigación del presente trabajo, que se convierte a su vez en hilo conductor que une los distintos capítulos en los que este se divide, y que consiste en tratar de responder a la pregunta acerca de la conveniencia del arbitraje como procedimiento de resolución de disputas inversor-Estado, conforme a su diseño actual.

1. INTRODUCCIÓN.

1.1. INTRODUCCIÓN AL TEMA OBJETO DE ESTUDIO

El avance de la globalización¹ en las últimas décadas ha visto su reflejo en el aumento de los intercambios de flujos de capital entre todos los países del mundo². Uno de los movimientos más destacables ha sido el de la inversión extranjera directa (en adelante IED), la cual ha contribuido de manera significativa al avance económico, social y tecnológico de los países, creando riqueza y haciendo posible una transformación más eficiente de los recursos locales. Mientras que para los inversores privados, llevar a cabo inversiones supone beneficios económicos, así como una expansión internacional de sus empresas.

¹La ONU define globalización como “*un fenómeno inevitable en la historia humana que ha acercado el mundo a través del intercambio de bienes y productos, información, conocimientos y cultura*” <http://www.un.org/es/aboutun/booklet/globalization.shtml>. Mientras que el FMI afirma que la globalización económica es “*un proceso histórico, resultado de la innovación humana y el progreso tecnológico*”. <https://www.imf.org/external/np/exr/ib/2000/esl/041200s.htm>.

² A modo de ejemplo, según el “Informe sobre las inversiones en el mundo. Nacionalidad de los inversores: Retos para la formulación de políticas de la Conferencia de Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo” (UNCTAD) 2016, las entradas de IED en el mundo, pasaron de ser 207 miles de millones de dólares en 1990, a 1418 en el periodo 2005-2007 y 1762 miles de millones de dólares en 2015, p.9. http://unctad.org/es/PublicationsLibrary/wir2016_Overview_es.pdf.

Es por esto por lo que a partir de los años 60 del pasado siglo surge la preocupación, a nivel global, de garantizar toda una serie de protecciones a esta actividad inversora a través de la ratificación de acuerdos bilaterales y multilaterales de promoción de inversiones³. Estos tratados de inversión son acuerdos firmados por dos o más países entre sí que delimitan el término inversión extranjera, formado por una serie de actividades económicas y que otorgan garantías de diverso ámbito para los inversores extranjeros que acuden a un tercer país; entre dichas garantías destaca la posibilidad de resolver las controversias que pudiesen surgir con el Estado receptor de la inversión a través del mecanismo del arbitraje internacional. Con el paso del tiempo, las previsiones recogidas en estos tratados de inversión se han ido estandarizando, incluyéndose más recientemente en los acuerdos regionales de libre comercio, así como multilaterales, como un capítulo más dentro de su articulado⁴.

Uno de los aspectos más destacables de este tema es que, tomando como referencia décadas anteriores, cuando eran muy pocos los arbitrajes que resolvían disputas en base a estos tratados de inversión, el número de casos se ha multiplicado de manera vertiginosa durante los últimos años⁵. La explicación de este aumento de casos podría hallarse en la proliferación de estos acuerdos, los cuales tienen como fin principal la atracción de flujos foráneos mediante la concesión de derechos a inversores extranjeros, así como la flexibilización en la resolución de disputas que pudieran surgir entre ambas partes.

Por otro lado, podría añadirse cómo, a pesar de los beneficios que extraen ambas partes de esta actividad inversora, los intereses en juego son muy diversos y a veces

³ Según este mismo Informe, “*Con la adición de 31 nuevos acuerdos internacionales de inversión (AII) —20 tratados bilaterales de inversión (TBI) y 11 tratados con disposiciones sobre inversión (TDI) —, el conjunto de AII alcanzó la cifra de 3.304 acuerdos (2.946 TBI y 358 TDI) a finales de 2015. En los cuatro primeros meses de 2016 se concertaron 9 nuevos AII (7 TBI y 2 TDI). A mediados de 2016, cerca de 150 países y economías estaban negociando al menos 57 nuevos AII (incluidos tratados megarregionales como la Asociación Transatlántica de Comercio e Inversión (ATCI) y el Acuerdo de Asociación Económica Regional Integral (RCEP)*”, pp. 19-20-21.

⁴ A modo de ejemplo, sirva enunciar los acuerdos que posteriormente serán tratados: El Tratado de Libre Comercio de América del Norte (NAFTA), el Acuerdo de Asociación Transpacífico (TPP), así como los negociados en el seno de la UE con Estados Unidos, Canadá y Vietnam.

⁵ Así lo expresa D. FRANCK SUSAN, “The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions”, 73 *Fordham L. Rev.* 1521. Volume 73 | Issue 4 Article 10 (2005), pp.1521-1522. En la misma línea, destaca BOCKSTIEGEL KARL-HEINZ, al afirmar que “*el arbitraje de inversiones debe su importancia, a que ha sido elegido como mecanismo de solución de diferencias en miles de tratados y contratos de inversión, resolviendo así numerosos conflictos entre Estados y empresas. Estos tratados de derecho internacional público son los que proporcionan los instrumentos, ya sean bilaterales, con más de 2.000 TBI o multilaterales como el Convenio del CIADI, el Tratado sobre la Carta de la Energía, o instrumentos regionales como el TLCAN*” en “Commercial and Investment Arbitration: How Different are they Today? The Lalive Lecture 2012”. *The Journal of the London Court of International Arbitration*. Volume 28. Number 4, 2012. ISSN: 09570411, pp, 578-579.

llegan a chocar entre sí. Por un lado, subyace el interés general o público que defiende el Estado receptor de la inversión, el cual actúa como representante de la soberanía nacional; por el otro, están los intereses privados que persigue el inversor para el desarrollo de su negocio.

Es en este contexto donde el mecanismo de resolución de controversias entre un inversor y un Estado se ha situado como el mecanismo preferido por las partes, y más en concreto por los inversores, debido a la propensión que este recurso tiene de neutralidad, agilidad y flexibilidad en la resolución de conflictos⁷; en todo caso, preferido a los tribunales internos del Estado que recibe la inversión o a la protección diplomática ejercitada de forma discrecional por el Estado del que es nacional el inversor.

Sin embargo, a pesar de los beneficios que este mecanismo presenta, en ningún caso ha estado exento de críticas por parte de los expertos. Dichos reproches han ido enfocados a la propia configuración de la institución, la cual ha sido desacreditada por su falta de legitimidad democrática así como por su utilización para la resolución de conflictos en los que entran en juego intereses públicos de los Estados, los cuales están actuando como poder soberano. Por lo demás, otras críticas se han dirigido hacia el funcionamiento del propio procedimiento, denunciando entre otras cuestiones, su excesivo secretismo y falta de transparencia, así como su tendencia a inclinarse del lado de los inversores frente a los intereses defendidos por los Estados.

No puede, por tanto, restársele importancia a estas quejas frente al sistema, más aún cuando su trascendencia ha llegado al punto de hacer reaccionar a la Comisión europea, que ha respondido a muchas de estas demandas de cambio dando un giro a la política de inversiones de la Unión, llegando a modificar su modelo de resolución de controversias existente, mediante la inclusión de nuevas fórmulas en sus recientes acuerdos de libre comercio, negociados con Estados Unidos y Canadá.

1.2 METODOLOGÍA Y ESTRUCTURA DEL TRABAJO.

⁷ Nuevamente, el Informe de UNCTAD afirma que “*el número de nuevos arbitrajes entre inversores y Estados basados en tratados alcanzó un nuevo récord (...). En 2015, los inversores presentaron 70 demandas de arbitraje entre inversores y Estados, lo cual representa el mayor número de casos jamás iniciados en un solo año. Al 1 enero de 2016, el número total de demandas de arbitraje entre inversores y Estados había llegado a 696*”, pp.20-21.

La metodología seguida para la realización de este trabajo consistió, en primer lugar, en la consulta detenida de todo tipo de fuentes doctrinales que sirviesen para un acercamiento en profundidad del tema. La realidad es que son numerosas las razones que añaden complejidad al objeto de estudio. Por una parte, la gran dispersión de las fuentes tanto de Derecho Internacional, Público y Privado, como de las leyes internas de los países donde se encuentra regulado el derecho de inversiones. Por otra, la escasa definición de la materia, que puede encajar tanto en el campo de la ciencia económica como en el de la jurídica. Finalmente, la proliferación de instituciones y tribunales arbitrales dedicadas a la resolución de las controversias, y en definitiva, la inexistencia de una regulación uniforme y de una fuente principal.

Por ello, en un primer momento, se llevó a cabo una acotación del objeto de estudio, de un lado, por razón de la materia de la que el arbitraje inversor-Estado se ocupa y de otro, por su regulación en las fuentes de ámbito internacional.

Finalmente, el método escogido ha sido el descriptivo, desde una visión generalista que abarque los aspectos principales del sistema de arbitraje inversor Estado. En primer lugar, se ha llevado a cabo la recopilación de datos e información bibliográfica para proporcionar los elementos necesarios que contextualizan, delimitan y definen el fenómeno de investigación señalado. Dichos datos documentales han permitido esbozar un escenario jurídico político del sistema de arbitraje internacional inversor-Estado, para llevar a cabo, subsiguientemente, un análisis histórico documental y del pensamiento crítico que permita develar las principales opiniones, consideraciones e ideas doctrinales que rodean al fenómeno estudiado, así como el intento de plantear nuevos enfoques que no hacen más que reafirmar la actualidad e importancia del tema, en el contexto global actual.

En base a estos pasos seguidos y a la diversa bibliografía consultada y analizada, el presente trabajo se estructura en tres capítulos.

En el primero se hace una delimitación previa para contextualizar la institución del arbitraje inversor-Estado. A su vez, este se ha dividido en tres apartados. El inicial consiste en una breve mención al término inversión desde el prisma económico, donde halla su origen. El siguiente apartado, en cambio, introduce los tratados de inversión y acuerdos multilaterales que se dedican a regular esta materia, enfocando este mismo término, pero desde la óptica de la ciencia jurídica. El último apartado de este marco conceptual hace hincapié en la exposición de la cláusula de sometimiento a arbitraje,

como método de resolución de los conflictos entre inversores y Estados, contenida en los tratados de inversión.

En el segundo capítulo se llevó a cabo una acotación de este mecanismo del arbitraje de inversiones, determinando qué características y especificidades lo conforman convirtiéndolo en objeto independiente de estudio dentro del campo del arbitraje internacional.

Por otro lado, una vez asentadas las bases que permiten contextualizar esta institución, se dedicará el tercer capítulo a poner de manifiesto algunas de las consideraciones que han rodeado a este mecanismo internacional por parte de la doctrina y expertos, tanto de corte positivo, que se exponen en un primer apartado, como todas aquellas opiniones que han denostado la institución arbitral, descritas en un segundo apartado. El objetivo principal de este capítulo, central de este trabajo, es dejar patente cómo, a pesar de las ventajas y comodidades que las partes extraen de la posibilidad de acudir a este mecanismo internacional con sus garantías de neutralidad, en ningún caso puede considerarse a esta una institución unánimemente reconocida, sino todo lo contrario, pues es un mecanismo que suscita opiniones muy dispares. El último apartado de este tercer capítulo, analiza las iniciativas llevadas a cabo por la Comisión europea en el ámbito de la resolución de conflictos de inversión, en sus nuevos acuerdos de libre comercio.

Finalmente el trabajo se cierra con un capítulo de conclusiones sobre todo lo expuesto a modo de síntesis, con una consideración final que trata de responder a la pregunta principal planteada, a saber, la conveniencia o inconveniencia de este mecanismo internacional analizado, conforme a su diseño actual.

2. DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO.

2.1 CONCEPTO DE INVERSIÓN.

Dado que el objeto de este mecanismo internacional es la resolución de disputas en el ámbito de las inversiones entre un Estado y un inversor extranjero, ha de llevarse a cabo previamente una delimitación conceptual del término inversión extranjera (en adelante IED)

Desde el punto de vista económico, la IED hace referencia a la implantación de sociedades transnacionales o empresas multinacionales en países extranjeros para controlar activos y administrar actividades de producción en dichos países⁸. Para autores como CAIRNS y CREMADES, es en este ámbito de las inversiones extranjeras, donde mejor se constatan las características más definitorias de la globalización económica, afirmando que estas constituyen la “columna vertebral” del proceso globalizador⁹.

Los movimientos de IED se han dirigido sobre todo a los países en desarrollo, suponiendo según MALLAMPALLY SAUVANT una necesaria fuente de financiación externa privada para estos países, al conllevar una inversión en instalaciones de producción. Entienden que, además de incrementar los recursos disponibles y la formación de capital, constituye un vehículo de transferencia de tecnología de producción, capacidad técnica y de innovación y gestión entre los países¹⁰. Es decir, desde el prisma económico, a los países les interesa atraer flujos de inversión extranjera, ya que les permite establecer industrias locales y recibir fondos extranjeros para mejorar su infraestructura, mientras que, por su parte, los inversores obtienen rentabilidades y dividendos, así como la expansión hacia nuevos mercados¹¹.

