

El arbitraje internacional de inversión y su impacto sobre el espacio regulatorio de países en vía de desarrollo

Martín Ruiz García †

En el siguiente ensayo se analiza la incidencia del sistema de arbitraje internacional de inversión en el proceso de formulación e implementación de políticas públicas en países en vía de desarrollo. Específicamente, se argumenta que este sistema ocasiona una “parálisis regulatoria”, puesto que los países se abstienen de emitir regulaciones de interés público en campos como la protección del medio ambiente y de la salud pública por temor a que esas regulaciones ocasionen una demanda arbitral multimillonaria en contra del Estado. Se sostiene que esta situación constituye una afectación indebida de la política socioeconómica de los países en vía de desarrollo. Para defender esta tesis se analizarán los estudios empíricos y dogmáticos sobre la materia y se estudiarán distintos casos relacionados con el fenómeno de la “parálisis regulatoria”, haciendo especial énfasis en el caso colombiano. Posteriormente, se presenta una propuesta de reforma que permita mitigar esta problemática.

† Abogado *Summa Cum Laude* de la Universidad de los Andes y Asociado del equipo de Resolución de Conflictos de Philippi Prietocarrizosa Ferrero DU & Uría. Colombiano actualmente radicado en Bogotá, Colombia. Email: m.ruiz10@uniandes.edu.co. Las visiones expresadas en este escrito son únicamente del autor y no representan la posición de las instituciones a las que pertenece. Especial agradecimiento a Rafael Tamayo por su invaluable ayuda en la preparación de este artículo.

I. Introducción

El Derecho Internacional de la Inversión extranjera ha experimentado un crecimiento sin precedentes a partir de la segunda mitad del siglo XX. Frente a lo anterior, si bien es posible rastrear los orígenes de esta rama del Derecho Internacional a los antiguos tratados de amistad, comercio y navegación, los cuales han existido por siglos¹, no es sino hasta la implementación generalizada de los Tratados Bilaterales de Inversión (“TBIs”) que la disciplina desarrolló sus contornos actuales². El primero de estos tratados se firmó en 1959 y actualmente están en vigor más de 2600, a los que se les deben sumar una serie de tratados regionales como el Tratado de la Carta de Energía y el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (“NAFTA”)³.

¹ Jeswald W. Salacuse & Nicholas P. Sullivan, *Do BITs Really Work? An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and Their Grand Bargain*, 46(1) HARV. INT’L L.J. 67, 72 (2005).

² El propósito principal de los tratados de amistad, comercio y navegación era establecer relaciones comerciales, pero también contenían provisiones acerca de la protección de la propiedad de los nacionales de un Estado en el territorio del otro Estado. Sin embargo, a pesar de la existencia de estos tratados, en la época colonial la principal fuente normativa de protección de la inversión extranjera era el estándar mínimo de trato contenido en el Derecho Internacional Consuetudinario. No obstante, este estándar demostró ser un mecanismo inadecuado para proteger la inversión extranjera, ya que, por un lado, los países latinoamericanos disputaban la existencia del mismo y más bien se adherían a la Doctrina Calvo, según la cual el Estado solamente debe limitarse a tratar a los inversionistas extranjeros de la misma forma que trata a los inversionistas nacionales. Por otro lado, incluso aceptando la existencia del estándar, no había acuerdo acerca del contenido sustancial del mismo. Más allá de lo anterior, salvo que existiera una cláusula arbitral en el respectivo contrato de inversión, la única forma de someter la disputa a un mecanismo adjudicativo de carácter internacional era a través de la protección diplomática, la cual está sometida al arbitrio del Estado de origen y, además, tiene como requisito el agotamiento de los remedios locales. También era común el uso de la diplomacia con la intención de resolver la disputa y, en ocasiones, se acudió al uso de la fuerza; se puede mencionar el corolario de Roosevelt a la Doctrina Monroe que permitía a los Estados Unidos el uso de la fuerza para cobrar créditos debidos por parte de Estados soberanos a ciudadanos estadounidenses.

Los mecanismos de protección de la inversión se debilitaron aún más con el inicio del proceso de descolonización, puesto que los nuevos Estados consideraban a la inversión extranjera como un mecanismo neocolonial. En ese sentido, el bloque de países socialistas y en desarrollo promovieron que en la Asamblea General de las Naciones Unidas se adoptara la *Declaración sobre el establecimiento de un nuevo orden económico internacional*, en la cual se establece la soberanía permanente de los Estados sobre sus recursos naturales y otras actividades económicas. Posteriormente, la Asamblea General adoptó la *Carta de los derechos económicos de los Estados*, consagrando el derecho de un Estado a nacionalizar, expropiar o transferir propiedad extranjera. Según la Carta, si el Estado ejercía este derecho debía (en inglés *should* no *must*) pagar compensación de acuerdo con sus regulaciones nacionales y cualquier otra circunstancia que considerara relevante. Evidentemente, los Estados desarrollados no consideraban que el derecho nacional de cada Estado fuera un marco adecuado de referencia para calcular la compensación debida una vez se efectúa una expropiación. Es por esto que para responder a la amenaza de expropiación sin adecuada compensación, los países desarrollados crearon los TBIs, siendo Alemania el primer país en firmar uno de estos tratados en 1959 con Pakistán. Para un recuento de la historia de los TBIs, ver: Kenneth J. Vandeveld, *A Brief History of International Investment Agreements*, 12 UC DAVIS J. INT’L L. & POL’Y 157 (2005).

³ Stephan W. Schill, *International Investment Law and Comparative Public Law - an Introduction*, in INTERNATIONAL INVESTMENT LAW AND COMPARATIVE PUBLIC LAW 3, 4-5 (Stephan W. Schill ed., 2010).

Estos Tratados tienen una característica singular y es que, en la mayoría de los casos, sus Partes son un país desarrollado y un país en vía de desarrollo⁴. Se ha buscado explicar este hecho señalando que el fenómeno de los TBIs tiene su origen en el deseo de los países desarrollados de crear un sistema más riguroso de protección de la inversión extranjera para de esa forma proteger las inversiones de sus empresas, las cuales empezaron a expandirse de una manera sin precedentes después de la Segunda Guerra Mundial⁵. Por su parte, los países en vía de desarrollo aceptaron firmar estos tratados, redactados en su totalidad por países desarrollados, con la intención de atraer mayores flujos de inversión extranjera directa⁶. En efecto, la firma de un TBI puede analizarse desde la perspectiva de los inversionistas como una declaración por parte del Estado de su compromiso con el imperio de la ley, mitigando así los riesgos que supone invertir en un país en vía de desarrollo⁷.

Así, y con la intención de cumplir su propósito de creación, los TBIs otorgan a los inversionistas extranjeros una serie de derechos sustantivos con respecto a sus operaciones en los países en los que invierten. Entre estos derechos se encuentra el de no ser expropiados sin recibir compensación y el de que su inversión sea tratada de manera justa y equitativa. Sin embargo, es posible argumentar que el derecho más importante que se le otorga a un inversionista por medio de un TBI es el de iniciar un arbitraje internacional en contra del Estado en el que opera. En ese sentido, si el inversionista considera que el Estado receptor de la inversión ha incumplido alguna de las disposiciones del TBI correspondiente, tiene la posibilidad de solicitar la constitución de un tribunal arbitral internacional que se encargará de resolver la disputa y, si es del caso, ordenar el pago de una compensación por parte del Estado

⁴Salacuse & Sullivan, *supra* nota 1, at 74-75.

⁵Eric Gottwald, *Leveling the Playing Field: Is it Time for a Legal Assistance Center for Developing Nations in Investment Treaty Arbitration?*, 22(2) AM. U. INT'L L. REV. 237, 241 (2007).

⁶La firma de un TBI con Estados Unidos está correlacionada con un aumento significativo de la inversión extranjera directa estadounidense en el país firmante, en comparación con lo que sucede en un país que no ha firmado un TBI con Estados Unidos. Salacuse & Sullivan, *supra* nota 1, at 109. De igual forma, hay evidencia empírica que demuestra una fuerte correlación entre inversión extranjera directa y crecimiento económico, pero no existe claridad acerca de la dirección causal. Liesbeth Cohen, Miet Maertens & Johan Swinnen, *Foreign Direct Investment as an Engine for Economic Growth and Human Development*, in FOREIGN DIRECT INVESTMENT AND HUMAN DEVELOPMENT: THE LAW AND ECONOMICS OF INTERNATIONAL INVESTMENT AGREEMENTS 70, 115 (Jan Wouters, Olivier de Schutter, Johan Swinnen eds., 2013).

⁷Christopher M. Ryan, *Meeting Expectations: Assessing the Long-term Legitimacy and Stability of International Investment Law*, 29 U. PA. J. INT'L L. 725, 734 (2008).

al inversionista⁸. Además de otorgar un derecho directo de acción a actores privados, muchos TBIs consagran este derecho sin requerir que el inversionista, de manera previa a iniciar el arbitraje, agote los remedios locales a su disposición, por lo que este mecanismo de solución de controversias supone una ruptura con la noción clásica de protección diplomática⁹. Este mecanismo ha sido bien recibido por los inversionistas extranjeros, lo que se evidencia por el hecho de que en 1994 solo había cinco casos conocidos de arbitraje inversionista-Estado, mientras que para el año 2005 este número ascendía a 219¹⁰.

La anterior situación ha polarizado a los estudiosos del Derecho Internacional. Por un lado, algunos comentaristas señalan que por medio de este sistema de arbitraje se establecen las instituciones necesarias para el funcionamiento de una economía de mercado globalizada, lo que lleva a un mayor flujo de inversiones, lo que, a su vez, contribuye al desarrollo de los países que exportan capital y de aquellos que lo importan¹¹. Otros, por el contrario, expresan que este sistema plantea serios retos, ya que reduce el espacio regulatorio de los Estados; las decisiones tomadas son inconsistentes y, por consiguiente, impredecibles y los arbitrajes no son transparentes, dado su carácter muchas veces confidencial y las trabas que existen para la participación de partes no contendientes¹².

Teniendo lo anterior en cuenta, en el presente texto se analizará una de las críticas principales que se le hace al sistema, a saber, que este desincentiva la actividad regulatoria de los Estados en búsqueda del bienestar público, fenómeno que recibe el nombre de parálisis regulatoria o interferencia con el espacio regulatorio¹³. Se sostendrá la

⁸ Charles N. Brower & Stephan W. Schill, *Is Arbitration a Threat or a Boon to the Legitimacy of International Investment Law*, 9(2) CHI. J. INT'L L 471, 477 (2009).

⁹ Id. at 481.

¹⁰ Kyla Tienhaara, *What You Don't Know Can Hurt You: Investor-State Disputes and the Protection of the Environment in Developing Countries*, 6(4) GEP 1, 2 (2006).

¹¹ Schill, Introduction, *supra* nota 3, at 5.

¹² Id. at 7. La preocupación con respecto a la transparencia llevó a la adopción del Reglamento de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado. Además, sobre la posibilidad de crear un sistema de apelaciones para mejorar la coherencia y predictibilidad del sistema, ver: Yenkong Ngangjoh-Hodu & Collins C. Ajibo, *ICSID Annulment Procedure and the WTO Appellate System: The Case for an Appellate System for Investment Arbitration*, 6 JIDS 308 (2015).

