

LO QUE SE ESTÁ DISCUTIENDO EN LA CNUDMI: EVOLUCIÓN O REVOLUCIÓN EN EL SISTEMA DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS INVERSOR-ESTADO

WHAT IS BEING DISCUSSED IN THE UNCITRAL: EVOLUTION OR REVOLUTION IN THE INVESTOR-STATE DISPUTE SETTLEMENT SYSTEM

ENRIQUE FERNÁNDEZ MASIÁ

Profesor Titular de Derecho Internacional Privado

Universidad de Castilla-La Mancha

ORCID ID: 0000-0002-2062-967X

MARGHERITA SALVADORI

Professoressa Associata de Diritto Internazionale

Università degli Studi de Torino

ORCID ID: 0000-0002-8023-9809

Recibido: 28.10.2019 / Aceptado: 18.11.2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5185>

Resumen: La principal iniciativa para reformar el sistema de solución de controversias inversor-Estado está siendo debatida en el Grupo de Trabajo III de la CNUDMI. Se están discutiendo propuestas específicas tanto para una reforma procesal como institucional. En lo que se refiere a la reforma institucional, la Unión Europea propone el establecimiento de un tribunal multilateral de inversiones, que rompería con el sistema actual ad-hoc. Con independencia de estas propuestas, cada vez parece existir un mayor acuerdo para la adopción de un Centro de asesoramiento sobre el Derecho internacional de inversiones, que podría solventar la cuestión de la duración y costes de los procedimientos, facilitar el acceso a la justicia y, mejorar la elaboración de los futuros Acuerdos internacionales.

Palabras clave: Arbitraje inversor, Estado, grupo de Trabajo III de la CNUDMI, Tribunal Multilateral de Inversiones, mecanismo de apelación, centro de asesoramiento.

Abstract: The main initiative to reform the system of investor-State dispute settlement is being debated by Working Group III appointed by the UNCITRAL. Specific proposals for a procedural and institutional reform of the system are being discussed. As concerns the institutional reform, the EU proposes the establishment of a multilateral investment court, which would break the current ad hoc-based system. Independent from these proposals, there appears to be a growing consensus on the establishment of an Advisory Centre on International Investment Law, which could address the issue of costs and duration of procedures, enhance access to justice issues, apart from improving the future treaty law-making.

Keywords: Investor-State Arbitration, UNCITRAL Working Group III, Multilateral Investment Court, Appellate Mechanism, Advisory Centre.

Sumario: I. El grupo de trabajo III de la CNUDMI: los problemas que han sido identificados.
II. Las soluciones procesales propuestas. 1. Alternativas al arbitraje y prevención de controversias.

2. Independencia e imparcialidad de los árbitros.
 3. Mayor coherencia y consistencia en la jurisprudencia arbitral.
 4. Un procedimiento más transparente que regule la financiación por terceros.
 5. Acabar con el uso abusivo del sistema.
 6. Un procedimiento más rápido y eficiente.
- III. La reforma institucional: ¿una reforma progresiva o sistémica de la solución de controversias inversor- Estado?
- IV. El centro de asesoramiento como punto de encuentro de las diferentes posiciones contrapuestas.

I. El grupo de trabajo III de la CNUDMI: los problemas que han sido identificados

1. Hay varias iniciativas en la actualidad, tanto de Estados, organizaciones supranacionales, instituciones arbitrales como entidades privadas que están incidiendo de manera notable en una transformación del panorama relativo a la solución de controversias inversor-Estado. Se pueden citar aquí entre dichas iniciativas, en primer lugar, la labor que se está llevando a cabo desde octubre de 2016 por parte del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones -CIADI- para modificar de manera muy importante y profunda sus reglas de arbitraje¹. En segundo lugar, el innovador contenido sobre esta cuestión de muchos de los nuevos Acuerdos Internacionales sobre Inversiones -AIIs-, que tiene como ejemplos más significativos, por una parte, al capítulo sobre inversiones de los Acuerdos europeos adoptados recientemente, como el Acuerdo Económico y Comercial Global entre la Unión Europea y Canadá- comúnmente conocido por sus siglas en inglés CETA-², o por otra, al Anexo 14-D que lleva por título “Solución de controversias de inversión México-Estados Unidos” del Acuerdo Comercial entre Estados Unidos, México y Canadá -USMCA-³, que viene a sustituir al Tratado de Libre Comercio de América del Norte -TLCAN-. Por último, en tercer lugar, la idea encabezada por el juez B. Simma para la elaboración de unas Reglas de arbitraje de la Haya sobre Empresas y Derechos Humanos⁴. Pero más allá de todos estos desarrollos, que en muchos casos están interrelacionados, el epicentro del movimiento existente desde hace algunos años para reformar el sistema de solución de controversias en materia de inversiones extranjeras a nivel mundial se encuentra actualmente en los trabajos que se están desarrollando dentro de la CNUDMI desde el año 2017.

2. Hemos de señalar que ya desde 2015 se fueron dando los pasos precisos para poner en marcha estos trabajos dentro de la CNUDMI⁵. Así, han de enmarcarse las distintas actividades de coordinación llevadas a cabo por la Secretaría de la Comisión mediante contactos e intercambios de opiniones con otras organizaciones internacionales, así como el haber recabado las distintas opiniones mediante un proceso de consulta a los Estados y Organizaciones de integración económica sobre la posibilidad de incluir como tema futuro de estudio esta reforma. Igualmente, ha tenido una importancia primordial -y que sirvió de base al proceso de consulta señalado-, la evaluación y puesta en común del estudio de investigación del Centro para la Resolución de Conflictos Internacionales de Ginebra -CIDS-, realizado por los profesores G. Kaufmann-Kholer y M. Potestà, donde se aporta la posibilidad de utilizar como modelo para la posible reforma la adopción de un texto internacional similar a la Convención de Mauricio sobre transparencia⁶. En concreto, en este documento titulado “*Can the Mauritius Convention*

¹ Se han elaborado ya tres documentos de trabajo sucesivos, tras las observaciones realizadas por los Estados y el público, en general. El tercero documento se publicó el 16 de agosto de 2019 y se puede consultar en la dirección electrónica: https://icsid.worldbank.org/en/Documents/WP_3_VOLUME_3_Espanol.pdf.

² Vid. S. RECIO SAN EMETERIO, “El arbitraje de inversiones entre la Unión Europea y Singapur: ¿del arbitraje de diferencias Estado-inversor a un sistema de tribunales internacionales de inversiones?”, *Estudios de Deusto*, n.º.1, 2019, pp.353-383; B. CAPIELLO, *Il Diritto europeo degli investimenti. Prospettive per una politica europea sostenibile*, Turin, Giappichelli, 2019, pp.136-157.

³ Vid. J. GALLEGOS ZÚÑIGA, “Algunos cambios que incorpora el T-MEC, en materia de inversiones extranjeras, en relación con lo previsto en el capítulo XI del TLCAN”, *Arbitraje: Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, n.º.1, 2019, pp.167-179.

⁴ Aún en fase de proyecto, “Draft Arbitration Rules on Business and Human Rights”, disponible en <https://www.cilc.nl/cms/wp-content/uploads/2019/06/Draft-BHR-Rules-Final-version-for-Public-consultation.pdf>.

⁵ Sobre la labor preparatoria, Nota de la Secretaría, “Posible labor futura en materia de solución de inversiones: reforma del régimen de solución de controversias inversionista-Estado”, A/CN.9/917, 20 de abril de 2017, pp.2-3.

⁶ Se ofrece este texto convencional como un instrumento que permite evitar la necesidad de tener que renegociar los textos de los AII ya celebrados y vigentes y extender el principio de transparencia –por medio de la aplicación del Reglamento sobre transparencia de la CNUDMI- a todos los arbitrajes que se puedan desarrollar al amparo de aquellos, y no sólo a los desarrolla-

*serve as a model for the reform of investor-State arbitration in connection with the introduction of a permanent investment tribunal or an appeal mechanism?*⁷, se analizan a fondo dos opciones diferentes: a) la creación de un órgano internacional permanente de solución de controversias que ofreciera acceso directo a entidades privadas y públicas por igual para zanjar diferencias relacionadas con inversiones, y b) la adopción de un mecanismo de apelación de los laudos dictados en procedimientos de arbitraje entre inversionistas y Estados. Por último, dentro de esta labor preparatoria también se fueron realizando paulatinamente distintas reuniones y conferencias con los distintos usuarios de este sistema.

3. Como consecuencia de las citadas actividades preparativas, en su 50ª sesión la Comisión de la CNUDMI encomendó al Grupo de Trabajo III un amplio mandato para trabajar en la reforma del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados⁸. En concreto, el mandato para este Grupo de trabajo incluye tres pasos consecutivos: en primer lugar, determinar y examinar las inquietudes relacionadas con el sistema de resolución de controversias relativas a inversiones, en segundo lugar, evaluar si era deseable iniciar un proceso de reforma teniendo en cuenta esas inquietudes y, en tercer lugar, si el Grupo de trabajo llegaba a la conclusión de que la reforma era deseable, elaborar las soluciones pertinentes⁹.

