

Hacia un posible cambio en el sistema de resolución de controversias entre Estado e Inversionista

Rodrigo Farías Díaz*

Principia No. 7–2022 pp. 25–38

Resumen: Desde hace no mucho tiempo la Unión Europea, principalmente, ha impulsado la creación de Tribunales Permanentes de Inversiones y Tribunales Multilaterales de Inversiones, lo cual, hasta la fecha, ha plasmado en tres tratados suscritos, pero aún no vigentes. Esto se presenta como una alternativa al arbitraje entre Estado e inversionista, el cual ha sufrido una gran cantidad de críticas en los últimos años. Frente a esto, el Grupo de Trabajo III de la CNUDMI ha estado elaborando propuestas para reformar el sistema de resolución de controversias entre Estado e Inversionista, considerando entre ellas las propuestas de la Unión Europea. Desde la óptica del arbitraje de inversión, esto presenta un gran cambio que podría materializarse en los próximos años.

Abstract: Not so long ago, the European Union has promoted the creation of Permanent Investment Courts and Multilateral Investment Courts, which, to date, has been embodied in three treaties signed, but not yet in force. This is presented as an alternative to investor-State arbitration, which has suffered a great deal of criticism in recent years. As a result, UNCITRAL's Working Group III has been developing proposals to reform the Investor-State Dispute Settlement, including the proposals of the European Union. From the point of view of investment arbitration, this presents a major change that could materialize in the coming years.

Palabras Claves: Mecanismos de resolución de controversias entre Estado e Inversionista | Tribunales Permanentes de Inversiones | Tribunales Multilaterales de Inversiones | Arbitraje de Inversión

Keywords: Investor-State Dispute Settlement | Permanent Investment Tribunals | Multilateral Investment Tribunals | Investment Arbitration

* Abogado egresado de la Universidad Montevideo, magna cum laude, (2020). Egresado del Programa de Estudios Avanzados en Arbitraje de la Universidad Montevideo (2022). Subdirector de Derecho y Sociedad. Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Montevideo. Junior Counsel en Dentons.

Sumario: I. Introducción, II. Historia del arbitraje de inversión, III. Características del arbitraje de inversión, IV. Propuestas sobre los tribunales permanentes de inversiones, V. Diferencias y similitudes entre el arbitraje de inversión y los tribunales permanentes de inversión, VI. Consideraciones finales sobre el futuro del sistema de resolución de controversias entre Estado e Inversionista, VII. Conclusiones

I. Introducción

El sistema de resolución de controversias entre Estado e inversionista cuenta con una serie de mecanismos que, dependiendo del caso concreto, permiten al inversionista someter sus disputas ante determinada autoridad.

El mecanismo más utilizado es el arbitraje entre Estado e inversionista, aun cuando existen otros que suelen contemplarse. Adicionalmente, este mecanismo debe preverse en tratados, leyes o contratos. Ante ausencia de éstos, el inversionista internacional tiene que someterse a la jurisdicción del Estado sede de la inversión.

En los últimos años se ha presentado una propuesta de reforma del sistema de resolución de controversias entre Estado e inversionista, bajo la cual se busca la creación de Tribunales Permanentes de Inversión (TPI) para resolver las controversias derivadas de un tratado en particular, así como la creación de Tribunales Multilaterales de Inversión (TMI) para resolver las controversias

derivadas de distintos tratados. Esto presenta un cambio radical del sistema actual, el cual está dominado, casi en su totalidad, por el arbitraje de inversión.

II. Historia del arbitraje de inversión

El arbitraje de inversión es el mecanismo de resolución de controversias entre Estado e inversionista con mayor uso en la actualidad. La previsión del arbitraje de inversión, como lo conocemos hoy en día, fue concebida en los años 60 del siglo XX, cuando el Convenio del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) entró en vigor¹ y los Estados comenzaron a suscribir Tratados Bilaterales de Inversión².

Antes de que se formara el arbitraje de inversión como lo conocemos actualmente, existía el arbitraje entre Estados, el cual tuvo sus inicios con las Convenciones de la Haya para la Resolución Pacífica de Controversias

¹ El Convenio CIADI entró en vigor el 14 de octubre de 1966.

² Tratado Bilateral de Inversiones entre La República Federal de Alemania y Pakistán, suscrito el 25 de noviembre de 1959 y en vigor desde el 28 de abril de 1962. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/1387/download>.

Internacionales de 1899³ y 1907⁴. A través de dichas Convenciones se reguló el arbitraje entre Estados y se creó la Corte Permanente de Arbitraje (CPA), institución que funciona como un foro para la resolución de controversias internacionales a través de arbitraje y otros medios pacíficos de resolución de controversias⁵.