¹³ El texto se concentra en esta crítica y no en otras ya que, teniendo en cuenta el gran impacto que la parálisis regulatoria tiene sobre la población de países en vía de desarrollo, se considera que esta es la de mayor relevancia. Vale destacar que las regulaciones tomadas por el Estado deben tener como objetivo el bienestar público y si el sistema de arbitraje de inversión paraliza regulaciones enfocadas a proteger, por ejemplo, la salud pública o el medio ambiente es la población la que se ve afectada.

tesis de que este fenómeno sí existe y se propondrá una reforma específica que puede limitar su ocurrencia¹⁴. Para cumplir este objetivo, en primer lugar, se estudiará qué se entiende por parálisis regulatoria; posteriormente, se establecerá que este fenómeno sí existe, a través de la evaluación de información estadística, análisis dogmáticos sobre la materia y el estudio de casos recientes, haciendo especial énfasis en la situación actual en Colombia; en tercer lugar, se argumentará que este fenómeno limita indebidamente la política socioeconómica de los países en vía de desarrollo y, finalmente, se señalará la propuesta de reforma¹⁵.

II. ¿Qué es la parálisis regulatoria?

Lo primero que debe decirse en este acápite es que el sistema de arbitraje internacional de inversión ha sido descrito como un Derecho Administrativo de carácter global, ya que los árbitros, al interpretar los estándares amplios contenidos en los tratados¹⁶, definen los estándares de buen gobierno que actores privados pueden exigir de Estados

¹⁴ Hay autores que argumentan que la información estadística no apoya la tesis de que existe una parálisis regulatoria. e.g. Susan D. Franck & Lindsey E. Wylie, *Predicting Outcomes in Investment Treaty Arbitration*, 65(459) DUKE L.J 459 (2015). Por su parte, Lavranos señala que el reciente caso *Philip Morris c. Uruguay* y su posición de deferencia al criterio estatal demuestra que las preocupaciones con respecto a la parálisis regulatoria son infundadas. Nikos Lavranos, After Philip Morris II: The “regulatory chill” argument failed – yet again, KLUWER ARBITRATION BLOG (Aug. 18, 2016), <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2016/08/18/after-philipp-morris-ii-the-regulatory-chill-argument-failed-yet-again/> Finalmente, la *European Federation for Investment Law and Arbitration* pone de presente que el sistema solamente paraliza aquellas regulaciones que afectan los derechos de propiedad de los inversionistas, lo cual es justamente el propósito del mismo y no un defecto. European Federation for Investment Law and Arbitration, *A Response to the Criticism Against ISDS* (May 17, 2015), http://efila.org/domainpreview.nl/wp-content/uploads/2015/05/EFILA_in_response_to_the-criticism_of_ISDS_final_draft.pdf. A lo largo de este texto se refutarán estas posturas.

¹⁵ Como se puede observar, se hará uso de métodos tanto cuantitativos como cualitativos de investigación. Recuérdese que, en líneas generales, en un método cuantitativo se utilizan métodos estadísticos para medir una serie de variables derivadas de la tesis propuesta y, a partir de ese análisis, se ofrece una serie de conclusiones. ROBERTO HERNÁNDEZ SAMPIERI, CARLOS FERNÁNDEZ-COLLADO & PILAR BAPTISTA LUCIO, *METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN. ENFOQUES CUANTITATIVO, CUALITATIVO Y MIXTO 4* (4ta ed. 2006). Este método se utilizará en la sección correspondiente al análisis de estudios empíricos sobre la materia. En contraste, el método cualitativo se basa en descripciones detalladas de situaciones o eventos, haciendo énfasis en las conductas e interacciones entre los distintos actores. Id. at 9. Este método se utilizará en las secciones correspondientes al análisis dogmático del sistema y el estudio de casos.

¹⁶ Para ejemplificar lo que se quiere decir cuando se habla de “estándares amplios” esta es la cláusula de trato justo y equitativo del TBI entre Argentina y Estados Unidos firmado en 1991: “Se otorgará siempre un trato justo y equitativo a las inversiones, las que gozarán de entera protección y seguridad y en ningún caso se les concederá un trato menos favorable que el que exige el derecho internacional”. Treaty Between United States of America and the Argentine Republic Concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investment, U.S.-Arg., Nov. 14, 1991. Sobre la interpretación que distintos tribunales han hecho del estándar de trato justo y equitativo, ver: Rudolf Dolzer, *Fair and Equitable Treatment: Today's Contours*, 12(1) SANTA CLARA J. INT'L L. 7 (2014).

soberanos¹⁷. Como consecuencia de lo anterior, se ha ampliado el horizonte de posibles disputas que pueden ser resueltas por medio del arbitraje de inversión. Entre estas disputas están las surgidas de:

La crisis económica de Argentina en los años 2001-2, concesiones de agua en Bolivia, Argentina y Tanzania, un programa de acción afirmativa que buscaba remediar las injusticias del sistema de apartheid en Suráfrica, prohibición de químicos perjudiciales en los Estados Unidos y Canadá, la protección del medio ambiente en Alemania, Canadá y México, medidas anti-tabaco en Australia y Uruguay y la suspensión de energía nuclear en Alemania¹⁸.

Como se puede apreciar, es usual que un inversionista extranjero demande a un Estado al considerar que regulaciones de bienestar público, como por ejemplo las medidas anti-tabaco o la prohibición de sustancias perjudiciales, suponen una intromisión con los derechos que le asisten en virtud de un TBI¹⁹.

¹⁷ BENEDICT KINGSBURY & STEPHAN W. SCHILL, *INVESTOR-STATE ARBITRATION AS GOVERNANCE: FAIR AND EQUITABLE TREATMENT, PROPORTIONALITY AND THE EMERGING GLOBAL ADMINISTRATIVE LAW* 2 (2009). Otros autores han señalado lo siguiente sobre este tema:

En lo que concierne al arbitraje internacional de inversión como una manifestación de un Derecho Administrativo de carácter global, se señala que el tribunal arbitral de inversión debe ser tratado como un cuerpo adjudicativo internacional y semiautónomo que revisa y controla la conducta del Estado en la esfera pública. El tribunal es semiautónomo porque sus decisiones están aisladas de supervisión judicial. Es internacional porque deriva su autoridad de un tratado. Es una agencia de supervisión administrativa porque, salvo por su establecimiento en la esfera internacional, cumple un rol similar al de un tribunal doméstico semiautónomo encargado de resolver disputas regulatorias. Estando constituido al nivel internacional con el propósito de disciplinar la acción gubernamental de los Estados, el tribunal arbitral de inversión forma una novedosa y única extensión de la arquitectura conceptual del Derecho Administrativo.

Gus Van Harten & Martin Loughlin, *Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law*, 17(1) EJIL 121, 149 (2006).

De igual forma, se destaca que los derechos consagrados en los TBIs son análogos a los contenidos en los sistemas constitucionales nacionales de muchos países exportadores de capital, por lo que se habla de un constitucionalismo global. En efecto, los TBIs contienen un derecho a la no discriminación, prohíben la expropiación sin compensación y garantizan el debido proceso. David Schneiderman, *A New Global Constitutional Order?*, in *COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW* 189, 193 (Tom Ginsburg & Rosalind Dixon eds., 2012). En esa misma línea, el arbitraje internacional de inversión busca encontrar un adecuado balance entre Estado y mercado, siendo esto uno de los principales aspectos de los diseños constitucionales nacionales. Id. at 196. Todo lo anterior debe entenderse en un contexto de gobernanza global en el que organizaciones internacionales determinan la conducta futura de los Estados al definir principios que se deben seguir en los procesos administrativos internos. Kingsbury & Schill, *supra* nota 17, at 1.

¹⁸ Stephan W. Schill, *Deference in Investment Treaty Arbitration: Re-conceptualizing the Standard of Review*, 3(3) JIDS 577, 577-578 (2012).

¹⁹ Más adelante en el texto se estudiarán a fondo distintas situaciones en las que un inversionista extranjero sostiene que una regulación enfocada a proteger el medio ambiente o la salud pública supone una violación de un TBI.

En este contexto es en el que surge el concepto de parálisis regulatoria, existiendo dos manifestaciones posibles del mismo. Así, puede suceder que los encargados de formular la política pública de un Estado estén conscientes del sistema de arbitraje de inversión y decidan no emitir regulaciones de interés público para así evitar una disputa arbitral²⁰. También puede ocurrir que los reguladores no estén conscientes del sistema de arbitraje de inversión, pero una vez se da a conocer un proyecto de política pública, los inversionistas que se oponen al mismo amenazan a los reguladores con iniciar una disputa arbitral, ocasionando que el Estado abandone el proyecto regulatorio²¹.

Ahora bien, en los siguientes apartes se determinará si este fenómeno existe o no. Para lograr lo anterior, en primer lugar, se analizarán los estudios empíricos que se han hecho sobre la materia; en segundo lugar, se examinará el fenómeno desde una perspectiva dogmática y, finalmente, se estudiarán casos recientes en donde es posible argumentar que ocurrió una parálisis regulatoria, incluyendo casos sucedidos en Colombia.

III. ¿Existe la parálisis regulatoria?

A. Estudios empíricos

En este texto se propone que hay tres factores que inciden en la posibilidad de que un Estado se abstenga de emitir una regulación de interés público por temor a que eso lleve al inicio de una disputa arbitral: (A) la magnitud de las sumas pretendidas y efectivamente otorgadas a los inversionistas; (B) la existencia de un sesgo en el sistema en contra de los países en vía de desarrollo y (C) los costos de la representación legal y la influencia de la misma en el resultado del caso. En esta sección se analizarán las estadísticas propias del sistema con respecto a cada uno de estos factores.

1. Las sumas pretendidas

Para de verdad poder hablar de una parálisis regulatoria, lo primero que se debe determinar son las sumas que están en juego en el arbitraje de inversión, puesto que solo si estas son considerables, la amenaza o

²⁰ Kyla Tienhaara, *Regulatory Chill and the Threat of Arbitration: A View from Political Science*, in *EVOLUTION IN INVESTMENT TREATY LAW AND ARBITRATION* 606, 607 (Chester Brown & Kate Miles eds., 2011).

²¹ *Id.*

posibilidad de un arbitraje podrá disuadir a los servidores públicos de un Estado en vía de desarrollo de emitir determinada regulación que pueda llegar a ser cuestionada en un arbitraje.

Al respecto, en promedio, un inversionista solicita daños y perjuicios por 600 millones de dólares con una mediana de 100 millones²². En cuanto a los casos en los que efectivamente se otorgaron daños y perjuicios, el monto promedio otorgado fue de 45,6 millones de dólares con una mediana de 10.9 millones de dólares²³. Como se puede observar, tanto los montos pretendidos, como los efectivamente otorgados no son triviales desde el punto de vista fiscal de un país en vía de desarrollo²⁴. De hecho, estas sumas representan un porcentaje importante del gasto gubernamental anual de un país en vía de desarrollo²⁵. A continuación se presenta un cuadro que sintetiza los efectos fiscales de los casos promovidos por inversionistas de Estados Unidos contra países en vía de desarrollo.

²² Franck & Wylie, *supra* nota 14, at 467.

²³ Id.

²⁴ Id.

