

Solución de Controversias en materia de Inversión Extranjera: Perspectiva de los Estados Latinoamericanos y Modelo Convergente

Dispute Resolution in Foreign Investment: The Perspective of Latin American States and a Convergent Model



CHRISTIAN ARMANDO CARBAJAL VALENZUELA

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú,
Maestría en Derecho Internacional Económico por la Universidad de Warwick – Inglaterra
Profesor de Arbitraje Internacional en la Pontificia Universidad Católica de Paraná y en la Universidad del Valle de Itajaí, en Brasil, así como en la Universidad de Lima y la Universidad ESAN, en Perú.

PAOLO DEL AGUILA RUIZ DE SOMOCURCIO

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú
Maestría en Derecho con mención en Derecho de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Profesor en cursos de Derecho Concursal, Arbitraje Comercial y Arbitraje en Contratación Pública en la Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad de Lima y Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.

SUMARIO:

- I. Introducción
- II. Latinoamérica como principal región demandada en el mundo.
 1. Tratados Bilaterales de Promoción de Inversiones —BITs— y Capítulos de Inversión en Tratados de Libre Comercio —TLCs— en Latinoamérica.
 2. Modelo tradicional de solución de controversias de inversión en Latinoamérica: Arbitraje Internacional de Inversiones —AI— *—Ius Standi* de inversionistas vs. Estados.
 3. La experiencia del Perú como uno de los principales actores del Arbitraje Internacional de Inversiones en Latinoamérica.
- III. Discusiones en UNCITRAL relativas a la reforma del sistema de solución de controversias de inversión: La posición de los Estados latinoamericanos.
 1. Creación de un Tribunal Permanente de Inversiones.
 2. Coherencia en las decisiones dictadas por Tribunales de Inversión.
- IV. El modelo brasileiro en materia de solución de controversias de inversión —ACFIs—.
 1. Modelo preventivo y no adversarial, prevalencia de mecanismos de protección diplomática. Ventajas y desventajas.
 2. Modelo Brasileiro de Acuerdo de Inversiones: Acuerdo de Cooperación y Facilitación de Inversiones —ACFI—.
- V. Hacia un modelo convergente de tratado de inversiones en Latino América
- VI. Conclusiones



RESUMEN:

El presente artículo analiza la evolución del sistema de solución de controversias en inversiones extranjeras en América Latina, resaltando el protagonismo de la región en arbitrajes internacionales. Asimismo, se analizan los efectos de los BITs y TLCs, así como las críticas al modelo tradicional. Por otro lado, se contrasta la experiencia del Perú con el enfoque preventivo del modelo brasileiro. Además, se abordan las propuestas de reforma impulsadas por UNCITRAL. Finalmente, se plantea un modelo convergente que equilibre intereses públicos y privados.

Palabras clave: Arbitraje Internacional, Solución de Controversias, Tratados Bilaterales de Promoción de Inversiones y Inversión en Tratados de libre comercio

ABSTRACT:

This article analyzes the evolution of the foreign investment dispute settlement system in Latin America, highlighting the region's leading role in international arbitration. It also analyzes the effects of BITs and FTAs, as well as the criticisms of the traditional model. On the other hand, the Peruvian experience is contrasted with the preventive approach of the Brazilian model. It also discusses the reform proposals promoted by UNCITRAL. Finally, a convergent model that balances public and private interests is proposed.

Keywords: International Arbitration, Dispute Settlement, Bilateral Investment and Investment Promotion Treaties and Free Trade Agreements.

I. INTRODUCCIÓN

No cabe la menor duda que, en las últimas décadas, el uso del arbitraje se ha constituido en la herramienta favorita para dirimir las disputas internacionales relacionadas a inversiones. Sea en la relación inversionista – Estado, como en la relación Estado – Estado, el arbitraje internacional de las inversiones es un mecanismo pactado y recurrido en los contratos y Tratados que lo prevén.

En un mundo globalizado y donde las tecnologías e información tienen un peso gravitante en las relaciones comerciales, armonizar los mecanismos de solución de controversias es una necesidad imperiosa. A tal efecto, por un lado, se establecieron pactos bilaterales entre dos países para promover las inversiones y brindar seguridades a los inversores nacionales de cada país, como es el caso de los Tratados Bilaterales de Promoción de Inversiones (BITs); y, por otro lado, se trabajaron acuerdos mayores, principalmente a nivel regional, para asegurar el cumplimiento de los Estados de derechos mínimos a favor de los inversionistas foráneos, siendo que su incumplimiento es sometido a foros arbitrales internacionales para su resolución.

Nuestro país no ha sido la excepción. Al respecto, la Constitución Política del Perú de 1993, con

un régimen económico liberal, que postula la libertad de empresa, el respeto a la propiedad privada y el rol subsidiario del Estado en el quehacer económico, autorizó expresamente a este y a otras entidades de Derecho Público a resolver sus controversias con particulares ante tribunales arbitrales internacionales, constituidos en virtud de Tratados en vigor. Esta norma constitucional fue desarrollada por el Decreto Legislativo N° 1071, la Ley de Arbitraje, y por normas relativas a Inversiones Extranjeras, entre otras, que ratificaron en el Perú esta posibilidad de acudir al arbitraje internacional en materia de inversiones.

Latinoamérica -con algunas excepciones- ha seguido el mismo derrotero, suscribiendo un número considerable de BITs, Acuerdos de Promoción Comercial (APCs) y Tratados de Libre Comercio (TLCs), sobre todo, desde la década de los 90, con el propósito de atraer inversiones a sus respectivos países.

Si bien esto último ha ocurrido, también se ha presentado un número creciente de demandas usando tales instrumentos. En efecto, como veremos más adelante, América Latina lidera hoy la lista de países demandados por inversionistas extranjeros ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias en Materia de Inversiones (CIADI) con más del 40% de casos ante dicho foro arbitral de inversiones.

El modelo tradicional de solución de controversias de inversión en Latinoamérica no ha estado exento de críticas (independientemente de los resultados obtenidos en los laudos arbitrales). Como producto de dichas críticas, se han hecho esfuerzos en los últimos años para que los Capítulos de Inversión de los TLCs reflejen una visión más equilibrada entre la protección del interés privado y del interés público.

En el presente artículo veremos cuáles son esas modificaciones y cuáles los nuevos alcances que se desea dar a ellos. Asimismo, abordaremos las discusiones en UNCITRAL relativas a la reforma del sistema de solución de controversias de inversión, como es el caso de la creación de un Tribunal Permanente de Inversiones y de un mecanismo de revisión de laudos arbitrales de inversión, y cuál ha sido la posición de los Estados latinoamericanos al respecto.

Igualmente, como una experiencia muy particular, y distinta al del resto de países de la región, describiremos el modelo brasileiro en materia de solución de controversias de inversión con su Acuerdo de Cooperación y Facilitación de Inversiones (ACFIs) el cual tiene un enfoque preventivo y no adversarial, donde prevalecen mecanismos de protección diplomática, con las consiguientes objeciones que ello puede traer.

Finalmente, apuntaremos hacia la necesidad de contar con un modelo convergente de tratado de inversiones en Latinoamérica, que exprese el progresivo reconocimiento por parte de todos los Estados de la región del estándar mínimo de trato a la inversión extranjera, incluyendo la prohibición de la arbitrariedad estatal, la denegación de justicia y la protección de las legítimas expectativas para la inversión.

II. LATINOAMÉRICA COMO PRINCIPAL REGIÓN DEMANDADA EN EL MUNDO

1. Tratados Bilaterales de Promoción de

Inversiones —BITs— y Capítulos de Inversión en Tratados de Libre Comercio —TLCs— en Latinoamérica.

En Latinoamérica, el diseño de los mecanismos de resolución de disputas en materia de inversiones ha dado un giro considerable en las últimas décadas motivado, principalmente, a: (i) las corrientes económicas tendientes a la mayor participación de los capitales privados (nacionales y extranjeros) en distintos sectores económicos, algunos considerados “estratégicos”, como el gas, hidrocarburos, telecomunicación y otros, con su necesaria desregulación; y (ii) la necesidad de atraer a esos capitales para dinamizar economías en crisis producto de recetas estatizadoras ligadas a una planificación central del Estado en la conducción económica, en un rol cuasi monopolístico en la oferta de bienes y servicios.

Históricamente, antes de ese giro, el inversionista extranjero, ante un problema contractual con el Estado receptor de su inversión, se veía compelido o bien a recurrir a las Cortes o Tribunales locales de ese mismo Estado, o bien a pedir la intervención de su Gobierno para que este, a su nombre, protegiese su inversión frente al Estado receptor, a través de la vía diplomática, por medio de Principio de Protección Diplomática. Así, bajo la dirección de la cláusula Calvo, *“en América Latina, por mucho tiempo, la opinión predominante fue que los inversionistas extranjeros estaban obligados a someterse a los tribunales locales en igualdad de condiciones que los nacionales de ese Estado”*.¹

Sin embargo, sostener ese diseño de solución de disputas de inversión, hoy en día, es inviable, si es que un Estado desea tener una imagen atractiva para inversionistas foráneos y captar la mayor cantidad de capitales. Ello, da respuesta a la celebración de un número cada vez mayor de Tratados Bilaterales de Promoción de Inversiones (BITs) y Tratados de Libre Comercio

1. Ali, Arif. Breves notas sobre el Arbitraje de Inversión. En: Revista Peruana de Arbitraje N° 9. Magna Editorial. Lima, 2009. Págs. 3-4.