4. Tras un inicio de sesiones ciertamente tumultuoso, en donde ni siquiera hubo acuerdo sobre la persona que debía presidir el Grupo¹⁰, las aguas se fueron calmando y un primer gran acuerdo se produjo en noviembre de 2018 en este Grupo de Trabajo sobre la necesidad de reformar el actual sistema para dar solución a determinadas cuestiones como son¹¹:

- a) La falta de uniformidad, coherencia, previsibilidad y corrección de las decisiones arbitrales dictadas por los tribunales que conocen de las controversias inversor-Estado¹². Esta cuestión viene fundamentada en primer lugar, en la percepción creciente sobre la existencia de interpretaciones divergentes, que no parecen estar justificadas, tanto de similares disposiciones sustantivas, en cuanto a su contenido y tenor, contempladas en los distintos AII, como de los principios del Derecho internacional de inversiones, en los laudos arbitrales adoptados. También, en segundo lugar, por los problemas derivados por la posibilidad de que puedan iniciarse por parte de los inversores procesos paralelos y múltiples, basados en las distintas disposiciones sobre solución de controversias contenidas tanto en los AII como en las leyes

dos conforme al reglamento de la CNUDMI. Esta Convención entró en vigor el 18 de octubre de 2017, tras su ratificación por Canadá, Mauricio y Suiza. Para un análisis de la misma, J.D. FRY, y O.G. REPOUSIS, "Towards a New World for Investor-State Arbitration through Transparency", *New York University Journal of International Law & Politics*, Vol.48, 2016, pp.795-865; J. RIBEIRO, y M. DOUGLAS, "Transparency in Investor-State Arbitration: The Way Forward", *Asian International Arbitration Journal*, Vol.11, n.º.1, 2015, pp.49-67; S.W. SCHILL, "Editorial: The Mauritius Convention on Transparency", *Journal of World Investment & Trade*, Vol. 16, 2015, pp.201-204; E. SHIRLOW, "Dawn of a New Era? The UNCITRAL Rules and UN Convention on Transparency in Treaty-Based Investor-State Arbitration", *ICSID Review*, Vol.31, n.º.3, 2016, pp.622-654; E. FERNÁNDEZ MASÍ, *La transparencia al rescate del arbitraje inversor-Estado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.

⁷ Disponible en https://www.cids.ch/images/Documents/CIDS_First_Report_ISDS_2015.pdf.

⁸ Se afirma que "en consonancia con los procesos de la CNUDMI, el Grupo de Trabajo III, en cumplimiento de ese mandato, velaría por que las deliberaciones, a la vez de aprovechar la gama más amplia posible de conocimientos especializados de que dispusieran todos los interesados, fuesen dirigidas por los Gobiernos, se nutrieran con aportes de alto nivel de todos los Gobiernos, se basaran en el consenso y fueran plenamente transparentes", Informe de la CNUDMI sobre su 50º periodo de sesiones, 3 a 21 de julio de 2017, A/72/17, párrafo 264.

⁹ Para llevar a cabo esta labor, "la Comisión acordó que se diera al Grupo de Trabajo un amplio margen de discrecionalidad para el cumplimiento de su mandato y que las soluciones a que se llegara se definieran teniendo en cuenta la labor que estuviesen realizando en ese momento las organizaciones internacionales pertinentes y de modo tal que cada Estado tuviera la posibilidad de elegir si deseaba adoptar, y en qué medida, la o las soluciones propuestas", A/72/17, párrafo 264.

¹⁰ J.L. GOMARA HERNANDEZ, "El Tribunal permanente y otras propuestas de reforma del arbitraje de inversión", *Anuario de Arbitraje* 2018, p.453, quién señala como las reuniones ya empezaron de manera irregular pues las delegaciones no pudieron alcanzar un acuerdo sobre quién debía presidir este proceso.

¹¹ Informe del Grupo de Trabajo III (Reforma del Sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados) sobre la labor realizada en su 36º periodo de sesiones, de 6 de noviembre de 2018, A/CN.9/964. Vid. sobre esta cuestión, M. MCBRAYER, "Possible Reforms to the Investor State Dispute Settlement Regime", *Corporate Disputes*, n.º.26, 2019, pp.154-158.

¹² Vid. Nota de la Secretaría, "Posible reforma del sistema de solución de controversias inversor-Estado: uniformidad y asuntos conexos", 28 de agosto de 2018, AC/CN.9/WG.III/150.

nacionales o en los específicos contratos de inversión. Por último, en tercer lugar, sobre la inexistencia en muchos casos, y en otros, el limitado alcance de los mecanismos actuales dentro de los AII y en los reglamentos arbitrales, para subsanar la falta de uniformidad y corrección de las decisiones arbitrales.

- b) La aparente ausencia de imparcialidad e independencia de los árbitros y el controvertido procedimiento tanto del nombramiento como de recusación de estos últimos¹³. Los nombramientos reiterados de las mismas personas, la posible existencia de conflictos de intereses de los árbitros que, además se ven agravados por el grupo tan reducido en número en cuanto a los posibles “candidatos” a formar parte de los tribunales, la denominada “predisposición doctrinal”¹⁴ o la práctica repetitiva del “double-hatting”, donde una persona actúa como árbitro y como abogado o perito, en diferentes procedimientos arbitrales¹⁵, producen una percepción sobre la existencia de una falta real o al menos aparente de estas cualidades esenciales que deben informar la actuación de los decisores en este ámbito para lograr una justa administración de justicia. Igualmente, también contribuye a socavar la legitimidad del sistema de solución de controversias inversor-Estado, la falta de diversidad en cuanto a los árbitros, tanto en cuanto al género como a la representación geográfica. Por último, también mejoraría la legitimidad del sistema si se diseña un modelo de constitución más transparente y que logre una mayor cualificación de los miembros del tribunal arbitral, así como un procedimiento de recusación más eficaz y dotado de mayor transparencia y uniformidad, al mismo tiempo que se aliente una difusión pública de las decisiones sobre recusaciones.
- c) Una mejora en el control de los costes y duración de los procedimientos arbitrales¹⁶. Existe una importante preocupación sobre que los procedimientos arbitrales, en los últimos años, son cada vez son más largos y costosos. En la práctica, distintas cuestiones como el procedimiento de nombramiento de los árbitros, la fase probatoria y el plazo para dictar el laudo, están dilatando enormemente la duración del procedimiento arbitral. En el terreno de los costes, se viene detectando un cierto aumento en la presentación de demandas infundadas, lo que unido a la regla tradicional de asignación de costas en el laudo y la falta de mecanismos que garanticen a los Estados demandados que han vencido la recuperación de la totalidad o al menos una parte importante de sus gastos, provoca una verdadera sensación de pesada carga financiera para las partes, y en especial para la tesorería de los Estados demandados, en mucho casos como son países en desarrollo, faltos de recursos suficientes para organizar una defensa adecuada de sus pretensiones.
- d) Además, junto con las tres anteriores, también se ha añadido la necesidad de una regulación de la financiación por terceros en el arbitraje inversor-Estado¹⁷. Un fenómeno en franca expansión en este ámbito y que provoca interrogantes sobre los posibles conflictos de intereses que pueden surgir en relación con los árbitros y el deber de divulgación de estos últimos, así como sobre otras cuestiones relacionadas con la asignación de las costas del procedimiento y la posible imposición de una caución para el pago de las costas.

¹³ Vid. Nota de la Secretaría, “Posible reforma del sistema de solución de controversias inversor-Estado: garantizar la independencia y la imparcialidad de los árbitros y decisores en la SCIE”, de 30 de agosto de 2018, AC/CN.9/WG.III/151; Nota de la Secretaría, “Posible reforma del sistema de solución de controversias inversor-Estado. Arbitros y decisores: mecanismos para su nombramiento y cuestiones conexas”, de 30 de agosto de 2018, AC/CN.9/WG.III/152.

¹⁴ Por predisposición doctrinal se entiende la acusación de que el árbitro muestra parcialidad por una determinada opinión sobre ciertas cuestiones o ya las ha prejuzgado. La presunta existencia de predisposición o prejuzgamiento consiste en la pretendida adhesión de un árbitro a sus opiniones preexistentes sobre cuestiones de hecho y de derecho, formadas a partir de su experiencia como árbitro o asesor letrado y vertidas en artículos académicos, entrevistas u otras manifestaciones públicas de sus opiniones, “Report of the ASIL-ICCA Joint Task Force on Issue Conflicts in Investor-State Arbitration”, 2016, p.1.

¹⁵ Pensemos en el hecho de que los árbitros al desempeñarse también como asesores letrados en otros procesos, puede incidir en la resolución del caso concreto sobre el que están conociendo para influir sobre el resultado de otro caso donde están ejerciendo como asesor letrado.

¹⁶ Vid. Nota de la Secretaría, “Posible reforma del sistema de solución de controversias inversor-Estado: costo y duración”, de 31 de agosto de 2018, AC/CN.9/WG.III/153.

¹⁷ Informe del Grupo de Trabajo III (Reforma del Sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados) sobre la labor realizada en su 37º periodo de sesiones, de 9 de abril de 2019, A/CN.9/970, pp.5-6.