Para comienzos del siglo XX las controversias existentes entre un inversionista y un Estado eran resueltas (i) ante los tribunales competentes del Estado parte de la disputa o (ii) a través de la protección diplomática⁶. La protección diplomática es una figura que permite a un Estado presentar una reclamación a otro Estado con ocasión a un daño causado a un nacional del primer Estado por el segundo⁷. El Estado de donde el inversionista es nacional asumía la reclamación como

propia y recurría a las vías diplomáticas, judiciales e incluso a las vías de hecho para solucionarla⁸.

De esta forma se podría recurrir a arbitraje entre Estados por un daño ocasionado a un inversionista, pero en definitiva la controversia era entre ambos Estados y no entre un Estado y el inversionista. Uno de los primeros casos de arbitraje entre Estados administrados por la CPA fue entre Venezuela y Alemania, Gran Bretaña e Italia. A comienzos del siglo XX, estos tres países europeos impusieron un bloqueo naval a Venezuela con ocasión de su negativa de pagar ciertas deudas a nacionales de Alemania, Gran Bretaña e Italia. Esto concluyó en un acuerdo entre Venezuela, los países que realizaron el bloqueo y otros países con cuyos nacionales Venezuela también tenía deudas, pero no realizaron el bloqueo⁹.

³ Convención de la Haya para la Resolución Pacífica de Controversias Internacionales de 1899. Disponible en: <https://docs.pca-cpa.org/2016/01/Convenci%C3%B3n-de-1899-para-la-resoluci%C3%B3n-pac%C3%ADfica-de-controversias-internacionales.pdf>.

⁴ Convención de la Haya para la Resolución Pacífica de Controversias Internacionales de 1907. Disponible en: <https://docs.pca-cpa.org/2016/01/Convenci%C3%B3n-de-1907-para-la-resoluci%C3%B3n-pac%C3%ADfica-de-controversias-internacionales.pdf>.

⁵ “Historia”, Corte Permanente de Arbitraje, acceso el 24 de julio de 2022, <https://pca-cpa.org/es/about/introduction/history/>.

⁶ Rodrigo Polanco Lazo, “The No of Tokyo Revisited: Or How Developed Countries Learned to Start Worrying and Love the Calvo Doctrine”, *ICSID Review* 30, no 1 (2015): 175, <https://doi.org/10.1093/icsidreview/siu028>.

⁷ Dámaso Javier Vicente Blanco, “La protección de las inversiones extranjeras y la codificación internacional del arbitraje”, *Agenda Internacional* 1, no 3 (1995): 114, <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/agendainternacional/article/view/7145>.

⁸ José Ignacio Hernández G., *Derecho Administrativo y arbitraje internacional de inversiones* (Caracas: Editorial Jurídica Venezolana y Centro para la Integración y el Derecho Público, 2016), 151. Véase también: María Angélica Burgos-De la Ossa y Nicolás Lozada-Pimiento, “La protección diplomática en el marco de las controversias internacionales de inversión”, *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, no 15 (2009): 248, <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82420290009>.

⁹ Estos países fueron: Bélgica, Francia, México, Reino de los Países Bajos, España, Suecia y Noruega y Estados Unidos de América.

El arbitraje ocurrió debido a que Alemania, Gran Bretaña e Italia alegaban tener un derecho preferencial frente a los demás países, ya que realizaron el bloqueo, siendo así declarado por el Tribunal Arbitral.

Este caso ilustra un claro ejemplo de cómo se resolvían las controversias entre Estados e inversionistas para la época, siendo que las potencias mundiales podían hacer uso de la fuerza sobre demás países para reclamarles por el trato a sus nacionales. Sin embargo, en 1907 se firmó en La Haya el Convenio Relativo a la Limitación del Empleo de la Fuerza para el Cobro de Deudas Contractuales¹⁰, mediante la cual se acordó no hacer uso de la fuerza contra otro Estado en los casos de cobro de deudas contractuales reclamadas como debidas a sus nacionales, a menos que el Estado deudor (i) se rehusara o no diera respuesta a una oferta de arbitraje; (ii) hiciere imposible el procedimiento arbitral o (iii) no cumpliera con el laudo¹¹.

El primer arbitraje llevado entre un Estado y un particular fue el de Radio Corporation of America (RCA) contra China en 1934¹². Desde ese momento comenzaron a surgir los arbitrajes entre Estados y particulares. Después de la segunda Guerra Mundial, se promovió la creación de acuerdos multilaterales con mecanismos de protección de inversiones, presentándose en 1959 el Proyecto de Convención sobre Inversiones Extranjeras¹³. A pesar de que esta propuesta no prosperó, sirvió como inspiración para los Tratados Bilaterales de Inversión, ya que consagraba la idea de estándares de protección de inversiones y el arbitraje como mecanismo para resolver las controversias entre el Estado y el inversionista¹⁴.

El primer Tratado Bilateral de Inversión fue suscrito entre Alemania y Pakistán en 1959¹⁵, mientras que el primero en ser ratificado fue el Tratado Bilateral de Inversiones entre Alemania y República

¹⁰ Convenio Relativo a la Limitación del Empleo de la Fuerza para el Cobro de Deudas Contractuales. Disponible en: <https://www.dipublico.org/109748/convenio-relativo-a-la-limitacion-del-empleo-de-la-fuerza-para-el-cobro-de-deudas-contractuales-segunda-conferencia-de-la-paz-la-haya-18-de-octubre-de-1907/>.