(TLCs) con sendos Capítulos de Inversión, en Latinoamérica.

El caso del Perú es un ejemplo de lo anterior. Con más de 35 BITs suscritos y 22 TLCs celebrados a la fecha², nuestro país ha apostado por la apertura comercial, la promoción de inversiones y la solución de controversias relativas a ellas a través del arbitraje internacional de las inversiones. Igualmente, a nivel global, actualmente, tenemos 165 Estados que han firmado y ratificado el Convenio CIADI³ y se someten voluntariamente a la administración de este órgano del Banco Mundial para la tramitación de sus arbitrajes de inversión.⁴

Ahora bien, sin perjuicio que la solución de disputas en materia de inversiones pueda ampararse en cláusulas arbitrales contenidas en los contratos particulares del inversor con el Estado o en convenios macro de estabilidad jurídica, o incluso en legislación especial de promoción a la inversión extranjera; lo cierto es que, los arbitrajes de inversión se sustentan decididamente en acuerdos bilaterales, como es el caso de los BITs, o acuerdos de libre comercio o tratados multilaterales de protección de inversiones, como es el caso de los TLCs.⁵

Los BITs y TLCs nacidos del Derecho Internacional de las Inversiones, en palabras de Kundmüller, buscan el balance de dos factores: (i) coadyuvar al crecimiento económico global otorgando estabilidad a las inversiones y seguridad a los inversionistas extranjeros, en sus

estipulaciones sobre flujo de inversiones; y (ii) al mismo tiempo que ofrece seguridades a la inversión y al inversionista, garantiza el respeto a la soberanía de los Estados, en armonía con el Derecho Internacional Público, lo que permite al inversionista iniciar en forma directa un arbitraje contra un Estado, sin necesidad de acudir a la jurisdicción estatal del Estado receptor de la inversión.⁶

A la fecha existen alrededor de 2835 BITs, cientos de ellos corresponde a países de Latinoamérica.⁷ Resulta interesante advertir que muchos de los acuerdos contemplan no sólo disposiciones para la liberalización del comercio recíproco mediante la eliminación de aranceles y otras medidas restrictivas del comercio, sino también, compromisos en asuntos como el tratamiento a la inversión extranjera, compras gubernamentales, facilitación del comercio y la propiedad intelectual, entre otros. De esa manera, se establecen normas y reglamentaciones internacionales, negociadas bilateral o regionalmente, que complementan los compromisos asumidos por los países en el marco de acuerdos de integración regional, como la Comunidad Andina, o a nivel multilateral, la Organización Mundial del Comercio (OMC).⁸

Uno de esos temas contenidos en los acuerdos y TLCs de última generación se enfocan a la solución de controversias nacidas de dichos Tratados, para lo cual se crean nuevos estándares internacionales. *“El arbitraje como medio de solución de controversias entre inversionistas y Estados es hoy*

2. Información disponible en <https://www.acuerdoscomerciales.gob.pe/>

3. Información disponible en <https://icsid.worldbank.org/es/acerca/estados-miembros/base-de-datos-de-estados-miembros-del-ciadi>

4. Hay que tener presente que el auspicio del CIADI, acaso el más recordado, no es el único para la solución de disputas en materia de Inversión. Existen arbitrajes ad hoc bajo las Reglas de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL, por sus siglas en inglés), así como arbitrajes administrados por la Cámara de Comercio Internacional (ICC), la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA) y otras instituciones arbitrales de reconocido prestigio internacional.

5. Ali, Arif. Op. cit.

6. Kundmüller, Franz. El arbitraje y los Tratados de Libre Comercio. En: Revista Peruana de Arbitraje N° 1. Editorial Grijley. Lima, 2005. Págs. 149-150.

7. Información disponible en <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>.

8. Rodríguez, Miguel. Tratados de Libre Comercio en América del Sur. Serie: Políticas públicas y transformación productiva. Corporación Andina de Fomento – CAF. 2012.

parte del estándar internacional comprendido en los capítulos de inversión de los TLCs y también en las normas de solución en controversias de los TBIs. Al igual que otras instituciones jurídicas, el arbitraje en inversiones evoluciona en la medida que avanza la producción normativa y jurisprudencial especializada en la materia”.⁹ Incluso, algunos autores, llaman a reflexionar sobre la posibilidad de contar con un foro interestatal que intercambie experiencias para un BIT “modelo” para Latinoamérica, con los ajustes que sean necesarios para cada país en particular.¹⁰

Otros autores, igualmente, resaltan como, en este proceso de reforma del Derecho Internacional de las Inversiones, se incorporan aspectos propios del Derecho Público, así como otras áreas del Derecho Internacional, originalmente no consideradas en la práctica de los tribunales arbitrales, siendo que, producto de lo anterior, se están dando cambios en el arbitraje de inversión, como por ejemplo, mayor transparencia, audiencias públicas, el uso de los *amicus curiae*, la publicación de laudos, entre otros.¹¹

A continuación, veremos como el modelo original o tradicional para la solución de controversias en materia de inversión, con el paso de los años, ha operado una evolución, no solo en la forma que han adoptado los Tratados (BITs, TLCs y otros) para alcanzar una regulación integral en las relaciones comerciales, sino para potenciar y equilibrar las reglas arbitrales en sus respectivos capítulos de inversión.

2. Modelo tradicional de solución de controversias de inversión en Latinoamérica

ca: Arbitraje Internacional de Inversiones —All— – lus Standi de inversionistas vs. Estados.

El incremento en los países latinoamericanos del uso del arbitraje internacional en materia de inversiones se encuentra directamente relacionado con las reformas producidas en la región a partir de la década de los 90, cuyo objetivo fue la liberalización y desregulación de los mercados, la apertura al libre comercio, la atracción de capitales y la consolidación de marcos normativos nacionales e internacionales promotores y protectores de la inversión extranjera.

Como consecuencia del gran número de BITs suscritos por los países latinoamericanos durante la década de los 90, América Latina lidera hoy la lista de países demandados por inversionistas extranjeros ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias en Materia de Inversiones (CIADI). De un total de 920 casos, de 1972 a junio de 2023, los países latinoamericanos participaron como Estados demandados entre 40% a 45% de los mismos, la mayoría de los cuales están relacionados con los sectores de minería, hidrocarburos, energía, construcción, transporte e infraestructura, entre otros.¹²

Argentina, ha participado en más de 59 casos, liderando la lista de países demandados, debido principalmente a circunstancias de emergencia producidas por la crisis económica y financiera de los años 2001 y 2002, lo que originó controversias con diversos inversionistas extranjeros, la mayoría referidas a contratos de prestación de servicios públicos, entre otros.¹³



9. Kundmüller, Franz. Op. Cit. Pág. 177.

10. Graham, James. Hacia una doctrina Latinoamericana em materia de arbitraje sobre Inversión extranjera. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Autónoma de México – UNAM. México D.F., 2013.

11. Carbajal, Christian. Arbitragem Internacional como mecanismo de atração e proteção de investimentos estrangeiros. IV Congresso Internacional da Arbitragem da CAMESC. Santa Catarina, 12 de julho de 2019.

12. ICSID Caseload – Statistics, Issue 2023 – 2 (https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/2023.ENG_The_ICSID_Caseload_Statistics_Issue.2_ENG.pdf)

13. En relación a este punto, debe tenerse en consideración la siguiente opinión en sí misma controvertida: “[...] Las demandas interpuestas por los inversionistas extranjeros contra la República Argentina ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones CIADI (20 demandas por más de tres mil millones de dólares y 40 reclamos en etapa inicial), producto de la ejecución de las cláusulas arbitrales previstas en los Trata-

(Continúa en la siguiente página)

Igualmente, otros países latinoamericanos tienen una participación significativa en diversos procesos arbitrales como Estados demandados ante el CIADI, tales como Venezuela (55), México (47) y Perú (45)¹⁴.

Aparentemente, los Estados latinoamericanos cuando ratificaron un gran número de BITs durante los años noventa, no calcularon la magnitud de las implicaciones económicas que se derivarían de las obligaciones internacionales asumidas mediante estos Convenios Bilaterales de Promoción y Protección Recíproca de Inversión Extranjera, así como de los laudos arbitrales resultantes, sin imaginar que Latinoamérica sería la región con mayor participación en arbitrajes internacionales de inversión, ocupando el Perú en 2024 la cuarta posición¹⁵. Esta participación históricamente mayoritaria de nues-

tra región en el sistema¹⁶ justifica la posibilidad de debatir con seriedad un modelo propio de tratado de inversiones, que tome en consideración nuestras características particulares, como veremos más adelante¹⁷.

3. La experiencia del Perú como uno de los principales actores del Arbitraje Internacional de Inversiones en Latinoamérica.