5. Aunque otras inquietudes y problemas también han sido identificados¹⁸, se ha llegado al acuerdo que los mismos están profundamente relacionados con las ya indicadas inquietudes y que las soluciones para solventarlas podrían tratarse de forma conjunta¹⁹.

6. Para dar respuesta a las inquietudes anteriores, la reforma del sistema de solución de controversias se ha estructurado en dos grandes niveles. En un primer nivel, se están estudiando el universo de posibles soluciones procesales que den respuesta a los problemas que han sido identificados. En un segundo nivel y ésta es, sin duda, la cuestión más controvertida y que ha suscitado mayores discrepancias y enfrentamientos consiste en cómo llevar a cabo institucionalmente esta reforma o, dicho de otra manera, si estas modificaciones e innovaciones se pueden poner en práctica mediante una reforma “progresiva” o bien se requiere una reforma “sistémica” del modelo. En realidad, lo que está encima de la mesa es la continuación o el abandono del modelo de solución de controversias tradicional que hasta ahora estaba basado en el arbitraje internacional y su sustitución por mecanismos y tribunales multilaterales especiales y permanentes.

II. Las soluciones procesales propuestas

7. Antes de centrarnos en las más importantes propuestas de soluciones procesales que intentan dar respuesta a los problemas que se han identificado, hemos de señalar un límite muy importante de los trabajos que se están llevando a cabo dentro de la CNUDMI: la reforma no aborda los aspectos sustantivos del Derecho internacional de inversiones. En efecto, muchas de las críticas vertidas al sistema de solución de controversias inversor-Estado están equivocadas ya que piden la reforma de este sistema, mientras que algunos de los problemas identificados no derivan de su propio funcionamiento sino que tienen su fundamento principal en el contenido y en la redacción, en términos amplios y dotada de cierta vaguedad, de la regulación sustancial de los estándares de protección contemplados en los Acuerdos Internacionales sobre Inversiones -AIIs-²⁰. Sin embargo, el mandato del Grupo de Trabajo III de la CNUDMI se centra únicamente en los aspectos procesales del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados²¹. Es verdad que se puede señalar que en los últimos años estamos asistiendo también a una modificación de estos aspectos sustanciales en muchos de los AIIs que se vienen adoptando, pero una reforma que verdaderamente tenga una vocación global y no meramente sectorial tendría que aglutinar ambos aspectos que están íntimamente interrelacionados²². Por ello y teniendo en cuenta dicha limitación, los esfuerzos por elaborar soluciones procesales a los problemas planteados pueden encuadrarse en distintos ámbitos²³.

¹⁸ Se trata de las siguientes cuestiones: a) medios distintos del arbitraje para resolver controversias en materia de inversiones, así como métodos para la prevención de controversias; b) agotamiento de los recursos internos; c) participación de terceros; d) reconveniones, e) parálisis normativa y f) cálculo de las indemnizaciones. Vid. Informe del Grupo de Trabajo sobre la labor realizada en su 37º periodo de sesiones, de 9 de abril de 2019, A/CN.9/970, pp.6-8.

¹⁹ Id., p.8.

²⁰ A. HENKE, “La crisis del sistema ISDS e il progetto, non convincente, di una nuova corte arbitrale permanente”, *Int'l Lis*, n.º.3-4, 2016-2017, p.161.

²¹ A/CN.9/970, p.7.

²² Algunos Estados, en el proceso de consulta previo a los trabajos del Grupo III, ya habían señalado que podría ser necesario aplicar un criterio “inclusivo”, es decir, encarar no solo la reforma del régimen de solución de controversias entre inversionistas y Estados, sino también de las normas sustantivas de protección de las inversiones. Sin embargo, se estimó que dicho proceso sería muy complicado lo que podría conducir al fracaso de las negociaciones por lo que el foco se centró en los aspectos procesales, afirmándose que “cabe esperar que una reforma del régimen vigente de solución de controversias entre inversionistas y Estados, en particular si se establece un órgano permanente de solución de controversias y/o un órgano de apelación, promueva más la uniformidad que el régimen actual de tribunales arbitrales ad hoc”. Vid. Nota de la Secretaría, “Posible labor futura en materia de solución de controversias: reforma del régimen de solución de controversias entre inversionistas y Estados, A/CN.9/917, de 20 de abril de 2017, p.5.

²³ La presentación de las distintas soluciones en forma de cuadro, pueden consultarse en el documento A/CN.9/WG.III/WP.166/Add.1, siendo analizadas en las siguientes páginas de nuestro trabajo.

1. Alternativas al arbitraje y prevención de controversias

8. Como medida previa a acudir al arbitraje internacional, los Estados habrían de promover métodos alternativos de resolución de disputas (ADR) y políticas de prevención de disputas en los últimos años²⁴. La mejor manera de resolver una disputa es evitarla por completo o resolverla en una etapa temprana. Los métodos ADR no vinculantes, como la conciliación y la mediación, procuran no aplicar las normas de manera rígida, sino encontrar una solución a una disputa que sea aceptable para ambas partes. Estos métodos pueden ayudar a ahorrar tiempo y dinero, encontrar una solución mutuamente aceptable, evitar la escalada de la disputa y preservar una relación duradera entre las partes contendientes. Si bien el arbitraje internacional es un instrumento útil en manos de inversores extranjeros, resolver las disputas a través de métodos flexibles, buscando maximizar los intereses de ambas partes, puede garantizar mucho mejor la estabilidad de las relaciones complejas a largo plazo. La búsqueda de acuerdos amistosos debe ser, por tanto, en nuestra opinión, la forma de solución de conflictos preferida y el arbitraje internacional ha de configurarse siempre como la última opción. Una buena muestra de lo aquí expuesto se manifiesta en la reforma que se está llevando a cabo dentro del CIADI de sus reglas en la actualidad. Como una importante novedad se incorpora por primera vez dentro de los métodos de solución de controversias posibles ofrecidos por esta institución arbitral, la opción de recurrir a la mediación. Para ello, se ha diseñado un proyecto de reglamento sobre mediación para resolver las disputas inversor-Estado²⁵.

9. La incorporación expresa de estos métodos ADR en las disposiciones sobre solución de controversias inversor-Estado debería complementarse mediante el fortalecimiento de las políticas de prevención y gestión de disputas a nivel nacional²⁶. Dichas políticas apuntan a crear canales efectivos de comunicación y mejorar los arreglos institucionales entre los inversionistas y las respectivas agencias nacionales. Una agencia específica o una oficina de ombudsman de inversión, que sea la responsable de recibir y evaluar una posible queja del inversor extranjero antes de que pueda llegar a convertirse en una disputa legal, puede ayudar a resolverla desde el principio. Un ejemplo excelente de lo aquí manifestado lo constituye las medidas tomadas a cabo por parte del Estado peruano desde el año 2006 con el objetivo de prevenir e impedir el surgimiento de litigios legales con los inversores establecidos en su territorio. El Sistema de Coordinación y Respuesta del Estado en Controversias Internacionales de Inversión – SICRECI-, se ha mostrado, en muchas ocasiones, como un instrumento básico y preciso para impedir la escalada del conflicto y que todos los agentes estatales, en los distintos niveles gubernamentales y administraciones, cumplan con los compromisos adquiridos por el Estado peruano en la promoción y protección de las inversiones extranjeras.

2. Independencia e imparcialidad de los árbitros

10. La selección y el papel de los árbitros en el arbitraje de inversiones ha sido, como ya hemos señalado, objeto de especial preocupación desde un primer momento en las discusiones del Grupo de Trabajo III de la CNUDMI. Los tribunales arbitrales generalmente están compuestos por tres árbitros. Cada parte contendiente selecciona un árbitro y estos dos luego seleccionan un tercer miembro que sirve como presidente del tribunal. Los miembros del tribunal arbitral no son jueces permanentes con un salario fijo e independencia personal, sino que son abogados en ejercicio y, a veces, jueces, diplomáticos o académicos jubilados. Debido a las características específicas del Derecho internacional de inversiones, el número de personas que han adquirido una experiencia y capacidad significativas para gestionar los litigios en este ámbito es bastante limitado. Dado que muchos árbitros también sirven como asesores para inversores o gobiernos nacionales en otros casos, se ha argumentado que ello conduce inexorablemente

²⁴ E. FERNÁNDEZ MASÍA, “La incorporación de los “ADR” al sistema de resolución de controversias sobre inversiones extranjeras”, *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, n.º.5, 2015, pp.19-43.

²⁵ El proyecto de reglamento sobre mediación del CIADI se ha publicado en el tercer documento de trabajo sobre las enmiendas a las reglas del CIADI, de 16 de agosto de 2019, cit., pp.216-229.

²⁶ UNCTAD, *Investor-State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration*, Nueva York, 2010, pp.65 y ss.

a un conflicto de intereses y un sesgo institucional del sistema de arbitraje hacia los intereses de los inversores²⁷. Si los tribunales de arbitraje decidiesen a favor de los gobiernos nacionales, los inversores podrían perder el interés en iniciar nuevos procedimientos arbitrales.