¹¹ Polanco Lazo, "The No of Tokyo Revisited", 180.

¹² Radio Corporation of America c. China. Caso CPA 1934-01. Disponible en: <https://pca-cpa.org/en/cases/16/>.

¹³ Carlos Pablo Márquez-Escobar y Lorenzo Villegas-Carrasquilla, "Regulación e inversión extranjera: los tratados de promoción recíproca de inversiones y el estándar de trato justo y equitativo", *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional* 7, no 15 (2009): 166, <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/internationallaw/article/view/13855>.

¹⁴ Hernández G., *Derecho Administrativo y arbitraje internacional de inversiones*, 183.

¹⁵ Tratado Bilateral de Inversiones entre La República Federal de Alemania y Pakistán, suscrito el 25 de noviembre de 1959 y en vigor desde el 28 de abril de 1962. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/1387/download>.

Dominicana¹⁶. Pocos años más tarde, en 1965, fue firmado el Convenio del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), el cual entró en vigor en 1966¹⁷. Adicional a esto, en 1976, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) aprobó su Reglamento de Arbitraje, el cual sirve para solucionar distintos tipos de controversias, incluidas aquellas entre Estados e inversionistas¹⁸.

Cada Tratado Bilateral de Inversión es diferente. Éstos establecen estándares de protección más o menos amplios y las nociones que los inspiran han evolucionado en los últimos 60 años. Sin embargo, el mecanismo de resolución de controversias entre Estado e inversionista contemplado en ellos ha permanecido casi inmutable y ha sido, por excelencia, el arbitraje de inversión. Dicho mecanismo no ha sufrido mayores cambios, aunque en la última década se ha impulsado la creación de TPI y TMI, lo cual podría significar un cambio radical en caso de implementarse.

III. Características del arbitraje de inversión

Antes de indagar en la novedosa propuesta de los TPI y TMI, es necesario conocer al arbitraje de inversión, el cual es el mecanismo de resolución de controversias entre Estado e inversionista con mayor adopción.

El arbitraje de inversión, a diferencia del arbitraje contractual, versa sobre el incumplimiento de estándares consagrados en tratados o en leyes de inversión. En su gran mayoría, los arbitrajes de inversión se basan en Tratados Bilaterales de Inversión. Por esta razón, el arbitraje contractual se limita a disputas derivadas de la relación contractual, aunque sea entre un Estado y un inversionista, mientras que el arbitraje de inversión tiene un alcance más amplio, el cual se basa en la violación de los estándares consagrados en el tratado aplicable¹⁹.

Para poder acudir a arbitraje es necesario que las partes así lo convengan mediante un acuerdo. En el caso de arbitraje de inversión, se entiende que el Estado realiza una oferta unilateral para someter la disputa a arbitraje a través del tratado y

¹⁶ El Tratado Bilateral de Inversiones entre Alemania y República Dominicana fue suscrito el 16 de diciembre de 1959 y entró en vigor el 03 de junio de 1960, Kenneth J. Vandeveld, *Bilateral investment treaties. history policy and interpretation* (New York: Oxford University Press, 2010)

¹⁷ “Acerca del CIADI”, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, acceso el 24 de julio de 2022, <https://icsid.worldbank.org/es/acerca/CIADI>.

¹⁸ “Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI”, Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, acceso el 24 de julio de 2022, <https://uncitral.un.org/es/texts/arbitration/contractualtexts/arbitration>.

¹⁹ Hernández G., *Derecho Administrativo y arbitraje internacional de inversiones*, 135.

el inversionista la acepta²⁰. En ese momento se tiene como perfeccionado dicho acuerdo. En el caso de arbitraje contractual, el acuerdo de arbitraje se realiza entre el Estado o algún ente del Estado y el inversionista directamente²¹.

En cuanto a los temas procedimentales, el arbitraje de inversión y el contractual son muy similares, puesto que sus formas y procedimientos pueden ser los mismos. De hecho, la Reglas de Arbitraje del CIADI aplican tanto para los arbitrajes de inversión como para los arbitrajes contractuales entre Estados e inversionistas²², al igual que el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI²³.

De esta forma, temas como la constitución del tribunal arbitral, fases escritas y orales, laudos, procedimiento arbitral, nulidad, reconocimiento y ejecución de los laudos, entre otras serán iguales o similares a las del arbitraje contractual.

Una de las principales características del arbitraje es que las partes escogen a los árbitros que van a resolver su controversia. Es decir, los árbitros no forman parte de una institución permanente de resolución de controversias, sino que son escogidos para cada caso particular²⁴.