²⁵ Para ilustrar este punto, Cosigo Resources (Canadá), Cosigo Resources Colombia y Tobie Mining and Energy Inc. (Estados Unidos) demandaron al Estado colombiano por una suma de 16'500 millones de dólares. Demanda al Estado colombiano por US\$16.500 millones, REVISTA DINERO, <http://www.dinero.com/edicion-impresia/caratula/articulo/demanda-al-estado-colombiano-por-us16500-millones/221936> (visitado por última vez Feb. 10, 2018). Esta suma representa el 71% del presupuesto nacional de Colombia del año 2017 destinado a inversión, es decir, excluyendo costos de funcionamiento.

CUADRO 1: RESUMEN DE CASOS DE INVERSIONISTAS DE ESTADOS UNIDOS Y SU IMPACTO RELATIVO EN LA ECONOMÍA DE LOS ESTADOS RECEPTORES.

Country with BIT/FTA	Total # of arbitrations		US wins		US losses	Average Award	Award Amt/ Govt Exp	Award Amt per capita
	US as investor	US as respondent	As investor	As respondent	As investor	US as investor	US as investor	US as investor
Argentina	17	0	5	0	1	\$107,138,243	0.386%	\$2.73
Armenia	1	0	0	0	0	\$0	0.000%	\$0.00
Bangladesh	1	0	0	0	0	\$0	0.000%	\$0.00
Canada*	13	12	1	6	2	\$3,858,911	0.003%	\$0.12
Congo, Dem. Rep.	4	0	1	0	2	\$9,000,000	1.894%	\$0.19
Czech Republic*	1	0	0	0	1	\$0	0.000%	\$0.00
Dominican Republic	1	0	0	0	0	\$0	0.000%	\$0.00
Ecuador	10	0	2	0	1	\$38,556,108	1.006%	\$2.98
Egypt	2	0	0	0	1	\$0	0.000%	\$0.00
El Salvador	1	0	0	0	0	\$0	0.000%	\$0.00
Estonia*	2	0	0	0	1	\$0	0.000%	\$0.00
Georgia	2	0	0	0	0	\$0	0.000%	\$0.00
Guatemala	1	0	0	0	0	\$0	0.000%	\$0.00
Jordan	2	0	0	0	0	\$0	0.000%	\$0.00
Kazakhstan	4	0	2	0	1	\$9,425,855	0.372%	\$0.63
Kyrgyzstan	1	0	0	0	0	\$0	0.000%	\$0.00
Mexico	14	0	3	0	6	\$17,040,968	0.020%	\$0.17
Moldova	1	0	0	0	1	\$0	0.000%	\$0.00
Panama	1	0	0	0	0	\$0	0.000%	\$0.00
Poland	2	0	0	0	0	\$0	0.000%	\$0.00
Romania	3	0	0	0	2	\$0	0.000%	\$0.00
Sri Lanka	1	0	0	0	1	\$0	0.000%	\$0.00
Trinidad And Tobago*	1	0	0	0	1	\$0	0.000%	\$0.00
Turkey	2	0	1	0	0	\$9,061,479	0.011%	\$0.12
Ukraine	5	0	0	0	1	\$0	0.000%	\$0.00
	93	12	15	6	22		0.53%	\$0.99

Tomado de Kevin P. Gallagher & Elen Shrestha, *Investment Treaty Arbitration and Developing Countries: A Re-Appraisal*, 12 J. WORLD INVESTMENT & TRADE 919, 922 (2011).

Como se puede observar, el laudo desfavorable promedio contra un país en vía de desarrollo ordena en promedio un pago que representa el 0,53% del gasto gubernamental anual. En contraste, en el caso de un país desarrollado como Canadá esta cifra asciende a tan solo el 0,003%, lo que demuestra que los costos de oportunidad en caso de condena son sustancialmente superiores para países en vía de desarrollo²⁶. En síntesis, las sumas en juego son considerables, lo que soporta la tesis de que los países pueden abstenerse de regular por el temor de enfrentar una demanda arbitral que puede resultar en una condena multimillonaria.

²⁶Kevin P. Gallagher & Elen Shrestha, *Investment Treaty Arbitration and Developing Countries: A Re-Appraisal*, 12 J. WORLD INVESTMENT & TRADE 919, 927 (2011).

Además, en este aparte también es necesario destacar que los costos de tener muchas demandas en curso o muchas condenas no son solo económicos, sino también políticos. Como ya mencionado, la firma de un TBI por parte de un país puede ser percibida como un compromiso con el imperio de la ley²⁷. Sin embargo, una gran cantidad de demandas y condenas puede justamente indicar lo contrario, es decir, que un Estado no es respetuoso de sus compromisos internacionales, teniendo esto un costo con respecto a la reputación de un Estado en el escenario internacional, tanto a los ojos de otros Estados como de los mismos inversionistas.

2. La existencia de un sesgo en contra de los países en vía de desarrollo

Ahora bien, una vez se ha establecido que los montos en disputa no son triviales, otro aspecto que se debe analizar para determinar si existe o no la parálisis regulatoria es si en el sistema existe un sesgo en contra de los países en vía de desarrollo. En efecto, los Estados serían más propensos de abstenerse de regular si consideran que el sistema está sesgado en contra de sus intereses. Con respecto a este tema, Franck y Wylie sostienen que la información empírica no soporta las afirmaciones de que el sistema tiene un sesgo en contra de los países en vía de desarrollo. Para sustentar esta tesis, las autoras señalan que los Estados ganan el 60% de los casos, si se considera que ganar es que no se haya otorgado dinero al inversionista²⁸.

Esta información parece ir en contravía de la tesis de que existe una parálisis regulatoria. Sin embargo, el solo porcentaje de ganancias no cuenta toda la historia. Si se analizan separadamente los porcentajes de ganancia de países de ingreso bajo y los de ingreso alto, los resultados no son tan alentadores. Haciendo esta diferenciación, vemos que mientras que los países de ingreso alto ganan el 69% de los casos que enfrentan, los de ingreso bajo ganan solo el 50%²⁹. Además de eso, los porcentajes

²⁷ Ryan, *supra* nota 7, at 734.

²⁸ Franck & Wylie, *supra* nota 14, at 489.

²⁹ Thomas Schultz & Cédric Dupont, *Investment Arbitration: Promoting the Rule of Law or Overempowering Investors? A Quantitative Empirical Study*, 25(4) EJIL 1147, 1167 (2014). Se podría argumentar que esta cifra responde a que los países de ingreso bajo son más débiles institucionalmente y, por tanto, más propensos a violar sus obligaciones internacionales de protección de la inversión. Sin embargo, Chang señala que muchas de las disciplinas internacionales hoy imperantes, por ejemplo en el campo del comercio internacional, justamente evitan que países en vía de desarrollo implementen las estrategias que los países hoy desarrollados utilizaron para fortalecer su marco institucional y alcanzar el desarrollo económico. Ejemplos de estas disciplinas

de ganancia ignoran los casos en que un Estado se abstiene de implementar una política pública por miedo a enfrentar una demanda arbitral³⁰. Finalmente, los porcentajes de ganancia tampoco consideran los casos que terminan en un acuerdo extraprocesal. Estos casos, que lo más probable es que representen una “victoria” para el inversionista, son una porción considerable del universo total, ya que 30% de los procesos terminan con un acuerdo y no con un laudo arbitral³¹. Más allá de esto, también se debe considerar que los países en vía de desarrollo son demandados mucho más que los países desarrollados, ya que las demandas contra aquellos representan el 70% del total³².

El análisis conjunto de estos datos señala la conclusión preliminar de que sí existe una parálisis regulatoria. Un país de ingreso bajo, al ser demandado, tiene una perspectiva de éxito del 50% y, en caso de derrota, la suma que deberá pagar representa una suma no trivial de su gasto gubernamental anual. Es de esperarse, entonces, que estos países prefieran abstenerse de emitir regulaciones que puedan significar una demanda arbitral o que prefieran ofrecer al inversionista un acuerdo extra-procesal.

3. La influencia de la representación legal

Uno de los factores que permite predecir el resultado de un arbitraje es la experiencia del equipo legal del Estado. Es decir, si el Estado tiene una representación legal adecuada y experimentada, es menos probable que pierda un caso³³. Frente a lo anterior, dado que el Derecho Internacional de la Inversión Extranjera es un área tan especializada, solo un grupo de firmas internacionales tienen los recursos necesarios para ofrecer una representación adecuada; en contraste, los abogados internos de los Estados, en especial de los Estados en vía de desarrollo, carecen del conocimiento necesario para enfrentar uno de estos casos³⁴.

Un ejemplo paradigmático de la insuficiencia de los abogados nacionales para representar los intereses del Estado es el de Seychelles.

internacionales son la prohibición de medidas proteccionistas y el establecimiento de una protección absoluta a las patentes. HA-JOON CHANG, *KICKING AWAY THE LADDER: DEVELOPMENT STRATEGY IN HISTORICAL PERSPECTIVE* 16 (1st ed. 2003).

³⁰ Gallagher & Shrestha, *supra* nota 26, at 921.

³¹ Schultz & Dupont, *supra* nota 29, at 1159.

³² Gallagher & Shrestha, *supra* nota 26, at 920.

³³ Franck & Wylie, *supra* nota 14, at 468.

³⁴ Gottwald, *supra* nota 5, at 253-254.

El Fiscal General de este país se vio obligado a defender al Estado en un arbitraje internacional de inversión, a pesar de no tener experiencia previa en el campo y no tener acceso a bases de datos confiables. No es sorpresa que Seychelles resultara condenado en ese proceso³⁵. De igual forma, cuando Argentina enfrentó las primeras demandas de inversionistas extranjeros, los abogados de la Procuración del Tesoro debieron viajar a Washington antes de las audiencias ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (“CIADI”) para así poder realizar la investigación legal necesaria³⁶.

Frente a este panorama, se evidencia la necesidad por parte de los Estados de contratar a firmas internacionales para que manejen su defensa. Sin embargo, esto no es algo que sea asequible para todos los Estados. De hacer esto, el promedio de los costos legales que asumirían estaría entre uno y dos millones de dólares anuales, monto al que se debe sumar los 400'000 dólares que cuesta contratar a un panel de tres árbitros³⁷. Así las cosas, muchos Estados se ven forzados a usar abogados internos en su defensa, a pesar de que estos no tienen ni la experiencia ni los recursos necesarios para enfrentar un arbitraje de inversión. Por el contrario, los inversionistas sí están en capacidad de contratar una representación legal adecuada, lo que supone una desigualdad entre las partes.

Esta situación se agrava por el fenómeno de las terceras partes financiadoras, el cual incrementa el desequilibrio económico existente entre inversionistas y Estados. Este mecanismo implica que una persona ajena a la disputa llega a un acuerdo con una de las partes para financiar parcial o totalmente sus costos legales a cambio de una remuneración basada en el resultado del caso³⁸. Esta posibilidad de financiación solo está a disposición de los inversionistas, ya que, en general, solo estos pueden iniciar un arbitraje internacional de inversión y son, por consiguiente, los únicos que pueden prometer parte de sus ganancias a un tercero ajeno a la disputa³⁹. Por este y los demás factores mencionados

³⁵ Id. at 255.

³⁶ Id.

³⁷ Id. at 254.

