



Irureta Henríquez, Claudia.
“Evolución y Tendencias Actuales del Arbitraje
Inversionista-Estado”
En las Fronteras del Derecho 3.3354 (2024).
DOI: 10.56754/2735-7236.2024.3354
ISSN: 2735-7236
Este trabajo se publica bajo licencia  4.0
Sección: Notas y ensayos
Fecha de recepción: 11-09-2024
Fecha de aceptación: 11-10-2024

Evolución y Tendencias Actuales del Arbitraje Inversionista-Estado

The Evolution and Current Trends of Investor-State Arbitration

Claudia Irureta Henríquez

Resumen

El arbitraje inversionista-Estado (ISDS, por su sigla en inglés) ha evolucionado fuertemente desde la segunda mitad del siglo XX a la actualidad. El que fuera el mecanismo de solución de controversias predilecto, enfrenta desde hace dos décadas críticas procedimentales y sustantivas respecto a su idoneidad. El estado actual de la discusión acerca del ISDS se ve reflejado en las negociaciones y en los tratados de inversión y de libre comercio: la Unión Europea, Canadá, Australia y Estados Unidos han excluido el arbitraje de inversiones de sus tratados. El presente ensayo presentará una evolución del ISDS, tanto en el debate académico como en los textos de los tratados internacionales; y ofrecerá algunas interpretaciones que buscan explicar esta evolución.

Palabras clave: Arbitraje inversionista-Estado (ISDS), Arbitraje de inversión, Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN, NAFTA), Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá (T-MEC), Acuerdo Integral y Progresista de Asociación Transpacífico (CPTPP), Doctrina Calvo.

Abstract

Investor-State arbitration (ISDS) has significantly evolved from the second half of the 20th century to the present day. Once the preferred mechanism for dispute resolution, it has faced procedural and substantive criticism regarding its suitability over the past two decades. The current state of the discussion on ISDS is reflected in the negotiations and investment and free trade treaties: the European Union, Canada, Australia, and the United States have excluded investment arbitration from their treaties. This essay will present an overview of the evolution of ISDS, both in academic debate and in the texts of international treaties, and will offer some interpretations that aim to explain this evolution.

Keywords: Investor-State arbitration (ISDS), Investment arbitration, North American Free Trade Agreement (NAFTA), United States-Mexico-Canada Agreement (USMCA), Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership (CPTPP), Calvo doctrine.

1. Introducción

El arbitraje de inversiones se ha desarrollado como un mecanismo de solución de controversias entre un inversionista extranjero y el Estado anfitrión a partir de la segunda mitad del siglo XX. Desde la introducción de cláusulas arbitrales en los primeros tratados de inversión en la década de 1950 y luego con la creación del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) en 1966, alcanzó su punto cúlmine a finales del siglo XX, momento en el que se suscribieron la mayor cantidad de tratados bilaterales de inversión de la historia. En las últimas dos décadas, el sistema de arbitraje de inversiones ha enfrentado una serie de críticas que se han manifestado en las negociaciones y en los textos finales de los tratados de inversión y de libre comercio.

Este ensayo revisará brevemente su evolución y cómo ella se ve reflejada en los tratados de inversión y de libre comercio. Un ejemplo muy representativo de este fenómeno puede observarse en el cambio de sistema de solución de controversias del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN, o NAFTA por su sigla en inglés)¹ a su sucesor, el Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá (T-MEC).² Asimismo, se presentará la posición de América Latina en este debate, tanto en el discurso internacional como en los tratados suscritos. Finalmente, se esbozarán algunas interpretaciones que buscan explicar las razones de la evolución del arbitraje inversionista-Estado, más allá de las críticas técnicas.

¹Tratado de Libre Comercio de América del Norte (1992). No disponible en UNTS.

²Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá (2018). No disponible en UNTS.

2. Evolución del arbitraje de inversiones y estado actual

El arbitraje internacional se ha convertido en el mecanismo preferente para solucionar controversias entre los inversionistas extranjeros y el Estado anfitrión. En la segunda mitad del siglo XX, el arbitraje de inversión se erigió como una alternativa a las formas tradicionales de solución de controversias, como la protección diplomática, y que exigían previamente el agotamiento de las instancias nacionales (Reith, 2016, pág. 124). Desde la celebración de los primeros tratados bilaterales de inversión³ (TBI) a mediados del siglo XX, los inversionistas y los Estados anfitriones de la inversión han pactado el arbitraje internacional como el mecanismo de solución de controversias para eventuales disputas, lo que culminó en la década de 1990, período en que se celebraron la mayor cantidad de TBI. El arbitraje superó las fronteras de los TBI y ha sido adoptado como mecanismo de solución de controversias en tratados de libre comercio: por ejemplo, el TLCAN, suscrito en 1994 entre Estados Unidos, Canadá y México, en su Capítulo XI sobre inversiones establece que las partes podrán someter una controversia a arbitraje (véase específicamente el Capítulo XI, Sección B: Solución de controversias entre una Parte y un inversionista de otra Parte, artículos 1116 y 1117).