Además de eso, el arbitraje se caracteriza por no tener reglas procedimentales rigurosas, por lo cual las partes tienen la posibilidad de realizar acuerdos de cómo van a llevar a cabo el procedimiento. En este sentido, las partes pueden acordar varios aspectos, como el idioma, el lugar del arbitraje, el lugar donde se celebrarán las audiencias, el calendario procedimental, etc. Lo usual es que esto sea acordado al comienzo del procedimiento arbitral, cuando ya esté constituido el Tribunal Arbitral. En los casos en que las partes no acuerden algo, el Tribunal Arbitral tomará la decisión.

²⁰ Yaritza Pérez Pacheco, “Arbitraje CIADI y oferta unilateral”, en *Derecho de las Obligaciones*, ed. Claudia Madrid Martínez (Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2012), 368 y ss. Véase también: Hernández G., *Derecho Administrativo y arbitraje internacional de inversiones*, 134.

²¹ Nigel Blackaby et al., *Redfern and Hunter on International Arbitration* (Oxford: Oxford University Press, 2015), 53. Véase también: Hernández G., *Derecho Administrativo y arbitraje internacional de inversiones*, 134.

²² “Spotlight on Contract-based Disputes at ICSID”, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, acceso el 25 de julio de 2022, <https://icsid.worldbank.org/es/noticias-y-eventos/blogs/spotlight-contract-based-disputes-icsid>.

²³ “Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI”, Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, acceso el 24 de julio de 2022, <https://uncitral.un.org/es/texts/arbitration/contractualtexts/arbitration>.

²⁴ Natalie Morris-Sharma, “The T(h)reat of Party Autonomy in ISDS Arbitrator Selection: Any Options for Preservation?”, en *Evolution and Adaptation: The Future of International Arbitration, ICCA Congress Series*, ed. Jean Engelmayr Kalicki y Mohamed Engelmayr Kalicki, vol. 20 (The Hague: International Council for Commercial Arbitration / Kluwer Law International, 2020), 434, <https://www.ssrn.com/abstract=3594997>.

Un último aspecto relevante del arbitraje es que los laudos arbitrales pueden ser ejecutados en casi cualquier lugar del mundo. En el caso de los arbitrajes bajo el Convenio CIADI, los laudos son reconocidos automáticamente por los Estados miembros del Convenio²⁵, mientras que los demás laudos podrán ser reconocidos y ejecutados de conformidad con la Convención de Nueva York²⁶.

IV. Propuestas sobre los tribunales permanentes de inversiones

El arbitraje entre Estado e inversionista ha sufrido una serie de críticas en los últimos años. Entre dichas críticas se encuentra que el procedimiento arbitral es muy costoso, que las decisiones de los tribunales arbitrales son inconsistentes y

hechos similares pueden llevar a soluciones distintas²⁷, que la imparcialidad de los árbitros es dudosa, puesto que son nombrados por las partes²⁸ y hay un grupo reducido de árbitros decidiendo la mayoría de los arbitrajes²⁹, que las decisiones suelen limitar el derecho a regular de los Estados³⁰, la falta de transparencia³¹, que no hay posibilidad de apelar, entre otras.

Si bien el propio sistema ha buscado mejorar estos aspectos, la crítica sigue existiendo y ha llevado a proponer un cambio³², el cual consiste en la creación de TPI y TMI para que resuelvan las controversias entre Estado e inversionista³³.

²⁵ Artículo 54 del Convenio CIADI Disponible en: <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/ICSID%20Convention%20Spanish.pdf>.

²⁶ Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de Nueva York). Disponible en: <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/new-york-convention-s.pdf>.

²⁷ Seung-Woon Lee, “ISDS Reform: Analysis on Establishing a Multilateral Investment Court System”, *Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management* 87, n° 4 (2021): 486. Agata Zwolankiewicz, “Multilateral Investment Court – a Cure for Investor-State Disputes Under Extra-EU International Investment Agreements?”, *Groningen Journal of International Law* 9, n° 1 (2021): 199, <https://doi.org/10.21827/GroJIL.9.1.195-211>.

²⁸ Morris-Sharma, “The T(h)reat of Party Autonomy in ISDS Arbitrator Selection”, 434.

²⁹ Margie-Lys Jaime, “Chapter 7: Reshaping Investor-State Dispute Settlement Through an Appellate Review Mechanism”, en *The Investor-State Dispute Settlement System: Reform, Replace or Status Quo?*, ed. Alan M. Anderson y Ben Beaumont (The Hague: Kluwer Law International, 2022), 138. Lee, “ISDS Reform: Analysis on Establishing a Multilateral Investment Court System”, 489.

³⁰ Zwolankiewicz, “Multilateral Investment Court – a Cure for Investor-State Disputes Under Extra-EU International Investment Agreements?”, 200.

³¹ Zwolankiewicz, “Multilateral Investment Court – a Cure for Investor-State Disputes Under Extra-EU International Investment Agreements?”, 201.