11. Con el objetivo de resolver cualquier posible apariencia de parcialidad, se pretenden adoptar nuevas disposiciones sobre la selección y nombramiento de los árbitros, sobre el procedimiento de recusación de éstos, así como los requisitos de ética que deben cumplir. Entre esta nueva normativa, podemos destacar: una regulación muy detallada sobre el tipo de características que debe poseer un árbitro; los árbitros deben cumplir con un código de conducta pormenorizado donde se contemplen pautas precisas sobre los requisitos de divulgación del árbitro; establecer mecanismos que colmen la insuficiente diversidad de los decisores en el sistema de solución de controversias; un método de designación con una mayor utilización de autoridades nominadoras y con la elaboración de una lista preestablecida de árbitros y, por último, un nuevo procedimiento específico de recusación arbitral para darle una mayor apariencia de independencia, donde la decisión sea adoptada por parte de un tercero, ajeno al propio tribunal arbitral.

3. Mayor coherencia y consistencia en la jurisprudencia arbitral

12. Como ya hemos señalado, una importante inquietud se ha puesto de manifiesto en relación con la posibilidad consustancial de la existencia de incoherencias y contradicciones entre las decisiones arbitrales, derivadas de un sistema de resolución de controversias que no está centralizado y es en instancia única²⁸. Este problema se intenta resolver a través de varios mecanismos dentro de las disposiciones sobre solución de controversias inversor-Estado.

13. Así, un primer mecanismo, consistiría en incluir disposiciones expresas sobre la acumulación de asuntos²⁹. La acumulación de los procedimientos ayuda a tratar el problema de los procedimientos vinculados entre sí, contribuye a la aplicación uniforme de la normativa sustantiva y reduce los costos de los procesos. El hecho de que la acumulación aumente la coherencia y la consistencia en los laudos arbitrales es de particular importancia para el arbitraje de inversiones, en donde, como es bien sabido, los árbitros no están sujetos a las decisiones arbitrales previas y no cabe apelación contra sus resoluciones en forma de laudos. Además, la acumulación puede disminuir en gran medida el costo y el tiempo de los procedimientos de arbitraje.

14. Un segundo mecanismo se refiere a la participación de los Estados en el proceso interpretativo de las disposiciones sustantivas de los AII³⁰. Tradicionalmente, los Estados partes en un AII no tienen ningún recurso para poder corregir una interpretación de "su" acuerdo dada por un tribunal arbitral, que en su propia opinión no refleja cual fue la verdadera intención de las partes al incluir dicha normativa. A fin de proporcionar a los Estados partes la posibilidad de influir en la interpretación de las disposiciones del Acuerdo debería ser posible que las partes en el tratado emitan definiciones vinculantes para los tribunales arbitrales sobre puntos jurídicos específicos. Además, junto con lo anterior, habría que posibilitar que la parte estatal no contendiente del procedimiento arbitral, por lo general el país de origen del inversor, puede tener derecho a participar en el procedimiento con el fin de contribuir a una "mejor" interpretación del Acuerdo³¹.

15. Por último, un tercer mecanismo para subsanar la falta de uniformidad y corrección de las decisiones consistiría en el establecimiento de un sistema de control y revisión de los laudos antes de

²⁷ C. FOCARELLI, *Costruttivismo giuridico e giurisdizione internazionali*, Milán, Cedam, 2019, p.245.

²⁸ A. HENKE, "La crisis del sistema ISDS e il progetto...", op.cit., p.160.

²⁹ G. ZARRA, *Parallel Proceedings in Investment Arbitration*, Turín, Giappicheli, 2017, pp.65-85.

³⁰ J.D. FRY, y O.G. REPOUSIS, "Towards a New World for...", op.cit., pp.810 y ss.

³¹ Vid. G. KAUFFMAN-KHOLER, "Non-Disputing State Submissions in Investment Arbitration: Resurgence of Diplomatic Protection", en *Diplomatic and Judicial Means of Dispute Settlement*, L. Boisson de Chazaurnes, M. Kohen y J. Viñuales (eds.), Leiden, Brill, 2012, pp.307-326.

que fueran dictados. Sería conveniente, tal y como por ejemplo, se prevé en el Reglamento de la Corte de Arbitraje de la CCI, poder examinar previamente el laudo, lo que constituye un medio de lograr la corrección jurídica sin sacrificar la eficacia de las actuaciones³².

4. Un procedimiento más transparente que regule la financiación por terceros

16. La tradicional confidencialidad de los procedimientos de arbitraje no concuerda en nada con los intereses públicos presentes en este tipo de controversia. El arbitraje internacional de inversiones es tradicionalmente criticado por su falta de transparencia. Los tribunales no celebran sus sesiones de manera pública. La publicación de los laudos no es obligatoria. Otros documentos procesales no se suelen publicar. Por todo lo anterior, y para darle mayor legitimidad al procedimiento de arbitraje, se busca hacerlo mucho más transparente. Las normativas adoptadas para alcanzar este objetivo en los últimos años buscan poner los documentos procesales a disposición de todos, proporcionar acceso público a las audiencias y, permitir que las terceras partes interesadas -como puede ser las ONGs- puedan presentar sus propuestas por escrito al tribunal arbitral³³. Estas demandas de una mayor transparencia han encontrado acomodo ya a nivel multilateral dentro de la CNUDMI, donde se ha adoptado el Reglamento de la CNUDMI sobre transparencia en los arbitrajes entre inversionistas y Estados en el marco de un Tratado y en el Convenio de Mauricio de 2014, ya citado, sobre esta misma cuestión.

17. Sin embargo, en esta misma línea de otorgar una mayor transparencia al procedimiento arbitral se requiere una regulación de la financiación por terceros del arbitraje inversor-Estado³⁴. Como ya hemos señalado, hay muchos Estados que han mostrado su preocupación por la presencia de estos terceros financiadores y requieren reglas precisas para regular esta financiación a fin de evitar que se pueda utilizar esta modalidad por parte de los inversores de una manera abusiva o especulativa. Por ello, se propone evitar todo conflicto de intereses, de tal manera que debería divulgarse la existencia y la identidad de los terceros financiadores, así como también incluso el contenido del acuerdo de financiación, y se prevean sanciones en los casos de incumplimiento de las exigencias de divulgación. Además, se defiende que debe existir una regulación precisa entre la presencia de un tercero financiador y la obligación de que la parte financiada preste caución suficiente para hacer frente al pago de las costas del arbitraje.

5. Acabar con el uso abusivo del sistema

18. Otra crítica importante contra la legitimidad del procedimiento de arbitraje ha sido su utilización de manera abusiva por parte de los inversores, lo que ha incidido enormemente en el incremento de la duración y los costes asociados a este método de solución de controversias. En efecto, algunos inversores pueden utilizar el inicio del procedimiento de arbitraje como un medio de presión³⁵. Para terminar con estas prácticas, las nuevas disposiciones tienen que incluir un mecanismo para rechazar rápidamente las reclamaciones que manifiestamente carecen de todo tipo de fundamento legal –demandas frívolas-. Con este mismo objetivo, también debe haber normas que tratan de impedir reclamaciones fraudulentas o manipuladoras. Por ejemplo, la realización de una inversión o, llevar a cabo una reorga-

³² Así se propone en las observaciones del gobierno de Marruecos al 37º periodo de sesiones del Grupo de Trabajo III, donde se señala que este examen previo, que debe tener lugar en plazos abreviados -de unas dos semanas-, permitiría garantizar que se hayan cumplido todas las formalidades, que en el laudo se hayan abordado todas las pretensiones y que en él se expongan los motivos sobre los que se funda, A/CN.9/WG.III/WP.161, de 4 de marzo de 2019, p.5.

³³ Vid. en profundidad sobre esta cuestión, E. FERNÁNDEZ MASÍÁ, *La transparencia al rescate...*, op.cit.

³⁴ Vid. A/CN.9/WG.III/166, pp.14-15. La Secretaría ha preparado una nota sobre esta cuestión titulada “Financiación por terceros: posibles soluciones”, A/CN.9/WG.III/WP.172.

³⁵ Tal y como se declara en las observaciones realizadas por el gobierno de Marruecos, cit., p.7, “*los inversionistas a veces recurren a los tribunales arbitrales de forma abusiva. En algunos casos, lo hacen con el propósito de ganar poder de negociación y presionar al Estado anfitrión para que este les conceda determinados privilegios, llegar a un acuerdo con él o lograr que se ponga fin a una causa penal en contra del inversionista*”.

nización comercial con el único fin de poder iniciar un procedimiento arbitral internacional, ha de estar explícitamente prohibida.

19. Con este mismo objetivo de tratar de terminar con las demandas frívolas como un medio de presión frente al Estado receptor de la inversión, se deben incluir disposiciones relacionadas con el pago de las costas. En el pasado y, de forma general, los tribunales arbitrales a menudo ordenaban a cada parte cargar con sus propias costas, independientemente del resultado del caso. Hoy en día, es preciso incluir una disposición que exija al tribunal, en general, que ordene a la parte perdedora que pague las costas del procedimiento a menos que circunstancias excepcionales requieran otra solución. Del mismo modo, también es necesario que exista una regulación clara que permita que el tribunal pueda imponer una fianza procesal para el pago de las costas.