Sin embargo, la noción de inversión que se conoce en el ámbito económico y empresarial, donde tiene su origen el término, es diferente del concepto con el que se opera en el ámbito jurídico. Desde el punto de vista legal, existen diferentes conceptos de inversión, según se trate de legislaciones nacionales, normas regionales, tratados internacionales de inversión, acuerdos de libre comercio o incluso normas del Derecho Internacional general, al servirse cada instrumento de su propio concepto¹².

2.2 INVERSIONES EN TRATADOS DE INVERSIÓN Y ACUERDOS MULTILATERALES.

⁸ PADMA MALLAMPALLY Y KARL P. SAUVANT “ (La inversión extranjera en los países en desarrollo)” *Finanzas & Desarrollo* / Marzo 1999.

<https://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/spa/1999/03/pdf/mallampa.pdf>

Por su parte, la Sexta Edición del Manual de Balanza de Pagos del FMI (2009) define a la IED como una categoría de la inversión transfronteriza relacionada con el hecho de que un inversionista residente en una economía ejerce el control o un grado significativo de influencia sobre la gestión de una empresa que es residente en otra economía, p.106. <https://www.imf.org/external/spanish/pubs/ft/bop/2007/bopman6s.pdf>.

⁹ CAIRNS DAVID Y CREMADES SANZ-PASTOR BERNARDO, “El arbitraje en la encrucijada entre la globalización y sus detractores”. *Revista de la Corte Española de Arbitraje*. ISSN 0213-2761, N°. 2002, 2002, pp. 15-62.

¹⁰ PADMA MALLAMPALLY Y KARL P. SAUVANT, ob, cit.

¹¹ D. FRANCK SUSAN, ob., cit., p.1524.

¹² DOLZER R AND SCHREUER C, *Principles of international investment law*. Oxford, Oxford University Press, 2008. N. Rubins, “The Notion of “Investment” in International Investment Arbitration”, *Arbitrating Foreign Investment Disputes*. (N. Horn ed), La Haya, Kluwer Law International, 2004, p. 285.

Como ya se ha expuesto con anterioridad, a pesar de encontrarse el origen del término inversión en el campo económico, la ciencia jurídica también se ha ocupado de definir y delimitar este concepto, el cual ha sido recogido en las diferentes regulaciones dedicadas al derecho de inversiones. Dado que el auge del arbitraje de inversiones se debe principalmente a la proliferación de instrumentos internacionales firmados entre dos o más Estados entre sí, los cuales contienen una cláusula de sometimiento de las controversias a este mecanismo, en este apartado se llevará a cabo una breve exposición acerca de estos tratados de inversiones y sus características, dejándose fuera del ámbito de estudio el resto de regulaciones por motivos de limitaciones formales.

Sin embargo, como también se ha enunciado previamente, el término inversión en el campo jurídico no es uniforme, sino que su significado varía en función del objeto y el propósito de los diferentes instrumentos jurídicos existentes que lo contienen. Por ello, en primer lugar, se realizará un repaso sucinto a algunos de los diferentes instrumentos internacionales que regulan las inversiones, para mencionarse, en segundo lugar, los conceptos de inversión que recogen estos Tratados y Acuerdos, con el único propósito de intentar mostrar la amplitud de significados que engloba este término¹³, lo cual dificulta la posibilidad de hallar una definición uniforme de inversión extranjera¹⁴.

2.2.1 Modalidades de Tratados de inversión y Acuerdos multilaterales

El origen de estos Tratados de inversión, se puede situar en los Tratados de Amistad, Comercio y Navegación¹⁵. Sin embargo, dado que las primeras iniciativas sobre la promulgación de tratados multilaterales no tuvieron éxito, pronto los países recurrieron a tratados bilaterales, cuyos inicios se remontan a la década de 1950, siendo el primero el acuerdo firmado entre Alemania y Pakistán en 1959¹⁶. Estos se conocieron

¹³ GRANATO LEONARDO Y NAUEL ODDONE CARLOS, "Protección internacional del inversor extranjero a través de los acuerdos de inversión". *Revista de la Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas*, Universidad de Nariño, Vol. VIII, No.2, 2007, p. 54.

¹⁴ YANNACA-SMAL CATHERINE "Definition of Investor and Investment in International Investment Agreements". *International Investment Law: Understanding Concepts and Tracking Innovations* OECD 2008, p.46, ISBN 978-92-64-04202-5.

¹⁵ D. FRANCK SUSAN, ob,cit., p.1526. También SUÑÉ NATASHA afirma que el comienzo se sitúa con la suscripción del "*Tratado de Amistad, Comercio y Navegación, entre Gran Bretaña y Estados Unidos, de 1794, (Tratado Jay), que consistía en un arbitraje por comisión mixta y fue el origen de una seguidilla de arbitrajes con esas características*" en Arbitraje en América Latina. Consideraciones en Materia de Inversiones, *Rev. secr. Trib. perm. revis.* Año 3, N° 5; Marzo 2015; ISSN 2304-7887. DOI: <http://dx.doi.org/10.16890/rstpr.a3.n5.191>, p.193.

¹⁶ ERIC PETERSON, LUKE "Derechos humanos y tratados bilaterales Panorama del papel de la legislación de derechos humanos en el arbitraje entre inversores y Estados Derechos y Democracia" (*Centro*

como Tratados bilaterales sobre promoción y protección de inversiones¹⁷, los cuales se consideraron, ya desde sus inicios, una herramienta eficaz para "*mejorar la protección de los flujos de capital transfronterizos*"¹⁸.

Estos instrumentos se definen como acuerdos celebrados por escrito entre dos Estados, regidos por el Derecho Internacional¹⁹, los cuales contienen normas destinadas a la promoción y protección de inversiones. Sin embargo, diversos autores coinciden en afirmar cómo el contenido efectivo de estos acuerdos es el otorgamiento de garantías y derechos a los inversores y la imposición de obligaciones a los Estados receptores de los flujos de capital, siendo algunas de las principales concesiones a inversores y cargas a Estados, repetidas a lo largo de los diferentes tratados, a saber, el compromiso de proporcionar un trato justo y equitativo, así como un tratamiento igual al que reciben las inversiones nacionales (trato nacional); o el resarcimiento mediante una indemnización efectiva y adecuada en caso de expropiación directa o indirecta²⁰. Se entiende, en muchos sentidos, que su propósito único es proteger a los inversores extranjeros y sus activos, más que el de imponerles obligaciones o responsabilidades legales²¹.

Internacional de Derechos Humanos y Desarrollo Democrático), 2009, p.12. En el mismo sentido, D. FRANCK SUSAN, ob.cit., p.1526.

¹⁷ FERNÁNDEZ MASIÁ, ENRIQUE, "Arbitraje inversor-Estado: De bella durmiente a león de la jungla". *Revista electrónica de estudios internacionales* 2013, pp.2-3.

¹⁸ D. FRANCK SUSAN pp.1527-28.

¹⁹ GRANATO LEONARDO Y NAHUEL ODDONE CARLOS, "Derecho internacional, ¿protección del inversor extranjero y acuerdos bilaterales, quo vadis?", *Revista Universidad EAFIT* Vol. 43. No. 148. 2007, p. 31. <http://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/revista-universidad-eafit/article/viewFile/687/613>.

²⁰ DÍEZ-HOCHLEITNER JAVIER, ob.cit., pp.49-50-51.

En la misma línea ERIC PETERSON, LUKE cuando esgrime que "*la mayoría coinciden al establecer unas garantías mínimas, como la repatriación de los beneficios y otros fondos relacionados, la protección contra un trato menos favorable que el que tienen los inversores locales o los inversores de terceros países (trato nacional y trato de nación más favorecida, respectivamente), ciertas normas absolutas de protección ("trato justo y equitativo" o "protección y seguridad"), así como la promesa de indemnización en caso de nacionalización o expropiación*", p.12

²¹ ERIC PETERSON, LUKE ob, cit., p.12.

En la misma línea, VELÁZQUEZ PÉREZ RAFAEL A, al afirmar que, "*estos tratados de inversión son instrumentos que tienen un propósito único: el de proteger a los inversores extranjeros y a sus activos, más que el de obligaciones o responsabilidades legales. Si bien cada Tratado es diferente, con el tiempo todos garantizan básicamente los mismos estándares de protección: la repatriación de los beneficios y otros fondos relacionados con la inversión, la protección contra un trato menos favorable que el reservado a los inversores locales o a los inversores de terceros países (trato nacional y trato de nación más favorecida, respectivamente), ciertas normas absolutas de protección (por ejemplo, "trato justo y equitativo" o "protección y seguridad completas", así como la promesa de indemnización en caso de nacionalización o expropiación*" en "Las inversiones extranjeras, el desarrollo sostenible y el derecho humano al agua: Un conflicto no resuelto", *Revista de Derecho, Agua y Sostenibilidad - REDAS - ISSN 2444-9571* Núm. 0, 2016, p.9. <http://redas.webs.uvigo.es>.

GRANATO LEONARDO Y NAHUEL ODDONE CARLOS, ob.cit., p.31, también recalcan cómo se generan obligaciones para los Estados y derechos para los inversores, quienes acaban siendo los beneficiarios directos.

Por otro lado, debe mencionarse que la regulación de las inversiones sigue encontrándose en su mayoría dispersa en este entramado convencional de carácter bilateral, dado que aún no ha podido ser sustituido por un tratado multilateral sobre protección de inversiones; así, los únicos intentos desplegados hasta la fecha en el seno de la OCDE, bajo cuyos auspicios se celebraron entre 1995 y 1998 negociaciones para la promulgación de un Acuerdo Multilateral de Inversiones (AMI), han resultado infructuosos²².

Sin embargo, es importante destacar cómo la regulación de esta materia de la protección de inversiones se ha ido incluyendo como un capítulo más, dentro de los Acuerdos de Libre comercio y Acuerdos de integración económica²³. Entre estos destacan como los pioneros en ocuparse de esta materia, el Acuerdo de Libre Comercio de América del Norte y el Tratado sobre la Carta de la Energía²⁴ y, más recientemente, sobresalen el Acuerdo de Asociación Transpacífico²⁵, el Acuerdo de libre comercio firmado entre la Unión y Canadá²⁶, el firmado por esta organización con Vietnam²⁷ y el acuerdo negociado entre la Unión Europea y Estados Unidos²⁸. Por último, y únicamente a modo de mención sucinta, también existen instrumentos multilaterales como el GATS, en la OMC, o el Código de liberalización de los movimientos de capital en el ámbito de la OCDE²⁹, con un contenido muy similar al de los tratados de inversión³⁰.

2.2.2 La inversión en los Acuerdos multilaterales y Tratados de inversión.

Dado que la noción de inversión constituye la clave del arbitraje de inversiones³¹, es fundamental repasar este concepto en algunos de los instrumentos citados en el epígrafe anterior. Por ejemplo, en el ámbito de los Acuerdos multilaterales, este

²² DÍEZ-HOCHLEITNER JAVIER, ob,cit., pp.49, 50, 51.

²³ FERNÁNDEZ MASIÁ ENRIQUE, pp.2-3.

²⁴ DÍEZ-HOCHLEITNER JAVIER ob, cit., pp.49 -50,-51.

Por su parte FERNÁNDEZ MASIÁ destaca “*el Acuerdo sobre Libre Comercio de Cartagena de 1994 entre México, Colombia y Venezuela, los Protocolos de Colonia y de Buenos Aires sobre inversión del MERCOSUR de 1994, el Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos, Centroamérica y República Dominicana de 2004, o el Acuerdo sobre inversiones de la ASEAN del 2009*”, ob,cit., p.3.

²⁵ <https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/trans-pacific-partnership/tpp-full-text>.

²⁶ http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ceta/ceta-chapter-by-chapter/index_es.htm.

²⁷ <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1437>.

²⁸ http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ttip/index_es.htm.

²⁹ DÍEZ-HOCHLEITNER JAVIER, pp.49-50-51.

³⁰ ENRIQUE FERNÁNDEZ MASIÁ, Arbitraje inversor-Estado: de bella durmiente a león de la jungla, pp.2-3.

³¹ DEMIRKOL BERK “The Notion of ‘Investment’ in International Investment Law”. *Turkish Commercial law review*, Vol. 1, No. 1, February 2015. <http://ssrn.com/abstract=2579247>, p.41.

concepto se define en el artículo 1139 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte³² y en el artículo 1.6 del Tratado sobre la Carta Europea de Energía³³, englobando la definición de este último a "todo tipo de activos" referidos a cualquier inversión en el sector energético³⁴.