³² Morris-Sharma, “The T(h)reat of Party Autonomy in ISDS Arbitrator Selection”, 437. Zwolankiewicz, “Multilateral Investment Court – a Cure for Investor-State Disputes Under Extra-EU International Investment Agreements?”, 204.

³³ Venetia Argyropoulou, “Chapter 2: ISDS Reform in the EU: Are We There Yet?”, en *The Investor-State Dispute Settlement System: Reform, Replace or Status Quo?*, ed. Alan M. Anderson y Ben Beaumont (The Hague: Kluwer Law International, 2022), 52.

Este cambio ha sido impulsado por la Unión Europea³⁴ y actualmente el Grupo de Trabajo III de la CNUDMI³⁵ se encuentra analizando dicha propuesta. Además de ello, la Unión Europea ha suscrito tres tratados que contemplan esta figura³⁶: (i) Acuerdo Económico y Comercial Global entre Canadá y la Unión Europea (CETA)³⁷; (ii) Acuerdo de Protección de Inversiones entre la Unión Europea y Singapur³⁸ y (iii) Acuerdo de Protección de Inversiones entre la Unión Europea y sus Estados Miembros y Vietnam³⁹. Si bien, ninguno de estos tratados está en vigencia, son los únicos que contemplan esta figura, por lo cual es importante destacar los elementos más relevantes ahí establecidos.

En líneas generales, los tres tratados contemplan el mecanismo de resolución de controversias entre Estado e

inversionista de manera muy similar. En cada tratado se contempla la creación de un TPI para las controversias que surjan, en virtud de dicho tratado, entre los inversionistas de un Estado y el otro Estado. De esta forma cada tratado tiene su propio TPI.

Estos tribunales están conformados por miembros prenombrados entre los cuales se rotarán para resolver cada controversia⁴⁰. En los tratados se establecen las normas relativas a la selección de dichos miembros, duración, forma de designación para cada caso, entre otras.

A pesar de que existe un TPI para cada uno de estos tratados, es importante destacar que las demandas se pueden presentar de conformidad con el Convenio CIADI, el Mecanismo Complementario del CIADI, el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI

³⁴ Morris-Sharma, “The T(h)reat of Party Autonomy in ISDS Arbitrator Selection”, 440. Nikos Lavranos y Tania Singla, “Achmea: Groundbreaking or Overrated?”, *German Arbitration Journal* 16, n° 6 (2018): 354. Kabir A N Duggal y Laurens H van de Ven, “The 2019 Netherlands Model BIT: Riding the New Investment Treaty Waves”, *Arbitration International* 35, n° 3 (2019): 356, <https://doi.org/10.1093/arbint/aiz013>.

³⁵ Duggal y van de Ven, “The 2019 Netherlands Model BIT”, 356.

³⁶ Lee, “ISDS Reform: Analysis on Establishing a Multilateral Investment Court System”, 492.

³⁷ Acuerdo Económico y Comercial Global entre Canadá y la Unión Europea y sus Estados Miembros (CETA), suscrito el 30 de octubre de 2016, aun no en vigor. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/3593/download>.

³⁸ Acuerdo de Protección de Inversiones entre la Unión Europea y sus Estados Miembros y la República de Singapur, suscrito el 15 de octubre de 2018, aun no en vigor. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5714/download>.

³⁹ Acuerdo de Protección de Inversiones entre la Unión Europea y sus Estados Miembros y la República Socialista de Vietnam, suscrito el 30 de junio de 2019, aun no en vigor. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5868/download>.

⁴⁰ Piero Bernardini, “Reforming Investor-State Dispute Settlement: The Need to Balance Both Parties’ Interests”, *ICSID Review* 32, n° 1 (2017): 42, <https://doi.org/10.1093/icsidreview/siw035>.

o cualquiera que el Estado e inversionista acuerden. De esta forma, las reglas del procedimiento serán las que el inversionista escoja, siendo, mutatis mutandis, las mismas reglas que se aplicarían a un arbitraje⁴¹. Adicional a esto, el CIADI juega un papel fundamental, puesto que en los tres tratados se establece que el Secretariado del CIADI actuará como Secretaría del TPI.

Por otro lado, en los tres tratados se contempla la figura del tribunal de apelación, el cual servirá para reconsiderar los laudos cuando: (i) haya errores en la aplicación o interpretación del derecho aplicable; (ii) haya errores manifiestos en la apreciación de los hechos, incluyendo la apreciación de derecho nacional competente o (iii) se configuren alguna de las causales de anulación de laudos CIADI contemplados en el artículo 52(1)(a)-(e) del Convenio CIADI⁴².

Un aspecto importante por destacar es que en los tres tratados se establece la posibilidad de que se constituya un TMI que sustituya al TPI particular creado para cada tratado⁴³. Bajo ese esquema, en cada tratado se establece que se hará una transición entre el TPI contemplado en éste y el TMI que se cree.