20. Es conveniente, por último, que este procedimiento no sea visto únicamente como un arma “unilateral” en manos de los inversores³⁶. Por ello sería preciso que se permita que el Estado receptor de la inversión pueda presentar una reconvencción ante los tribunales arbitrales, si entiende que un inversor no cumple con alguna de las obligaciones que le incumben en virtud del Acuerdo concreto. En relación con esta cuestión, es importante señalar como los AII más recientes comienzan a equilibrar el contenido de los mismos, de tal manera, que no sólo los Estados tengan obligaciones en relación con la promoción y protección de las inversiones extranjeras, sino que se vienen incluyendo nuevas disposiciones que obligan a los inversores extranjeros a comprometerse a respetar la regulación del Estado de recepción de la inversión, en relación con sus actuaciones que puedan tener un impacto tanto en el ámbito laboral como medioambiental³⁷.

6. Un procedimiento más rápido y eficiente

21. Con el fin de aminorar las preocupaciones relativas a la duración y a los costos del sistema de solución de controversias inversor-Estado se prevé también la opción de adoptar un procedimiento acelerado para las demandas de menor cuantía y aquellos casos menos complejos. Y con esa misma idea se aborda la posibilidad de simplificar determinados aspectos del procedimiento: estableciendo plazos más estrictos, exigiendo a las partes y al tribunal que fijen un presupuesto al inicio del proceso, adoptando un límite máximo de costas totales y obligando al tribunal a facilitar a las partes más información en tiempo real sobre la situación del caso.

III. La reforma institucional: ¿una reforma progresiva o sistémica de la solución de controversias inversor-Estado?

22. Una vez expuestas las más importantes innovaciones procesales, que dicho sea de paso, en su gran mayoría, se han ido incluyendo ya en la regulación de los métodos de solución de controversias inversor-Estado en algunos de los AII en estos últimos años³⁸, la siguiente cuestión y punto clave de la re-

³⁶ En las observaciones del gobierno de Sudáfrica se tacha al sistema de solución de controversias de “asimétrico”, pues el Estado siempre es la parte demandada y no permite que se pueda presentar una reconvencción contra el inversor si éste incumple sus obligaciones, Observaciones del gobierno de Sudáfrica al 38º periodo de sesiones del Grupo de Trabajo III, A/CN.9/WG.III/WP.176, de 17 de julio de 2019, p.12.

³⁷ Un excelente ejemplo lo constituye el nuevo AII modelo de Marruecos, donde se obliga a los inversores a contar con un sistema de gestión ambiental y velar por los derechos humanos conforme a los principales estándares laborales y ambientales así como también las obligaciones relativas al trabajo y los derechos humanos del Estado anfitrión o del Estado de origen, no involucrarse o ser cómplices de prácticas de corrupción, cumplir o superar los estándares nacional e internacionalmente aceptados de gobernanza empresarial y por último, se espera que operen dentro de un alto nivel de prácticas socialmente responsables y que apliquen la Declaración Tripartita de Principios de la OIT sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social.

³⁸ En este sentido, véase S. SCHILL Y G. VIDIGAL, “Cutting the Gordian Knot: Investment Dispute Settlement á la Carte”, RTA Exchange, Ginebra, ICTSD y IDB, 2018, pp.4-12.

forma emprendida, es como llevar a cabo su puesta en práctica o dicho de otra manera, si la incorporación de estas soluciones debe llevar aparejada una reforma o no sistémica del modelo, rompiendo con la estructura actual ad hoc fundamentada en la utilización del arbitraje internacional, aunque sea un arbitraje profundamente modificado en sus caracteres del que venía siendo tradicionalmente utilizado en este ámbito.

23. Sin embargo, antes de contestar a esta cuestión y examinar las diferentes posiciones que abogan por la continuidad de un sistema específico de solución de diferencias inversor-Estado, sí que nos gustaría poner de manifiesto la postura especial defendida por Brasil, que supondría la eliminación de todo tipo de solución de controversias inversor-Estado y su sustitución por el arbitraje interestatal, combinado con un modelo fuerte de prevención y mitigación de controversias³⁹. Esta idea está siendo ya incorporada por parte de este Estado en sus relaciones bilaterales. En efecto, tras un proceso de estudio dentro de este país y reuniones con distintas entidades del sector privado, el gobierno brasileño comenzó a celebrar desde marzo de 2015 distintos Acuerdos de Cooperación y Facilitación de Inversiones –ACFI, en su terminología- con algunos Estados, contabilizándose hasta este momento nueve: Mozambique, Angola, México y Malawi, Chile, Perú, Colombia, Etiopía y Surinam. Estos Acuerdos son el reflejo de la creciente internacionalización de las empresas brasileñas, donde este país ya no se ve únicamente en su papel tradicional de receptor de inversiones extranjeras. El contenido de estos Acuerdos contempla un sistema singular de resolución de controversias, basado en la prevención y resolución amistosa de las mismas, mediante la creación de un ombudsman en cada Estado y un Comité conjunto de ambos países, y en último término, en un mecanismo de arbitraje interestatal⁴⁰. Además, hay que señalar que la estructura de estos ACFI ha sido tomada como modelo por parte del Protocolo de Cooperación y Facilitación de Inversiones Intra-MERCOSUR de 2017. En consecuencia, el modelo brasileño se ha regionalizado, incluyendo como característica específica que los métodos de solución de controversias son los previstos en el Protocolo de Olivos para la solución de controversias del MERCOSUR. En éste, prima el nivel interestatal con un arbitraje ad hoc, pudiendo ser posible acudir a un procedimiento de revisión permanente.

24. Centrándonos ya en la abrumadora mayoría de países que siguen abogando por la continuidad de un método específico de solución de controversias inversor-Estado, el camino a seguir cuenta con dos posturas contrapuestas, que se han visto confrontadas en las distintas reuniones del Grupo de Trabajo III de la CNUDMI. En primer lugar, algunos Estados, caso de Japón, Chile, Israel o Bahrein, defienden que es posible hacer frente a las cuestiones e inquietudes planteadas, adoptando nuevas soluciones que modifiquen el actual sistema sin romper con el mismo⁴¹. Sería algo similar a lo previsto en el Acuerdo Integral y Progresista de Asociación Transpacífico de 2018, donde se ha establecido un procedimiento de arbitraje internacional, aunque hemos de señalar que se han concertado cinco cartas bilaterales adicionales a este Tratado por parte de Nueva Zelanda con Brunei, Malasia, Perú, Vietnam y Australia, donde en relación con este último Estado se elimina la posibilidad de acudir al arbitraje inversor-Estado en todo caso, o bien con los restantes Estados se condiciona la opción del arbitraje internacional a que el Estado parte en la diferencia lo consienta de manera específica⁴². Igualmente, esta misma idea de un arbitraje muy reformado se consagra en el Acuerdo Comercial entre Estados Unidos, México y Canadá (USMCA), que viene a sustituir al TLCAN. En el mismo también se ha incluido al

³⁹ Vid. Documento presentado por el Gobierno de Brasil, de 28 de marzo de 2019, en preparación del 38º periodo de sesiones del Grupo de Trabajo III, A/CN.9/WG.III/WP.171.

⁴⁰ G. VIDIGAL Y B. STEVENS, “Brazil’s New Model of Dispute Settlement for Investment: Return to the Past or Alternative to the Future”, *Journal of World Investment & Trade*, Vol.19, 2018, pp.485-499.

⁴¹ Observaciones de los gobiernos de Chile, Israel y el Japón, en preparación del 37º periodo de sesiones del Grupo de Trabajo III, 15 de marzo de 2019, AC/CN.9/WG.III/WP.163; Observaciones del gobierno de Bahrein, en preparación del 38º periodo de sesiones del Grupo de Trabajo III, 29 de agosto de 2019, AC/CN.9/WG.III/WP.180.

⁴² Estas cartas pueden consultarse en <https://www.mfat.govt.nz/en/trade/free-trade-agreements/free-trade-agreements-in-force/cptpp/comprehensive-and-progressive-agreement-for-trans-pacific-partnership-text/#side>. Además, Nueva Zelanda, Canadá y Chile han emitido una declaración conjunta sobre el arreglo de diferencias inversor-Estado, para trabajar sobre esta cuestión e incluir la práctica futura en una posible revisión del CPTPP. Vid. esta declaración, en <https://www.mfat.govt.nz/assets/CPTPP/CPTPP-Joint-Declaration-ISDS-Final.pdf>.

arbitraje inversor-Estado para resolver las controversias en inversiones extranjeras, aunque limitado únicamente a las relaciones Estados Unidos-México⁴³.