El arbitraje internacional de inversiones evolucionó en paralelo a los sistemas que otorgaban competencia a los tribunales nacionales para resolver disputas de esta naturaleza. Este sistema fue preferido en gran medida en varios países de América Latina, basado en la teoría del jurista argentino Carlos Calvo (Tamburini, 2002, pág. 82), quien proponía que los inversionistas extranjeros debían tener el mismo tratamiento que los

³El tratado bilateral de inversión suscrito entre Alemania y Pakistán en 1959 (Treaty for the Promotion and Protection of Investments [1959]; 457UNTS 23) fue el primero en establecer el arbitraje como mecanismo de solución de controversias.

nacionales y que, por lo tanto, debían someter el conocimiento de una disputa de inversiones a la jurisdicción local. Si bien el modelo moderno de arbitraje de inversión no exige el agotamiento de las instancias nacionales, desde comienzos de la década de los 2000 se ha observado cómo los tribunales nacionales han adquirido un mayor protagonismo en la solución de disputas entre inversionistas y Estados (Schreuer, 2005, págs. 2, 16).

Con independencia de su prevalencia respecto de otros mecanismos de solución de controversias, el arbitraje de inversiones ha sido objeto de críticas desde un punto de vista técnico respecto a su idoneidad para conocer y resolver sobre estos asuntos. Entre las principales críticas, Reith (2016) señala el “*changing hat syndrome*” (la posibilidad de que un árbitro pueda actuar luego como litigante), la falta de consistencia entre laudos arbitrales, la falta de transparencia en los mecanismos de nombramiento de los tribunales arbitrales y en algunas instancias del proceso, y la idea preconcebida de que el arbitraje de inversiones favorece mayoritariamente al inversionista.⁴ Esto ha llevado a que varios países hayan terminado tratados que contenían una cláusula compromisoria o que no la incluyan en futuros tratados. En línea con estas tendencias, el T-MEC suscrito entre dichos países en 2018 en reemplazo del TLCAN, en su capítulo 14, en su anexo 14-D (específicamente el artículo 14.D.3) y en su anexo 14-E elimina el arbitraje internacional entre Estados Unidos y Canadá y entre México y Canadá, y sólo lo mantiene entre Estados Unidos y México. Esto, sin perjuicio de que se mantiene el arbitraje internacional para reclamaciones de inversiones existentes y para reclamaciones pendientes. Asimismo, establece un sistema diferenciado y más estricto de aplicación del arbitraje entre Estados Unidos y México.⁵ Asimismo, Australia no consintió en

el arbitraje de inversiones en las negociaciones del Acuerdo Integral y Progresista de Asociación Transpacífico (CPTPP)⁶ y la Unión Europea lo está limitando progresivamente para disputas entre Estados miembros y para controversias con terceros Estados.⁷

3. Posición de América Latina

Como se adelantó en la sección anterior, la doctrina Calvo influyó profundamente en la postura latinoamericana respecto del sistema y mecanismos de solución de controversias en materia de inversión extranjera. Tal fue su influencia, que incidió incluso en el constitucionalismo de la región: reconocen expresamente la doctrina Calvo, por ejemplo, las constituciones de Bolivia (1967), Guatemala (1985), El Salvador (1982), y la hacen obligatoria las constituciones de Ecuador (1998), Perú (1993) y Venezuela (1999) (Tamburini, 2002, pág. 91). Así también, dio lugar en la práctica a la así llamada “cláusula Calvo”, una cláusula en que el inversionista extranjero sometía anticipadamente el conocimiento de una controversia a los tribunales locales y renunciaba a la protección diplomática. Durante décadas, la postura mayoritaria de los académicos y diplomáticos latinoamericanos fue defender y promover el reconocimiento de la doctrina Calvo en el derecho internacional, aunque fue evolucionando hacia la aceptación de soluciones intermedias, probablemente ante el fracaso de hacer de ella una norma de derecho internacional (Tamburini, 2002, págs. 82-87).⁸

Es posible que la injerencia de la doctrina Calvo, así como su propia historia política y social, hayan vuelto a Latinoamérica una región hostil a

⁴Para una respuesta a algunas de estas críticas, véase Álvarez y otros (2016).