Por su parte, destaca la sintética y genérica definición del capítulo 9 del Acuerdo de Asociación Transpacífico, al entender como tal, “todo activo que un inversionista posee o controla, directamente o indirectamente, que tenga las características de una inversión, incluyendo características como el compromiso de capital u otros recursos, la expectativa de ganancia o la asunción de riesgo”³⁵, y que resulta prácticamente igual a la del artículo 8.1 del acuerdo UE-Canadá³⁶, englobando ambos preceptos de manera amplia a las diferentes formas que puede revestir una inversión³⁷.

En cambio, este término no está recogido expresamente en otros instrumentos multilaterales, como es el Convenio de Washington de 1965 por el que se crea el

³²Este artículo establece una amplia lista de activos relacionados con la actividad empresarial, con exclusiones específicas “*Las inversiones en el marco del TLCAN incluyen inversiones extranjeras directas, inversiones de cartera, sociedades y otros intereses y bienes tangibles e intangibles adquiridos con la expectativa de beneficios económicos*”. Complementa su lista exhaustiva de categorías de inversión con una definición negativa, estableciendo ciertos tipos de bienes que no deben considerarse inversiones, como las reclamaciones monetarias que se derivan exclusivamente de contratos comerciales para la venta de bienes o servicios” en YANNACA-SMAL CATHERINE, p.49.

También ver: Artículo 1139 North American Free Trade Agreement.

<http://www.sice.oas.org/trade/nafta/chap-112.asp>.

³³ “El Tratado sobre la Carta de la Energía y documentos relacionados”

<http://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Legal/ECT-es.pdf>.

³⁴ MONTERO FÉLIX J Y RUIZ LAURA, “The concepts of investor and investment under the ECT and the legal standing to bring arbitrations under the ECT”, *Revista del Club Español del Arbitraje - 23/2015*, pp.87-88. Estos también afirman que “*las inversiones son definidas como cualquier tipo de activo propiedad o controlado directa o indirectamente por un inversor. Aunque estas inversiones deben llevarse a cabo en el sector energético, se incluyen actividades muy variadas. Además, la ECT también cubre cualquier tipo de activo, ya sea tangible o intangible, mueble o inmueble, así como bienes y cualquier tipo de propiedad derechos. También incluye «una empresa o una empresa comercial, o acciones, acciones u otras formas de participación en el capital de una empresa y los bonos y otra deuda de una empresa o empresa», reclamaciones de dinero y reclamaciones de rendimiento*”. En la misma línea VEIJO HEISKANEN “Protection of foreign investments through modern treaty arbitration, diversity and harmonization” *ASA Special Series No.34*, mayo 2010, p.57. En la misma línea YANNACA-SMAL CATHERINE, ob,cit, p.49.

³⁵Capítulo 9, Artículo 9.1 Trans-Pacific Partnership <https://ustr.gov/sites/default/files/TPP-Final-Text-Investment.pdf>.

³⁶Ya que este precepto también considera inversión “*cualquier tipo de activo, propiedad de un inversor o esté bajo su control, directa o indirectamente*”, recogiendo las mismas características de una inversión. http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ceta/ceta-chapter-by-chapter/index_es.htm.

³⁷ Ambos artículos, recogen de manera amplia, las diversas formas que puede revestir la inversión, siendo algunas de ellas: empresa, acciones, títulos, bonos, obligaciones, un préstamo a una empresa, concesiones otorgadas, incluidas las que tengan por finalidad la búsqueda, el cultivo, la extracción o la explotación de recursos naturales, contratos de construcción, de producción o de reparto de ingresos, derechos de propiedad intelectual; derechos sobre bienes muebles e inmuebles o derechos dinerarios.

CIADI³⁸, el cual no delimita los elementos necesarios para determinar qué constituye una inversión, sino que su artículo 25 se limita a establecer que "la jurisdicción del Centro se extenderá a cualquier disputa surgida directamente de una inversión"³⁹. Según DEMIRKOL, es esta ausencia de definición de "inversión" la que ha empujado a los tribunales arbitrales del CIADI a adoptar diferentes posturas a la hora de decidir si tienen jurisdicción para resolver las controversias que se les plantean⁴⁰.

Por lo que se refiere a las disposiciones establecidas en algunos de los Tratados bilaterales de inversión, el mismo autor entiende que no se las puede considerar como definiciones, sino más bien como una enumeración de derechos que no aclaran suficientemente la noción⁴¹. También YANNACA-SMAL afirma que estos tratados contienen definiciones muy amplias de inversión, al referirse a "todo tipo de activos", con una lista ilustrativa, pero no exhaustiva, achacando como motivo su pretensión de otorgar al término "inversión" una definición amplia y no exclusiva, al encontrarse en constante evolución⁴². Estos autores coinciden al afirmar que el objetivo es maximizar el espacio de protección de la inversión extranjera⁴³.

Por ello, la conclusión parece clara, y es que desde el punto de vista del objeto de estudio de este apartado -la acotación del término inversión como objeto de disputas surgidas entre un Estado y un inversor extranjero, resueltas a través del arbitraje

³⁸ El CIADI es un organismo público internacional dedicado al arreglo de diferencias relativas a inversiones internacionales, y creado mediante el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, tratado multilateral celebrado en 1965. Los Estados han acordado que el CIADI sea el foro destinado al arreglo de diferencias entre inversionistas y Estados en la mayoría de los tratados internacionales de inversión, así como en numerosos contratos y legislación en materia de inversión. <https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/about/default.aspx>.

³⁹ VEIJO HEISKANEN ob.cit., pp.51-52.

⁴⁰ Estos tribunales han adoptado diversos enfoques. El primero consiste en identificar las características de la inversión típicas de la mayoría de las operaciones y analizar si la transacción en cuestión es similar. El segundo sugiere referirse a la definición de inversión adoptada por las partes dentro del instrumento que incorpora el consentimiento al arbitraje del CIADI, siendo así, la falta de definición en el Convenio cubierta por la intención de las partes, suponiendo en última instancia la incorporación de la definición de inversión contenida en un Tratado de inversión. El último enfoque considera que el término "inversión" tiene un significado objetivo y único, que no depende del instrumento que contenga el consentimiento de las partes. Expresado por DEMIRKOL BERK., pp.42-45.

⁴¹ DEMIRKOL BERK., p.41.

⁴² YANNACA-SMAL CATHERINE, entiende que la mayoría de acuerdos bilaterales, podrían coincidir en cuatro dimensiones básicas para su definición: la forma de la inversión; el área de actividad económica de la inversión; el momento en que se realiza la inversión; y la conexión del inversor con el otro Estado contratante, poniendo además como ejemplos de amplitud de definiciones, el BIT Bélgica-Luxemburgo (2002), "*cualquier tipo de activo y cualquier contribución directa o indirecta, invertidos o reinvertidos en cualquier sector de actividad económica*" y el TBI México-Grecia (2000) que prevé una definición no exhaustiva, incluyendo además una definición negativa, al establecer expresamente lo que no constituye una inversión, pp.49 y 53.

⁴³ VEIJO HEISKANEN, ob.cit., p.55.

internacional de inversiones-, cuanto más amplio sea este concepto, más operaciones económicas quedarán cubiertas por el sistema internacional de protección de la IED y por tanto, más reclamaciones de inversores extranjeros a Estados receptores podrán someterse a arbitraje internacional.

2.3. CLÁUSULA DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN TRATADOS DE INVERSIÓN Y ACUERDOS MULTILATERALES.

La cuestión que se desarrolla a continuación aborda la relación entre estos Tratados de inversión y Acuerdos de libre comercio y multilaterales y sus cláusulas de sometimiento a arbitraje internacional, haciéndose hincapié en los primeros, dado que son los que han sido creados de manera expresa con el objeto de servir para la regulación de las complejidades que subyacen tras las inversiones extranjeras. El punto de partida es la premisa de la inclusión en prácticamente todos estos acuerdos de inversión de una cláusula de sometimiento de las controversias que pudiesen surgir al arbitraje internacional⁴⁴, teniendo ello un reflejo directo en el aumento de casos resueltos mediante este mecanismo, dado que el aumento de la ratificación de estos instrumentos entre los países, ha propiciado inevitablemente el auge de este mecanismo de resolución de conflictos⁴⁵.

De manera que este arbitraje ha evolucionado hasta convertirse en el instrumento que prevalece a la hora de resolver este tipo de disputas internacionales⁴⁶. Siendo reseñable cómo este sometimiento de la controversia a arbitraje internacional entra en juego frente al incumplimiento de cualquiera de las obligaciones asumidas en los acuerdos de inversión, haciendo surgir la responsabilidad internacional del Estado receptor por los daños ocasionados⁴⁷. Por ello, es importante poner de manifiesto, en

⁴⁴ Como ejemplos se pueden citar la Sección B del Capítulo 9, Artículos 9.18 y ss del TPP, el artículo 13 del Acuerdo de la UE con Vietnam o la Sección F del Capítulo 8 del Acuerdo entre la UE y Canadá (CETA). A modo de ejemplo, y siguiendo a PÉREZ PACHECO YARITZA, "Consentimiento estatal al arbitraje del CIADI, Lecciones y Ensayos", Nro. 91, 2013, pp. 19-57, algunos de los TBIs que se pueden citar son: TBI Canadá-Venezuela (1996), TBI Holanda-Kenia (1970), TBI Perú-Rumania (1994). <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/91/consentimiento-estatal-al-arbitraje-del-ciadi.pdf>.

⁴⁵ FERNÁNDEZ MASIÁ, Enrique, *oc.cit.*, pp.2-3.

⁴⁶ Así lo expresan: D. FRANCK SUSAN, *ob cit.*, p.1536, FERNANDEZ MASIÁ, ENRIQUE, *Tribunales nacionales, arbitraje internacional y protección de inversiones extranjeras*, Madrid. Marcial Pons, 2008, ISBN: 978-84-9768-564-1, p.21 o SCHREUER CHRISTOPH, "The future of investment arbitration" en *Looking at the Future, Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman* (M. H. Arsanjani, J. K. Cogan, R. D. Sloane, S. Wiessner eds.) 2011, p.3.

⁴⁷ GRANATO LEONARDO Y NAUEL ODDONE CARLOS, *ob cit.*, p.60.

este apartado, tres cuestiones relacionadas con los tratados de inversión y su forma de regular la figura del arbitraje internacional.

En primer lugar, la forma en la que los tratados regulan las ofertas de los Estados al sometimiento de la controversia futura a arbitraje. En líneas generales, este arbitraje implica una subordinación prospectiva de los Estados a este mecanismo para resolver disputas en el ámbito regulatorio⁴⁸. Es decir, como tal oferta de consentimiento, esta deberá ser aceptada por los inversores nacionales de otro Estado parte en dicho tratado, para que pueda considerarse un consentimiento mutuo al arbitraje internacional⁴⁹. MASIÁ considera esta la regla general, sin embargo, mediante un estudio más detallado de las diferentes manifestaciones de voluntad se muestra que no todos los casos donde se realiza una referencia al arbitraje internacional constituyen una verdadera oferta que en caso de ser aceptada por el inversor se transforma en un consentimiento vinculante para ambas partes de acudir al arbitraje⁵⁰, sino que, a su juicio, solo habrá oferta real, cuando esta sea explícita en el tratado por parte del Estado, siendo completada por la aceptación del inversor, como fundamento para la competencia de un tribunal arbitral⁵¹.

⁴⁸ Siguiendo a VAN HARTEN GUS, quien arguye que dicho consentimiento “*supone un consentimiento prospectivo al sometimiento obligatorio al arbitraje como medio de resolución de disputas con los potenciales inversores*”, pp.378-379, en *Van Harten, Gus* “The public-private distinction in the international arbitration of individual claims against the state”. *International and comparative corporate law quarterly*, 56 (2). pp. 371-394. ISSN 0020-5893. DOI:10.1093/iclq/lei168. 2007 British Institute of International and Comparative Law.

En el mismo, sobresale FERNÁNDEZ MASIÁ, al afirmar que la manera de consentir por parte del Estado, es lo que otorga la peculiaridad del inicio del arbitraje internacional basado en un APPRI, calificándolo este autor como un “*consentimiento avanzado*”, en *Tribunales nacionales, arbitraje internacional y protección de inversiones extranjeras*, Madrid. Marcial Pons, 2008, ISBN: 978-84-9768-564-1, p.24.

⁴⁹ FERNÁNDEZ MASIÁ ENRIQUE, p.25.

⁵⁰ FERNÁNDEZ MASIÁ ENRIQUE, pp.25-26.