En relación al arbitraje internacional en materia de inversión extranjera, el Perú adoptó inicialmente, desde los años 60 hasta la década de los 80, al igual que todos los países latinoamericanos, posiciones restrictivas y claramente hostiles al arbitraje internacional de inversiones, propias de épocas en que la cláusula o doctrina Calvo era incorporada en las Constituciones Políticas nacionales, exigiendo

dos Bilaterales de Protección Recíproca de Inversiones (TBIs) ante la emisión de leyes de emergencia mediante las cuales se facultó principalmente al poder ejecutivo para la rescisión de los contratos públicos y la inaplicación de los factores de reajuste o indexación, rebasan, en la opinión de un amplio sector de la doctrina, la finalidad de estos tratados que era la de resolver – entre otras – cuestiones ordinarias de discriminación o expropiación indirecta, en condiciones también ordinarias y no de gran convulsión social como las acontecidas en Argentina”. Linares, Mario. *Inversión Extranjera, Contratos Públicos y Arbitraje Internacional. La Experiencia Argentina y su Incidencia en Latinoamérica*. En: Revista de Derecho Yachaq, Nº 5, Universidad Nacional San Antonio de Abad del Cusco, Perú, 2007, pág. 323.

14. “The first milestone took place between 2002 a 2003 and is mainly identified with the Argentinian economic crisis and the corresponding state measures that were taken to reestablish public stability and confidence, as well as the Mexican irruption into the NAFTA integration scheme with USA and Canada. The second peak went from 2010 to 2013, when 23 case were held against Venezuela on the occasion of a wave on nationalizations of foreign-owned companies, supported by the left-oriented government of Hugo Chaves. Finally, a later pinnacle happened between 2017 and 2019, and was principally related to cases carried out against Colombia (8 cases) and Peru (8 cases). These cases are related with the consolidation of constitutional orders cognizant of human rights and the environment”. Velasquez – Ruiz, Marco A. and others. *Introduction—Legal Protection Offered to Foreign Investment in Latin America: Context and General Trends*. En: *International Investment Law and Arbitration from a Latin American Perspective*, 2024, pag. 15.
15. Carbajal Valenzuela, Christian. *Arbitraje entre inversionistas extranjeros y Estados receptores de inversión en América Latina: el caso del TLC entre Perú y Estados Unidos*. En: Lima Arbitration No. 3 – 2008/2009, pág. 76.
16. “..... the current trends in international investment arbitration show that Latin America is one of the regions with the highest amount of litigation of this type, and that cases are configured in the field of access and use of land and natural resources. Therefore, there is a high incidence of lawsuits from companies in the extractive and infrastructure industries”. Velasquez – Ruiz, Marco A and others. *Introduction—Legal Protection Offered to Foreign Investment in Latin America: Context and General Trends*. En: *International Investment Law and Arbitration from a Latin American Perspective*, 2024, pag. 20.
17. “.....¿Por qué pensar en desarrollar una doctrina latinoamericana en materia de arbitraje, si el arbitraje es “internacional” y si fuera posible “delocalizado”? No se trata en nuestra opinión tanto de crear compartimentos regionales en la materia, sino hacer una aportación a la reflexión global. América Latina, como otros continentes, tiene en la actualidad particularidades que los dos grandes actores del arbitraje, Estados Unidos y Europa, no tienen, y que deben ser tomadas en cuenta...”. Graham, James. *Hacia una Doctrina Latinoamericana en Materia de Arbitraje sobre Inversión Extranjera*. En: Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2013, págs. 359 - 360.

el sometimiento de estas controversias a las respectivas cortes judiciales y rechazando la protección diplomática¹⁸.

La Constitución Política del Perú de 1993, con un régimen económico y jurídico liberal, autorizó expresamente al Estado y a otras entidades de Derecho Público a resolver sus controversias con particulares ante tribunales arbitrales internacionales, constituidos en virtud de Tratados en vigor. Esta norma constitucional fue reglamentada por la Ley de Arbitraje y por normas relativas a Inversiones Extranjeras, entre otras, que ratificaron en el Perú esta posibilidad de acudir al arbitraje internacional en materia de inversiones.

Esta transformación en la concepción de la soberanía absoluta del Estado peruano, que impedía el arbitraje internacional, en un concepto de soberanía relativa, que autoriza e inclusive promueve el arbitraje internacional de inversiones, fue una consecuencia natural de la necesidad de insertar de manera plena al Perú en el mercado global.

El Perú ha suscrito aproximadamente 33 BITs y 28 Acuerdos Comerciales, muchos con capítulos de inversión, con diversos países de Europa, América y Asia, encontrándose varios acuerdos en etapa de negociación.

Estos convenios incorporan principios y estándares mínimos de protección a las inversiones extranjeras, que para algunos doctrinarios forman parte de la costumbre internacional,

tales como la cláusula de tratamiento justo y equitativo¹⁹, cláusula de tratamiento nacional, cláusula de la nación más favorecida, de seguridad y protección plenas a la inversión, de compensación por pérdidas o expropiaciones directas o indirectas, libre transferencia de activos, entre otros.

En relación a los mecanismos de solución de controversias con inversionistas extranjeros, todos los BITs y TLCs suscritos por el Perú incorporan el *Ius Standi* del inversionista frente al Estado. No obstante, no incorporan un tratamiento uniforme. Algunos de ellos establecen arbitraje internacional como mecanismo disponible, previa tentativa obligatoria de solución de la controversia ante las cortes judiciales locales durante un período de tiempo determinado. Otros tratados incorporan acceso directo al arbitraje internacional en la medida en que la controversia no haya sido sometida por el particular a los tribunales judiciales o administrativos locales. Otros, en cambio, establecen vías paralelas, es decir, Corte Judicial local o Arbitraje Internacional, teniendo el inversionista el derecho de elección.

Adicionalmente a los Convenios de Estabilidad Jurídica entre el Estado y los particulares, los BITs y TLCs, los inversionistas extranjeros en la mayoría de los países latinoamericanos, y en particular en el Perú, cuentan con otros instrumentos internacionales que protegen la inversión. El Perú ratificó el Convenio CIADI, los Convenios MIGA y OPIC que son seguros internacionales contra riesgos no comerciales

18. “[...] Tradicionalmente Latinoamérica ha sido considerada como un subcontinente hostil al arbitraje ... Esta afirmación resulta fácil de demostrar, simplemente apelando a las pobrísimas legislaciones arbitrales que nos han regido hasta hace muy pocos años y a la casi nula aceptación de tratados arbitrales universales, como son la Convención de Nueva York y la Convención sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (CIADI) ... Sin embargo, a partir de la década pasada las cosas han comenzado a cambiar para bien”. Cantuarias Salaverry, Fernando. *Arbitraje Comercial y de las Inversiones*. Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC), Lima, Perú, 2007. Pág. 80.

19. “[...] El trato justo y equitativo que se otorga a las inversiones extranjeras es un principio general que no tiene una definición precisa. Su significado y alcance es un asunto de interpretación en cada caso en particular. Su incorporación en los BITs puede servir para múltiples propósitos: como un elemento complementario en la interpretación de cláusulas específicas del BIT, o para llenar vacíos en este, la legislación nacional o en contratos con el Estado”. Vega, María del Carmen. *Convenios Internacionales de Promoción y Protección de Inversiones*. En: Guía Legal de Negocios. Invirtiendo en el Perú. Promperú. Lima, Perú, 1998, pág. 117.

o políticos y también las Convenciones Multilaterales de Panamá y Nueva York sobre Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Internacionales, que permiten el reconocimiento y ejecución en forma casi automática de laudos extranjeros en el Perú, salvo causales de exclusión taxativamente establecidas.

El Perú, por el momento, ha participado como Estado demandado ante el CIADI en 45 casos, relativos a inversiones extranjeras en los sectores de minería, energía, petróleo y gas, infraestructura, telecomunicaciones, financiero, industria alimenticia y pesca. Algunos de los casos están referidos también a Convenios de Estabilidad Jurídica y Tributaria suscritos por el Estado peruano. En los casos que involucran al Estado peruano, los inversionistas demandantes son de nacionalidad francesa, chilena, norteamericana, china, argentina, británica, española, canadiense, holandesa, colombiana, mexicana, de Singapur y de Luxemburgo - Brasil. De los 45 casos en que el Perú ha participado, 26 ya han concluido, 19 en curso, con la mayoría de los casos concluidos con laudos favorables al Perú o mediante transacción.

Los BITs originales de los 90s y el arbitraje internacional de inversiones han sido objeto de críticas debido a que contenían básicamente derechos de inversionistas y obligaciones de los Estados, lo que se vio inicialmente reflejado en laudos arbitrales en su mayoría favorables a los inversionistas demandantes.

Como producto de dichas críticas, los Capítulos de Inversión de los TLCs, desde el año 2005, reflejan una visión más equilibrada entre la protección del interés privado y del interés público. Actualmente aproximadamente 3200 tratados de inversión a nivel mundial están siendo revisados para garantizar mayor coherencia con

otros tratados y sistemas normativos que protegen el interés público (estabilidad económica, medio ambiente, salud pública, derechos humanos, patrimonio cultural, responsabilidad social empresarial, lucha internacional anticorrupción, específicos objetivos de desarrollo, entre otros).