25. Por otra parte, una posición totalmente diferente es defendida por la Unión Europea y Canadá, quienes abogan por una reforma estructural sistémica mediante la creación de un tribunal multilateral de inversiones, diseñado en dos niveles. Para la Unión Europea, además, es la opción única, una idea apoyada por la Comisaria C. M Malmström, en su discurso en Bruselas el 22 de noviembre de 2018 titulado “A Multilateral Investment Court: a Contribution to the Conversation about Reform of Investment Dispute Settlement” en donde manifiesta que “*The European Union believes that systemic reform is how we can address these concerns – and that only one of the options on the table can effectively address these concerns. That is the creation of a permanent body to resolve investment disputes – a multilateral investment court*”⁴⁴. En efecto, para la Unión Europea, los distintos problemas y cuestiones planteadas por el sistema de solución de controversias inversor-Estado en su estado actual no pueden solucionarse meramente con una reforma progresiva de determinados aspectos procesales, ya que muchas de esas cuestiones están interrelacionadas entre sí y tienen un carácter sistémico, lo que requiere una reforma institucional radical. Sólo desde esta forma de actuar todos los problemas identificados y que han de solucionarse, podrían resolverse de manera satisfactoria.

26. Se ha de señalar, por último, que junto con estas dos principales maneras de afrontar la reforma del sistema de solución de controversias inversor-Estado, hay una tercera vía que, aunque institucionalmente supone también un cambio sistémico, podríamos decir que es intermedia entre las dos anteriores, pues se defiende -China se ha convertido en su principal valedor- la adopción de un mecanismo único de apelación de los laudos, con lo que el sistema actual descentralizado de tribunales arbitrales ad hoc sería, por así decirlo, la primera instancia⁴⁵. La adopción de este mecanismo de apelación permanente tendría como objetivo terminar con las decisiones arbitrales que mantienen interpretaciones diametralmente opuestas en relación con disposiciones idénticas o muy similares contempladas en los distintos AII. Un recurso de apelación implica, por tanto, la creación de un órgano permanente con competencia para llevar a cabo una revisión sustantiva de las sentencias dictadas por los tribunales arbitrales. Este mecanismo se ha propuesto como un medio para mejorar la coherencia entre los laudos arbitrales, para corregir las decisiones erróneas de los tribunales arbitrales que actuarían como un primer nivel de resolución y, para mejorar la previsibilidad en la aplicación del Derecho internacional de inversiones.

27. Centrándonos en la propuesta realizada por parte de la Unión Europea de creación de un mecanismo multilateral permanente, hemos de remontarnos a finales de 2015 para encontrar el origen de aquella. En concreto, en noviembre de 2015 y a partir de las negociaciones que se estaban llevando a cabo para adoptar un Acuerdo de Libre Comercio entre la Unión Europea y Estados Unidos (Tratado Transatlántico de Comercio e Inversiones, comúnmente conocido por sus siglas en inglés TTIP), Europa va a abogar por un nuevo mecanismo de solución de controversias inversor-Estado a través de la puesta en marcha de un tribunal internacional permanente sobre inversiones abandonando el tradicional sistema basado en el arbitraje internacional. Desde ese momento, hemos de afirmar que para la Comisión Europea este nuevo sistema se ha convertido en un elemento clave e irrenunciable en sus negociaciones con sus contrapartes a la hora de adoptar sus Acuerdos sobre inversiones. En consecuencia, este sistema de resolución de controversias ha sido incluido ya en los textos de los Acuerdos con Canadá, Vietnam, Singapur y México. Y las negociaciones con Chile, China, Filipinas, Indonesia, Japón, Malasia, Myanmar y Túnez incluyen una propuesta similar.

28. El nuevo sistema incorporado se aleja en sus puntos fundamentales del arbitraje acercándose a un procedimiento judicial, configurándose un sistema de justicia en dos niveles: un procedimiento ante

⁴³ Anexo 14-D del USMCA: “Solución de controversias de inversión México-Estados Unidos”.

⁴⁴ Disponible en <http://trade.ec.europa.eu/doclib/html/157512.htm>.

⁴⁵ Comunicación del gobierno de China, con miras al 38º periodo de sesiones del Grupo de Trabajo III, de 19 de julio de 2019, AC/CN.9/WG.III/WP.177.

un tribunal de primera instancia y, en segundo lugar, un órgano de apelación⁴⁶. Es un sistema donde la flexibilidad, el juego de la autonomía de las partes y el carácter definitivo del laudo como características esenciales de los procedimientos arbitrales, han quedado apartadas.

29. Esta posición de la Comisión Europea de un cambio radical en sus planteamientos respecto a los métodos de solución de controversias inversor-Estado a incluir en sus Acuerdos, ha recibido un espaldarazo definitivo recientemente con el Dictamen 1/17 emitido por el TJUE el 30 de abril de 2019, en donde se declara la compatibilidad con el Derecho de la Unión Europea del mecanismo de arreglo de diferencias inversor-Estado previsto en el Acuerdo Económico y Global entre la Unión Europea y Canadá (CETA)⁴⁷, derribando, en consecuencia, el último gran obstáculo a la ratificación y entrada en vigor de la totalidad de este Acuerdo. Este dictamen se debe al compromiso adquirido para que Bélgica pudiera dar su aprobación a la firma del Acuerdo CETA, y en concreto, en el mismo se solicitó al TJUE que éste considerase si el Sistema del Tribunal Internacional de Inversiones contemplado, va en contra de las disposiciones del Derecho europeo y en particular, sobre la función del TJUE como intérprete último del Derecho de la Unión⁴⁸.

30. En el dictamen 1/17, El TJUE ha apreciado que el sistema de tribunales internacionales de inversión no vulnera la autonomía del Derecho de la Unión, es respetuoso con el principio de igualdad de trato y con la exigencia de efectividad del Derecho de la Unión, y reúne las características propias de un tribunal independiente⁴⁹.

31. En consecuencia, el arbitraje inversor-estado para los Acuerdos de inversión europeos ad-extra, no es ya una opción y puede quedar sustituido por este nuevo sistema. Se trata de un nuevo sistema que se aleja del modelo arbitral para acercarse a uno más judicial, tal y como reconoce el propio TJUE en su dictamen 1/17⁵⁰, y que formará parte, como ya lo estaba haciendo en la práctica hasta ahora, como uno de los elementos esenciales de las negociaciones con terceros Estados por parte de la Unión Europea para adoptar Acuerdos internacionales en materia de inversiones, ofreciendo a los inversores europeos una garantía procesal independiente e imparcial respecto de los tribunales estatales, convirtiéndose además, en la única vía para hacer valer el nivel de protección sustantivo otorgado en dichos Acuerdos⁵¹.

⁴⁶ P. BERNARDINI, "Reforming Investor-State Dispute Settlement: The Need of Balance of Both Parties' Interests", *ICSID Review*, n.º.1, 2017, pp.41-49; A.M. LÓPEZ RODRÍGUEZ, "El sistema de tribunales internacionales de inversión. Posibles incompatibilidades con el Derecho europeo", *Cuadernos europeos de Deusto*, n.º.57, 2017, pp.43 y ss.; K. FACH GÓMEZ, "El Tribunal Multilateral de Inversiones: ¿Un proyecto global armonizador?", en *Derecho Procesal del siglo XXI. Visión innovadora*, Medellín, Universidad de Medellín, 2018, pp.445-463.

⁴⁷ En consonancia con las conclusiones del abogado general, Yves Bot, presentadas el 29 de enero de 2019, ECLI:EU:C:2019:72.

⁴⁸ Solicitud de dictamen presentada por el Reino de Bélgica en virtud del artículo 218 TFUE, apartado 11, DOUE C 369, de 30 de octubre de 2017, pág.2. El veto del Parlamento regional de Valonia (Bélgica), que como los restantes Parlamentos regionales de ese Estado posee competencia de acuerdo con el Ordenamiento interno para la aprobación de los Acuerdos internacionales que vinculan al Estado belga, supuso la suspensión del acto oficial de firma del Acuerdo por parte de los representantes europeos y del gobierno canadiense. Sólo una negociación "express", en la que se llegó a un compromiso interno entre el gobierno federal belga y los gobiernos regionales, luego aceptado por las autoridades europeas, de presentar esta solicitud de dictamen al TJUE, permitió que posteriormente se firmase este Acuerdo el 30 de octubre de 2016 por los representantes de ambas partes.

⁴⁹ Dictamen 1/17 del TJUE, de 30 de abril de 2019, EU:C:2019:341. Vid. Sobre el mismo, I. RODRÍGUEZ ROBLERO, "La solución de diferencias entre inversores y Estados dentro del Acuerdo Económico y Comercial Global entre Canadá y la Unión Europea conforme al Dictamen 1/17 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 30 de abril de 2019", *Unión Europea Aranzadi*, n.º.7, 2019.

⁵⁰ Dictamen 1/17 del TJUE, de 30 de abril de 2019, cit., apdo.108.

⁵¹ El sistema de tribunales internacionales de inversión tiene carácter obligatorio para ambas partes, desde el momento en que el inversor quiera hacer valer directamente las disposiciones del CETA o las de cualquier otro Acuerdo donde se contemple el mismo. Así lo reconoce el TJUE en su dictamen 1/17, cit., apdo. 198: "Por lo que se refiere al carácter obligatorio de la competencia de esos tribunales, debe señalarse que dicha competencia se impondrá no solamente al demandado, que deberá aceptarla en virtud del artículo 8.25 del CETA, sino también al inversor demandante, en el supuesto de que este pretenda invocar directamente las disposiciones del CETA. En efecto, puesto que el artículo 30.6 del CETA priva a los inversores de la posibilidad de invocar directamente este Acuerdo ante los órganos jurisdiccionales internos de las Partes, toda acción basada directamente en las disposiciones de ese Acuerdo deberá ejercitarse ante el Tribunal del CETA. A continuación, cualquier recurso contra la resolución de ese Tribunal deberá interponerse ante el Tribunal de Apelación del CETA".