⁵Para una revisión en detalle de la procedencia del arbitraje internacional bajo el T-MEC, véase Manzano (2021).

⁶Acuerdo Integral y Progresista de Asociación Transpacífico (CPTPP). 3337 UNTS.

⁷Un excelente resumen de algunas de las medidas que ha tomado a este respecto la Unión Europea puede encontrarse en Fanou (2024).

⁸De acuerdo con Tamburini, citando a Donald Shea, esta práctica se aleja de la doctrina Calvo.

la inversión extranjera y al arbitraje de inversión a los ojos de la comunidad internacional (Titi, 2014, pág. 357). En efecto, esta fue la postura inicial de la región ante el arbitraje internacional y el CIADI. Sin embargo, Titi da cuenta de las diferentes posturas y realidades de los países de América Latina y cómo se aproximan a la inversión extranjera y al arbitraje de inversión y sostiene, acertadamente, que no hay una postura única ni tampoco hostil al arbitraje de inversión (Titi, 2014, pág. 361). México, antes como parte del TLCAN y ahora del T-MEC, consintió en el arbitraje internacional como mecanismo de resolución de controversias; en tanto Canadá desistió del arbitraje (Manzano, 2021, págs. 307, 309). Chile y Perú negociaron de igual manera en el contexto del CPTPP y Australia fue el país que no consintió en el arbitraje internacional (Ministerio de Relaciones Exteriores y Comercio de Nueva Zelanda, s.f.).

Finalmente, todos los países latinoamericanos proveen de algún mecanismo de protección a la inversión extranjera, por lo que la idea preconcebida de hostilidad no resulta tal. Por el contrario, las posturas latinoamericanas actuales respecto del arbitraje de inversiones, tanto aquellas de fidelidad al sistema de ISDS como aquellas de escepticismo o de búsqueda de mecanismos alternativos, dan cuenta de la pluralidad de posiciones en el contexto de la reevaluación de los estándares de protección de la inversión (Titi, 2014, págs. 362, 388).

4. Posibles explicaciones del fenómeno

Las explicaciones del fenómeno de un alejamiento del ISDS van generalmente en una sola dirección: medidas pro Estado. Sin embargo, estas posturas difieren en matices o grados sobre lo que puede significar una medida pro Estado. Esto fue especialmente ilustrativo en las negociaciones del T-MEC.

La doctrina Calvo puede ser considerada una medida pro Estado, en

tanto tenía por objetivo equilibrar la asimetría de poder entre los países europeos y las jóvenes repúblicas independientes del continente americano (Tamburini, 2002, pág. 91).

Manzano considera que el nuevo texto del T-MEC es marcadamente pro Estado (Manzano, 2021, pág. 307), al eliminar en algunos casos, y restringir en otros, el arbitraje de inversiones. Sin embargo, la situación es más profunda que la calificación de Manzano. Lester y Manak sostienen que, si bien el discurso de la negociación del T-MEC puso un gran énfasis en la idea de robustecer la soberanía nacional, la consecuencia de este tipo de discursos y sus manifestaciones normativas sólo terminan por erosionarla, además de eventualmente resultar una mala política internacional. Asimismo, advierten que estos discursos nacionalistas, encubiertos de preocupación por la soberanía nacional, ponen en jaque la liberalización del comercio internacional (Lester & Manak, 2018, págs. 152-155).

Desde un punto de vista más globalista, Puig interpreta las modificaciones del sistema de solución de controversias del T-MEC como una pequeña consecuencia del cambio geopolítico mundial y principalmente de la disputa comercial entre China y Estados Unidos, con la finalidad de disminuir el poder de la adjudicación y fortalecer las soluciones de orden diplomático, que claramente son normativamente más flexibles y menos transparentes (Puig, 2019, pág. 57).