³⁸ James Egerton, Taming the “Mercantile Adventurers”: Third Party Funding and Investment Arbitration – A Report from the 14th Annual ITA-ASIL Conference, KLUWER ARBITRATION BLOG (Apr. 21, 2017), <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/04/21/taming-the-mercantile-adventurers-third-party-funding-and-investment-arbitration-a-report-from-the-14th-annual-ita-asil-conference/>.

³⁹ En lo concerniente al mecanismo de terceras partes financiadoras en el arbitraje internacional, ver: Laurent Lévy & Régis Bonnan, *Third-party funding: Disclosure, Joinder and Impact on Arbitral*

se llega a la conclusión de que el campo de la representación legal es otro en el que los países en vía de desarrollo se ven desfavorecidos en lo que respecta al sistema de arbitraje internacional de inversión⁴⁰.

En síntesis, del análisis cuantitativo de los tres factores que se consideraron de importancia para determinar si existe o no la parálisis regulatoria se desprende la conclusión de que este fenómeno sí se presenta en el sistema de arbitraje de inversión. Sin embargo, el análisis no se puede agotar solamente en la información estadística.

B. Análisis dogmático

Hay un grupo de autores que no solo analizan el aspecto cuantitativo del sistema, sino también el cualitativo. Así, el análisis no solo se basa en los datos estadísticos, sino que también se analiza el diseño institucional del sistema y las garantías que el mismo ofrece a los distintos actores.

En ese sentido, autores como Van Harten señalan que es necesario entender el sistema de arbitraje de inversión como un sistema adjudicativo de derecho público, puesto que su función es juzgar la manera en que medidas soberanas afectan a particulares⁴¹. Dicho eso, no solo es importante que no haya un sesgo actual⁴², sino también que el sistema cuente con una serie de garantías que lleven a un observador externo a poder decir que el mismo cumple con las garantías de independencia, coherencia e imparcialidad propias de cualquier sistema adjudicativo de derecho público⁴³.

Para este autor es evidente que el sistema no cumple con esas garantías y como sustento a esa afirmación cita una serie de vicios institucionales presentes en el sistema de arbitraje de inversión. Entre

Proceedings, in THIRD-PARTY FUNDING IN INTERNATIONAL ARBITRATION 78, (Bernado M. Cremades & Antonias Dimolitsa eds., 2013).

⁴⁰ Esta situación ha llevado a que se proponga crear un centro de asistencia legal en el campo del arbitraje de inversión similar al que existe en el marco de la Organización Mundial del Comercio ("OMC"). En específico, el Centro de Asesoría Legal en Asuntos de la OMC ofrece los siguientes servicios: (i) asesoría legal en Derecho del Comercio Internacional, lo cual incluye asesorar a países acerca de la compatibilidad de medidas regulatorias con los estándares legales aplicables; (ii) soporte a las Partes en la solución de disputas ante la OMC y (iii) entrenamiento a servidores públicos en asuntos de Derecho del Comercio Internacional por medio de la organización de seminarios. Las tarifas están basadas en el PIB y participación en el comercio internacional de los países; entre menor sean estos indicadores, menor son las tarifas. Gottwald, *supra* nota 5, at 267-268; CENTRO DE ASESORÍA LEGAL EN ASUNTOS DE LA OMC, <http://www.acwl.ch/> (visitado por última vez feb. 2, 2018).

⁴¹ Gus Van Harten, *Investment Treaty Arbitration, Procedural Fairness and the Rule of Law*, in INTERNATIONAL INVESTMENT LAW AND COMPARATIVE PUBLIC LAW 627, 632 (Stephan W. Schill ed., 2010).

⁴² Sesgo actual es la determinación de que, en efecto, el sistema tiene un sesgo en contra de los países en vía de desarrollo.

⁴³ Van Harten, *supra* nota 41, at 651.

esos vicios está el hecho de que no haya un periodo fijo para los árbitros, lo que pone en duda su independencia y da un poder desmedido a las entidades nominadoras, las cuales responden a los intereses de los países desarrollados. Por ejemplo, en el marco del CIADI, el Centro tiene la posibilidad de nombrar árbitros a pesar de que su estructura administrativa responde en gran medida a la voluntad de países desarrollados⁴⁴. Por otro lado, dada la falta de estabilidad salarial, los árbitros tienen incentivos perversos para favorecer a los inversionistas; siendo que solo los inversionistas pueden iniciar casos, la continuidad del sistema y, por tanto, los intereses económicos de los árbitros dependen de que los inversionistas vean que el sistema responde a sus intereses y que, por consiguiente, quieran seguir utilizándolo⁴⁵. Finalmente, los árbitros que deciden casos paralelamente actúan como abogados en otros casos y como asesores en la redacción de TBIs, lo que plantea serias dudas acerca de la ausencia de conflictos de interés⁴⁶.

También distintos autores se refieren a la posible existencia de un sesgo pro-inversión por parte de los árbitros. Sornarajah habla de una “fraternidad del arbitraje”, cuyos miembros elevan su status citándose mutuamente y construyen el Derecho Internacional a través de su condición de “publicistas de mayor competencia”⁴⁷. Al respecto, un estudio empírico realizado por Fontoura Costa demuestra que tan solo doce personas habían estado presentes en el 60% de los tribunales constituidos en el marco del CIADI hasta ese momento⁴⁸. Esto ha llevado a que autores como Yackee señalen que una comunidad pequeña y cerrada es más propensa a ser idológicamente coherente, así esta coherencia se limite a creer en los beneficios de mayores flujos de

⁴⁴Id. at 644-645. Sobre posibles reformas al sistema de selección de árbitros, ver: Chiara Giorgetti, *Who Decides Who Decides in International Investment Arbitration?*, 35(2) U. PA. J. INT'L L. 431 (2014); Jan Paulsson, holder of the Michael Klein Distinguished Scholar Chair, Inaugural Lecture as holder of Michael R. Klein Distinguished Scholar Chair: Moral Hazard in International Dispute Resolution (Apr. 29, 2010).

⁴⁵Van Harten, *supra* nota 41, at 648. Sobre la posibilidad de los Estados de interponer demandas de reconvencción, lo que atemperaría la asimetría propia del sistema, ver: Urbaser S.A. & Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. the Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/07/26, Award (Dic. 12, 2016) y HOWARD MANN, KONRAD VON MOLTKE, LUKE E. PETERSON & AARON COSBEY, MODEL INTERNATIONAL AGREEMENT ON INVESTMENT FOR SUSTAINABLE DEVELOPMENT. INTERNATIONAL INSTITUTE FOR SUSTAINABLE DEVELOPMENT (2005).

⁴⁶Van Harten, *supra* nota 41, at 650. Frente a este punto, se deben considerar los lineamientos de la *International Bar Association* acerca de conflictos de interés en el arbitraje internacional.

⁴⁷Muthucumaraswamy Sornarajah, *Power and Justice: Third World Resistance in International Law*, 10 SYBIL 19, 31 (2006).

⁴⁸Jose Augusto Fontoura Costa, *Comparing WTO Panelists and ICSID Arbitrators: The Creation of a Legal Field*, 1(4) OÑATI SOCIO-LEGAL SERIES 1, 11 (2011).

inversión extranjera y en la potencialidad del imperio de la ley de favorecer estos flujos⁴⁹. Estas creencias ya de por sí generan cierta predisposición al momento de decidir un caso.

En contraposición con la posición presentada, están aquellos que defienden al sistema y que lo consideran como un mecanismo adecuado para proteger los derechos contractuales y de propiedad a través del establecimiento de un procedimiento de resolución de disputas eficiente⁵⁰. Los defensores de esta postura argumentan que el sistema del arbitraje de inversión es preferible al sistema de protección diplomática o al uso de las cortes nacionales del Estado receptor de la inversión. En estos sistemas el inversionista quedaba sometido al arbitrio, no siempre razonable, de su Estado de origen o, lo que es peor, del Estado receptor⁵¹. Por otro lado, estos autores también argumentan que el uso por parte de los árbitros de estándares de proporcionalidad y razonabilidad les permite balancear de manera adecuada los intereses de los inversionistas con el interés regulatorio de los Estados⁵². Finalmente, también señalan que los árbitros derivan su éxito del hecho de que sean percibidos como imparciales, por lo que ningún árbitro arriesgaría su reputación favoreciendo indebidamente a alguna de las partes⁵³.

En lo que respecta a estas visiones contrarias, la postura que se adopta en este ensayo es que en efecto existe una parálisis regulatoria derivada de falencias institucionales propias del sistema de arbitraje de inversión, lo que justifica emprender un proyecto de reforma del mismo. En lo que refiere a la posición de Brower y Schill, los argumentos presentados no son lo suficientemente convincentes. En primer lugar, estos autores presentan un falso dilema, ya que defienden el sistema de arbitraje de inversión mostrando que es mejor que el sistema de protección diplomática o que las cortes del Estado receptor. El hecho de que el sistema del arbitraje de inversión sea mejor que estas alternativas, lo cual es en sí discutible, no significa que el sistema no tenga falencias que deben ser corregidas.

Por otro lado, el argumento de que la preocupación de los árbitros por mantener su reputación como imparciales es control suficiente para evitar sesgos, ignora el hecho de que la estructura misma del sistema da

⁴⁹ Jason W. Jackee, *Controlling the International Investment Law Agency*, 53(2) HARV. INT'L L.J. 391, 402 and 407 (2012).

⁵⁰ Brower & Schill, *supra* nota 8, at 496.

⁵¹ *Id.*, at 480.

⁵² *Id.*, at 484.

⁵³ *Id.*, at 492.

un incentivo a los árbitros para favorecer a los inversionistas. Como ya mencionado, solo los inversionistas pueden iniciar casos, por lo que la continuidad del sistema depende de que los inversionistas sigan utilizándolo, lo que solo pasará si perciben que el sistema sirve a sus intereses. Esta falla institucional también pone en entredicho la validez del argumento de que por medio de un análisis de proporcionalidad los árbitros encuentran un justo balance entre la protección de la inversión y los intereses regulatorios del Estado.

En síntesis, los Estados se ven compelidos a ser parte de un sistema adjudicativo que no ofrece garantías de independencia, coherencia e imparcialidad. Específicamente, la existencia de un sesgo en favor de los inversionistas y en contra de los Estados en vía de desarrollo es especialmente preocupante. En efecto, esta situación hace que sea más probable que un Estado se abstenga de emitir una regulación de interés público por temor a que eso resulte en una demanda arbitral, la cual será resuelta en un foro en el que no hay verdadera igualdad entre las partes.

C. Análisis de casos

Para finalizar este acápite, se analizarán distintas experiencias que se relacionan con la existencia de la parálisis regulatoria, lo que permitirá tener una visión de cómo opera el fenómeno bajo estudio en la práctica.

1. *Indonesia*

La industria minera de Indonesia se encuentra regulada por la Ley de Inversión Extranjera de 1967. Según esta Ley, las inversiones extranjeras en el campo de la minería deben regirse por un contrato entre el Gobierno y el inversionista. El primero de estos contratos se firmó en 1967 y, desde ese año, su uso se generalizó, a tal punto que, para el año 1998, se habían celebrado 236 de estos contratos. En estos acuerdos se especifican las regalías que debe pagar el inversionista y sus obligaciones ambientales y tienen la particularidad de gozar del status de *lex specialis*; es decir, que en caso de contradicción entre el contrato y las leyes generales, primará aquel⁵⁴.