32. Esta idea de rechazo del arbitraje inversor-estado en Europa, además, con anterioridad y, para los Acuerdos de inversión europeos ad-intra, ya había sido expresada por parte del TJUE en su famosa sentencia *Achmea*, de 6 de marzo de 2018, donde se señaló la incompatibilidad de las cláusulas de arbitraje inversor-Estado contenidas en estos Acuerdos Internacionales sobre Inversiones con el Derecho europeo⁵². Tras esta decisión, la Comisión europea ha defendido que los inversores europeos no pueden recurrir a los tribunales arbitrales establecidos por esos Acuerdos bilaterales intra-UE ni, en caso de litigios dentro de la UE, a los tribunales arbitrales establecidos en virtud del Tratado sobre la Carta de la Energía⁵³. Sin embargo, hasta ahora, los tribunales arbitrales, enfrentados con la objeción planteada a su competencia, basada en la decisión del TJUE en este caso, han confirmado su competencia, razonando en términos de falta de primacía del Derecho europeo respecto del Derecho internacional y en el carácter multilateral tanto del Tratado de la Carta de la Energía como de la Convención de Washington por la que se crea el CIADI⁵⁴.

33. La intención de la Comisión Europea siempre ha sido que el nuevo sistema de resolución de controversias inversor-Estado incluido en sus Acuerdos internacionales sobre inversiones que ya ha negociado y en los que está negociando, tenga un alcance global⁵⁵. Esta idea quedaba clara cuando se lee la Declaración interpretativa conjunta de Canadá y la Unión Europea y sus Estados miembros sobre el Acuerdo CETA: “*el AECG representa un cambio importante y radical en las normas de inversión y la solución de diferencias. Establece las bases para seguir desarrollando con el esfuerzo multilateral este nuevo planteamiento sobre la solución de diferencias en materia de inversiones por parte de un tribunal multilateral sobre inversiones. La UE y Canadá trabajarán con diligencia con vistas a la creación de dicho tribunal multilateral sobre inversiones, que deberá crearse una vez exista una masa crítica de participantes y deberá sustituir inmediatamente a los sistemas bilaterales como el del AECG y estar plenamente abierto a la adhesión de cualquier país que suscriba los principios de base*”⁵⁶.

34. La postura defendida por Europa dentro de la CNUDMI, en consecuencia, tal y como hemos señalado, aboga por la creación un tribunal multilateral de inversiones. Una idea que tiene su fundamento tanto en la Recomendación de Decisión del Consejo por la que se autoriza la apertura de negociaciones sobre un Convenio relativo al establecimiento de un tribunal multilateral para la solución de diferencias en materia de inversiones del año 2017⁵⁷, como en las Directrices de negociación para un Convenio relativo al establecimiento de un tribunal multilateral para la solución de diferencias en materia de inversiones, de 20 de marzo de 2018⁵⁸. Y en este mismo sentido, la decisión del TJUE en el dictamen 1/17 supone un reforzamiento muy importante de la idea de crear un tribunal multilateral de

⁵² STJUE de 6 de marzo de 2018, asunto C-284/16, *Slowakische Republik/Achmea BV*. Vid. sobre la misma, I. IRURETAGOENA AGIRREZABALAGA, “La sentencia del TJUE en el asunto *Achmea*: el adiós del arbitraje de inversiones de los APRI intra-UE en la Unión Europea (y algo más)”, *La Ley Unión Europea*, 60, 2018; I. HUALDE LOPEZ Y V. SANCHEZ POS, “El arbitraje de inversión en España tras la reciente doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, n° 2, 2018, pp. 666-672.

⁵³ Comunicación al Parlamento y al Consejo sobre la protección de la inversión intra-UE, de 19 de julio de 2018, COM (2018) 547 final, pág.29-30. A esta Comunicación le ha seguido el compromiso de 16 de enero de 2019 de los Estados miembros de la Unión Europea para la terminación de los AII intra-UE, así como el de esta misma fecha de la gran mayoría de ellos, para considerar que el ECT (Tratado de la Carta de la Energía) no pueda servir de fundamento para iniciar un arbitraje entre inversores de la UE y Estados miembros. Estos compromisos pueden consultarse en la dirección electrónica: https://ec.europa.eu/info/publications/190117-bilateral-investment-treaties_en.

⁵⁴ Entre otros casos, *Vatenfall c. Alemania*, *UP c. Hungría*, *Masdar Solar c. España*, *Foresight Luxembourg c. España* y *Belenergia c. Italia*.

⁵⁵ Vid. Sobre esta cuestión, B. PEREZ DE LAS HERAS Y J. LARENA BELDARRAÍN, “¿Hacia un tribunal multilateral de inversiones? Propuestas de la Unión Europea para reformar la resolución internacional de conflictos”, *Revista Aranzadi Unión Europea*, n° 8, 2018, pp.97-114; G. ZARRA, “The New Investor-State Dispute Settlement Mechanisms Proposed by the EU and the Geneva Centre for International Dispute Settlement. A Step forward or a Hasty Reform?”, *Studi sull'integrazione europea*, n° 2, 2018, pp.389-412.

⁵⁶ <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-13541-2016-INIT/es/pdf>.

⁵⁷ COM (2017) 493 final. Vid. sobre la misma, S. DI BENEDETTO, “La proposta europea di una Corte multilaterale sugli investimenti: tra critiche all'attuale sistema di ISDS e rischi di future inefficienze”, *federalismi.it.*, n° 6, 2018, pp.10-13.

⁵⁸ 12981/17 ADD 1 DCL 1.

inversiones a imagen y semejanza del modelo de tribunales internacionales de inversión establecido a nivel europeo para sus Acuerdos de inversiones ad-extra. En este sentido es muy relevante lo declarado por parte del TJUE al señalar que *“de estos elementos resulta que el Derecho de la Unión no se opone a que el capítulo ocho, sección F, del CETA prevea la creación de un Tribunal, un Tribunal de Apelación y, posteriormente, un Tribunal Multilateral sobre Inversiones ni a que aquel les atribuya la competencia para interpretar y aplicar las disposiciones del acuerdo a la luz de las normas y principios del Derecho internacional aplicables entre las Partes”*⁵⁹.

35. La idea de la Unión Europea es que este nuevo sistema se parezca en sus puntos esenciales a lo ya previsto en el CETA y los otros Acuerdos ya adoptados con Vietnam, Singapur y México, aunque claro está, dada la naturaleza bilateral de este último, han de cambiarse algunas cuestiones que tuvieran en cuenta la multilateralidad de este tribunal⁶⁰. Partiendo de la idea de que se deberían de incluir medios de resolución de controversias alternativos previos como la mediación, el mecanismo permanente tendría, por tanto, dos niveles de resolución. Un tribunal de primera instancia que enjuiciaría el caso que se le presentase, investigaría los hechos y aplicaría la legislación aplicable, y un tribunal de apelación que conocería de los recursos procedentes de primera instancia.

36. Entre los puntos esenciales que deberían de regularse se encontrarían: el diseño de un método para la designación y composición de los miembros de este tribunal multilateral ampliando lógicamente, su ámbito geográfico y tomando en consideración la diversidad de sexos, que esté dominado por los principios de consistencia y transparencia para garantizar la independencia y la imparcialidad. La actuación de los miembros del tribunal habría de ser a tiempo completo, siendo necesario determinar cuál ha de ser su tipo de remuneración. El establecimiento de unos estrictos requisitos éticos a los que estarían sometidos los miembros de este tribunal, así como especificar de forma clara las cualificaciones precisas de éstos. La inclusión de mecanismos que garanticen el control interpretativo de los AIIs por parte de los Estados contratantes ya sea, mediante interpretaciones vinculantes realizadas por órganos conjuntos, o mediante la posibilidad de participación de un Estado no contendiente parte del Acuerdo. La adopción de un procedimiento con total transparencia y que permita la participación de terceros no contendientes del tipo “amicus curiae”. También se señala, como una innovación, que podría contemplarse la posibilidad de que este tribunal multilateral también pueda resolver las controversias interestatales. Habría de estudiarse, igualmente, la asignación de los costes económicos derivados del funcionamiento del tribunal, que podría plantearse en forma de cuotas a pagar por los Estados parte en este mecanismo. Por último, tendría que evaluarse un régimen que permitiese el reconocimiento y ejecución de las decisiones adoptadas en todos los Estados contratantes del Acuerdo, aunque sobre esta última cuestión, la Unión Europea considera que, a su parecer, podría estimarse que las decisiones emitidas por este tribunal son laudos dictados por un órgano arbitral permanente, lo que permitiría su reconocimiento y ejecución mediante la Convención de Nueva York de 1958⁶¹.