La creación de un TMI es algo que la Unión Europea ha estado evaluando y promoviendo⁴⁴. De esta forma sería necesario que una cantidad significativa de países adopten un tratado que cree dicho TMI, el cual resuelva las disputas entre un Estado y un inversionista de otro Estado cuando estos Estados le den jurisdicción a través de sus propios tratados⁴⁵.

V. Diferencias y similitudes entre el arbitraje de inversión y los tribunales permanentes de inversión

Hasta el momento solo podemos comparar al arbitraje de inversión y a los TPI, puesto que no hay ningún TMI

⁴¹ Nikolaus Pitkowitz, Alice Fremuth-Wolf, y Anna Katharina Radschek, "Chapter V: The Vienna Innovation Propositions, The Vienna Innovation Propositions: Venturing into New Fields and New Ways of Arbitration – Revisiting Traditional Ways of Arbitration", en *Austrian Yearbook on International Arbitration 2019*, ed. Christian Klausegger, Peter Klein, et al. (Vienna: Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2019), 584. Richard Happ y Sebastian Wuschka, "From the Jay Treaty Commissions Towards a Multilateral Investment Court: Addressing the Enforcement Dilemma", *Indian Journal of Arbitration Law* VI, n° 1 (2017): 120.

⁴² Jaime, "Chapter 7: Reshaping Investor-State Dispute Settlement Through an Appellate Review Mechanism", 146. Bernardini, "Reforming Investor-State Dispute Settlement", 43.

⁴³ Morris-Sharma, "The T(h)reat of Party Autonomy in ISDS Arbitrator Selection", 446. Argyropoulou, "Chapter 2: ISDS Reform in the EU: Are We There Yet?", 51. N. Jansen Calamita, "The Challenge of Establishing a Multilateral Investment Tribunal at IC", *ICSID Review* 32, n° 3 (2017): 615 y 616.

⁴⁴ Colin M. Brown, "A Multilateral Mechanism for the Settlement of Investment Disputes. Some Preliminary Sketches", *ICSID Review* 32, n° 3 (2017): 682. Lavranos y Singla, "Achmea: Groundbreaking or Overrated?", 354.

⁴⁵ Lavranos y Singla, "Achmea: Groundbreaking or Overrated?", 354.

creado hasta la fecha. Sin embargo, es importante indicar que el Grupo de Trabajo III de la CNUDMI está en sesiones para evaluar la creación de uno o varios TMI⁴⁶.

En definitiva, los TPI son una respuesta a las críticas hechas al arbitraje de inversión, puesto que, solo cambian aspectos puntuales, aunque muy importantes, de este mecanismo⁴⁷.

Mediante los TPI todavía existe un procedimiento bajo reglas de arbitraje⁴⁸, pues las reglas aplicables al procedimiento son las del Convenio CIADI, el Mecanismo Complementario del CIADI, las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI u aquellas que las partes acuerden. Esto quiere decir que el procedimiento será muy similar al que estamos acostumbrados con el arbitraje.

Adicionalmente, la decisión de los TPI tiene carácter de laudo y se entienden como tal bajo lo establecido en la

Convención de Nueva York y en el Convenio CIADI, dependiendo de que reglas aplicables al procedimiento particular. Por más de que los tratados establezcan que son ejecutables de conformidad con la Convención de Nueva York y el Convenio CIADI⁴⁹, hay posturas que establecen que esto no es posible⁵⁰. Esto requiere de un análisis más profundo y no sabremos con exactitud su eficacia hasta que se implemente en la práctica.

Ahora bien, el cambio significativo y radical es que la figura de árbitros desaparece y ahora decidirán tres miembros de los TPI⁵¹. De esta forma, las partes no cuentan con la posibilidad de nombrar a los árbitros que van a resolver su disputa, característica fundamental del arbitraje⁵². La finalidad de esto es garantizar la independencia,

⁴⁶ “Grupo de Trabajo III: Reforma del Sistema de Solución de Controversias entre Inversionistas y Estados | Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional”, Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, acceso el 25 de julio de 2022, https://uncitral.un.org/es/working_groups/3/investor-state.

⁴⁷ Morris-Sharma, “The T(h)Reat of Party Autonomy in ISDS Arbitrator Selection”, 437. Zwolankiewicz, “Multilateral Investment Court – a Cure for Investor-State Disputes Under Extra-EU International Investment Agreements?” 204.

⁴⁸ Happ y Wuschka, “From the Jay Treaty Commissions Towards a Multilateral Investment Court: Addressing the Enforcement Dilemma”, 122.

⁴⁹ Bernardini, “Reforming Investor-State Dispute Settlement”, 43.

⁵⁰ Happ y Wuschka, “From the Jay Treaty Commissions Towards a Multilateral Investment Court: Addressing the Enforcement Dilemma”, 122 y ss. Alvaro Galindo, David L. Attanasio, y Ana Maria Duran, “Chapter 27: The New York Convention’s Concept of Arbitration and the Enforcement of Multilateral Investment Court Decisions”, en *60 Years of the New York Convention: Key Issues and Future Challenges*, ed. Katia Fach Gomez y Ana M. Lopez-Rodriguez (The Hague: Kluwer Law International, 2019), 459 y ss.