Las principales modificaciones contenidas en los Capítulos de Inversión de los TLCs, en relación a los BITs, que en su mayoría favorecen a los Estados, se refieren a los siguientes puntos:

- a. Fomento de mecanismos autocompositivos – negociación o mediación (anterior o paralelo al arbitraje);
- b. Limitación o prohibición de arbitrar determinadas materias (que antes eran arbitrables), tales como temas tributarios, ambientales, entre otros;
- c. Mayor transparencia en los procesos arbitrales, con posibilidad de audiencias públicas, mayor participación de *amicus curiae*, publicación de laudos arbitrales, entre otros²⁰, siendo que esta mayor transparencia favorece también la lucha internacional contra la corrupción;
- d. Inclusión en los TLCs de mecanismos de apelación al interior del propio proceso arbitral CIADI, siempre de mutuo acuerdo. Esta necesidad de doble instancia se debe a la proliferación de laudos contradictorios;
- e. El Tribunal antes de emitir el laudo arbitral, si las partes lo requieren, podrá presentarles el proyecto de laudo arbitral para sus comentarios, los mismos que serán considerados por el tribunal arbitral. La intención es promover el carácter consensual en la resolución de la controversia;
- f. Se incluyen en los TLCs precisiones a diversos estándares de protección a la inversión

20. « ...as Professor Schill, and other distinguished scholars have suggested, that legitimacy, in a more idealistic and philosophical sense, should now be understood to require maximum transparency as well as procedures which allow for participation of as many citizens or non-governmental organizations as possible ». Kessler, Judd L. *Investment Arbitration, Legitimacy and National Law in Latin America: An Arbitrator's Perspective*. En: The American Review of International Arbitration. 2016, Vol. 27, No.3, pag. 308. Center for International Commercial and Investment Arbitration. Columbia Law School.

(trato nacional, cláusula de la nación más favorecida, trato justo y equitativo), reduciendo con ello la discrecionalidad de los árbitros y generando mayor previsibilidad y menos inconsistencias en los laudos arbitrales de inversión;

- g. En cuanto al concepto de expropiación indirecta, la tendencia es incorporar en los TLCs listas detalladas de actividades regulatorias de los Estados, que en principio no podrán ser consideradas medidas expropiatorias indirectas (como era antes), no dando lugar a arbitraje de inversiones o al deber de compensación por parte del Estado. Es el caso de reglamentaciones estatales relativas a la protección del “bien-estar público” (salud pública, seguridad y medio ambiente);
- f. A pesar de lo mencionado en el punto anterior, se incluyen factores de análisis de los actos estatales, por parte de los Tribunales Arbitrales, como el impacto económico de la medida regulatoria, la posible interferencia negativa con las legítimas expectativas del inversionista, el carácter no discriminatorio de la medida, etc. Esto es así porque el mayor respeto a las facultades regulatorias estatales no debe interpretarse como carta blanca para arbitrariedades estatales, no bastando que el Estado invoque el interés público para liberarse automáticamente de responsabilidad.

A pesar de estos cambios en el contenido de los Tratados de Inversión, hacia un mayor equilibrio entre el interés privado y el interés público, lo cual favorece a los Estados, se encuentran en curso, en diversos foros internacionales, iniciativas de reforma del Sistema de Solución de Controversias de Inversión, como es el caso del Grupo de Trabajo III de UNCITRAL, así como la propuesta de modelos alternativos de Tratados

de Inversión, siendo el caso del Convenio ACFI de Brasil, conforme pasamos a analizar.

III. DISCUSIONES EN UNCITRAL RELATIVAS A LA REFORMA DEL SISTEMA DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS DE INVERSIÓN: LA POSICIÓN DE LOS ESTADOS LATINOAMERICANOS

Desde el año 2013, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL), por medio del Grupo de Trabajo III, viene discutiendo diversas propuestas de reforma al Mecanismo de Solución de Controversias Inversionista-Estado (ISDS).

Las principales preocupaciones de UNCITRAL, entre otras, están referidas a la supuesta falta de consistencia, coherencia, previsibilidad y corrección de los laudos arbitrales de inversión²¹. El Grupo de Trabajo decidió abordar las interpretaciones aparentemente inconsistentes de las disposiciones de los Tratados de Inversión y de otros principios relevantes del Derecho Internacional por parte de los Tribunales de Inversión²² y el hecho de que muchos tratados vigentes incorporan mecanismos limitados o prácticamente nulos que permitan superar esta incoherencia e incorrección de los laudos arbitrales²³.

UNCITRAL también identificó otras cuestiones a ser examinadas, tales como la conveniencia de distintos métodos autocompositivos y alternativos al arbitraje para resolver controversias de inversión, la promoción de métodos de prevención de controversias;²⁴ el agotamiento de recursos internos, la participación de terceros en los procesos arbitrales (*amicus curiae*) y el riesgo regulatorio (*regulatory chill*).

Parte de las discusiones que se producen en el Grupo de Trabajo III de UNCITRAL sobre la re-

21. UNCITRAL, Grupo de Trabajo III (Reforma del Sistema de Solución de Controversias Inversionistas – Estado), Sesión 36, 1 25, U.N. Doc. A/CN.9/964 (Nov. 6, 2018).

22. *Ibid.*, 40.

23. *Ibid.*, 63.

24. Knieper, Judith y Haddad, Jonathan. “The History, Evolution, and Future of the UNCITRAL Mediation Framework”.

forma del sistema de solución de controversias de inversión, que buscan mayor coherencia y previsibilidad en las decisiones, incluyen como posibilidad, la creación de un Tribunal Permanente de Inversiones y un mecanismo de revisión (Corte de Apelación de Inversiones).

1. Creación de un Tribunal Permanente de Inversiones

En su 38º período de sesiones, UNCITRAL formalizó las discusiones sobre la creación de un Tribunal Permanente de Inversiones²⁵.

Los principales partidarios de un Tribunal Permanente son la Unión Europea, Canadá, Singapur, entre otros²⁶. La propuesta fue formulada por la Unión Europea de la siguiente manera:

“Un mecanismo permanente deberá tener dos niveles de adjudicación.

Un tribunal de primera instancia conocerá las controversias. Llevará a cabo, como lo hacen hoy los tribunales arbitrales, la determinación de los hechos y luego aplicará la ley aplicable a estos hechos. También se ocupará de los casos que le devolverá el tribunal de apelación cuando éste no pueda resolver el caso. El tribunal de primera instancia contará con su propio reglamento.

Un tribunal de apelación conocerá las apelaciones contra las decisiones del tribunal de primera instancia. Las causales del recurso de apelación deberán ser errores de Derecho (incluidas deficiencias procesales graves) o errores manifiestos en la apreciación de los

hechos. El tribunal de apelación no deberá realizar un examen de novo de los hechos.

Deberán incluirse medidas para garantizar que no se abuse del mecanismo de apelación. Estas medidas pueden incluir, por citar un ejemplo, exigir una garantía para el pago de costos.

Los adjudicadores serán contratados a tiempo completo. No tendrán ninguna actividad externa. El número de jueces deberá basarse en proyecciones del volumen de trabajo que tendrá el tribunal permanente.

A los adjudicadores se les pagará sueldos comparables a los que se pagan a los jueces de otros tribunales internacionales”²⁷.

Ningún Estado latinoamericano apoyó expresamente la constitución de un Tribunal Permanente de Inversiones como fue propuesto por la Unión Europea. Solamente Ecuador mostró su apoyo a esta posición en el pasado cuando, en 2016, denunció el Convenio CIADI.

Brasil cuestionó la efectividad de este mecanismo de solución de controversias para controversias entre Estados²⁸. Adicionalmente, Brasil generalmente no apoya el sistema ISDS, ya que, de acuerdo a Brasil “*impone una discriminación contra los inversionistas nacionales que no tienen la oportunidad de recurrir al arbitraje internacional y deben resolver cualquier controversia dentro de los tribunales nacionales*”²⁹. Brasil considera que el arbitraje de inversiones constituye una violación de la soberanía nacional y que el ISDS no ofrece un marco estable, coherente o pre-

25. UNCITRAL, Grupo de Trabajo III (Reforma del Sistema de Solución de Controversias Inversionista-Estado) sobre la labor de su 38 período de sesiones, 1 21, U.N. Doc. A/CN.9/1004/Add.1 (28 de enero de 2020).

26. Liang Yong y Zhao Daiwei, «*The developments of ISDS mechanism started by the EU investment court system and China's choice*» (2019) 11 Indian J Int'l Econ L 127. Pág. 134.

27. UNCITRAL Grupo de Trabajo III (Reforma del Sistema de Solución de Controversias Inversionista-Estado) Comunicación de la Unión Europea y sus Estados miembros, 1 12, U.N. Doc. A/CN.9/WG. III/WP.159/Add.1 (24 de enero de 2019), 13-17.

28. Ibid.

29. Anthea Roberts & Zeineb Bouraoui, *UNCITRAL and ISDS Reforms: What are States' Concerns?*, EJIL: TALK! (5 de Junio, 2018), en <https://www.ejiltalk.org/uncitral-and-isds-reforms-what-are-states-concerns>.

visible para los Estados, al estar parcializado a favor de los inversores.