Cómo ejemplos citados de tratados bilaterales cuyas cláusulas no consisten en verdaderas ofertas son, el TBI entre Holanda y Costa de Marfil, art.2, al suponer una promesa de que a solicitud del inversor, el Estado ha de otorgar el consentimiento, otro ejemplo sería el art.11 del TBI entre Holanda y Kenia, al regular el arbitraje como una mera declaración de que los Estados parte tendrán una consideración favorable hacia los mismos, pp.27-28.

⁵¹ FERNÁNDEZ MASIÁ ENRIQUE, p. 29. Afirma que el primer caso conocido por un tribunal arbitral del CIADI y cuya competencia se basó en una disposición de este tipo fue el asunto *Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) c. República de Sri Lanka*.

De igual manera lo expresa M. CREMADES BERNARDO, al afirmar que “los tratados contienen una oferta pública de sometimiento al arbitraje por parte de los Estados, que es aceptada posteriormente por el inversor al formular su demanda arbitral, de modo que la cláusula arbitral se sustenta en un tratado de derecho internacional público, generando un arbitraje, mediante la aceptación individualizada del inversor” en “La participación de los Estados en el Arbitraje Internacional”. *Revista Internacional de Arbitraje*, 2011, p. 17.

En la misma línea, D. FRANK SUSAN, p.1542, al afirmar que las disposiciones del Tratado de inversión se entienden generalmente como una oferta por el Estado para resolver las controversias mediante arbitraje, que el inversionista acepta posteriormente, iniciando el arbitraje.

En la misma línea, GIARDINA, A. quien también entiende que la oferta de consentimiento, debe de ser aceptada por los inversores nacionales del otro Estado parte en el tratado, para que pueda predicarse la existencia de consentimiento mutuo al arbitraje internacional., ob cit, p.36.

En segundo lugar, se destaca la cuestión de cómo conjugar la posibilidad de acudir al arbitraje internacional o a los tribunales estatales, opción que se contempla en los Tratados de dos formas diferenciadas, si bien, coincidiendo en la condición previa de intentar alcanzar un acuerdo amistoso por las partes mediante consultas o negociaciones. El mismo autor califica estas dos relaciones como de complementariedad, en el caso de estar los inversores obligados en un primer momento a acudir a los tribunales nacionales del Estado receptor de la inversión, o relación de exclusión, al obligar al inversor a elegir entre arbitraje internacional o tribunales nacionales, bien sea de forma irrevocable y temprana o algo más laxa en cuanto al momento de elección⁵².

Por último, según la institución y reglas que rijan el arbitraje, este puede ser "no institucional" o "institucional"⁵³, variando el procedimiento según las normas que el inversor escoja, las cuales suelen tipificarse también en los tratados⁵⁴.

Por lo que en definitiva, a través de estos tratados internacionales de inversión, se ha dado a los inversores la capacidad de reclamar daños y perjuicios en relación con futuras controversias surgidas de la soberanía del Estado, otorgando los países a los árbitros una jurisdicción amplia para resolver demandas individuales más allá de la supervisión de los tribunales nacionales⁵⁵. Por tanto, estos tratados otorgan a inversores una causa directa de acción contra un Estado por daños y perjuicios⁵⁶.

⁵² FERNÁNDEZ MASIÁ ENRIQUE, Marcial Pons, 2008, pp.77-83 y Díez-Hochleitner Javier, pp.49-51.

⁵³ Dado que este aspecto se escapa del ámbito del trabajo, simplemente se mencionará que existen diferentes reglas de Arbitraje, ya sean las de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, o el mecanismo de la Corte de Arbitraje de la Cámara Internacional de Comercio de París, entre otras, para el arbitraje no institucional. Mientras que, el arbitraje "institucional", se despliega en el ámbito del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), siendo este último el que con más frecuencia se escoge, dado su grado de especificidad.

⁵⁴ D. FRANK SUSAN, ob cit., p.1545.

⁵⁵ VAN HARTEN GUS, ob cit., p.377.

⁵⁶ D. FRANK SUSAN, pp.1537-38-39-40. Esta autora también recalca que los tratados de inversión proporcionan un mecanismo único de solución de controversias que los inversores pueden invocar para conseguir una reparación por las violaciones de los tratados, pp.1539-40.

En la misma línea Díez-Hochleitner Javier, afirma que esta internacionalización de los mecanismos de solución de las controversias entre el inversor extranjero y el Estado huésped de la inversión en relación con el incumplimiento por este último de las obligaciones asumidas, al incluir la posibilidad de que el inversor acuda al arbitraje, supone la piedra angular del régimen de protección que ofrecen los APPRI, pp.49, 50, 51.

3. DEFINICIÓN Y ESPECIFICIDADES DEL ARBITRAJE DE INVERSORES

Las definiciones y consideraciones arriba enunciadas se tornan necesarias como paso previo para delimitar el objeto central de investigación del presente trabajo, la figura del arbitraje de inversiones. Por ello, en este apartado, se expondrán de manera sucinta los elementos que rodean a esta figura, así como algunas consideraciones sobre su naturaleza, características y especificidades que han sido expuestas por la doctrina. Muchos autores han considerado este arbitraje de inversiones como descendiente del arbitraje comercial internacional, poseyendo sin embargo aquel, unas peculiaridades y elementos propios que lo sitúan como una institución independiente⁵⁷.

3.1 DEFINICIÓN

Como ya se adelantó en apartados previos, el arbitraje internacional de inversiones se puede definir como un mecanismo de solución de controversias legales relativas estrictamente a inversiones entre el Estado anfitrión y un inversor de otra nacionalidad, cuya materia deben ser estrictamente las inversiones extranjeras⁵⁸.

El arbitraje inversor-Estado tiene su origen en el arbitraje comercial, por ello posee características compartidas con este, como la posibilidad de que una parte privada presente una reclamación ante un tribunal cuyos miembros han sido nombrados por las partes contendientes, en vez de por una autoridad pública, o de que ambos procedimientos se rigen por normas que se originan en el arbitraje privado y el principal remedio es una indemnización por daños y perjuicios que es aplicable en virtud de instrumentos propios del arbitraje comercial internacional.

3.2 ESPECIFICIDADES

⁵⁷ Siguiendo las consideraciones de VAN HARTEN, los Estados han establecido un modelo de adjudicación, que originariamente fue diseñado para resolver disputas comerciales internacionales, teniendo por ello ambos mecanismos frecuentemente, un trato análogo, p.377.

En la misma línea MASÍA, quien pone de manifiesto esta premisa principal de que el arbitraje de inversión toma prestado el modelo de arbitraje diseñado para el comercio internacional, donde son diferencias de naturaleza privada las que son sometidas a decisión arbitral. La idea clave para la actual situación se basa en la inclusión del sistema previo de arbitraje basado en una cláusula contractual como método de solución de controversias inversor estado en los AIIs, ob cit., p.10.

⁵⁸ Ver: GARCÍA-BOLÍVAR OMAR E “La crisis del derecho internacional de inversiones extranjeras: Propuestas de reforma”. *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*. Año 3, N° 5, 2015, p.144, pp. 137-163. <http://dx.doi.org/10.16890/rstpr.a3.n5.137>.

A pesar de sus orígenes comunes, numerosa doctrina, por ejemplo, autores como VAN HARTEN afirman que “*entender ambos arbitrajes como análogos, supone confundir forma y sustancia*”⁵⁹. Por ello, a partir de sus consideraciones, se expondrán los dos principales elementos diferenciadores del arbitraje comercial y el arbitraje de inversiones, cuestión de enorme relevancia para un estudio completo de esta última institución.

En primer lugar, destaca la cuestión de la calidad en la que actúan los Estados. En el arbitraje comercial, se entiende que estos participan dentro de la esfera de su capacidad privada, limitándose su actuación a los litigios surgidos de relaciones jurídicas específicas entre el individuo y el Estado. Mientras que el arbitraje de inversión sustituye a los tribunales por un modelo privado de resolución de disputas en materias de derecho público, actuando el Estado con capacidad soberana⁶⁰. En palabras de MARTÍNEZ-FRAGA, “*el objeto de la controversia se torna público en su naturaleza, a pesar de que la reclamación haya sido interpuesta por una parte privada, el inversionista*”⁶¹.

La segunda cuestión hace referencia al consentimiento al arbitraje. En el comercial este tiene lugar dentro de la esfera privada, al haber acordado las partes contendientes utilizar un método particular de solución de controversias para los conflictos que se susciten entre sí. Esta autoridad para el arbitraje comercial se deriva de la autonomía de

⁵⁹ VAN HARTEN GUS, ob cit, p.378.

⁶⁰ Según este autor, es esta característica la que hace surgir una clase particular de disputas entre el Estado y aquellos individuos sujetos al ejercicio de la autoridad pública de dicho Estado, pp.372-376.

Por su parte, FERNÁNDEZ ROZAS, JOSÉ CARLOS afirma como frente al fundamento consensual inserto en el compromiso arbitral que tiene el arbitraje comercial, el arbitraje de inversiones reposa en un tratado internacional suscrito entre el Estado receptor de la inversión y el Estado de la nacionalidad del inversor, refiriéndose a este último como “*arbitraje sin vínculo contractual*”, al entender que escapa del estricto marco contractual, para convertirse en un instrumento de control del respeto por parte de los Estados de la legalidad en el ámbito económico; entendiéndose que por esto la cuestión de la verificación del cumplimiento de las obligaciones contractuales se desplaza a la verificación del cumplimiento por parte del Estado de sus obligaciones internacionales, en “*América Latina y el arbitraje de inversiones: ¿Matrimonio de amor o matrimonio de conveniencia?*” *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. XXIV, 2009, p.20.

Por su parte, y en el mismo sentido, la Conferencia de Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo también ha puesto de manifiesto esta especificidad del mecanismo del arbitraje de inversiones, distinguiendo determinados aspectos. En primer lugar, como este mecanismo resuelve controversias relacionadas con actos y medidas adoptados por el Estado soberano, impugnadas por el inversor, lo que conlleva que la controversia verse sobre cuestiones de política pública, poniendo en ocasiones en entredicho la capacidad del Estado de reglamentar en favor del interés público, incluso cuando pueda perjudicar intereses particulares, en este caso los de una entidad extranjera. Además, el derecho aplicable es también específico, ya que la controversia se rige por el derecho internacional y se basa en la violación de un instrumento internacional, un tratado de inversión, p.14.

⁶¹ MARTÍNEZ-FRAGA PEDRO JOSÉ “La necesidad de armonización de conceptos en los procedimientos de resolución de controversias internacionales: desarrollando un principio sustantivo de transparencia y de obtención de pruebas en el ámbito transnacional” *THĒMIS-Revista de Derecho* 63. 2013, p.2.016.

la voluntad de los individuos, pudiendo un Estado consentir en un contrato el someter las disputas que surjan de una relación con un particular al arbitraje, de la misma manera que cualquier individuo privado. En estos casos, el autor considera que el Estado “*se ha despojado del manto de la soberanía y ha descendido a la esfera comercial*”⁶².

Por el contrario, la sumisión de decisiones gubernamentales a la revisión por medio de un concreto proceso de resolución de controversias, es una elección del Estado de integrar dicho método como parte del aparato estatal, actuando con capacidad soberana, es decir, en el arbitraje de inversiones en virtud de tratados de inversión, la autoridad para el arbitraje parte del acuerdo de los Estados-parte en el tratado. Por ello, al establecer este mecanismo en el propio tratado, el Estado actúa con una capacidad exclusivamente soberana, estando unilateralmente expuesto a reclamaciones de demandantes potenciales en relación con actos gubernamentales que afectan a los activos de inversores extranjeros, puesto que las disputas que conducen a reclamaciones individuales bajo tratados de inversión surgen de actos emanados de una autoridad estatal, como son la aprobación de leyes, reglamentos obligatorios o decisiones judiciales⁶³.

Por ello, a la luz de este “consentimiento genérico”, los tratados de inversión otorgan a los árbitros jurisdicción para resolver una amplia clase de disputas derivadas de actos soberanos del Estado, en lugar de una competencia específica en un contrato para resolver conflictos derivados de una relación comercial determinada⁶⁴. Así, en el momento en el que un inversor consiente en someter al arbitraje una disputa con un Estado, actuando sobre esta “oferta permanente” realizada por el Estado en el Tratado, está aceptando la forma de reparación proporcionada por los Estados, dado que el recurso al arbitraje de inversiones existe sólo después de que la controversia pertinente haya surgido, siendo su consentimiento específico, a diferencia del consentimiento general del Estado⁶⁵, dependiendo la sumisión de la controversia al arbitraje, únicamente de los términos del tratado, los cuales han sido establecidos por los Estados⁶⁶.

⁶² VAN HARTEN GUS, p.378.

⁶³ VAN HARTEN GUS, p.377.