En 1999, Indonesia expidió una ley prohibiendo la minería a cielo abierto en bosques protegidos, citando como fundamento preocupaciones ambientales. Antes de la entrada en vigor de esta Ley, se habían firmado múltiples contratos con inversionistas extranjeros que

⁵⁴Tienhaara, What you Don't Know, *supra* nota 10, at 12-13.

comprendían áreas ahora consideradas bosques protegidos. Por consiguiente, cerca de 150 compañías extranjeras se verían afectadas por esta prohibición. Atendiendo a la Ley, las autoridades de Indonesia dejaron de emitir permisos a compañías mineras en áreas protegidas y todos los contratos relevantes fueron suspendidos. A causa de estas medidas, muchas de las compañías extranjeras afectadas amenazaron con demandar al Gobierno de Indonesia ante un tribunal arbitral internacional con fundamento en las cláusulas arbitrales contenidas en los contratos⁵⁵.

Tiempo después, en el año 2004, el Gobierno emitió un decreto con fuerza de ley en el que se estableció que todos los permisos y contratos anteriores a la Ley de 1999 serían válidos hasta su respectiva fecha de expiración. Vale destacar que esta facultad del Gobierno de emitir un decreto con fuerza de ley solo puede ser utilizada para materias de gran urgencia. Posterior a este decreto, se emitió un decreto presidencial especificando 13 compañías que continuarían operando en bosques protegidos. Finalmente, el parlamento convirtió en ley en sentido estricto el decreto emitido por el Gobierno y la Corte Constitucional declaró esta ley acorde a la Constitución⁵⁶.

Hay evidencia que demuestra que la amenaza de un proceso arbitral jugó un papel decisivo en la decisión de Indonesia de revertir sus medidas medio-ambientales: (i) tanto la Corte como el Parlamento mencionaron la necesidad de evitar un proceso arbitral como una razón para su decisión; (ii) las mismas 13 compañías a las que se les permitió expresamente seguir operando fueron las que amenazaron con iniciar un arbitraje y (iii) los servidores públicos que tomaron la decisión citaron como fundamento de la misma casos arbitrales anteriores en los que Indonesia había sido condenada⁵⁷. Todo esto a pesar de que lo más probable era que Indonesia hubiera salido victoriosa en los procesos arbitrales, dado que los contratos obligaban a las compañías a acatar las regulaciones ambientales y ninguno contenía una cláusula de estabilización^{58 59}.

⁵⁵ Id. at 14.

⁵⁶ Id. at 16.

⁵⁷ Id. at 18.

⁵⁸ Stuart G. Gross, *Inordinate Chill: BITS, Non-NAFTA MITS and Host-State Regulatory Freedom: An Indonesian Case Study*, 24(3) MICH. J. INT'L L. 893, 896 (2003).

⁵⁹ Estas cláusulas de estabilización generalmente son de dos tipos: (i) cláusulas de congelación que prohíben al Estado modificar el marco regulatorio o contractual en desmedro del inversionista extranjero y (ii) cláusulas de equilibrio económico que obligan al Estado a compensar el inversionista en caso de decretar un cambio en el marco regulatorio que afecte el balance

2. Canadá

Vale aclarar que no son solo los países en vía de desarrollo los que deciden no expedir una regulación de bienestar público a causa de la amenaza de un arbitraje internacional. Hay al menos tres situaciones en las que esto ha ocurrido en un país desarrollado como Canadá.

- El Gobierno llegó a un acuerdo con Ethyl Corporation en el que se comprometió a pagar compensación a la compañía y a revertir su prohibición del aditivo de la gasolina MMT⁶⁰.

- Compañías pertenecientes a la industria aseguradora amenazaron con iniciar arbitrajes bajo el NAFTA a causa de los planes de gobiernos provinciales de Canadá de instaurar un sistema de seguro público automovilístico. Finalmente, todos estos planes fueron descartados⁶¹.

- Las compañías tabacaleras amenazaron con iniciar un arbitraje en 1994 y en 2001 a causa de la iniciativa del Gobierno Federal de regular el empaquetado y las marcas de cigarrillos. El Gobierno abandonó la iniciativa⁶².

3. *Philip Morris c. Uruguay (2016)*

Es necesario considerar que aquellos que defienden la posición de que no existe la parálisis regulatoria citan el caso *Philip Morris c. Uruguay* para defender su postura⁶³. Así las cosas, es menester analizar a fondo este arbitraje.

En el año 2008, Uruguay implementó una serie de medidas para disminuir el consumo de tabaco. En primer lugar, instauró la prohibición de comercialización de variantes de una misma marca. A causa de esta regulación, Philip Morris solo pudo comercializar en Uruguay Malboro Red y tuvo que retirar del mercado las variantes Malboro Light, Malboro Blue y Malboro Fresh Mint. El objetivo de esta medida es evitar el uso de descriptores o de colores que puedan llevar al consumidor a pensar que fumar cierta variante de cigarrillo es menos perjudicial para su salud que otras, lo cual no es cierto⁶⁴.

económico del contrato. Antoine P. Martin, *Stability in Contemporary Investment Law: Reconsidering the Role and Shape of Contractual Commitments in Light of Recent Trends*, 10(1) MANCHESTER J. INT'L ECON. L 38, 38 (2013).

⁶⁰ Tienhaara, *Regulatory Chill*, *supra* nota 20, at 620.

⁶¹ *Id.*

⁶² *Id.*

⁶³ Lavranos, *supra* nota 14.

⁶⁴ Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. y Abal Hermanos S.A v. the Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Award, ¶¶ 110-111 (Jul. 8, 2016).

En segundo lugar, Uruguay incrementó el tamaño de las advertencias de salud que obligatoriamente debían incluirse en cada empaque para que estas cubrieran el 80% de la cajetilla y no, como estaba establecido previamente, el 50%⁶⁵. El objetivo de esta medida es educar al consumidor acerca de los efectos nocivos del tabaco y parte de la premisa de que entre mayor sea el tamaño de la advertencia, mayor será su efecto disuasivo respecto del consumidor.

Para el inversionista, Philip Morris, estas medidas, al afectar el valor de su inversión de manera considerable, constituían una expropiación indirecta y un tratamiento injusto e inequitativo, entre otras violaciones de las obligaciones internacionales de Uruguay. El Tribunal encargado de resolver la disputa estuvo compuesto por Piero Bernardini, James Crawford y Gary Born, tres prominentes autores en el campo del Derecho Internacional Público y del Derecho Internacional de la Inversión Extranjera. Al final del proceso, la mayoría del Tribunal decidió desestimar las pretensiones del demandante y la argumentación esgrimida para llegar a tal conclusión puede ser considerada como fuertemente pro-Estado.

Específicamente, el desarrollo que el Tribunal hace del concepto de deferencia al criterio estatal podría llevar a pensar que las preocupaciones acerca de la parálisis regulatoria son infundadas. Al respecto, el Tribunal dice lo siguiente:

El Tribunal concuerda con la Demandada en que el “margen de apreciación” no se circunscribe al contexto del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sino que “se aplica igualmente a las reclamaciones que surgen en virtud de un TBI”, al menos en ámbitos tales como el de la salud pública. La responsabilidad por las medidas de salud pública recae sobre el gobierno y los tribunales constituidos en casos de inversión deberían prestar gran deferencia a los criterios gubernamentales respecto de las necesidades nacionales en cuestiones como la protección de la salud pública. En tales casos se debe respeto al “ejercicio discrecional del poder soberano que no se lleve a cabo de manera irracional ni de mala fe... lo que involucra numerosos factores complejos”. Tal como sostuviera otro tribunal constituido en un caso de inversión. “la única pregunta que debe

⁶⁵ Id. ¶ 121.

responder el Tribunal... es si hubo una carencia manifiesta de motivos para dicha legislación”⁶⁶.

Como se puede apreciar, el Tribunal trasplanta el concepto de “margen de apreciación”, inicialmente desarrollado en el Derecho Europeo de Derechos Humanos, al campo del Derecho Internacional de la Inversión Extranjera. Este concepto fue aplicado originalmente en el ámbito del artículo 15 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el cual permite a las Partes Contratantes derogar sus obligaciones surgidas del mismo para así hacer frente a un estado de excepción. La Comisión Europea de Derechos Humanos en el *Caso Relativo a Chipre* dejó sentado que las instituciones de Estrasburgo podían analizar si la derogatoria era justificada pero debían tener en cuenta que las autoridades nacionales, al estar en cercanía con la situación y al contar con mayor información, estaban en una mejor posición para determinar si existía un estado de excepción o no y qué medidas eran necesarias para afrontarlo. Así las cosas, en este campo, los Gobiernos podían ejercer cierto grado de discrecionalidad⁶⁷. Posteriormente, este concepto fue aplicado a diversos artículos del Convenio, al punto que hoy se define de manera general como “el margen de maniobra que las instituciones de Estrasburgo están preparadas a ofrecer a las autoridades nacionales cuando estas cumplen sus obligaciones bajo el Convenio Europeo de Derechos Humanos”⁶⁸.

Trasladando este concepto al campo de la inversión extranjera, los Estados tendrían un amplio margen de discrecionalidad al momento de decidir implementar medidas para proteger objetivos legítimos de política pública, tales como la protección del medio ambiente y de la salud pública. Esta deferencia parte de reconocer que las autoridades nacionales están mejor posicionadas que los tribunales de inversión para decidir qué medidas es necesario adoptar en pos del bienestar público. Así las cosas, un Estado que adopte una regulación de interés público de buena fe y de forma no discriminatoria no debería tener nada que temer en un proceso arbitral. Esto, a su vez, implica que no habría fundamento alguno para la parálisis regulatoria.

Con respecto a lo anterior, si bien *Philip Morris c. Uruguay* es un paso importante, por diversas razones no implica el fin de toda preocupación

⁶⁶Id. ¶ 399.

⁶⁷ Government of the Kingdom of Greece against the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland. App. No. 176/56 Eur. Common H.R., 172-197 (1956), <http://echr.coe.int>

⁶⁸ Steven Greer, *The Margin of Appreciation: Interpretation and Discretion under the European Convention on Human Rights*, 14 HUMAN RIGHTS FILES 1, 5 (2000).

acerca de la parálisis regulatoria. En primer lugar, el árbitro Gary Born se apartó de la decisión mayoritaria. En su opinión disidente, Gary Born critica fuertemente la adopción del concepto de margen de apreciación en los siguientes términos:

El Artículo 1 del Protocolo 1 del CEDH ha sido interpretado por el TEDH a fin de otorgar un amplio margen de apreciación a las autoridades de gobierno respecto de lo que constituye el “interés público”⁶⁹. En el marco de otras cuestiones, el TEDH ha sostenido que “debería respetar la decisión legislativa respecto del ‘interés público’ a menos que dicha decisión carezca de forma manifiesta de todo fundamento razonable”. Esta interpretación del Convenio y sus Protocolos es respaldada por los *travaux préparatoires* del Convenio que indican que los redactores tenían la intención de incorporar un margen de apreciación “muy amplio”.

No hay disposición alguna en el texto del TBI que sea equivalente al Artículo 1 del Protocolo 1, o que pueda proporcionar un fundamento textual para incorporar dicho concepto al Artículo 3(2) del TBI. Por el contrario, y tal como reconociera el Tribunal, el Artículo 3(2) está redactado de forma general y hace referencia a la garantía de “trato justo y equitativo” sin la incorporación del estándar internacional mínimo o limitaciones como las del Artículo 1 del Protocolo 1 del CEDH. Tampoco hay elemento alguno en los *travaux* del TBI, en la medida en que las partes lo hayan sugerido o que yo lo haya podido descubrir, que indique que sus partes tuvieron la intención de incorporar el concepto de “margen de apreciación”.