Adicionalmente, Brasil presentó ante UNCITRAL un documento explicando en detalle el Acuerdo de Cooperación y Facilitación de las Inversiones (ACFI), modelo brasileiro concebido como alternativa a los Convenios Bilaterales de Inversión tradicionales (BITs). El ACFI se inspiró en la experiencia de Corea del Sur con la Oficina del Defensor del Pueblo (Ombudsman) para la Inversión Extranjera (OFIO), cuya prioridad es la prevención de disputas mediante la promoción del diálogo y la comunicación con una agencia administrativa o vinculada a las inversiones extranjeras, con el objetivo de fomentar la cooperación para la resolución temprana de problemas experimentados por inversionistas extranjeros³⁰.

El modelo de tratado brasileiro, que se analizará más adelante, expresa una posición contraria al arbitraje de inversiones, al considerarlo una violación de la soberanía nacional. Además, considera que el ISDS no ofrece un marco estable y predecible para los Estados, al ser un sistema parcializado a favor de los privados. En cuanto a la reforma del ISDS, Brasil apoyó una posición reformista centrada en instituciones permanentes, como el Ombudsman y el Comité Interestatal Conjunto, como se verá más adelante. Por último, Brasil critica abiertamente la alegada falta de coherencia de los laudos arbitrales de inversión.

Chile, Perú y México apoyan una posición contraria a los cambios estructurales en el sistema de solución de controversias de inversión. Sus sugerencias están dirigidas a mejorar el sistema existente más que a alterar sus estructuras centrales. Estos países examinaron conjuntamente el uso de un instrumento procesal multilateral

para implementar las reformas, lo que incluye, principalmente, acceso a un mecanismo de apelación de naturaleza opcional y/o a un tribunal de primera instancia, siempre que se garantice la existencia de diferentes opciones y la posibilidad de que los Estados elijan a qué elementos desean adherirse en cada tratado³¹. Estos 3 países propusieron proyectos de disposiciones que apoyen el establecimiento de un Tribunal Permanente de Inversiones con una arquitectura abierta y opcional, sin embargo, las objeciones de Chile y Perú al desarrollo de dicho mecanismo se mantienen, argumentando que el sistema actual requiere de mejoras en determinados aspectos, pero no necesariamente una reforma de carácter estructural.

A pesar de que los países latinoamericanos no están de acuerdo en la necesidad de un Tribunal Permanente de Inversiones, aun así, podría existir espacio para el desarrollo del mismo en el futuro. No obstante, la principal preocupación planteada por la región ha sido la relacionada con la previsibilidad de los laudos arbitrales dictados por diferentes tribunales de inversión, los cuales no tienen carácter vinculante.

2. La consolidación de un mecanismo de revisión de laudos arbitrales de inversión: el Tribunal de Apelaciones en controversias de Inversión

La necesidad de un Tribunal de Apelaciones (mecanismo de revisión) se centra principalmente en la necesidad de corregir discrepancias entre los laudos de inversión, promover la unidad, la corrección, la previsibilidad y la consistencia en las decisiones arbitrales relativas al Derecho Internacional de las Inversiones³².

El Grupo de Trabajo III de UNCITRAL llegó a la conclusión de que los mecanismos existentes

30. UNCITRAL, Grupo de Trabajo III (Reforma del Sistema de Solución de Controversias Inversionista-Estado) Comunicación del Gobierno del Brasil, 5, Doc. de las Naciones Unidas A/CN.9/WG. III/WP.171 (11 de junio de 2019).

31. Anthea Roberts y Zeineb Bouraoui, *Reformas de la CNUDMI y el ISDS: ¿Qué hace que algo vuele?* EJIL: ¡HABLA! (11 de febrero de 2020), en <https://www.ejiltalk.org/uncitral-and-ids-reforms-what-makes-something-fly/>

32. Albert Jan van den Berg, *Mecanismo de apelación para los laudos de ISDS: Interacción con los convenios de Nueva York y el CIADI*. En: Revista del CIADI, Vol. 34, N.º 1 (2019), pág. 157.

de anulación de laudos "tienen por objeto subsanar deficiencias significativas del procedimiento arbitral, también denominadas de "integridad y equidad del proceso", pero no constituyen necesariamente un mecanismo para abordar las preocupaciones derivadas de decisiones "incorrectas"³³.

Por lo tanto, el sistema actual no está en capacidad de abordar las preocupaciones que surgen de decisiones que podrían ser incorrectas desde el punto de vista de la coherencia del Derecho Internacional de las Inversiones. A la luz de ello, la Secretaría de UNCITRAL elaboró una lista de posibles reformas, incluyendo la posibilidad de un mecanismo de apelación³⁴.

Chile, Ecuador y Colombia presentaron posiciones por escrito a la Secretaría de UNCITRAL. Ecuador destacó la falta de previsibilidad y coherencia en las decisiones de los tribunales de inversión. Para respaldar su posición, Ecuador se refirió a los laudos *Austrian Airlines v. República Eslovaca*³⁵ y *Burlington Resources v. República del Ecuador*³⁶. En ambos casos, los tribunales sostuvieron que las decisiones de otros tribunales no eran vinculantes para ellos. Sin embargo, también concluyeron que los tribunales tienen el deber de respetar las decisiones en casos similares, lo que, a juicio de Ecuador, contribuiría a un desarrollo más armónico del Derecho Internacional de las Inversiones y a garantizar que se respeten las legítimas expectativas de los Estados y de los inversionistas en cuanto a la previsibilidad de las decisiones.³⁷ Además, Ecuador mencionó contradicciones e incoherencias en

cuatro casos importantes que involucraron a Argentina:

*La inconsistencia de las decisiones de los tribunales en el sistema actual ha sido fuente no infrecuente de críticas. Por ejemplo, en CMS vs. Argentina, Sempra v. Argentina y en Enron vs. Argentina, el tribunal arbitral rechazó el argumento de estado de necesidad planteado por el Estado, mientras que en LG&E v. Argentina y en Continental Casualty v. Argentina, el tribunal admitió este mismo argumento de defensa. La incompatibilidad patente entre los laudos se debió a las diferentes interpretaciones del concepto de estado de necesidad en virtud de un Tratado Bilateral de Inversión y del Derecho Internacional Consuetudinario. Casos como estos ilustran las deficiencias del sistema actual*³⁸.

De acuerdo también con su propia experiencia, Ecuador considera que la materia de fondo de los casos sometidos a arbitraje de inversión debe ser sometida a un mecanismo de revisión. Este mecanismo debería tener disposiciones que describan de manera clara qué tipo de violaciones pueden ser objeto de una apelación. Esto evitaría que las partes utilizaran las apelaciones de manera indebida o que las utilizaran con el objetivo de retrasar la ejecución de un laudo. Sobre ello, los recursos de apelación deben limitarse a errores cometidos en la aplicación del Derecho³⁹.

Colombia tiene igualmente claro interés en la creación de una instancia de apelación para los

33. Albert Jan van den Berg, *Mecanismo de apelación para los laudos de ISDS: Interacción con los convenios de Nueva York y el CIADI*. En: Revista del CIADI, Vol. 34, N.º 1 (2019), pág. 157. Citando: "Posible reforma de la solución de controversias entre inversores y Estados (ISDS)" (2018) UN Doc A/CN.9/WG. III/WP.149, párr. 10.
34. Asamblea General de las Naciones Unidas, «Posible reforma de la solución de controversias entre inversores y Estados (ISDS): coherencia y cuestiones conexas» (2018) Documento de las Naciones Unidas A/CN.9/WG. III/WP.150 (Nota de la Secretaría), 37-47.
35. *Austrian Airlines v. República Eslovaca*, CNUDMI, Laudo Final, 2009.
36. *Burlington Resources Inc. v. República del Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/08/5, Decisión sobre Responsabilidad, 2012.
37. UNCITRAL, Grupo de Trabajo III (*Reforma del Sistema de Solución de Controversias Inversionista-Estado*) Comunicación del Gobierno del Ecuador, 16, U.N. Doc. A/CN.9/WG. III/WP.175 (17 de julio de 2019).
38. *Ibid.*, 7.
39. *Ibid.*, párr. 13.

tribunales de inversión⁴⁰. La justificación de ese mecanismo de apelación es similar a la expuesta anteriormente por Ecuador.

Adicionalmente, Colombia considera que la selección de árbitros para el nivel de apelación debe cumplir con requisitos específicos, como un grado significativo de experiencia en materia de arbitraje de inversiones⁴¹.

Si bien Chile no discute en detalle la estructura del mecanismo de apelación, está claramente determinado a que dicho mecanismo sea un aspecto clave de la reforma,⁴² que debe ser discutido y ratificado mediante tratado⁴³.

Perú y México se unieron a Chile en la discusión de la posibilidad de un mecanismo de apelación, siempre que sea opcional, contenido en un instrumento procesal multilateral. En particular, ambos países mostraron su apoyo a un tribunal más abierto, con respecto a las condiciones actuales del Arbitraje Internacional de Inversiones⁴⁴.