⁵¹ Morris-Sharma, “The T(h)Reat of Party Autonomy in ISDS Arbitrator Selection”, 440 y 441.

⁵² Pitkowitz, Fremuth-Wolf, y Radschek, “Chapter V: The Vienna Innovation Propositions, The Vienna Innovation Propositions: Venturing into New Fields and New Ways of Arbitration – Revisiting Traditional Ways of Arbitration”, 584.

imparcialidad y exactitud⁵³. En definitiva, los miembros de los TPI serían nombrados por los Estados o por comités creados por ellos⁵⁴, eliminando la posibilidad de que los inversionistas tengan posibilidad alguna de elegirlos. Esto podría llevar a considerar que los miembros de los TPI decidirán conforme a los intereses de los Estados⁵⁵.

De hecho, en ninguno de los tratados mencionados de la Unión Europea se denomina a quienes deciden como “árbitros”, lo cual parece ser un ajuste simbólico que responde a las diversas críticas sobre los árbitros nombrados por las partes⁵⁶.

Por otro lado, este esquema plantea la interrogante de si los miembros del TPI decidirán la controversia de una mejor manera a como lo harían unos árbitros nombrados por las partes⁵⁷. Es importante recordar que las partes de un arbitraje buscan que los árbitros sean lo más especializados posible para que puedan resolver la controversia de la

mejor manera. Esto podría verse comprometido y ser una consecuencia negativa de la adopción de TPI.

Adicional a esto, este sistema permite la posibilidad de que las decisiones de los TPI sean consistentes, configurándose así un precedente o jurisprudencia que pueda servir como base para la toma de decisiones⁵⁸. Esto también presenta una diferencia radical con el arbitraje, puesto que, en el sistema arbitral, las decisiones de otros tribunales arbitrales no son vinculantes para su deliberación.

Un último aspecto que también presenta una diferencia importante con el arbitraje es la posibilidad de apelar⁵⁹. El laudo emitido por el tribunal arbitral es inapelable y solo procede el recurso de nulidad, el cual se podrá presentar ante una comisión ad hoc si es un laudo CIADI⁶⁰ o, en caso de no serlo, dependerá de los tribunales de la

⁵³ Brown, “A Multilateral Mechanism for the Settlement of Investment Disputes. Some Preliminary Sketches”, 677. Stephan Wilske y Chloë Edworthy, “The Future of Intra-European Union BITs: A Recent Development in International Investment Treaty Arbitration against Romania and Its Potential Collateral Damage”, *Journal of International Arbitration* 33, n° 4 (2016): 344.

⁵⁴ Morris-Sharma, “The T(h)Reat of Party Autonomy in ISDS Arbitrator Selection”, 446. Lee, “ISDS Reform: Analysis on Establishing a Multilateral Investment Court System”, 489.

⁵⁵ Jaime, “Chapter 7: Reshaping Investor-State Dispute Settlement Through an Appellate Review Mechanism”, 144.

⁵⁶ Morris-Sharma, “The T(h)Reat of Party Autonomy in ISDS Arbitrator Selection”, 442.

⁵⁷ Morris-Sharma, “The T(h)Reat of Party Autonomy in ISDS Arbitrator Selection”, 442.

⁵⁸ Jaime, “Chapter 7: Reshaping Investor-State Dispute Settlement Through an Appellate Review Mechanism”, 142. Zwolankiewicz, “Multilateral Investment Court – a Cure for Investor-State Disputes Under Extra-EU International Investment Agreements?”, 206.

⁵⁹ Jaime, “Chapter 7: Reshaping Investor-State Dispute Settlement Through an Appellate Review Mechanism”, 142. Wilske y Edworthy, “The Future of Intra-European Union BITs: A Recent Development in International Investment Treaty Arbitration against Romania and Its Potential Collateral Damage”, 344.

⁶⁰ Artículo 52(3) del Convenio CIADI.

jurisdicción del lugar donde fue dictado dicho laudo⁶¹.

De esta forma, los laudos dictados por un TPI serían objeto de apelación⁶², que, como indicamos anteriormente, versaría sobre errores de hecho, derecho y además contemplaría las causales de anulación establecidas en el Convenio CIADI. Este mecanismo de apelación no elimina la posibilidad de que se pueda intentar anular el laudo, lo cual seguramente conllevará a que el trámite del caso sea mucho más extenso y oneroso para las partes.

VI. Consideraciones finales sobre el futuro del sistema de resolución de controversias entre Estado e Inversionista

El futuro del sistema de resolución de controversias entre Estados e inversionistas es incierto, puesto que la figura de TPI aún no se ha materializado, solo existen tres tratados que aún no han entrado en vigor. Si estos tratados entrasen en vigor, aún sería necesario que se conformen los tribunales ahí contemplados y además se sometan disputas ante ellos, lo cual posiblemente no suceda en un futuro cercano.