El “margen de apreciación” utilizado conforme al Protocolo 1 del CEDH fue redactado y aceptado en un contexto histórico y geográfico específico, respecto de un instrumento particular en materia de derechos humanos. Las razones que derivaron en la aceptación del “margen de apreciación” en el contexto del CEDH no son necesariamente transferibles a otros contextos, incluso específicamente al TBI entre Suiza y Uruguay. En realidad, de la misma forma en la que el significado de la garantía de trato justo y equitativo del Artículo 3(2) debe ser determinado por interpretación del TBI, el estándar de revisión y grado de deferencia que le corresponde a las decisiones regulatorias y legislativas de un Estado

⁶⁹ Como ya mencionado, el margen de apreciación surgió fue de la interpretación del artículo 15 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y solo posteriormente fue aplicado al artículo 1 del Protocolo 1. Greer, *supra* nota 68, at 8.

debe ser determinado por interpretación del TBI, no por el CEDH y las decisiones que interpretan dicho instrumento⁷⁰.

Luego de hacer esta crítica, Gary Born expresa que, en su concepto, el estándar de trato justo y equitativo implica elementos de razonabilidad y proporcionalidad que no se encuentran presentes en la medida de prohibición de comercialización de variantes adoptada por Uruguay⁷¹. Sin determinar que la aplicación del “margen de apreciación” al campo del Derecho Internacional de la Inversión Extranjera es o no correcta, lo cierto es que, a la luz de esta opinión disidente, no hay garantía alguna de que tribunales posteriores adopten este concepto. Por consiguiente, es prematuro decir que lo dicho por la mayoría en el caso bajo estudio significa el fin de las preocupaciones acerca de la parálisis regulatoria.

Además de eso, la mayoría circunscribió su análisis a aquellos casos en los que no se ha pactado una cláusula de estabilización⁷². Por tanto, en los casos en que se ha pactado este tipo de cláusulas continuarían presentes este tipo de preocupaciones. Más allá de lo anterior, si verdaderamente estuviera totalmente establecido que las medidas regulatorias adoptadas de buena fe y de manera no discriminatoria no son una violación de los estándares internacionales de protección de la inversión extranjera, no habría forma de explicar muchas de las demandas que actualmente se han interpuesto en contra de Colombia, tal como se pasa a analizar en la siguiente sección.

D. Demandas en curso contra Colombia

Actualmente, Colombia está enfrentando sus primeras demandas interpuestas por inversionistas extranjeros ante centros arbitrales internacionales⁷³. Muchas de estas demandas cuestionan medidas tomadas por Colombia para proteger el medio ambiente y la salud pública, demostrando así que no es totalmente pacífico que las medidas regulatorias tomadas de buena fe y de forma no discriminatoria para proteger un objetivo legítimo de política pública no son una violación de los estándares internacionales de protección de la inversión extranjera.

⁷⁰ Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. y Abal Hermanos S.A. v. the Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Concurring and Dissenting Opinion Co-Arbitrator Gary Born, 182-185 (Jul. 8, 2016).

⁷¹ Id. ¶ 176.

⁷² Philip Morris v. Uruguay, Award, *supra* nota 64, ¶ 423.

⁷³ Algunas de las demandas interpuestas son las siguientes: Cosigo Resources (Canadá), Cosigo Resources Colombia y Tobie Mining and Energy Inc. (Estados Unidos) c. Colombia; Eco Oro Minerals (Canadá) c. Colombia; Gas Natural Fenosa (España) c. Colombia; América Móvil (México) c. Colombia; Gran Colombia Gold (Canadá) c. Colombia.

Uno de estos casos es el de la multinacional suiza Novartis. Esta compañía tiene la patente y, por consiguiente, el derecho exclusivo de comercializar hasta el año 2018 el medicamento Imatinib en Colombia, el cual es fundamental para el tratamiento de la leucemia mieloide crónica y otros tipos de cáncer. A causa de una recomendación emitida por el Comité Técnico del Ministerio de Salud y Protección Social de Colombia, este Ministerio declaró la existencia de razones de interés público frente al medicamento por medio de la Resolución 2475 del 14 de junio de 2016. Esta declaratoria implica la posibilidad de fijar un precio máximo de venta de Imatinib para simular condiciones de competencia e, incluso, la Oficina Colombiana de Patentes podría emitir una licencia obligatoria para el producto, permitiendo así la entrada al mercado de medicamentos genéricos^{74 75}.

Frente a lo anterior, se debe recordar que permitir la comercialización de genéricos o implementar un precio máximo que simule una situación de competencia es una manera efectiva para solucionar los problemas de acceso que pueden existir respecto de un medicamento que está protegido por una patente; estos medicamentos pueden llegar a ser muy costosos, lo que es problemático en países de renta media y baja. Como lo destaca Collins-Chase:

Una solución al problema de acceso es el desarrollo de formas genéricas de medicamentos patentados que sean menos costosos. El término “genérico” se refiere tanto a medicamentos producidos después de que la protección otorgada por una patente ha expirado y a medicamentos cuya producción ha sido autorizada por un acuerdo de licencia durante el término de la patente. Los genéricos,

⁷⁴ Existen razones de interés público frente a imatinib, MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, <https://www.minsalud.gov.co/Paginas/Existen-razones-de-interes-publico-frente-a-imatinib.aspx> (visitado por última vez Feb. 10, 2018); Marco Velásquez Ruiz, ¿Y si Novartis demanda a Colombia?, EL ESPECTADOR, Mar. 14, 2016, <https://www.elespectador.com/noticias/salud/y-si-novartis-demanda-colombia-articulo-622083>.

⁷⁵ Se ha argumentado que no existe la parálisis regulatoria con base en que de los casos del CIADI hasta el año 2014 solo 9% versaban sobre actuaciones de la rama legislativa y 47% sobre actuaciones de la rama ejecutiva. European Federation for Investment Law and Arbitration, *supra* nota 14, at 27. Con base en estas estadísticas se afirma que “dada la baja tasa de disputas que involucran la actividad de la rama legislativa, argumentos de que el arbitraje inversionista-Estado puede afectar las legítimas prerrogativas de los gobiernos nacionales parecen ser exagerados. Por el contrario, legislaturas democráticas deben aceptar el arbitraje inversionista-Estado como un control adicional al mal comportamiento de la rama ejecutiva”. Jeremy Caddell & Nathan M. Jensen, *Which Host Country Government Actors are Most Involved in Disputes with Foreign Investors?*, 120 COLUMBIA FDI PERSPECTIVES, April 2014, at 1, 2. No obstante, este caso demuestra que las medidas regulatorias de bienestar público no son solo de iniciativa de la rama legislativa, sino que la rama ejecutiva también juega un rol importante en este campo, por lo que este argumento en contra de la parálisis regulatoria carece de sustento.

generalmente, tienen la misma o una similar eficacia que los medicamentos de marca y cuestan menos. La diferencia de precio puede ser significativa, por lo que los genéricos pueden expandir el acceso en gran medida. Por ejemplo, el medicamento fluconazole, usado para tratar el VIH, cuesta 20 dólares por día en Kenia, donde está protegido por una patente. Una versión genérica del mismo medicamento cuesta solo 70 centavos por día en Tailandia⁷⁶.

A pesar de lo anterior, es posible que Novartis demande a Colombia por estas medidas alegando una violación del TBI entre Colombia y Suiza⁷⁷. Lo más probable es que Novartis pretenda que en el proceso se le otorgue, a título de lucro cesante, las ganancias que dejará de percibir al perder la posibilidad de comercializar el medicamento en condiciones de monopolio. Esta pretensión puede ser importante en términos económicos, por lo que constituye un elemento de presión sobre el Gobierno colombiano para revertir las medidas tomadas hasta el momento.

Aparentemente, estas presiones surtieron efecto, dado que el 25 de abril de 2017, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo expidió el Decreto 670 modificando las reglas para la declaratoria de existencia de razones de interés público frente a medicamentos. Después de esta modificación, el Ministerio de Salud y Protección Social pierde su competencia exclusiva en este campo, siendo reemplazado por un Comité Técnico Interinstitucional conformado por, entre otros funcionarios, un delegado del Ministro de Comercio, Industria y Turismo y un delegado del Director del Departamento Nacional de Planeación. Así las cosas, todo parece indicar que, después de la expedición de este decreto, motivos de salud pública ya no serán los únicos que determinarán la decisión de declarar razones de interés público frente a medicamentos, sino que también se considerará el impacto que ese tipo de medidas puede tener sobre inversionistas extranjeros⁷⁸. En ese sentido, se incrementa la

⁷⁶ Charles T. Collins Chase, *The Case Against TRIPS-Plus Protection in Developing Countries Facing AIDS Endemics*, 29(3) U. PA. J. IN T'L L. 763, 769 (2008).

⁷⁷ Velásquez Ruiz, Novartis, *supra* nota 74.

⁷⁸ Es necesario considerar que dentro del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo se encuentra la Dirección de Inversión Extranjera y Servicios, la cual tiene entre sus funciones: "diseñar las políticas relacionadas con inversión extranjera para procurar su promoción", "Identificación de ajustes en el marco legal para el mejoramiento del clima de inversión" y "eliminación de obstáculos identificados por los inversionistas extranjeros". *Funciones de la Dirección de Inversión Extranjera y Servicios*, MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO, http://www.mincit.gov.co/publicaciones/36747/funciones_de_la_direccion_de_inversion_extranjera_y_servicios (visitado por última vez Feb. 10, 2018).

posibilidad de que el Estado colombiano se abstenga de adoptar medidas necesarias para proteger la salud pública, bajo el pretexto de que estas ocasionan una afectación a inversionistas extranjeros.

Un segundo caso es el de Eco Oro Minerals, una compañía canadiense dedicada a la exploración y explotación de metales preciosos y que opera en Colombia desde 1994. Esta compañía es la titular del Proyecto Angostura, el cual está ubicado en el Páramo de Santurbán. Con respecto a este proyecto, se otorgaron ocho títulos mineros que cobijan un área de 30,000 hectáreas. En el año 2012, la Agencia Nacional de Minería decidió extender la licencia de exploración del proyecto, a pesar de la fuerte oposición por parte de la sociedad civil. Posteriormente, en el año 2014, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible de Colombia por medio de la Resolución 2090 del 19 de diciembre de 2014 delimitó el área de Santurbán como un páramo. Después, la Corte Constitucional expidió la sentencia C 035 del 2016, por medio de la cual estableció de manera perentoria la prohibición de desarrollar actividades mineras en los páramos del país. Como consecuencia de esta decisión, el 2 de agosto de 2016, se revocaron los títulos mineros de Eco Oro en el páramo de Santurbán⁷⁹.