Argentina también formuló observaciones, sugiriendo que todas las decisiones de primera instancia puedan ser objeto de apelación, pudiendo ser: las decisiones sobre el fondo de la controversia, sobre las excepciones preliminares a la jurisdicción y admisibilidad, sobre responsabilidad internacional, decisiones que

no sean puramente procesales y decisiones sobre medidas cautelares⁴⁵. Adicionalmente, Argentina argumentó a favor de un efecto suspensivo durante el proceso de apelación, hasta que un laudo definitivo haya sido dictado⁴⁶. Argentina argumentó a favor de un estándar de revisión amplio, en virtud del cual el tribunal de apelación pueda evaluar los asuntos con mayor detalle.

3. Coherencia en las decisiones dictadas por Tribunales de Inversión

La coherencia y consistencia de las decisiones dictadas por los Tribunales de Inversión ha sido una preocupación central en el Grupo de Trabajo III de UNCITRAL. A medida que los países plantean cuestiones de previsibilidad, transparencia y corrección de los laudos arbitrales de inversión, es posible observar la influencia en este tema de los países latinoamericanos⁴⁷.

Uruguay expresó su preocupación por la "pérdida de control de las inversiones por parte de los Estados"⁴⁸ y señaló que diferentes interpretaciones de las mismas situaciones y cláusulas del tratado por parte de diferentes tribunales de inversión resulta perjudicial para el ambiente de las inversiones. Además, Uruguay subrayó la necesidad de que los tribunales arbitrales mantuvieran coherencia en la interpretación de los tratados, ya que, debido a la falta de cohe-

40. UNCITRAL, Grupo de Trabajo III: Reforma del Sistema de Solución de Controversias Inversionista-Estado (Posible reforma de la ISDS). *Comentarios de Colombia sobre el Proyecto de Disposiciones sobre un Mecanismo Multilateral Permanente: Selección y Nombramiento de los Miembros del Tribunal de ISDS y Asuntos Conexos* (15 de noviembre de 2021). 4.

41. *Ibid.*, 18.

42. UNCITRAL Grupo de Trabajo III (Reforma del Sistema de Solución de Controversias Inversionista-Estado). *Comunicación del Gobierno de Chile, Japón e Israel*, 1-9, U.N. Doc. A/CN.9/WG. III/WP.163 (15 de marzo de 2019).

43. *Ibid.*, págs. 8 y 9.

44. Anthea Roberts & Zeineb Bouraoui, *UNCITRAL and ISDS Reforms: What Makes Something Fly?* EJIL: TALK! (11 de febrero de 2020), at <https://www.ejiltalk.org/uncitral-and-isds-reforms-what-makes-something-fly/>

45. *Comentarios sobre el Proyecto Inicial del Mecanismo de Apelación del Grupo de Trabajo III de la CNUDMI de la República Argentina*, disponible en: <https://uncitral.un.org/draftworkingpapers>

46. *Ibidem*.

47. Carbajal Valenzuela, Christian y otros. *Latin America's Perspective on the Reform of the Investor-State Dispute Settlement Mechanism*. En: ELGAR Companion to UNCITRAL, 2023, pag. 127.

48. Anthea Roberts y Zeineb Bouraoui, *UNCITRAL and ISDS Reforms: Concerns about Consistency, Predictability and Correctness* (5 de junio de 2018). En: <https://www.ejiltalk.org/uncitral-and-isds-reforms-concerns-about-consistency-predictability-and-correctness/>

rencia "la misma cláusula de un tratado puede interpretarse de manera diferente a la que se acordó durante la negociación"⁴⁹.

Costa Rica también apoyó las reformas al sistema de ISDS en lo que respecta a la coherencia y consistencia de las decisiones de los tribunales de inversión.

En sus comunicaciones al Grupo de Trabajo III de UNCITRAL, Costa Rica apoyó la creación de un mecanismo para asegurar la interpretación conjunta de las decisiones arbitrales relativas a la práctica de los tratados⁵⁰. Además, Costa Rica sugirió que los tribunales de inversión estén en capacidad de consultar con las autoridades estatales, incluyendo asuntos sobre medidas disconformes, servicios financieros y medidas tributarias⁵¹.

Brasil expresó ante el Grupo de Trabajo de UNCITRAL su preocupación por la situación actual del arbitraje de inversiones. Argumentó *"el carácter controvertido de los acuerdos de inversión que protegen indebidamente a los inversores a expensas del derecho de los países receptores a regular en protección del interés público y la creciente demanda de un enfoque más equilibrado entre inversionistas y Estados"*⁵². Asimismo, Brasil planteó dudas sobre la coherencia y transparencia del proceso, criticando el desarrollo de los arbitrajes de inversión, al considerar que el ISDS es un mecanismo llevado a cabo *"a puerta cerrada, sin el deseable escrutinio de la sociedad y de otras partes interesadas"*⁵³.

Como se desprende de los comentarios de los países latinoamericanos sobre la coherencia de los laudos arbitrales de inversión, la principal preocupación está referida al resultado de los procesos desde la perspectiva de los Estados demandados. Dado que los laudos de inversión no constituyen precedentes vinculantes, los Estados pueden estar sujetos a escrutinio y limitaciones por parte de tribunales arbitrales, sin que existan para ello estándares claramente definidos, pudiendo las decisiones finales variar de manera arbitraria de un caso para otro⁵⁴.

Por lo tanto, las preocupaciones de los países latinoamericanos están referidas, principalmente, a la necesidad de existencia de estándares de Derecho Internacional que sean claros, transparentes, coherentes y consistentes, que debido a su vaguedad no generen responsabilidad a los Estados por cada acto de regulación, respetando así las facultades regulatorias de los Estados dentro de sus fronteras.

La reforma del sistema ISDS es un tema de creciente y profundo análisis y debate durante los últimos años. A medida que la participación de los países exportadores de capital, como Estados demandados, ha ido creciendo durante las últimas tres décadas (esencialmente Estados Unidos y Europa), la necesidad de reglamentar las facultades y derechos otorgados a los inversionistas extranjeros se convirtió en una cuestión de importancia. En este sentido, la labor del Grupo de Trabajo III de UNCITRAL ha demostrado un esfuerzo constante por corregir

49. Ibidem.

50. UNCITRAL, Grupo de Trabajo III (Reforma del Sistema de Solución de Controversias Inversionista-Estado) *Comunicación del Gobierno de Costa Rica*, U.N. Doc. A/CN.9/WG. III/WP.164 (22 de marzo de 2019). Pág. 4.

51. Ibidem.

52. UNCITRAL, Grupo de Trabajo III (Reforma del Sistema de Solución de Controversias Inversionista-Estado). *Comunicación del Gobierno del Brasil*, 1, Doc. de las Naciones Unidas A/CN.9/WG. III/WP.171 (11 de junio de 2019).

53. Ibid., párr. 13.

54. "...La actuación aislada de los tribunales arbitrales del CIADI; este aislacionismo de los distintos tribunales se traduce en una falta de conexión en el actuar que realiza cada uno de ellos, y por ende, en una falta de concantenación e ilación de sus pronunciamientos. Cabe recordar que en el CIADI no se habla de "jurisprudencia" sino de laudos arbitrales aislados situados en el contexto específico de la demanda presentada (aun cuando) contengan referencias a otros emitidos con anterioridad". Rodríguez Jiménez, Sonia. *Tres Casos Latinoamericanos ante el CIADI: Argentina, México y Ecuador*. En: Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, pag. 427.

determinadas “deficiencias” del sistema arbitral de inversiones.

Los Estados han destacado la necesidad de coherencia en el arbitraje internacional de inversiones. En este contexto, la propuesta de establecimiento de un Tribunal Permanente de Inversiones se ha convertido en un asunto central para la reforma. No obstante, como se ha visto, es un tema no libre de controversias.

Los Estados latinoamericanos han planteado sistemáticamente cuestiones relevantes para esta reforma, aunque no siempre de manera unánime. Por ejemplo, Chile, Perú y México se oponen a la idea de un Tribunal de Inversiones, formado por jueces permanentes. Consideran que el sistema ISDS no requiere de una nueva estructura, sino una mejora en puntos específicos, como la coherencia y la previsibilidad de los laudos de inversión. Otros países, como Colombia y Ecuador, sí están a favor del establecimiento de un Tribunal Permanente de Inversiones.

Existen temas en los cuales los Estados latinoamericanos muestran una mayor unidad. Por ejemplo, existe relativo consenso sobre el establecimiento de un mecanismo de revisión (apelación), sea obligatorio u opcional.

Finalmente, a medida que continúa la reforma del sistema arbitral de inversiones, la participación en este debate por parte de los Estados latinoamericanos podrá arrojar luz sobre cuestiones especialmente importantes, como la coherencia, la transparencia y la seguridad jurídica de los laudos arbitrales de inversión, contribuyendo en la configuración del futuro Derecho Internacional de las Inversiones.

IV. EL MODELO BRASILEÑO EN MATERIA DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS DE INVERSIÓN —ACFI—

1. Modelo preventivo y no adversarial, prevalencia de mecanismos de protección diplomática. Ventajas y desventajas.

El análisis de las tradicionales objeciones de un país como Brasil, importante actor en la

economía regional y mundial, resulta esencial en la evaluación del cumplimiento o incumplimiento de los objetivos originales del CIADI y del sistema arbitral de inversiones en su conjunto. Por ello, resulta importante analizar el modelo alternativo propuesto por Brasil en materia de inversión extranjera, que es el Acuerdo de Cooperación y Facilitación de Inversiones (ACFI), considerando sus virtudes y limitaciones.