⁶⁴ VAN HARTEN, p.379

⁶⁵ Ídem, p. p.380

⁶⁶ Ídem, p.381.

4. CONSIDERACIONES SOBRE EL ARBITRAJE INVERSOR-ESTADO.

Como se ha tratado de poner de manifiesto en el apartado anterior, a pesar de sus orígenes comunes, no puede considerarse al arbitraje de inversiones igual que el mecanismo que resuelve disputas comerciales. El motivo principal es que el arbitraje inversor-Estado se refiere a la revisión de conductas gubernamentales que afectan a intereses públicos, aunque use reglas cuyos orígenes sean privados, provenientes del arbitraje comercial.

Precisamente, son esas características que comparten ambos mecanismos, las que han servido como paradigmas de las utilidades que posee el arbitraje para resolver disputas inversor-Estado, pero, a su vez, han sido utilizadas como uno de los argumentos de crítica, al no servir las mismas reglas de juego para lidiar con problemas muy diferentes. Es decir, la aplicación al arbitraje de inversiones de reglas que son genuinas de un mecanismo ajeno en cuanto a la controversia que dirime, entre otros argumentos, es lo que ha propiciado que parte de los entendidos en la materia se cuestionen la valía del mecanismo de resolución de disputas inversor-Estado.

Por ello, en este apartado, se realizará en primer lugar, una exposición de las diferentes ventajas y utilidades que sobre este mecanismo ha pronunciado la doctrina. A continuación, se expondrá una relación de las críticas y problemas que han sido puestos de manifiesto con la finalidad de tratar de concluir acerca de la conveniencia de este mecanismo según su diseño actual. Finalmente se destacarán algunas propuestas protagonizadas por la Comisión europea que cambian el enfoque que hasta ahora se conocía de este sistema, pudiendo denominarse como perspectivas de futuro.

4.1 LUCES DEL ARBITRAJE DE INVERSIONES.

A partir del documento desarrollado en el seno de la Conferencia de Naciones Unidas sobre comercio y desarrollo de 2010, se ponen de manifiesto las principales ventajas que este arbitraje inversor-Estado ofrece⁶⁷. En primer lugar, se afirma cómo se ha conseguido despolitizar la controversia entre las partes⁶⁸, una despolitización

⁶⁷ Conferencia Naciones Unidas comercio y desarrollo 2010, pp.11-13.

⁶⁸ Coincide FERNÁNDEZ MASÍÁ ENRIQUE al afirmar que *“la pretensión fundamental de este sistema de solución de diferencias es despolitizar las posibles disputas que pudiesen surgir, otorgando un foro neutral, imparcial e independiente en donde los inversores se sitúan en pie de igualdad respecto al*

entendida como facultad de evitar que los inversores tengan que recurrir a sus Estados de origen o a órganos resolutorios internacionales para que les presten su asistencia en la controversia con el Estado receptor⁶⁹. Otra ventaja que se alega para el inversor es la garantía de neutralidad e imparcialidad en la resolución, cuando los inversores no confiaran en la independencia de los tribunales nacionales o estos no tuvieran demasiada experiencia en la resolución de causas con arreglo a derecho internacional⁷⁰.

Además, dicho documento destaca como motivación principal para elegir este mecanismo la percepción de que el arbitraje es más rápido, económico, flexible y familiar para los operadores económicos. En comparación con la resolución del conflicto en los tribunales nacionales, el arbitraje permite a las partes ejercer más control sobre el procedimiento, ya que pueden designar a los árbitros que deseen y elegirlos según sus conocimientos en el tema en cuestión. El documento finaliza considerando este arbitraje como eficiente, al asegurar un laudo arbitral ejecutable contra un Estado soberano, generando una imagen de legitimidad, por haber sido aplicado durante años con efectividad para resolver otro tipo de controversias internacionales⁷¹.

Pero no todo son beneficios para los inversores, si no que diversos autores destacan lo ventajoso de la utilización de este mecanismo también para los Estados. En primer lugar, entienden como positiva la mejora de la imagen del país como receptor de inversión, a través de la posibilidad que este ofrece de dirimir las disputas mediante este mecanismo arbitral. Además, destacan cómo el consentimiento a arbitraje protege al propio Estado frente a otras formas de litigación internacional y presiones políticas que pudiesen surgir⁷².

Estado receptor de la inversión, huyendo, por tanto, de la esfera judicial interna de dicho Estado”, ob.cit, pp.4-5.

⁶⁹ FERNÁNDEZ MASIÁ también apunta como ventaja el hecho de que este mecanismo evita que cuando surgen situaciones de conflicto entre inversores y Estados, estos últimos se convierten en juez y parte en la aplicación de las normas, por tanto el mecanismo del arbitraje, forma parte de la búsqueda de una protección efectiva y la neutralidad. Marcial Pons, 2008, p.13.

⁷⁰ Conferencia Naciones Unidas, pp.11-13

En este sentido se expresa también, LEGUM BARTON en “Investment Treaty Arbitration: An Option Not to Be Overlooked” en *International litigation strategies and practice*, Section of International Law American Bar Association, 2005, p.193.

⁷¹ Conferencia Naciones Unidas, pp.11-13.

⁷² En concreto para SCHREUER CHRISTOPH, el ofrecimiento de sometimiento a arbitraje confiere al Estado un estatus que funciona como atractivo de inversión extranjera, en “The future of investment arbitration” en *Looking at the Future, Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman* (M. H. Arsanjani, J. K. Cogan, R. D. Sloane, S. Wiessner eds.) 2011, p.3.

4.2. SOMBRAS DEL ARBITRAJE DE INVERSIONES.

Las críticas esgrimidas se van a dividir en protestas genéricas dirigidas a la propia configuración de la institución y a la figura de los tratados de inversión por un lado, y quejas enfocadas hacia determinados aspectos concretos del procedimiento.

4.2.1. Críticas a la institución arbitral inversor-Estado.

En primer lugar, una de las razones que subyacen tras las críticas dirigidas a la configuración de la institución arbitral hace referencia a la revisión de conductas estatales para determinar si existe violación estatal en la resolución de la controversia inversor-Estado. Dado que el tribunal arbitral, a la hora de dirimir controversias, debe analizar decisiones políticas y gubernativas que han sido tomadas por un Estado que actúa como representante de la soberanía, entrando en juego intereses públicos que afectan al conjunto de la ciudadanía y no a los intereses privados de un particular, el uso de la institución arbitral para la resolución de esta modalidad de diferencias, es lo que constituye el fundamento principal de las protestas⁷³.

Para autores como MASÍA, estas decisiones de los tribunales pueden socavar el poder normativo y regulatorio de los gobiernos en ámbitos de especial sensibilidad, afectando de manera importante a los servicios públicos esenciales para los ciudadanos⁷⁴. Es decir, es esta utilización del mecanismo arbitral, el cual funciona en base a normas de derecho privado y normas de derecho internacional plasmadas en Tratados internacionales, la que provoca dicha pérdida de soberanía estatal, siendo necesario, a su juicio, incluir estándares de revisión de las conductas estatales basadas en Derecho Público⁷⁵. Además entiende que se debe otorgar un mayor espacio regulatorio a los Estados en ámbito materiales de especial significación y relevancia

⁷³ FERNÁNDEZ MASÍA ENRIQUE, p.10

⁷⁴ FERNÁNDEZ MASÍA ENRIQUE, p.10. En la misma línea, VELÁZQUEZ PÉREZ RAFAEL A, al declarar que “se hace necesaria una reflexión acerca de la procedencia o no de la obligación del Estado de indemnizar y en qué circunstancias, cuando una medida estatal no discriminatoria, adoptada por obvias razones de bienestar público, de salud, de seguridad, o ambientales, perjudica a un inversor extranjero”, p.13. A su juicio, “ha de existir un equilibrio razonable entre el derecho de un Estado a regular soberanamente sus recursos y el interés comercial del inversor”, pp.14-15.

⁷⁵ FERNÁNDEZ MASÍA ENRIQUE, p.10.

social, frente al temor a ser demandados por las supuestas pérdidas de ganancias del inversor extranjero por motivo de la adopción de una nueva legislación⁷⁶.

Más crítico, quizás, es WATT, al declarar la existencia de un sesgo estructural en el régimen del arbitraje de inversiones. También entiende este autor que los acuerdos de inversión entre el gobierno anfitrión y el inversor privado, suponen una confiscación de la soberanía reguladora local en campos tan sensibles como la fiscalidad, la salud pública o el medio ambiente, siendo el interés público persistentemente marginado⁷⁷.

Sin embargo, opinión diferente tiene VAN HARTEN, que argumenta que, mientras haya Estados dotados de autoridad para celebrar tratados, aprobar legislación, imponer impuestos, definir y asignar derechos de propiedad, hacer cumplir las sentencias, asumir la deuda pública, etc., la soberanía jurídica seguirá prevaleciendo en la organización de la sociedad y la economía internacionales⁷⁸. A su juicio, este mecanismo de arbitraje no plantea un desafío a la soberanía jurídica, por mucho que reduzca la capacidad de los Estados para controlar a las multinacionales, sino que el tribunal arbitral ejerce una autoridad que le ha sido delegada por los Estados, siendo estos los únicos que pueden otorgar a un individuo la facultad de resolver una disputa dentro de su ámbito regulatorio. Esta jurisdicción sigue siendo esencial para el régimen de adjudicación fundamentado en los tratados internacionales⁷⁹.

⁷⁶ FERNANDEZ MASIÁ, pp.11-12. En este mismo sentido, sobresalen BURKE-WHITE W.W. y VON STADENSON A. al declarar que “we argue that the strict standards of review employed by many arbitral tribunals, while perhaps appropriate in commercial arbitration or in the context of specific technical questions, are wholly inappropriate with respect to many issues raised in these cases that are, at heart, public law questions. These public law questions require a tribunal to determine the basic powers of the state, the extent of the state’s ability to regulate in the public interest, and the capacity of the state to make basic socio-economic and political choices” W.W. Burke-White y A.Von Staden; “Private Litigation in a Public Law Sphere: The Standard of Review in Investor-State Arbitrations”, *Yale Journal of International Law*, Vol.35, 2010, p.285. En la misma línea, ERIC PETERSON considera como prerrogativas principales de este mecanismo de arbitraje, la posibilidad de que los inversores se opongan a una gama inmensa de medidas gubernamentales, incluyendo nuevos impuestos, decisiones administrativas, leyes u otras formas de acción estatal, pudiendo hacer aplicar los términos del tratado sin necesidad de que sus gobiernos de origen apoyen las demandas por ellos, p.15. También CREMADES M. llega a plantearse si esa protección legítima al tribunal arbitral al cuestionar la competencia de los estados afectados para regular temas tan importantes para la soberanía de los pueblos como la fiscalidad aplicable a determinados negocios, la regulación y exigencias del medio ambiente, medidas que afecten a derechos sociales de los ciudadanos o la protección de su salud, pp.25-27. En la misma línea, KARL, J afirma que los inversores extranjeros cuestionan cada vez más las actividades reguladoras de los países en cuanto a políticas ambientales, políticas energéticas, políticas de salud y políticas de crisis económica en “Investor-State Dispute Settlement: A Government’s Dilemma”, *Columbia FDI Perspectives*, n.º.89, 18 February 2013, pp.1-3. <http://www.vcc.columbia.edu/content/investor-state-dispute-settlement-government-s-dilemma>

⁷⁷ MUIR WATT HORATIA, “The contested legitimacy of investment arbitration and the human rights ordeal” *Paris Law school*, p.3.

⁷⁸ VAN HARTEN GUS, p.376.

⁷⁹ VAN HARTEN GUS, p.379

4.2.2 Críticas al procedimiento.

Existe otro grupo de críticas, que van dirigidas a diferentes aspectos del procedimiento arbitral, los cuales según el juicio de diversos autores no terminan de encajar con las peculiaridades que caracterizan al arbitraje inversor Estado.

En primer lugar, diversos autores han puesto de manifiesto su excesiva confidencialidad, abogando por una mayor transparencia⁸⁰. Por ejemplo, MASIÁ entiende que el “secretismo” que rodea al procedimiento, y que se traduce en una falta de transparencia y de participación de los terceros interesados en la diferencia, causa recelos sobre su idoneidad para resolver controversias con tanta transcendencia pública, al estar comparando estos tribunales arbitrales la legalidad de las políticas estatales con los estándares de protección previstos en sus compromisos internacionales, pudiendo además, adoptar resoluciones de condena ajenas al control por parte de la opinión pública⁸¹.