El 9 de diciembre de 2016, Eco Oro notificó al Gobierno colombiano su intención de someter la disputa a arbitraje internacional con base en el capítulo de protección a la inversión del Tratado de Libre Comercio entre Canadá y Colombia. Frente a tal perspectiva, el Gobierno de Colombia se ve sometido a una fuerte presión para revocar sus medidas de protección del medio-ambiente. Además, este caso es un ejemplo del polémico mecanismo de terceras partes financiadoras, ya que Amber Capital LLP adquirió una nota promisorio por parte de Eco Oro con respecto a los ingresos que se generen si esta empresa resulta victoriosa en su arbitraje contra Colombia⁸⁰. Es necesario analizar el transcurso de la disputa arbitral para así determinar si Colombia decide revertir sus políticas medioambientales, lo que sería un nuevo ejemplo de parálisis regulatoria.

Estos dos casos son otros ejemplos prácticos que se relacionan con el fenómeno de la parálisis regulatoria, pero más allá de eso, estos casos son posteriores a *Philip Morris c. Uruguay*. Este hecho indica que la expedición

⁷⁹ Marco Velásquez Ruiz, *La increíble historia de la demanda de Eco Oro Minerals contra Colombia*, EL TIEMPO, Dic. 15, 2016, <http://blogs.eltiempo.com/desmarcado/2016/12/15/la-increible-historia-eco-oro/>

⁸⁰ Id.

del laudo a favor de Uruguay en ese caso no ha disuadido a los inversionistas de promover demandas arbitrales cuestionando medidas de bienestar público adoptadas por Estados, lo que demuestra que ese arbitraje no solucionó la problemática de la parálisis regulatoria⁸¹.

IV. Los efectos de la parálisis regulatoria en la política socioeconómica de un Estado

Una vez se ha demostrado que en efecto existe una parálisis regulatoria, es ahora necesario argumentar por qué la existencia de este fenómeno afecta indebidamente la política socioeconómica de un Estado. Se ha argumentado que el arbitraje internacional de inversión solamente paraliza aquellas medidas que no respetan los derechos de propiedad⁸². Así las cosas, la parálisis regulatoria no sería un defecto del sistema, sino justamente su propósito.

Sin embargo, tal posición parte de una visión absoluta del derecho de propiedad y desconoce la tensión que puede existir entre la protección a la propiedad y otros objetivos legítimos de política pública. En ese sentido, la posición brevemente esbozada en el párrafo anterior parte de la premisa de que cualquier medida que afecte de manera negativa un derecho de propiedad debe ser paralizada o disuadida. Tal postura hace eco del trabajo de Richard Epstein, profesor de Derecho en la Universidad de Chicago y defensor de lo que se podría caracterizar como una visión libertaria del Estado y la propiedad. Epstein formuló una teoría acerca de las expropiaciones parciales en el marco de la quinta enmienda a la Constitución de los Estados Unidos. Según el autor, cualquier medida que afecte de manera negativa los atributos de la propiedad da lugar al derecho de compensación contenido en la quinta enmienda. Así, cualquier interferencia con el derecho al uso, el goce o la disposición de la propiedad genera un derecho a compensación, así no haya habido una transferencia formal del título de propiedad⁸³.

Las nociones propuestas por Epstein tuvieron gran influencia en la redacción del artículo 1110 del NAFTA, el cual incorporó la noción de

⁸¹ Distintos ejemplos del impacto del arbitraje internacional de inversión en las políticas públicas de países en vía de desarrollo se recogen en el trabajo periodístico de Chris Hamby, finalista al Premio Pulitzer en Reportaje Internacional en el año 2017. *The 2017 Pulitzer Prize Finalist in International Reporting*, THE PULITZER PRIZES, <http://www.pulitzer.org/finalists/chris-hamby-buzzfeed-news> (last visited Feb. 10, 2018).

⁸² European Federation for Investment Law and Arbitration, *supra* nota 14, at 27.

⁸³ Courtenay Barklem & Enrique A. Prieto Ríos, *The Concept of "Indirect Expropriation", its Appearance in the International System and its Effects in the Regulatory Activity of Governments*, 11(21) CIVILIZAR 77, 84 (2011).

expropiación indirecta que se incluye en la mayoría de los TBIs⁸⁴. Sin embargo, ni siquiera el mismo Epstein defendía que cualquier medida que afectara el derecho de propiedad debía significar un derecho de compensación, ya que, según el autor, un Estado no debe compensar cuando utiliza sus poderes de policía para proteger a la comunidad de amenazas comunes, como por ejemplo, la polución⁸⁵. Siguiendo esa noción, un mecanismo de protección de la propiedad no debe interferir con la potestad de los gobiernos de tomar medidas que busquen el bienestar social. Por consiguiente, la noción extrema de que el sistema de arbitraje de inversión debe paralizar toda medida que no respete los derechos de propiedad no es convincente⁸⁶.

Más aún, es posible llegar a la conclusión de que tal situación es indeseable, si se analiza bajo la perspectiva del concepto de “espacio regulatorio”. Este concepto fue originalmente desarrollado por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo para describir la tensión que existe entre la autonomía nacional y la integración económica internacional, especialmente en el campo del Derecho Internacional del Comercio⁸⁷. El espacio regulatorio, en líneas generales, implica que existen una serie de instrumentos que están bajo el control de los encargados de formular la política pública. A su vez, existen una serie de objetivos que apuntan al desarrollo económico de un país. Los que formulan política pública deben decidir, con un criterio de bienestar social, qué combinación de instrumentos maximiza la obtención de un determinado set de objetivos⁸⁸.

Sin embargo, las obligaciones internacionales reducen este espacio regulatorio, ya que limitan las acciones que un Estado puede

⁸⁴ Id. at 86.

⁸⁵ Id. at 85.

⁸⁶ Este punto está estrechamente relacionado con el hecho de que los árbitros en cierta manera “construyen” el derecho de propiedad de los inversionistas, puesto que determinan el alcance del mismo a través de la doctrina de legítimas expectativas. Esta postura parte de reconocer que hay distintas maneras de concebir el derecho de propiedad y el alcance del mismo, por lo que una provisión de tipo “se garantiza la propiedad privada” debe ser concretizada y especificada por medio de un ejercicio interpretativo. Esta especificación es fundamental al momento de resolver casos concretos con respecto a una afectación al derecho de propiedad de un inversionista, ya que el resultado de un caso varía sustancialmente dependiendo de si se tiene una visión absolutista de la propiedad o una visión en donde este derecho puede ser limitado para obtener ciertos objetivos sociales. Sobre este punto, ver: Nicolás Perrone, *The International Investment Regime and Foreign Investor Rights: Another View of a Popular Story*, 11(3) MANCHESTER J. INT'L ECON. L 397 (2014).

⁸⁷ SECRETARIAT OF THE UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT, TRADE AND DEVELOPMENT REPORT VII (2014).

⁸⁸ Jörg Mayer, *Policy Space: What, for What, and Where?*, 27(4) DPR 373, 376 (2008).

desarrollar⁸⁹. Se trata entonces de buscar un equilibrio entre las disciplinas legales, como aquellas que buscan proteger los derechos de propiedad de los inversionistas extranjeros, y la autonomía de los Estados para implementar las políticas públicas que consideren contribuyen al bienestar social. Este equilibrio se rompe cuando una serie de compromisos legales externos cuya aplicación está sesgada en contra de los intereses de un grupo de países limita la disponibilidad y efectividad de los instrumentos de política pública disponibles a los Estados⁹⁰. El resultado de esta situación es que se dificulta o imposibilita la consecución del bienestar social bajo el pretexto de proteger los intereses de inversionistas extranjeros.

En síntesis, a lo largo de este ensayo se ha demostrado que, en efecto, el sistema de arbitraje internacional de inversión disuade a los gobiernos de tomar medidas regulatorias que persiguen el bienestar social por el temor de que las mismas lleven a una demanda arbitral multimillonaria. De igual forma, se demostró que tal situación es indeseable, ya que se da primacía irrestricta a la protección de la propiedad sobre otros valores públicos como la protección del medio ambiente o de la salud pública. Tales preocupaciones se han intentado mitigar a través del uso de conceptos como el “margen de apreciación”. Sin embargo, estas aproximaciones han sido fuertemente criticadas e, incluso hoy, los inversionistas extranjeros continúan amenazando a países en vía de desarrollo con demandas arbitrales a causa de sus medidas regulatorias, tal como actualmente está sucediendo en Colombia.

Frente a tal situación, en la siguiente sección de este ensayo se planteará una reforma al sistema de arbitraje internacional de inversión para hacer frente a la problemática de la parálisis regulatoria. La medida propuesta tiene como propósito que en el sistema de arbitraje de inversión haya un balance adecuado entre la protección de la inversión extranjera y otros objetivos de política pública. Sin embargo, se debe hacer la aclaración de que la medida propuesta, si bien es un paso importante, no tienen la entidad suficiente para solucionar completamente los diversos problemas que hoy se presentan en el sistema.

⁸⁹ JAMES CRAWFORD, *BROWNIE'S PRINCIPLES OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW* 15-16 (8th ed. 2012).

⁹⁰ Mayer, *supra* nota 88, at 379.

V. Propuesta de reforma

Al respecto, una experiencia valiosa de reformas para responder a problemas estructurales es lo sucedido en el marco de la Organización Mundial del Comercio (“OMC”) en la década de 1990. Antes de este periodo hubo una seria preocupación acerca del impacto de las obligaciones relativas al comercio internacional en campos como la protección del ambiente, la obtención del desarrollo socioeconómico y la promoción de los derechos humanos, a tal punto que se empezó a hablar de una crisis de legitimidad del sistema⁹¹. Para superar esta crisis se requirió un cambio de paradigma consistente en comprender que el rol de la OMC no era solo liberalizar los flujos económicos, sino mejorar los estándares de vida de la sociedad como un todo. Un ejemplo claro de este cambio de paradigma es el discurso pronunciado por Pascal Lamy, antiguo Director General de la OMC:

Y si bien la apertura de los mercados produce beneficios para muchos, también crea costos de ajuste que no podemos ignorar. Estos costos no pueden ser relegados al futuro, sino que deben ser parte integral de la agenda de apertura. Esto es lo que yo llamo el Consenso de Ginebra: la creencia de que la apertura del comercio contribuye al desarrollo pero solo si corregimos los desbalances que crea entre ganadores y perdedores, desbalances que son más peligrosos en las economías, sociedades o países más frágiles. Esta es la única manera de garantizar que la apertura de los mercados va a generar beneficios reales para todo el mundo en sus vidas cotidianas. (...) debemos recordar que el comercio es solo una herramienta para elevar la condición humana; el impacto último de nuestras reglas en los seres humanos debe estar en el centro de nuestras consideraciones. Debemos trabajar primero a favor de los seres humanos y el bienestar de la humanidad. Quiero creer que el nuevo Consenso de Ginebra tiene el potencial de lograr contribuir al proceso de humanizar la globalización y establecer mayor justicia y equidad^{92 93}.

⁹¹ Frank J. García, Lindita Ciko, Apurv Gaurav, & Kiring Hough, *Reforming the International Investment Regime: Lessons from International Trade Law*, 18 J. INT'L ECON. L 861, 862 (2015).

⁹² Pascal Lamy, Former Director-General of the World Trade Organization, Address at the Seminar on Humanising Globalization (Jan. 30, 2006).

⁹³ No quiere lo anterior decir que todos los problemas con respecto a la OMC han sido solucionados, sino que este es un ejemplo de un sistema que fue capaz de reinventarse a la luz de una crisis de legitimidad. Ver: CRAIG VANGRASSTEK, *THE HISTORY AND FUTURE OF THE WORLD TRADE ORGANIZATION* (2013).