Brasil hasta el momento no es Estado parte del Convenio CIADI y tampoco ha ratificado BITs o acuerdos de inversión que incorporen al arbitraje internacional de inversiones como mecanismo de solución de controversias inversionista - Estado, en contraste con la mayoría de los países del mundo, incluidos los países de América Latina, que son parte del sistema arbitral de inversiones desde hace por lo menos tres décadas.

Diversos son los argumentos que invoca Brasil para mantener esta posición contraria al arbitraje internacional de inversiones y a la ratificación de Convenios de Inversión. En opinión de los autores, algunas de dichas objeciones tienen un real sustento jurídico. Otras son anacrónicas o claramente ideológicas. A continuación, pasamos a mencionar estas objeciones de Brasil y nuestras consideraciones.

Primera objeción: Los instrumentos internacionales que regulan la inversión extranjera únicamente protegen al inversionista extranjero, dejando de lado las facultades regulatorias de los Estados, por lo que no son convenientes para Brasil. Esta objeción claramente desconoce la evolución del contenido de los BITs en relación a los TLCs, que son mucho más equilibrados y protectores de las facultades regulatorias estatales, como se mencionó anteriormente. Por otro lado, Brasil señala que nada garantiza que los tratados de inversión (BITs o TLCs) realmente contribuyan a atraer inversión extranjera o si esta inversión al ingresar al país realmente favorecerá el desarrollo económico del Estado receptor. Esta objeción igualmente ignora la existencia de estadísticas que se refieren a los efectos positivos (en algunos casos neutrales,

pero nunca negativos) de los tratados de inversión en la atracción de inversiones⁵⁵.

Segunda objeción: Los Estados han perdido la mayoría de los casos en el sistema arbitral CIA-DI, favoreciendo el sistema únicamente a los inversionistas.

Esta objeción es simplemente inexacta o anacrónica. Hoy el resultado de los laudos de inversión es equilibrado. Los Estados tienen éxito en el 35% de los casos (en cuanto a jurisdicción o méritos), los inversionistas en el 30% de los casos y el 35% de los casos culminó por acuerdo de las partes, por desistimiento del demandante o por falta de pago de los derechos administrativos o arbitrales.

Tercera objeción: El ejemplo de Argentina, que fue demandada en más de 40 casos debido a severas medidas gubernamentales de emergencia adoptadas durante la crisis económica y financiera que vivió durante los años 2001 y 2002.

Entre otras medidas, la “pesificación”, adoptada para enfrentar la crisis y reestructurar la economía. En este proceso, diversos inversores extranjeros efectivamente fueron afectados y demandaron al país ante el CIADI. La situación de Argentina es invocada por Brasil como un referente para no ser parte del CIADI y para no ratificar BITs o Tratados con capítulos de inversión, incorporando al arbitraje internacional de inversiones. Esta objeción puede ser respondida señalando que cada país vive una realidad diferente, de acuerdo a sus propias circunstancias políticas y económicas. Brasil, en lugar de compararse con Argentina, podría, por ejemplo, compararse con el caso del Estado Peruano, que a pesar del gran número de procesos arbitrales de inversión en que ha participado, ha obtenido laudos favorables en la mayoría de los casos.

Cuarta objeción: El arbitraje internacional de inversiones CIADI implica un trato discriminatorio entre inversionistas extranjeros e inversionistas nacionales, considerando que solamente los inversionistas extranjeros tendrían acceso al arbitraje internacional de inversiones. Atenta

también contra la soberanía y el principio jurídico brasileiro de agotamiento de los recursos internos. Es verdad que son debatibles desde un punto de vista jurídico los temas de acceso al arbitraje internacional de inversiones por parte de inversionistas extranjeros y no de inversionistas nacionales, así como el de agotamiento previo de recursos internos. Estos son temas que merecen mayor debate, si comparados con las otras objeciones de Brasil.

Quinta objeción: Brasil ha argumentado tradicionalmente que las grandes dimensiones de la economía brasileira, un mercado en expansión, el crecimiento de la economía y la relativa estabilidad económica y política le permiten a Brasil ser un país atractivo para la inversión, sin ser necesario suscribir ningún acuerdo internacional de promoción y protección de inversiones, exponiendo innecesariamente al país. Es verdad que Brasil ocupa, sin ser parte del sistema, los primeros lugares como país destino de inversiones en el mundo.

Sin embargo, también es cierto que el ISDS no está pensado únicamente desde el punto de vista de los Estados como receptores de inversión, sino también desde el punto de vista de la protección de las inversiones de las empresas transnacionales en el exterior. Por otro lado, si fuera cierto que el argumento de las grandes dimensiones de la economía es suficiente para mantenerse al margen del sistema de protección de inversiones, tanto China como México (de dimensión mayor o similar a Brasil, respectivamente) no se habrían incorporado recientemente al CIADI y no tendrían un número creciente de tratados de inversión ratificados o en vías de negociación.

2. Modelo Brasileiro de Acuerdo de Inversiones: Acuerdo de Cooperación y Facilitación de Inversiones (ACFI)

En forma paralela y complementaria a las objeciones de Brasil al sistema arbitral de inversiones arriba mencionadas, es importante referirnos brevemente a las principales características del modelo de Acuerdo de Inversión que Brasil ha propuesto y que utiliza para la promoción,

facilitación y protección de inversiones, conocido como ACFI.

Este modelo tiene aspectos positivos desde el punto de vista del derecho sustantivo y ciertas declaraciones favorables, pero también contiene serias limitaciones desde el punto de vista jurisdiccional y de ejecución o protección de dichos derechos sustantivos.

El modelo de Acuerdo está basado en mecanismos autocompositivos y por esta misma razón, apuesta por la solución de controversias mediante mecanismos preventivos, de carácter consensual e incluso diplomáticos, sin el respaldo de instrumentos legales coercitivos, como es el arbitraje internacional⁵⁶. Esta visión puede ser excesivamente optimista, desde el punto de vista de la solución real de una controversia y por esta misma razón, puede resultar poco eficaz⁵⁷.

Entre 2015 y 2023, Brasil firmó catorce ACFIs con países de África, Asia y América Latina, como Mozambique, Angola, Marruecos, Malawi, Etiopía, San Tomé y Príncipe, India, Emiratos Árabes Unidos (EAU), México, Colombia, Chile, Surinam, Guyana y Ecuador. Únicamente tres ACFIs de Brasil han sido ratificados (con Angola, México y EAU). Entre Perú y Brasil se firmó en 2016 un Acuerdo de Ampliación Económico Comercial, con un Capítulo de Inversiones con la misma estructura y contenido de un ACFI.

Como ha sido mencionado, el ACFI privilegia soluciones consensuales y preventivas, con protección diplomática, sin *Ius Standi* de los inversionistas y por ello, sin arbitraje inversionis-

ta-Estado, como ocurre en los BITs y TLCs de los demás países de latinoamericanos.

En materia sustantiva, el Acuerdo incorpora algunos estándares internacionales de protección a la inversión, como trato nacional y no discriminación. Sin embargo, no contempla el principio de trato justo y equitativo o la expropiación indirecta, que son los estándares más utilizados en el arbitraje internacional de inversiones. El ACFI sí contempla obligaciones de inversionistas, como las relativas a responsabilidad social corporativa, protección del medio ambiente y Derechos Humanos. Esto es positivo.

El ACFI es un modelo de Acuerdo de Inversiones, con dos etapas y objetivos claramente definidos: (i) Prevención de controversias inversionista extranjero – Estado; y (ii) Arbitraje Estado – Estado, como último recurso, con indemnización a los inversionistas únicamente de manera excepcional.

Como mecanismo preventivo de conflictos, el ACFI considera 2 etapas:

- a. Punto Focal (Ombudsman) – Cámara de Comercio Exterior de Brasil. Primer punto de contacto del inversionista y del Estado para buscar apoyo y presentar un reclamo, con el objetivo de resolver en forma preventiva la controversia. También es responsabilidad del Ombudsman evaluar, en consulta con las autoridades gubernamentales pertinentes, las reclamaciones recibidas de la otra Parte o de los inversionistas de la otra Parte y emitir recomendaciones

56. “The essence of such institutions is to knit transparent and friendly relations with foreign investors with the objective of minimizing disputes and misunderstandings. This is in line with UNCTAD’s guideline to diversify dispute management processes. An expected consequence is the non-systematic association of international investment law to arbitration and to an underlying (supposed) permanent tension between States and foreign investors”. Monebhurrun, Nitish y Vieira, Leonardo. *Dispute Prevention Methods in the Brazilian Agreements on Cooperation and Facilitation of Investments (CFIAs)*. En: *International Investment Law and Arbitration from a Latin American Perspective*, 2024, pag. 162.

57. Carbajal Valenzuela. Christian. *Arbitragem Internacional como Mecanismo de Atração e Proteção de Investimentos Estrangeiros. Objeções do Brasil ao sistema, Modelo Alternativo de Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos (ACFI) e propostas de reforma da União Europeia*. En: *Transnational Dispute Management (TDM)*, Nov, 2019, pág.10.

al Comité Interestatal Conjunto sobre las medidas necesarias para mejorar el entorno de inversión.