Por su parte, FRANCK también destaca esta falta de transparencia, achacándola a sus orígenes compartidos con el arbitraje comercial, el cual sí mantiene fuertes presunciones de confidencialidad, aunque considera que, dado el carácter público de los derechos en cuestión, las partes están distribuyendo más laudos y en algunos casos, los terceros tienen acceso a los tribunales para participar en el proceso de solución de diferencias⁸². PETERSON tiene la misma opinión en cuanto a la transparencia, al entender que no hay requisitos uniformes para conocer públicamente una demanda de arbitraje, dependiendo la publicación de los laudos de la institución que los resuelva⁸³.

Sin embargo, opinión más laxa en este ámbito tiene VAN HARTEN, quien admite la existencia de argumentos sólidos para abogar por una mayor transparencia en el arbitraje de inversiones, pero arguye que un mayor grado de visibilidad no tiene por qué

⁸⁰ FERNANDEZ MASIÁ, ob cit, pp. 12-16, D. FRANK SUSAN, ob cit, p.1545, ERIC PETERSON, LUKE, ob cit, p.16, MUIR WATT HORATIA, ob cit, p.4.

⁸¹ FERNANDEZ MASIÁ, pp. 12-16.

⁸² D. FRANK SUSAN, p.1545.

⁸³ ERIC PETERSON, LUKE, declara que en ocasiones, algunas reglas procesales imponen importantes barreras, aunque una de las partes desee hacer pública la información sobre el procedimiento. Por ejemplo, en virtud de los reglamentos de la CNUDMI, utilizados a menudo, la norma preestablecida para los procedimientos arbitrales es claramente la de confidencialidad y las comunicaciones orales legales y las audiencias no son, en general, objeto de registro público. Añade que, no hay manera de saber cuántas demandas se han presentado contra Gobiernos y mucho menos los detalles de tales demandas y sus implicancias legales, políticas y financieras, p.16.

También CREMADES destaca que el ambiente de confidencialidad que rodea al arbitraje comercial internacional ha de desaparecer al tratarse de Estados soberanos cuyos compromisos deben conocerse por la opinión pública y analiza además la cuestión de la transparencia, declarando la necesidad de que el arbitraje internacional requiera publicidad, p.22.

convertir al procedimiento en más eficiente, sino que puede dilatarlo y restarle agilidad⁸⁴.

En segundo lugar, diversos autores destacan la falta de coherencia y consistencia en las resoluciones arbitrales, como elemento que contribuye a su falta de legitimidad⁸⁵. Por un lado, entienden que la ausencia de doctrina del precedente en este ámbito facilita la existencia de contradicciones entre laudos arbitrales que han de resolver una cuestión jurídica similar. A ello, además, añaden la inexistencia de un procedimiento que permita una revisión eficaz de los pronunciamientos arbitrales que han sido erróneos, debido a las limitaciones estrictas que se contemplan en el mecanismo de anulación de los laudos⁸⁶.

Sin embargo, y también acerca del establecimiento de tribunales permanentes o segunda instancia de apelación⁸⁷, se pronuncia con opinión desacorde VAN HARTEN, quien considera tarea compleja la elección acertada de las personas apropiadas; entiende que una segunda instancia restaría rapidez al procedimiento y afirma que ya existen los procedimientos de anulación del Convenio del CIADI como elementos correctivos de las decisiones arbitrales⁸⁸.

En tercer lugar, en otro orden de cosas, autores como MASIÁ destacan, como elemento clave, la cuestión del sistema de designación y elección de los árbitros en función de que sean proclives a sus intereses, lo que permite que las mismas personas

⁸⁴ GUS VAN HARTEN, pp 586-587.

⁸⁵ FERNANDEZ MASIÁ, pp.12-16, D. FRANK SUSAN, p.1545, ERIC PETERSON, LUKE, p.16, MUIR WATT HORATIA, p.5.

⁸⁶ FERNÁNDEZ MASIÁ, pp.12-16.

En el mismo sentido KARL, J al afirmar que diferentes tribunales de arbitraje han interpretado las disposiciones de los AIIIs de manera diferente, existiendo una serie de laudos arbitrales polémicos o sorprendentes, p.1.

⁸⁷ VAN HARTEN GUS, p.588.

Opinión contraria tiene KARL J, quien afirma que el establecimiento de un mecanismo de apelación en los TBI más allá de los procedimientos de anulación del CIADI, contribuiría sustancialmente a garantizar una interpretación coherente de las disposiciones de los tratados, aumentando la previsibilidad y estabilidad jurídica y reforzando la legitimidad de la ISDS, p. 3.

También la Conferencia de NNUU destaca las inquietudes planteadas *sobre la legitimidad del sistema*, plasmadas en la percepción de incoherencia en la interpretación de los elementos fundamentales de la protección en los distintos laudos arbitrales y en el hecho de que un tribunal arbitral integrado por tres miembros investigue sobre leyes o medidas nacionales y las interpreta en última instancia, pp.14-18. Además examina la cuestión de un posible mecanismo de apelación y la conveniencia de recurrir a tribunales arbitrales para que dictaminen sobre cuestiones relacionadas con políticas públicas, ya que no tienen el mismo nivel de salvaguardia de la responsabilidad y la transparencia que suele exigirse a los tribunales nacionales, pp.14-18.

⁸⁸ VAN HARTEN GUS, p.589

puedan actuar como árbitros y abogados según los casos. A su juicio, esto incentiva que se interpreten algunas cuestiones de una determinada manera para beneficiarse de dicha interpretación en futuros asuntos. Propone, como posible solución, la adopción de una lista permanente de árbitros y la prohibición de que los mismos puedan actuar como abogados de una parte contendiente ante dicha institución arbitral⁸⁹.

Por último, este mismo autor destaca los elevados costes y la duración de los procedimientos, que ponen en entredicho las tradicionales ventajas que se predicaban del arbitraje de inversiones como un método de resolución de controversias “ágil, flexible y rápido”, provocando que el procedimiento arbitral se vaya alargando en el tiempo y eleve las costas, las cuales acaban suponiendo cargas inasumibles para las arcas públicas de Estados en vías de desarrollo, así como para muchas empresas inversoras de tamaño menor, que no pueden hacer frente a unos gastos que pueden llegar, en ocasiones, a los millones de dólares⁹⁰.

Como puede observarse tras lo expuesto a partir de investigaciones doctrinales, el procedimiento de arbitraje entre inversores y Estados tiene pendientes por resolver diversos problemas, que, de hecho, llegan a empañar su eficacia y que ponen trabas a su correcto funcionamiento.

⁸⁹ FERNÁNDEZ MASIÁ, pp. 12-16.

Destacan en el mismo sentido, REINISCH A. Y KNAHR C, declarando que: “*although potential conflict of interest has always existed in modern investment arbitration challenges to arbitrators have considerably increased over the last few years. In light of the constantly growing number of investment disputes, and of lawyers and scholars regularly serving as arbitrators as well as counsels in various cases, it is conceivable that possible conflicts of interest could become ever more problematic in arbitral practice*” en A. Reinisch y C. Knahr; “Conflict of Interest in International Investment Arbitration”, en Conflict of Interest in Global, Public and Corporate Governance, A.Peters y L. Handschin, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, pp.103-104.

También ERIC PETERSON pone de relieve la cuestión de la capacidad de las personas que actuarán como árbitros, los cuales interpretarán el significado de los tratados, abogando también este autor por el establecimiento de un tribunal permanente compuesto por jueces independientes y con dedicación exclusiva, p. 17.

En la misma línea y con un enfoque muy crítico, destacan, EBERHARDT P.Y OLIVET C.; “Profiting from Injustice: How Law Firms, Arbitrators and Financiers are Fuelling an Investment Arbitration Boom”, Corporate Europe Observatory y Transnational Institute, 2012, capítulo 4, pp.35-55, <http://corporateeurope.org/sites/default/files/publications/profitting-frominjustice.pdf>.

⁹⁰ FERNÁNDEZ MASIÁ, ob cit, pp. 12-16.

También la Conferencia de Naciones Unidas, pone de relieve el incremento excesivo de los costes en los últimos años, declarando que ya no se trata sólo de las indemnizaciones por daños y perjuicios a los inversores extranjeros en caso de violación de las disposiciones de un tratado, sino también de los elevados gastos que conllevan los procedimientos. Además resaltan también el aumento de los plazos de resolución de las demandas mediante un laudo arbitral definitivo y ejecutado en consecuencia. A su juicio, frente al laudo condenatorio al pago de una indemnización, deberían haber otras opciones alcanzadas por acuerdo inversor-Estado, como las modificaciones de la propia medida u otras formas de indemnización "en especie", pp.14-18.

De todo lo anterior parece desprenderse que el origen de los problemas que arrastra el mecanismo arbitral, radica en la aplicación de unas reglas prestadas de otros mecanismos de resolución de conflictos internacionales que no se adaptan exactamente a la resolución de controversias de inversión entre un inversor extranjero y un Estado.

4.3. NUEVOS ENFOQUES EN LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS INVERSOR-ESTADO EN EL SENO DE LA UE.

En este apartado se llevará a cabo un análisis de las propuestas desarrolladas por la Comisión europea, plasmadas en sus acuerdos comerciales con Estados Unidos y Canadá, en relación con el sistema de resolución de conflictos inversor-Estado. Sin embargo, debido a las restricciones formales de este trabajo, ha de matizarse que no van a tener cabida otras cuestiones, que si bien se consideran relevantes, como son: la competencia de la UE en materia de política comercial -que engloba la protección de las inversiones extranjeras directas⁹¹- o las posibles repercusiones de la creación de un tribunal de inversiones sobre el principio de autonomía del derecho de la UE y la competencia exclusiva del TJUE en la materia⁹².

Centrando ya la atención en la resolución de controversias inversor y Estado, es importante destacar cómo la Comisión Europea, que hasta el momento de la negociación de dichos acuerdos de libre comercio había abogado por el sistema tradicional de resolución de conflictos⁹³, ha pasado a defender la creación de un tribunal permanente con dos instancias⁹⁴, una primera que resuelva estas disputas y una segunda que las revise⁹⁵.

⁹¹El 1 de diciembre de 2009, con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, la IED se sumó a la lista de temas que pertenecen exclusivamente a la política comercial común de la UE. Esto significa que los Estados miembros de la Unión ya no pueden firmar tratados bilaterales de inversiones (TBIs) y que la Comisión asumirá sus competencias. “Los Acuerdos de Inversiones de la UE en la era del Tratado de Lisboa”, *Seattle to Brussels Network*, p.13.

https://www.tni.org/files/download/eu_investment_reader_sp.pdf.

⁹² Debe mencionarse la sesión plenaria de 17 de noviembre de 2016, en la que el Parlamento europeo votó si consultar al Tribunal de Justicia de la UE la compatibilidad del acuerdo CETA con la legislación comunitaria. <http://www.europarl.europa.eu/news/es/agenda/briefing/2016-11-21/5/ceta-el-parlamento-vota-si-consultar-al-tribunal-de-justicia-de-la-ue>. Sin embargo, dicha consulta fue rechazada, por lo que finalmente, este tribunal no ha sido preguntado. <http://euroefe.euractiv.es/3790/economia-y-empleo/4175685-el-parlamento-europeo-rechaza-elevar-la-compatibilidad-del-ceta-al-tribunal-de-justicia.html>.

⁹³ FACH GÓMEZ, KATIA., “La política de la Unión Europea en materia de inversiones internacionales y sus efectos sobre los mecanismos de resolución de controversias inversor-Estado”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 2017, p.3.

⁹⁴ El origen de este cambio podría situarse en el informe de enero de 2015, promulgado tras la consulta pública llevada a cabo por la Comisión europea en 2014, sobre la protección de las inversiones y la

Estos nuevos enfoques, cambian completamente la forma en la que funcionaba hasta ahora el sistema de resolución de conflictos entre inversores y Estados, pudiendo calificarse como una respuesta frente a las críticas esgrimidas al funcionamiento del sistema que regía hasta el momento⁹⁶. Autores como BEDOYA y RAMÍREZ consideran que estas novedades “*configuran un sistema cuasi-jurisdiccional, alejado de los cánones arbitrales tradicionales, y similar al de las instituciones judiciales clásicas*”⁹⁷.

Es por ello, por lo que se llevará a cabo un breve análisis de los cambios enunciados hasta el momento tomando como referencia el texto del acuerdo entre la UE y Canadá, (en adelante CETA), cuyo articulado ha sido aprobado recientemente por el Parlamento europeo⁹⁸.

En primer lugar, debe señalarse que no todas las materias que regula el acuerdo de libre comercio podrán someterse al arbitraje de inversiones, por lo que ya existe una primera limitación del objeto⁹⁹. Por lo que se refiere al Tribunal permanente que dirima las disputas entre inversores canadienses y Estados europeos o viceversa, este estaría formado por quince miembros con nacionalidades diversas, cinco procedentes de Estados miembros, cinco canadienses y cinco de terceros países, con mandatos de cinco

solución de diferencias entre inversores y Estados en el Acuerdo de la Asociación Transatlántica de Comercio e Inversión, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/march/tradoc_153304.pdf.