Con respecto a los TMI, el futuro es aún más incierto, puesto que no existe, hasta ahora, ningún tratado que cree esta

figura, por lo cual no podemos conocer cuáles serán sus similitudes o diferencias con el arbitraje de inversión. Posiblemente estos TMI sean muy similares a los TPI, con la diferencia de que los TPI se crean para resolver las disputas de un tratado en específico, mientras que los TMI se crearán para resolver las disputas derivadas de varios tratados. La razón de ello parece ser la disminución de los costos que genera para los Estados crear múltiples TPI⁶³.

Además de esto, es posible que tanto el arbitraje de inversión como los TPI o los TMI coexistan, pues, para migrar de uno a otro, es necesario que los Estados suscriban nuevos tratados que contemplen este mecanismo o que ocurra un cambio sistemático de los tratados existentes que contemplan arbitraje de inversión a tratados que contemplen TPI o TMI.

Por otro lado, es importante mencionar que este mecanismo sólo ha sido consagrado por la Unión Europea en tres de sus últimos tratados, los cuales, como indicamos anteriormente, no han entrado en vigor. Sobre esto cabe destacar que, según información recabada de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD, por sus siglas en

⁶¹ Artículo V.1(e) de la Convención de Nueva York.

⁶² Zwolankiewicz, "Multilateral Investment Court – a Cure for Investor-State Disputes Under Extra-EU International Investment Agreements?", 202.

⁶³ Morris-Sharma, "The T(h)reat of Party Autonomy in ISDS Arbitrator Selection", 446. Brown, "A Multilateral Mechanism for the Settlement of Investment Disputes. Some Preliminary Sketches", 681.

inglés)⁶⁴, hay 196 acuerdos internacionales de inversión⁶⁵ suscritos con posterioridad al primer tratado de la Unión Europea que consagró TPI o TMI⁶⁶, de los cuales solo los otros dos que hemos indicado han incluido los TPI o los TMI como mecanismo de resolución de controversias entre Estado e inversionista. En definitiva, esto representa solo el 1,5% de los acuerdos internacionales suscritos a partir del primero que contempló este mecanismo.

De esta forma podemos concluir que este mecanismo no ha sido adoptado masivamente, sino que solo ha sido consagrado por la Unión Europea en sus últimos tratados con disposiciones de inversión. Consideramos que este escenario podría cambiar a partir de los resultados del Grupo de Trabajo III de la CNUDMI. Sin embargo, no creemos que vaya a haber una adopción masiva de este mecanismo, como ocurre con el arbitraje de inversión, hasta que se logren constituir TPI y/o TMI que sean eficientes y se muestren como una alternativa confiable.

VII. Conclusiones

Los TPI y los TMI surgen, en definitiva, como un nuevo mecanismo de resolución de controversias entre Estado e inversionista que busca satisfacer las

críticas planteadas al arbitraje de inversión. Particularmente, responden a las críticas de independencia e imparcialidad de los árbitros, pues consideran que, al ser nombrados por las partes, tienden a decidir en su favor.

Lo cierto es que ningún mecanismo va a ser aceptado a plenitud por todos los actores y siempre va a tener sus críticas. Es por esto que el arbitraje de inversión ha ido evolucionando con el tiempo e instituciones como el CIADI y la CNUDMI han buscado resolver las inquietudes planteadas.

Es posible que los TPI y los TMI solucionen ciertos problemas e inquietudes que hoy en día arropan al arbitraje de inversión, sin embargo, presentarán otros que no existen bajo el sistema actual. De esta forma es importante seguir impulsando y mejorando el arbitraje de inversión, así como conocer el desarrollo que tengan los TPI y los TMI, para así evaluar cuál mecanismo es más eficiente para la resolución de controversias entre Estados e inversionistas.

Por otro lado, recomendamos no dejar de lado el arbitraje como mecanismo de resolución de controversias entre Estado e inversionista, pues consideramos que ambos pueden coexistir. La eficacia de

⁶⁴ “International Investment Agreements Navigator”, UNCTAD Investment Policy Hub, acceso el 19 de agosto de 2022, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>.

⁶⁵ Según la terminología de la UNCTAD, los acuerdos internacionales de inversión incluyen tratados bilaterales de inversión y tratados con disposiciones de inversión. “International Investment Agreements Navigator”.

⁶⁶ Acuerdo Económico y Comercial Global entre Canadá y la Unión Europea (CETA)

uno u otro mecanismo dependerá de factores como las partes involucradas y la naturaleza de las eventuales disputas que se prevean al momento de escoger un mecanismo.

Por último, consideramos importante analizar los avances y resultados del Grupo de Trabajo III de la CNUDMI, así como la eventual implementación de este novedoso mecanismo. De esta forma podrá determinarse si, en la práctica, es un mecanismo eficiente para la resolución de controversias entre Estado e inversionista.