De forma paralela, es necesario entender que el sistema de arbitraje internacional de inversión no es exclusivamente un mecanismo para la protección del capital, sino que es un sistema que permite distribuir derechos, obligaciones y cargas entre inversionistas y Estados receptores⁹⁴. Para que este ejercicio distributivo sea adecuado no solo es necesario que se sopesen los distintos intereses que hay en juego, sino que también se debe tener en cuenta el objetivo último de fomentar el desarrollo económico de los países receptores de inversión extranjera.

Dicho eso, en este escrito se propone incluir en los TBIs un artículo cuyo propósito sea salvaguardar el espacio regulatorio de los Estados, como reflejo de un cambio de paradigma en el sistema de arbitraje internacional de inversión similar al que se dio en el marco de la OMC en la década de 1990. Este artículo toma como antecedentes el artículo XX del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio ("GATT")⁹⁵ y la cláusula sobre expropiación indirecta incluida en el TBI modelo de Estados Unidos del año 2004⁹⁶. El artículo sería el siguiente:

Una regulación emitida por el Estado con la intención de proteger objetivos legítimos de política pública no constituye una violación de ninguna de las provisiones del presente Tratado, siempre y cuando esta haya sido adoptada de buena fe y de manera no discriminatoria.

Para mayor claridad, los objetivos legítimos de política pública incluyen, pero no se limitan a: (i) la protección del medio ambiente; (ii) la protección

⁹⁴ García, Ciko, Gaurav & Hough, *supra* nota 91, at 876.

⁹⁵ "A reserva de que no se apliquen las medidas enumeradas a continuación en forma que constituya un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones, o una restricción encubierta al comercio internacional, ninguna disposición del presente Acuerdo [el GATT] será interpretada en el sentido de impedir que toda parte contratante adopte o aplique las medidas: (...).

b) necesarias para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales; (...).

g) relativas a la conservación de los recursos naturales agotables, a condición de que tales medidas se apliquen conjuntamente con restricciones a la producción o al consumo nacionales; (...)". Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994, art. XX, enero 1, 1995.

No se propone el trasplante de este artículo al campo de la inversión extranjera, ya que, a pesar de su existencia, en la OMC los Estados siguen perdiendo casos que se relacionan con medidas regulatorias de interés público, en parte, gracias a las exigentes condiciones establecidas en el *chapeu*. Al respecto, se pueden consultar los siguientes casos: Informe del Órgano de Apelación, Colombia - medidas relativas a la importación de textiles, prendas de vestir y calzado, WT/DS461/AB/R (Jun. 7, 2016) e Informe del Órgano de Apelación, Comunidades Europeas - medidas que prohíben la importación y comercialización de productos derivados de las focas, WT/DS400/AB/R WT/DS401/AB/R (Mayo 22, 2014).

⁹⁶ "salvo en raras circunstancias, acciones regulatorias no discriminatorias de una Parte que han sido diseñadas y aplicadas para proteger objetivos legítimos de bienestar público, como la salud pública, la seguridad y el ambiente, no constituyen una expropiación indirecta". Treaty Between The Government Of The United States Of America And The Government Of [Country] Concerning The Encouragement And Reciprocal Protection Of Investment (2004 Model Bit).

de la salud pública; (iii) la promoción de los derechos humanos y (iv) medidas necesarias para evitar una calamidad pública.

La determinación del nivel adecuado de protección con respecto a determinado objetivo legítimo de política pública y las medidas necesarias para alcanzar este nivel corresponde de manera exclusiva al Estado.

Los Estados se reservan el derecho de emitir notas interpretativas con respecto al presente artículo, las cuales serán vinculantes para cualquier tribunal encargado de resolver una disputa surgida con base en el presente Tratado.

Un artículo así garantizaría a los Estados un espacio regulatorio suficiente para proteger objetivos legítimos de política pública, incluso si las medidas implementadas interfieren de alguna manera con los intereses de los inversionistas. A través de esta propuesta se generaliza y amplía la doctrina de los poderes de policía permitiendo su aplicación no solo en el campo de la expropiación indirecta, sino con respecto a todos los estándares de protección que usualmente están contenidos en un TBI. Además de eso, el último inciso permite a los Estados determinar las interpretaciones admisibles del artículo, evitando así la posibilidad de que la intención del mismo se vea tergiversada por medio de interpretaciones arbitrales. El artículo propuesto reduciría la parálisis regulatoria porque los Estados tendrían la certeza de que las medidas regulatorias de bienestar público tomadas de buena fe y de manera no discriminatoria no llevarían a una condena en un arbitraje de inversión.

Se podría argumentar que el impacto de esta propuesta sería limitado, ya que solo los nuevos TBIs incorporarían este artículo, permaneciendo vigentes muchos TBIs que contienen estándares absolutos de protección a la inversión extranjera. Frente a tal preocupación, se debe recordar la experiencia de la Convención de Mauricio sobre la Transparencia. Atendiendo a las críticas acerca de la falta de transparencia presente en las disputas arbitrales, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (“CNUDMI”) desarrolló unas nuevas reglas de transparencia, ya mencionadas en este ensayo, las cuales, entre otras cosas, permiten la publicidad de los laudos, audiencias públicas y la intervención de partes no contendientes en el procedimiento. Sin embargo, existía la preocupación de que las Reglas tendrían un impacto limitado, ya que estas solo aplicarían a arbitrajes iniciados con base en tratados ratificados después del primero de abril de 2014. Para solucionar este impase, la CNUDMI promovió la Convención de Mauricio. En virtud de la misma, las reglas de transparencia son aplicables a un

arbitraje iniciado con base en un tratado ratificado con anterioridad al primero de abril de 2014, si tanto el Estado receptor de la inversión como el Estado de origen hacen parte de la Convención de Mauricio⁹⁷.

Así las cosas, sería posible, por ejemplo, en el marco del CIADI y de la CNUDMI promover una Convención que contenga el artículo propuesto y que, en caso de que dos países que tienen un TBI entre sí accedan a la Convención, el artículo se entienda incorporado automáticamente al TBI correspondiente. No obstante, incluso utilizando este mecanismo, igual se podría objetar la propuesta señalando que no existe la voluntad política suficiente para llevar a cabo este tipo de reforma. Con respecto a ese punto, en lo que concierne a los países desarrollados, el avance de la economía global ha llevado a que estos ya no solo sean exportadores de inversión extranjera, sino también importadores⁹⁸. Esto ha llevado a que cada vez sea más común que se demande a países desarrollados, por lo que estos también deberían querer un sistema que reconozca el derecho de los Estados de regular materias de interés público⁹⁹. Desde la perspectiva de los inversionistas, ya algunos países como Bolivia, Ecuador y Venezuela han denunciado la Convención del CIADI por considerarla ilegítima¹⁰⁰, lo cual afecta a los inversionistas porque habrá países en los que no hay un sistema de protección de la inversión extranjera. De estas situaciones puede surgir la voluntad política necesaria para modificar el sistema.

⁹⁷ GABRIELLE KAUFMANN-KOHLER & MICHELE POTESTÀ, CAN THE MAURITIUS CONVENTION 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? 26-28 (2016).

⁹⁸ Dolzer, *supra* nota 16, at 13.

⁹⁹ Un ejemplo de cambios de actitud de países desarrollados con respecto al sistema internacional de protección de la inversión extranjera es el de Estados Unidos en 2004. Después de verse sometido a ser demandado en diversos arbitrajes en el marco del NAFTA, Estados Unidos modificó su TBI modelo en el año 2004, introduciendo importantes modificaciones al modelo que se había redactado en 1994. Por ejemplo, en las disposiciones relativas a la expropiación indirecta se incluyó la siguiente cláusula, ya mencionada en este escrito: "salvo en raras circunstancias, acciones regulatorias no discriminatorias de una Parte que han sido diseñadas y aplicadas para proteger objetivos legítimos de bienestar público, como la salud pública, la seguridad y el ambiente, no constituyen una expropiación indirecta". De igual manera, el modelo del 2004 liga el trato justo y equitativo con el estándar mínimo de trato del Derecho Internacional Consuetudinario, en el intento de evitar que el trato justo y equitativo se entienda como un estándar independiente de protección más estricto que el Derecho Internacional Consuetudinario. Ryan, *supra* nota 7, at 757-758. Así, se puede apreciar que los Estados desarrollados han estado abiertos a modificar los TBIs cuando han visto su espacio regulatorio amenazado por demandas de inversión.

¹⁰⁰ Sergey Ripinsky, *Venezuela's Withdrawal From ICSID: What it Does and Does Not Achieve*, INVESTMENT TREATY NEWS (Apr. 13, 2012), <https://www.iisd.org/itn/2012/04/13/venezuelas-withdrawal-from-icsid-what-it-does-and-does-not-achieve/>.

En suma, la aplicación de esta reforma reduciría el problema estructural que hoy supone la parálisis regulatoria en el sistema de arbitraje de inversión. Por medio de la misma, se daría una base textual sólida a la noción de que las medidas no discriminatorias y tomadas de buena fe para proteger un objetivo legítimo de política pública no constituyen una violación del Derecho Internacional de la Inversión Extranjera. Una vez implementada la reforma, será menos factible que un Estado se abstenga de regular una materia de interés público por el temor a que tal medida lleve a una condena millonaria en el marco de un arbitraje de inversión.

VI. Conclusión

El sistema de arbitraje internacional de inversión y, en general, el Derecho Internacional de la Inversión Extranjera es todavía muy joven en términos de instituciones jurídicas. Como mencionado en este ensayo, este sistema solo empezó a desarrollar sus contornos actuales a partir de la segunda mitad del siglo XX. Por consiguiente, esta es una disciplina que todavía está en proceso de construcción y no es sorpresa que adolezca de determinados problemas estructurales. Ante tal situación, se deben analizar críticamente las características del sistema e identificar las reformas necesarias para que el mismo cumpla su objetivo, el cual no es otro que crear un mecanismo de solución de disputas justo, basado en reglas claras y que promueva el imperio de la ley a nivel internacional¹⁰¹. Como parte de este proyecto es necesario encontrar un adecuado balance entre la protección de la inversión, el cual no se desestima como un objetivo valioso, y otros aspectos como la protección del medio ambiente, de la salud pública y de los derechos humanos. Solo de esta manera el Derecho Internacional de la Inversión Extranjera logrará erigirse como un medio para promover el desarrollo económico y, por tanto, mejorar los estándares de vida de los países importadores de capital.

En ese sentido, en este ensayo se ha estudiado uno de los principales problemas estructurales del sistema, a saber, su impacto en el espacio regulatorio de países en vía de desarrollo y se ha planteado una reforma para enfrentar esta problemática. Este ejercicio ha de enmarcarse en un proyecto general de debate público acerca de un sistema que afecta a diversos actores. La discusión sobre el sistema de arbitraje inversionista-Estado ya no puede ser a puertas cerradas, por el contrario, esta

¹⁰¹ Van Harten, *supra* nota 41, at 627.

discusión debe estar abierta a la academia, la sociedad civil, los cuerpos democráticos, entre otros actores, todos los cuales tienen un interés directo en el sistema dados los impactos que el mismo tiene en la formulación de políticas públicas que buscan promover el bienestar general.