5. Conclusión

El modelo de ISDS ha sido objeto de críticas desde sus inicios, las que se han agudizado desde la década de 2000 en adelante. Sin embargo, las falencias de las que adolece el ISDS, como todo otro sistema de solución de controversias, no son suficientes para explicar una tendencia tan marcada de distanciamiento del arbitraje de inversiones; este tipo de falencias pueden ser subsanadas y mejoradas (CIAR Global, 2024). En efecto,

el Grupo de Trabajo III de UNCITRAL sobre solución de controversias inversionista-Estado ha formulado una serie de recomendaciones para reformar el arbitraje inversionista-Estado: entre ellas se encuentran crear un órgano permanente de apelación, introducir medidas de transparencia en el proceso arbitral y modificar el proceso de nombramiento de árbitros. Estas propuestas han influido en la práctica en las negociaciones de algunos TBI y han sido incorporadas en los tratados.

El alejamiento del sistema de ISDS responde a otro tipo de razones de orden político; por ejemplo, si bien es un mecanismo imperfecto, era un elemento central de la política exterior de Estados Unidos (Puig, 2019, pág. 58). Así, el futuro del ISDS está inevitablemente ligado a las tendencias políticas y de relaciones internacionales, más que a su idoneidad para resolver las disputas entre un inversionista extranjero y el Estado anfitrión.

Bibliografía

Álvarez, G. M., Blasikiewicz, B., Koutouzi, K., Verdegay Mena, A., Mitsi, M., Spiteri-Gonzi, E., . . . Willinski, P. (2016). A Response to the Criticism against ISDS by EFILA. *Journal of International Arbitration*, 33(1), 1-36. Obtenido de <https://doi.org/10.54648/joia2016001>

CIAR Global. (13 de junio de 2024). *Catharine Titi: El Grupo de Trabajo III de UNCITRAL ya influye en la en la negociación de los TBIs*. Obtenido de Ciar Global: <https://ciarglobal.com/catharine-titi-el-grupo-iii-ya-influye-en-la-negociacion-de-los-tbis/>

Fanou, M. (26 de febrero de 2024). *2023 Year in Review: Key Developments in Europe (Investment Arbitration)*. Obtenido de Kluwer Arbitration Blog: <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2024/02/26/2023-year-in-review-key-developments-in-europe-investment-arbitration/>

Lester, S., & Manak, I. (2018). The Rise of Populist Nationalism and

the Renegotiation of NAFTA. *Journal of International Economic Law*, 21(1), 151-169. Obtenido de <https://doi.org/10.1093/jiel/jgy005>

Manzano, M. (2021). El nuevo arbitraje de inversión bajo el T-MEC. *Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, 13(1), 305-323. DOI:10.31921/ArbitrajeRACI.n1a2291 Obtenido de <https://revistascientificas.uspceu.com/arbitraje/article/view/2291>

Ministerio de Relaciones Exteriores y Comercio de Nueva Zelanda. (s.f.). *CPTPP and Australia*. Obtenido de New Zealand Foreign Affairs & Trade: <https://www.mfat.govt.nz/en/trade/free-trade-agreements/free-trade-agreements-in-force/cptpp/information-for-exporters/cptpp-and-australia>

Puig, S. (2019). The United States-Mexico-Canada Agreement: A Glimpse into The Geoeconomic World Order. *AJIL Unbound*, 113, 56-60. Obtenido de <https://doi.org/10.1017/aju.2019.6>

Reith, C. (2016). Investor-State Arbitration: A Tale of Endless Obstacles? En M. Fenwick, & S. Wrba (Edits.), *Flexibility in Modern Business Law* (págs. 123-146). Tokyo: Springer Japan. Obtenido de https://doi.org/10.1007/978-4-431-55787-6_7

Schreuer, C. (2005). Calvo's Grandchildren: The Return of Local Remedies in Investment Arbitration. *The Law & Practice of International Courts and Tribunals*, 4(1), 1-17. Obtenido de <https://doi.org/10.1163/1571803053498899>

Tamburini, F. (2002). Historia y destino de la "Doctrina Calvo": ¿Actualidad u obsolescencia del pensamiento de Carlos Calvo? *Revista de estudios histórico-jurídicos*(24), 81-101. Obtenido de <http://dx.doi.org/10.4067/S0716-54552002002400005>

Titi, C. (2014). Investment Arbitration in Latin America: The Uncertain Veracity of Preconceived Ideas. *Arbitration International*, 30(2), 357-386. Obtenido de <https://doi.org/10.1093/arbitration/30.2.357>

Acerca de la autora

Claudia Irureta Henríquez. Abogada de la Universidad de Chile.
Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg. ✉ ciruretah@gmail.com.
 0009-0001-1433-5632