⁹⁵ Estas propuestas se incluyeron en los acuerdos negociados entre la UE con Canadá (CETA) y con EE.UU. (TTIP). http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ceta/ceta-chapter-by-chapter/index_es.htm.

En su *concept paper* “*Investment in TTIP and beyond the path for reform*”, la Comisión europea dejaba clara su postura, al incluir en el nuevo texto del CETA la figura del tribunal permanente de inversiones; y defendía este mismo modelo también frente a su contraparte estadounidense en el TTIP. http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/may/tradoc_153408.PDF.

Sin embargo, las respuestas de Estados Unidos y Canadá no han sido las mismas: el primero se inclinaba por basar las negociaciones en su Modelo de tratado bilateral de inversiones (US BIT 2012), el cual mantiene el esquema tradicional de tribunales arbitrales ad hoc a elección de las partes en la controversia. En cambio, el sistema propuesto por la UE sí ha sido aceptado por Canadá en el acuerdo CETA 2016. <http://www.europarl.europa.eu/news/es/press-room/20170209IPR61728/ceta-el-parlamento-europeo-respalda-el-acuerdo-comercial-con-canada>.

⁹⁶ En este sentido, y siguiendo lo esgrimido por FACH GÓMEZ KATIA, “*la UE es plenamente consciente de que una contemplación contemporánea de este sistema clásico de ISDS provoca un claro rechazo por parte de muchos de sus analistas, quienes lo acusan de carecer de legitimidad democrática: Es por ello que la propuesta comunitaria de ICS se vende abiertamente como un sistema de justicia público, que se siente honrado de haber conseguido asemejarse en diversos puntos a los sistemas judiciales nacionales*”, p.7. Por otro lado, estas críticas quedaron también patentes ya en el informe previamente citado, de enero de 2015, promulgado tras la consulta pública llevada a cabo por la Comisión europea en 2014, sobre la protección de las inversiones y la solución de diferencias entre inversores y Estados en el Acuerdo de la Asociación Transatlántica de Comercio e Inversión.

⁹⁷ BEDOYA FERNANDO Y RAMÍREZ JOSÉ LUIS, “Un sistema de Corte Permanente como alternativa al arbitraje de inversión: Ventajas y Desventajas”. *Revista del Club Español de Arbitraje*- 26/2016, p. 43.

⁹⁸ <http://www.europarl.europa.eu/news/es/news-room/20170209IPR61728/ceta-el-parlamento-europeo-respalda-el-acuerdo-comercial-con-canad%C3%A1>.

⁹⁹ Artículo 8.18 CETA

años. Los casos les serían asignados aleatoriamente y está prevista su retribución en el texto del acuerdo¹⁰⁰.

Por otro lado, debe señalarse cómo algunos autores consideran que esto se traduciría en una reducción del margen interpretativo del tribunal, dado que algunas disposiciones sustantivas sobre protección de inversiones han sido definidas de forma más clara y detallada, además de que la eliminación de la libertad del inversor para elegir a los miembros del tribunal, supone romper con una de las bases del ISDS clásico¹⁰¹.

Por lo que se refiere al tribunal de apelación, este reconsideraría los laudos dictados por el tribunal permanente, pudiendo confirmar, modificar o revocar una decisión del tribunal, recogiendo expresamente los motivos de recurso, que son tasados. Cada tribunal estaría formado por tres miembros, designados también aleatoriamente¹⁰². Además se señalan como cuestiones a decidir por el Comité Mixto del CETA, entre otras, los costes de las apelaciones o el número de miembros del tribunal.

En cuanto a las repercusiones que estos cambios podrían tener en el sistema de resolución de controversias inversor Estado, y a riesgo de ser una evaluación temprana y con estrecho margen de aplicación por ser una reforma realmente novedosa con un ámbito geográfico reducido –puesto que se aplicaría únicamente entre la UE y Canadá–, algunos autores han destacado los beneficios de esta propuesta, sobre todo frente a las suspicacias que existían de falta de imparcialidad de los árbitros. Estos configurarían una corte permanente con jueces previamente seleccionados, los cuales conformarían una lista cerrada, no sujeta a la decisión de las partes litigantes¹⁰³. Otros autores habían abogado por este mecanismo para evitar las contradicciones en los laudos dictados por los diferentes tribunales *ad hoc*¹⁰⁴. Las bondades que otros achacan a un tribunal de apelación son, entre otras, conseguir un sistema más previsible, que revise y corrija las decisiones de los árbitros¹⁰⁵. Pero, por encima de todo, no puede obviarse el valor que

¹⁰⁰ Artículo 8.27 CETA

¹⁰¹ Así lo afirma FACH GÓMEZ KATIA, p.8.

¹⁰² Artículo 8.29 CETA

¹⁰³ BEDOYA FERNANDO Y RAMÍREZ JOSÉ LUIS, ob cit, p. 49.

¹⁰⁴ Entre ellos Fernando FERNÁNDEZ MASIÁ, ob, cit., p.12 o KARL, J.; “Investor-State Dispute Settlement: A Government’s Dilemma”, *Columbia FDI Perspectives*, nº.89, 18 February 2013, p.1.

¹⁰⁵ BEDOYA FERNANDO Y RAMÍREZ JOSÉ LUIS, ob cit, p. 49.

esta propuesta adquiere, en la medida que supone una reacción de la Comisión europea frente a las críticas que este modelo venía arrastrando¹⁰⁶.

Sin embargo, en torno a este nuevo planteamiento ideado en el ámbito europeo también han surgido suspicacias, dado que hay quienes afirman que la introducción de un tribunal permanente “desnaturalizaría” la institución arbitral. El argumento utilizado es que la característica que da origen al sistema de resolución inversor-Estado es la elección de los árbitros por las partes. Además, se ha afirmado que la implantación de un tribunal permanente en el seno de la Unión Europea, provocaría un conflicto entre el tribunal de arbitraje y los propios órganos jurisdiccionales de la UE, en concreto el TJUE¹⁰⁷. En cuanto a la instauración de un tribunal de apelación, entienden que puede darse una contradicción entre las decisiones del tribunal y la segunda instancia, así como una excesiva amplitud de los motivos de apelación, aunque sean tasados, añadiendo que este tribunal de apelación tampoco terminará de garantizar la coherencia de las decisiones¹⁰⁸.

Otras críticas apuntan a la consideración de que los cambios impulsados se han hecho sin despegarse del todo del sistema anterior. En primer lugar, porque el acuerdo con Canadá admite que la reclamación se plantee siguiendo reglas como el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI o la Convención de CIADI, remitiéndose de nuevo a este texto y a la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (CNY) a la hora de valorar el consentimiento de las partes respecto de la intervención del tribunal¹⁰⁹. Autores como FACH GÓMEZ, entienden que, a pesar de lo complejo que resulta este innovador modelo, no parecen casar estas conexiones entre ambos sistemas, aún más teniendo en cuenta que la UE no es signataria del CIADI¹¹⁰. Por último, preocupa la cuestión de qué gastos generados por el

¹⁰⁶ En este sentido, destaca, SCHILL, S., al afirmar que “*the Commission’s political courage and craftsmanship merit applause. The proposal breathes the right spirit: to transform investor-state arbitration into a truly public, fully transparent, more predictable and balanced system of global adjudication*”. SCHILL, S. W. (2016). Editorial: “US versus EU Leadership in Global Investment Governance”. *The Journal of World Investment & Trade*, 17(1), p.2.
https://pure.uva.nl/ws/files/10474689/US_versus_EU_Leadership_in_Global_Investment_Governance.pdf

¹⁰⁷ BEDOYA Y RAMÍREZ, ob, cit., p. 51.

¹⁰⁸ BEDOYA Y RAMÍREZ, ob, cit., p. 52.

¹⁰⁹ Artículo 8.23 CETA

¹¹⁰ FACH GÓMEZ KATIA, ob cit, p.8.

ICS ha de asumir la UE, entendiendo algunos autores que los déficit que genere el sistema ICS tendrán una naturaleza verdaderamente sistémica¹¹¹.

Sin embargo, la UE en la actualidad sigue manifestando su firme intención de llegar a implementar su sistema diseñado. Así lo pone de relieve por ejemplo la estrategia de consulta presentada el 30 de septiembre de 2016, vinculada a la evaluación de impacto sobre el establecimiento de un MIC¹¹². Sin embargo, la cuestión principal, que dificulta enormemente esta materia, como ya se ha adelantado, y que quizás reste utilidad a estas modificaciones en el seno de la Unión Europea, es que este sector cuenta con más de 3.000 acuerdos internacionales de inversión (IIAs) actualmente en vigor¹¹³ que se rigen por reglas particulares y propias¹¹⁴. Por lo que, aunque la propuesta se ponga marcha, en un primer momento quizá no sea tan efectiva, haciendo falta más tiempo para comprobar sus verdaderos efectos.

5. CONCLUSIONES

Las conclusiones extraídas tras el estudio de las fuentes doctrinales expuestas y el análisis de los datos recogidos, se podrían ordenar de la siguiente manera:

1. Es necesario poner de manifiesto la importancia y plena actualidad del arbitraje como mecanismo de resolución de disputas inversor-Estado en un contexto de interconexión entre los países cada vez mayor.
2. Este mecanismo se encuentra regulado en los tratados de inversión, junto con otra serie de garantías al inversor y una definición del término inversión, concepto, por otra parte, recogido con amplitud y cierta vaguedad en estas normas internacionales, lo cual,

¹¹¹ Se puede citar como ejemplo, ÁLVAREZ, J. E., quien sostiene que “(the court) still need to run the gauntlet of Brexit, U.S. antipathy, and CJEU scrutiny- so we may never get to see the end of this play” en “To Court or Not to Court?” *IILJ MegaReg Forum Paper*, julio 2016.

https://wp.nyu.edu/megareg/wpcontent/uploads/sites/3134/2016/07/Alvarez_IILJMegaRegForumPaper_2016-2.pdf.

¹¹² http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2016/october/tradoc_154997.09.30%20Consultation%20strategy%20IIA_for%20publication.pdf.

¹¹³ Exactamente, 3.304 IIAs según el Informe sobre las inversiones en el mundo 2016 de Naciones Unidas.

¹¹⁴ Si en el futuro llegasen a coexistir una pluralidad de tribunales de inversiones, derivados de diversos tratados de inversión, ello provocaría igualmente discrepancias de interpretación de la misma manera que hoy se le imputan al sistema de resolución de conflictos actual, en esta línea lo expresa, FACH GÓMEZ KATIA, ob cit, p.9.

indudablemente, dificulta la tarea de dotar de una interpretación uniforme a esta expresión. Por eso mismo, la acotación del objeto de resolución del mecanismo arbitral se torna compleja, al poder encajarse, en un mismo vocablo, numerosas acepciones que se refieren a actividades económicas variadas, dejándose en última instancia un amplio margen de interpretación al tribunal arbitral, que para cada caso concreto, resuelve la diferencia entre las partes.

3. Puede afirmarse que son precisamente estas muchas peculiaridades implicadas en el mecanismo, a saber, su regulación en una fuente de derecho internacional negociada entre dos Estados; su objeto de resolución, referido a inversiones extranjeras; o el hecho de que una de las partes involucradas sea un Estado actuando dentro de su capacidad soberana, frente a un particular, que representa intereses exclusivamente privados, entre otras, las que han convertido a esta modalidad de arbitraje internacional en objetivo de múltiples controversias.

4. Tras ponderar las opiniones que la doctrina ha manifestado en torno a esta institución, ya sean destacando sus atributos o denunciando sus inconvenientes, también nos parece evidente la conclusión de que en el arbitraje inversor-Estado, en su diseño actual, tienen más peso los inconvenientes que las ventajas, pudiendo afirmarse que las diferentes críticas expuestas por los expertos, sí han hecho temblar los cimientos de la actual configuración de un sistema que precisa de serias reformas.

5. Sin embargo, en la actualidad, y a pesar de dichas críticas negativas, sería ineficaz echar por tierra la totalidad del sistema vigente pues, pese a sus fallos y carencias, es el único capaz de responder a las exigencias y especificidades del complejo entramado de relaciones internacionales de inversión.

6. Asimismo, deben calificarse como estimables las propuestas de cambio llevadas a cabo en el seno de la Unión Europea, plasmadas en su acuerdo de libre comercio con Canadá, puesto que pueden ser consideradas como intentos de mejora y reacción frente a los fallos de los que adolecía el mecanismo arbitral. La decisión de crear un tribunal permanente de inversiones que se despliegue en dos instancias con el objetivo de evitar la incoherencia y contradicción de las resoluciones, puede conseguir el fin propuesto. Si bien uno de los inconvenientes que parece asomarse es que, dada la compleja estructura

de la Unión, esta solución puede arrastrar consigo nuevos inconvenientes y disfunciones en el seno de la misma, que resten efectividad a la medida. En cualquier caso, aún es pronto para vaticinar cualquier tipo de consecuencia, dado su corto recorrido.