37. Este tribunal multilateral resolvería las controversias tanto respecto a los existentes Acuerdos Internacionales como los futuros que se lleguen a celebrar. En el caso de la Unión Europea, la idea es que sustituya a los distintos tribunales internacionales de inversiones diseñados de una manera similar que se han ido incluyendo en los distintos Acuerdos bilaterales hasta ahora adoptados. Para lograr este objetivo de tener un amplio ámbito de aplicación, podría ser posible utilizar un modelo similar al contemplado en la Convención de Mauricio sobre la transparencia en los arbitrajes entre inversionis-

⁵⁹ Dictamen 1/17 del TJUE, de 30 de abril de 2019, cit., apdo.118. El subrayado es nuestro.

⁶⁰ Véase esta posición en el documento presentado por la Unión Europea y sus Estados miembros al Grupo de Trabajo III de la CNUDMI, de 18 de enero de 2019, titulado “Creación de un mecanismo permanente para la solución de controversias internacionales en materia de inversiones”, para el 37º periodo de sesiones, A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1.

⁶¹ En un sentido totalmente contrario a lo mantenido por la Unión Europea se han manifestado anteriormente, C.N. BROWER Y J. AHMAD, “From the Two-Headed Nightingale to the Fifteen-Headed Hydra: The Many Follies of the Proposed International Investment Court”, *Fordham International Law Journal*, n.º 4, 2017, pp.805-808; P. BERNARDINI, “Reforming Investor-State Dispute Settlement...”, *opc.it.*, p.49. La eliminación de la autonomía de las partes en la designación de los miembros del tribunal como atributo esencial del arbitraje, es la clave de estas posiciones.

tas y Estados en el marco de un tratado, de tal manera que una controversia relativa a un Tratado ya existente entre dos países sería conocida por este tribunal multilateral si ambos Estados fuesen Estados contratantes del Acuerdo por el que se crea este tribunal multilateral de inversiones y ambos países no han declarado que dicho Tratado sobre inversiones no quede sometido a este nuevo tribunal multilateral.

IV. El centro de asesoramiento como punto de encuentro de las diferentes posiciones contrapuestas

38. En lo que parece cada vez existir un importante y creciente apoyo por parte de los distintos Estados es en la necesidad de establecer un Centro de asesoramiento sobre el Derecho internacional de inversiones, similar al del Centro de Asesoría Legal en Asuntos de la OMC⁶². Este último, fue adoptado en 2001 y tiene tres funciones principales: a) asesoramiento jurídico sobre el Derecho de la OMC, b) apoyo durante el procedimiento de solución de diferencias de la OMC, y c) capacitación de funcionarios públicos⁶³.

39. La idea actual en las negociaciones dentro del Grupo de Trabajo III de la CNUDMI consiste en que la creación de este Centro de Asesoramiento sea posible con independencia de que la reforma final de la estructura del sistema de solución de controversias inversor-Estado, se produzca de una manera sistémica o no⁶⁴. Su establecimiento tendría como más importante objetivo prestar el apoyo necesario a los países menos desarrollados cuando se ven envueltos como demandados en una controversia de este tipo⁶⁵ y, también si se considerase oportuno, a las pymes y a las personas físicas cuando actúen como demandantes. Entre sus funciones se encontrarían:

- a) La asistencia en la organización de la defensa, ayudando a los Estados en la preparación de la defensa en las controversias suscitadas, incluyendo la evaluación prima facie de los puntos fuertes y débiles del caso. También podría realizarse por parte del Centro, una evaluación temprana de los riesgos que supone la demanda concreta para así determinar la estrategia a seguir, siendo posible aconsejar el uso de medios alternativos de solución de controversias como la mediación.
- b) El apoyo durante los procesos de solución de controversias, prestando dicha ayuda en distintos aspectos, como serían la selección y nombramiento de los decisores, asesoramiento y apoyo en el caso de recusación de un árbitro, y asistencia para la contratación de abogados y nombramientos de expertos. También se incluiría en dicho apoyo, ayudar a los equipos de defensa a que los escritos presentados tengan un nivel de calidad importante en su redacción. Por último, también proporcionaría ayuda a la asistencia letrada en las audiencias orales en la defensa de los argumentos esgrimidos por la parte estatal.
- c) Un servicio de asesoramiento en cualquier momento, que permitiría la posibilidad de asistir a los Estados para evaluar y en su caso modificar el texto de sus Acuerdos, ayudar a los Estados a establecer sistemas de detección temprana y prevención de controversias, así como organismos de coordinación que resuelvan mediante respuestas adecuadas las controversias en una fase inicial al mismo tiempo que, pudiera evaluar si la medida objeto de la controver-

⁶² Así se desprende de los documentos presentados al 38 ° periodo de sesiones del Grupo III, por parte de Marruecos, Tailandia, Costa Rica, Turquía, Corea del Sur y La Unión Europea y sus Estados miembros.

⁶³ A. MANERO SALVADOR, “El Centro de asesoramiento legal en asuntos de la organización mundial del comercio”, en *Temas actuales de Derecho Comercial*, Lima, Normas Legales, 2004, pp.925-937.

⁶⁴ Véase el Documento presentado por la Secretaría titulado “Centro de Asesoramiento”, de 25 de julio de 2019, A/CN.9/WG.III/WP.168.

⁶⁵ En este sentido, K. SAUVANT, se muestra especialmente favorable a la creación de un Centro de este tipo ya que “*establishing an Advisory Centre on International Investment Law would be very desirable. It could be an independent international institution tasked with assisting under-resourced developing countries in defending themselves adequately in international investment disputes*”, “The Case for an Advisory Centre on International Investment Law”, *Kluwer Arbitration Blog*, 17 de octubre de 2019, disponible en <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/10/17/the-case-for-an-advisory-centre-on-international-investment-law/>.

sia pudiera suponer un incumplimiento de alguna de sus obligaciones convencionales. Este servicio de asesoramiento también permitiría la posibilidad de habilitar vías alternativas de solución de controversias, así como el fortalecimiento de la capacidad e intercambio de las mejores prácticas en este ámbito.

- d) El establecimiento de servicios de solución de controversias por vías alternativas para contribuir a encontrar soluciones tempranas a las controversias. Ello podría potenciarse, sobre todo, en el periodo previsto de manera obligatoria en muchas cláusulas de AIIs de realización de negociaciones previas y posible acuerdo mediante una solución amistosa. Las funciones del Centro de asesoramiento en este caso podrían ser amplias, como puede ser el llevar a cabo todo el proceso de solución de controversias por vía alternativa, hasta más restringidas de tal manera que únicamente mantendría una lista de expertos disponibles para actuar como mediadores al comienzo del proceso. El Centro de asesoramiento también contribuiría a que los métodos alternativos de solución de controversias se apliquen debidamente, lo que constituye un requisito indispensable para los funcionarios públicos encargados de negociaciones que están sometidos a escrutinio público. Esto les ayudaría a resolver las controversias sin temor a ser objeto de críticas públicas o denuncias de corrupción.
- e) Por último, el Centro de asesoramiento sería también un foro permanente para la capacitación de funcionarios públicos y un medio de intercambio de toda la información existente para ayudar a los Estados en materia de inversiones internacionales.

40. Con la creación de este Centro de asesoramiento se da respuesta a algunas de las críticas planteadas, especialmente, en relación con el coste y duración de los procedimientos, que suponen una carga financiera excesiva para las partes, especialmente para los países en desarrollo. Primero, porque sus actividades fomentan y desarrollan la prevención de controversias, solucionándolas sin llegar al nivel litigioso. Igualmente, porque al apoyar soluciones alternativas como la mediación, también ahorra costes y duración en los procedimientos, además de permitir mantener las relaciones a largo plazo entre el inversor y el Estado receptor de la inversión. Pero además con una mejor organización de la defensa, se coordinan de manera eficiente los distintos organismos estatales que se ven envueltos en una controversia de este tipo, lo que repercute directamente en la duración del procedimiento y como fácilmente se puede deducir, a menor duración, menores costes.

41. Por otra parte, también con la creación de este Centro de Asesoramiento se incentivaría el derecho al acceso a la justicia -pensemos en las pymes y personas físicas como demandantes- y, por último, mediante la labor de asistencia a los Estados en la mejora en la redacción y contenido de sus Acuerdos internacionales, podría lograrse una mayor corrección y uniformidad en los fallos de los órganos decisores en un futuro.

42. Teniendo presente que este Centro habría de prestar sus funciones de forma competente e independiente, sin ninguna influencia política, las cuestiones que plantea la creación de un Centro de este tipo y que han de ser solucionadas son de distinta índole. Entre ellas cabe destacar, en primer lugar, su posible forma y estructura, determinando si será o no un órgano independiente de una institución, o si puede adoptar la forma de una organización intergubernamental con independencia jurídica, o como fondo fiduciario. Y, en segundo lugar, la financiación necesaria para el funcionamiento de dicho Centro, la cual vendría ciertamente influenciada en gran medida por la estructura elegida, los beneficiarios posibles de sus funciones, así como su ubicación en un solo lugar o a nivel regional.