7. Finalmente, debe reconocerse que el mecanismo arbitral fue en sus inicios una institución bien diseñada pero con diversas carencias que no se llegaron a solucionar, como lo demuestra el fracaso en la consecución de un tratado multilateral de inversiones que englobe a los países del mundo que más inversión extranjera promueven. Por lo tanto, si se quiere mantener una institución útil en un entorno tan interconectado como es el actual, y que cumpla de manera efectiva con el fin propuesto, se necesitará encontrar nuevas fórmulas que terminen por conformar a esa parte de la doctrina y a los gobiernos que en la actualidad no confían en la efectividad de este sistema. Los primeros pasos en esta dirección parecen firmes y son los que ha dado la Comisión Europea en su acuerdo con Canadá, tendentes a corregir los principales defectos del sistema anterior. Aunque todavía es pronto para demostrar su utilidad, pues todavía no se ha puesto en práctica, este podría ser uno de los modelos de aplicación, si no al contexto global, sí al menos al ámbito de las diferentes regiones económicas del mundo.

* * *

BIBLIOGRAFÍA Y FUENTES

- ÁLVAREZ, J. E., “To Court or Not to Court?” *IILJ MegaReg Forum Paper*, Julio 2016. https://wp.nyu.edu/megareg/wpcontent/UPLOADS/sites/3134/2016/07/Alvarez_IILJMegaRegForumPaper_2016-2.pdf.
- BEDOYA, FERNANDO Y RAMÍREZ, JOSÉ LUIS, “Un sistema de Corte Permanente como alternativa al arbitraje de inversión: Ventajas y Desventajas”. *Revista del Club Español de Arbitraje*- 26/2016.
- BOCKSTIEGEL KARL-HEINZ, “Commercial and Investment Arbitration: How Different are they Today? The Lalive Lecture 2012”. *The Journal of the London Court of International Arbitration*. Volume 28. Number 4, 2012.
- BURKE-WHITE, W.W. Y VON STADEN, A.; “Private Litigation in a Public Law Sphere: The Standard of Review in Investor-State Arbitrations”, *Yale Journal of International Law*, Vol.35, 2010.
- CAIMS, DAVID Y CREMADES SANZ-PASTOR, B., “El arbitraje en la encrucijada entre la globalización y sus detractores”. *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 2002, pp. 15-62.
- CREMADES SANZ-PASTOR B., “La participación de los Estados en el Arbitraje Internacional”. *Revista Internacional de Arbitraje*, 2011, p. 67-89.
- DEMIRKOL, BERK, “The Notion of ‘Investment’ in International Investment Law”. *Turkish Commercial law review*, Vol. 1, No. 1, February 2015. <http://ssrn.com/abstract=2579247>.
- DÍEZ-HOCHLEITNER, JAVIER, “El Arbitraje Internacional como cauce de protección de los inversores extranjeros en los APPRIS”. *Actualidad Jurídica Uría y Menéndez* / 11-2005.
- DOLZER, R. AND SCHREUER, C., *Principles of international investment law*. Oxford, Oxford University Press, 2008.
- EBERHARDT, P. Y OLIVET C., “Profiting from Injustice: How Law Firms, Arbitrators and Financiers are Fuelling an Investment Arbitration Boom”, *Corporate Europe Observatory y Transnational Institute*, 2012, pp. 7-70. <http://corporateeurope.org/sites/default/files/publications/profitting-frominjustice.pdf>.
- ERIC PETERSON, LUKE, “Derechos humanos y tratados bilaterales Panorama del papel de la legislación de derechos humanos en el arbitraje entre inversores y Estados

Derechos y Democracia” (*Centro Internacional de Derechos Humanos y Desarrollo Democrático*), 2009.

<https://business-humanrights.org/sites/default/files/media/documents/derechos-humanos-tratados-bilaterales-de-inversion-peterson-2009.pdf>.

- FACH GÓMEZ, KATIA, “La política de la Unión Europea en materia de inversiones internacionales y sus efectos sobre los mecanismos de resolución de controversias inversor-Estado”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 2017.
- FERNÁNDEZ MASÍÁ, ENRIQUE, *Tribunales nacionales, arbitraje internacional y protección de inversiones extranjeras*, Madrid. Marcial Pons, 2008.
- FERNÁNDEZ MASÍÁ, ENRIQUE, “Arbitraje inversor-Estado: De bella durmiente a león de la jungla”. *Revista electrónica de estudios internacionales* 2013.
- FERNÁNDEZ ROZAS, JOSÉ CARLOS, “América Latina y el arbitraje de inversiones: ¿matrimonio de amor o matrimonio de conveniencia? (Latin America and Investment Arbitration: Love Marriage or Marriage of Convenience?)”. *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, (2009), XXIV. pp. 13-37.
- FRANCK D. SUSAN, “The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions”, 73 *Fordham L. Rev.*1521. Volume.73, Issue 4 Article 10 (2005). <http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol73/iss4/10>.
- GARCÍA-BOLÍVAR, OMAR E., “La crisis del derecho internacional de inversiones extranjeras: Propuestas de reforma”. *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*. Año 3, N° 5, 2015, pp. 137-163. <http://dx.doi.org/10.16890/rstpr.a3.n5.137>.
- GIARDINA, A, “International Investment Arbitration: Recent Developments as to Applicable Law and Unilateral Recourse” *Law and Practice of international Courts & Tribunals*, vol. 5, 2006.
- GRANATO, LEONARDO Y NAUEL ODDONE, CARLOS, “Protección internacional del inversor extranjero a través de los acuerdos de inversión”. *Revista de la Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas*, Universidad de Nariño, Vol. VIII, No.2, 2007, pp.43-66.
- GRANATO, LEONARDO Y NAHUEL ODDONE, CARLOS, “Derecho internacional, ¿protección del inversor extranjero y acuerdos bilaterales, quo vadis?”, *Revista Universidad EAFIT*, Vol. 43. N° 148. 2007, pp. 25-41
- HEISKANEN, VEIJO, “Protection of foreign investments through modern treaty arbitration, diversity and harmonization” *ASA Special Series*, N° 34, mayo 2010.

- KARL, J., “Investor-State Dispute Settlement: A Government’s Dilemma”, *Columbia FDI Perspectives*, n°.89, 2013, pp.1-3. <http://www.vcc.columbia.edu/content/investor-state-dispute-settlement-government-s-dilemma>.
- LEGUM BARTON “Investment Treaty Arbitration: An Option Not to Be Overlooked” en *International litigation strategies and practice*, Section of International Law American Bar Association, 2005.
- MARTÍNEZ-FRAGA, PEDRO JOSÉ, “La necesidad de armonización de conceptos en los procedimientos de resolución de controversias internacionales: desarrollando un principio sustantivo de transparencia y de obtención de pruebas en el ámbito transnacional” *THĒMIS-Revista de Derecho* 63, 2013.
- MONTERO, FÉLIX J. Y RUIZ, LAURA, “The concepts of investor and investment under the ECT and the legal standing to bring arbitrations under the ECT”, *Revista del Club Español del Arbitraje* - 23/2015, pp. 79-94.
- MUIR WATT, HORATIA, “The contested legitimacy of investment arbitration and the human rights ordeal” 2012, *Paris Law school*. <https://halshs.archives-ouvertes.fr/hal-00972976/document>.
- PADMA, MALLAMPALLY Y KARL P. SAUVANT “La inversión extranjera en los países en desarrollo”, *Finanzas & Desarrollo* / Marzo 1999.
- PÉREZ PACHECO, YARITZA, “Consentimiento estatal al arbitraje del CIADI, Lecciones y Ensayos”, n° 91, 2013, pp. 19-57. <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/91/consentimiento-estatal-al-arbitraje-del-ciadi.pdf>.
- REINISCH, A. Y KNAHR C.; “Conflict of Interest in International Investment Arbitration”, en *Conflict of Interest in Global, Public and Corporate Governance*, A. Peters y L. Handschin, Cambridge, Cambridge University Press, 2012.
- RUBINS, N., “The Notion of “Investment” in International Investment Arbitration”, *Arbitrating Foreign Investment Disputes*. (N. Horn ed), La Haya, Kluwer Law International, 2004.
- SCHILL, S. W. “US versus EU Leadership in Global Investment Governance”. *The Journal of World Investment & Trade*, 17, 2016, pp.1-6.
- SCHREUER, CHRISTOPH, “The future of investment arbitration” en *Looking at the Future, Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman* (M. H. Arsanjani, J. K. Cogan, R. D. Sloane, S. Wiessner eds.) 2011.

- SUÑÉ, NATASHA “Arbitraje en América Latina. Consideraciones en Materia de Inversiones”. *Revista secr. Trib. perm. revis.* Año 3, N° 5; Marzo 2015; pp. 191-215. <http://dx.doi.org/10.16890/rstpr.a3.n5.191>
- VELÁZQUEZ PÉREZ, RAFAEL A. “Las inversiones extranjeras, el desarrollo sostenible y el derecho humano al agua: Un conflicto no resuelto”, *Revista de Derecho, Agua y Sostenibilidad - REDAS* - Núm. 0, 2016, p.9. <http://redas.webs.uvigo.es>
- VAN HARTEN, GUS, “The public-private distinction in the international arbitration of individual claims against the state”. *International and comparative corporate law quarterly*, 56, 2007, pp. 371-394. British Institute of International and Comparative Law.
- YANNACA-SMAL, CATHERINE “Definition of Investor and Investment in International Investment Agreements”. *International Investment Law: Understanding Concepts and Tracking Innovations*, OECD 2008.

FUENTES.

- Los Objetivos de Desarrollo del Milenio. Organización de Naciones Unidas. <http://www.un.org/es/aboutun/booklet/globalization.shtm/>.
- La globalización: ¿Amenaza u oportunidad? Fondo Monetario Internacional. <https://www.imf.org/external/np/exr/ib/2000/esl/041200s.htm>.
- “Informe sobre las inversiones en el mundo. Nacionalidad de los inversores: Retos para la formulación de políticas de la Conferencia de Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo” (UNCTAD), 2016. http://unctad.org/es/PublicationsLibrary/wir2016_Overview_es.pdf.
- Sexta Edición del Manual de Balanza de Pagos del FMI (2009) <https://www.imf.org/external/spanish/pubs/ft/bop/2007/bopman6s.pdf>.
- CIADI, Acerca del CIADI” <https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/about/default.aspx>
- North American Free Trade Agreement (NAFTA) <http://www.sice.oas.org/trade/nafta/chap-112.asp>.
- “El Tratado sobre la Carta de la Energía y documentos relacionados” <http://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Legal/ECT-es.pdf>.
- Asociación Transatlántica para el Comercio y la Inversión (Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP).

<https://ustr.gov/sites/default/files/TPP-Final-Text-Investment.pdf>.

- Acuerdo Económico y Comercial Global (AECG) Comprehensive Economic and Trade Agreement, (CETA).
http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ceta/ceta-chapter-by-chapter/index_es.htm.
- Acuerdo Transpacífico de Cooperación Económica (Trans-Pacific Partnership TPP)
<https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/trans-pacific-partnership/tpp-full-text>.
- Acuerdo de libre comercio entre la Unión Europea y Vietnam.
<http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1437>.
- Tratado de Lisboa 17.12.2007 *Diario Oficial de la Unión Europea*, C 306/1
<http://eurlex.europa.eu/legalcontent/ES/TXT/?uri=CELEX%3A12007L%2FTT>
- “Informe Consulta pública en línea sobre la protección de las inversiones y la solución de diferencias entre inversores y Estados en el Acuerdo de la Asociación Transatlántica de Comercio e Inversión (ATCI)”. *Comisión Europea*. 13 de enero de 2015.
http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/march/tradoc_153304.pdf
- “Investment in TTIP and beyond the path for reform” *Enhancing the right to regulate and moving from current ad hoc arbitration towards an Investment Court*, Comisión Europea. http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/may/tradoc_153408.PDF.
- Conferencia de Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo. Controversias entre inversores y Estados: Prevención y alternativas al arbitraje. Naciones Unidas, 2010.
http://unctad.org/es/Docs/diaeia200911_sp.pdf.
- “Los Acuerdos de Inversiones de la UE en la era del Tratado de Lisboa”, *Seattle to Brussels Network*, Transnational Institute en nombre del Grupo de Trabajo sobre inversiones de la red Seattle to Brussels, Ámsterdam, julio de 2010.
https://www.tni.org/files/download/eu_investment_reader_sp.pdf.