- b. Comité Conjunto Interestatal. Si la etapa anterior ante el Punto Focal (Ombudsman) no tiene éxito, la controversia se presenta al Comité Conjunto para que colabore en una solución de consenso. Se trata de un tipo de mediación, anterior a un eventual arbitraje internacional Estado - Estado. El Comité Conjunto, compuesto por representantes gubernamentales de ambas Partes, supervisa el seguimiento de la aplicación del ACFI, el intercambio de información sobre oportunidades de inversión, la cooperación bilateral en materia de inversiones, las iniciativas de facilitación y, sobre todo, la acción conjunta para la prevención de las controversias, así como la solución amistosa de cualquier cuestión relacionada con las inversiones bilaterales. Con el objetivo de desarrollar sus funciones adecuadamente, así como de trabajar en estrecha colaboración con los inversores, el Comité Interestatal Conjunto tiene la posibilidad de establecer *grupos de trabajo ad hoc* e invitar al sector privado a participar en ellos.

Como es posible constatar, las dos etapas son preventivas o autocompositivas, con la participación de un facilitador – mediador.

A su vez, si la etapa ante el Comité Conjunto no obtiene resultados positivos, si ambos Estados así lo determinan, la controversia será vista dentro de un arbitraje internacional entre los dos Estados, cuyo objetivo principal será que el Tribunal determine si la medida estatal cuestionada se encuentra o no conforme con el ACFI, es decir, es un sistema muy similar al de la Or-

ganización Mundial de Comercio (OMC). El inversionista extranjero afectado no participa en dicho proceso arbitral.

En el arbitraje Estado – Estado del ACFI, la determinación de daños a favor del inversionista ocurrirá solamente de manera excepcional, incluso existiendo daño, siempre que exista previo acuerdo entre los dos Estados, autorizando al Tribunal Arbitral para que determine estos daños. En otras palabras, el inversionista se encuentra completamente en manos de la decisión de los Estados, sin capacidad legal alguna de defenderse de manera directa. Es claramente una sobreprotección de los Estados y una desprotección de los inversionistas.

Como se ha analizado y mencionado al inicio de este artículo, en el Derecho Internacional de las Inversiones resulta necesario alcanzar un equilibrio entre los derechos de los inversionistas y las facultades regulatorias estatales. No es conveniente, en materia de tratamiento a la inversión extranjera, oscilar desde un extremo liberal, pro-inversionista, como ocurrió en los años 90, con los BITs originales, hacia un extremo pro-Estado, desprotegiendo a cualquiera de las dos partes, como ocurre en el modelo brasileiro ACFI.

Como se ha indicado, el modelo ACFI de solución de controversias es en cierta medida similar al sistema de la Organización Mundial de Comercio (OMC), en donde los actores principales son los Estados y no los particulares. El inversionista no tiene *Ius Standi* o acción directa contra el Estado que vulnera sus derechos. Es un mecanismo interestatal, cuasi diplomático, siendo su objetivo la evaluación de conformidad de la medida. En materia de inversión extranjera, este sistema pierde eficacia para una real protección de los derechos del inversionista⁵⁸.

58 “.....considering that investor-State arbitration is not provided for by the CFIs, it would be only fair to (at least) always enable investors’ participation in the dispute prevention process so as not to confine them to the role of mere spectators. The CFIs are sometimes criticized for not being as protective as the other existing international investment agreements..... Therefore, making room for their participation in the dispute management might add some balance or some compensation and enhance the CFIs attractiveness—in bringing together investors and States for non-litigation purposes”. Monebhurrin, Nitish y Vieira, Leonardo. *Dispute Prevention Methods in the Brazilian Agreements on Cooperation and Facilitation of Investments (CFIs)*. En: *International Investment Law and Arbitration from a Latin American Perspective*, 2024, pag. 168.

Al ser un mecanismo Estado – Estado, la solución de la controversia potencialmente podría ser influenciada por factores políticos y diplomáticos, dependiendo en gran medida de las relaciones positivas o negativas existentes en dicho momento entre los dos Estados involucrados, pasando a un segundo plano el interés directo y los derechos y obligaciones del inversionista extranjero⁵⁹, incluso, se relativiza la determinación de la responsabilidad internacional directa del Estado receptor frente al inversionista.

Consideramos que es una visión sobreprotectora de los Estados, sin ningún tipo de coercitividad. Un derecho sustantivo de protección de derechos, sin un sistema procesal sólido que lo acompañe, pierde claramente efectividad. El ACFI se limita a mecanismos autocompositivos, que sin duda son positivos y necesarios, debiendo promoverse, sin embargo, resultan insuficientes. Un sistema de solución de controversias complejas, para ser efectivo, no debe limitarse únicamente a estos mecanismos.

Por último, con relación a Brasil y al arbitraje internacional de inversiones, consideramos que las objeciones existentes, en su mayoría, no están respaldadas en los hechos y en la evolución de los Tratados y la “jurisprudencia arbitral”. Algunas de estas objeciones son efectivamente válidas y el propio sistema ya se encuentra en proceso de reforma, como se ve reflejado en los capítulos de inversión de los nuevos TLCs,

atendiendo precisamente a estas críticas, que no son únicamente de Brasil, sino también de diversos otros países, desarrollados y no desarrollados.

Finalmente, modificar el contenido de los ACFIs o formar parte del sistema dependerá finalmente de la decisión soberana de Brasil. No obstante, todo parece indicar que son más las ventajas que las desventajas en la decisión de integrarse a la comunidad internacional, en materia de inversión extranjera y de arbitraje internacional, sea a través del mecanismo de arbitraje de inversiones CIADI tradicional, del Mecanismo Complementario CIADI o de una tercera alternativa más eficaz que las existentes, evaluando en ese proceso las virtudes y limitaciones del modelo brasileiro ACFI y su evolución.

V. HACIA UN MODELO CONVERGENTE DE TRATADO DE INVERSIONES EN LATINO AMÉRICA

Sin duda la destacada experiencia latinoamericana en materia de controversias de inversión, su mayoritaria participación en casos arbitrales CIADI y las divergencias aún existentes en temas esenciales del Derecho Internacional de las Inversiones, justifican un debate regional especializado, así como el intento de elaboración de un modelo de tratado convergente⁶⁰, que incorpore las características y aspectos positivos de los BITs, Capítulos de Inversión de los TLCs, ACFIs y tratados de inversión regionales, bus-

59. “Political circumstances, sensitive conundrums or other strategic reasons might deter the home State’s will to activate the dispute prevention mechanism. The political relationship between the concerned investor and its home State will also be a shadow criterion in determining the State’s motivation to act. For instance, it is not clear if Brazil, as a home State, would be ready to intervene in cases concerning small or medium Brazilian investors abroad or if it would readily accept to trigger the procedure several times a year before the same Joint Committee on behalf of different Brazilian investors. These are some dim spots of the dispute prevention mechanism”. Monebhurrin, Nitish y Vieira, Leonardo. *Dispute Prevention Methods in the Brazilian Agreements on Cooperation and Facilitation of Investments (CFIAs)*. En: *International Investment Law and Arbitration from a Latin American Perspective*. 2024, pag. 173.

60. “.....no cabe duda que el principal campo de estudio en los próximos años será el arbitraje en materia de inversión extranjera. Vista la experiencia de los varios Estados con distintos tratados (TLCAN, BIT, etc.), sería interesante tener un fórum interestatal donde se pueda intercambiar las experiencias y reflexionar sobre un BIT Modelo para América Latina, que podría ser adaptado a las situaciones particulares de cada país”. Graham, James. *Hacia una Doctrina Latinoamericana en Materia de Arbitraje sobre Inversión Extranjera*. En: *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, México, 2013, pág. 379.

cando superar las diversas críticas que se han formulado a cada uno de estos modelos.

Como hemos visto en este trabajo, la tendencia existente en cuanto a la evolución del contenido de los BITs en dirección a los Capítulos de Inversión de los TLCs es de fortalecer las facultades regulatorias de los Estados; limitar la discrecionalidad de los árbitros en la interpretación de los estándares de protección de la inversión (considerados amplios y vagos), disminuyendo con ello la incoherencia, imprevisibilidad y el riesgo regulatorio; fomentar mecanismos autocompositivos como la negociación y la mediación; garantizar mayor transparencia y participación de terceros en los procesos arbitrales (*amicus curiae*), entre otros cambios dirigidos a lograr mayor equilibrio entre el interés público y el interés privado en el Derecho Internacional de las Inversiones.

Al mismo tiempo, el modelo de tratado de inversión brasileiro, llamado ACFI, que buscó inicialmente ser una alternativa a los BITs tradicionales, esencialmente liberales y pro-inversionistas, ha demostrado igualmente que proteger en exceso y de manera privilegiada a los Estados, dejando a los inversionistas en abierta desprotección y dependencia de la

protección política y diplomática de sus Estados de origen, sin capacidad de defenderse autónomamente frente a los Estados receptores, es decir, sin *Ius Standi*, no es tampoco una opción atractiva para los países exportadores de capital, que requieren proteger a sus inversionistas en el exterior⁶¹.

Por lo tanto, Brasil se ve en la necesidad de aproximar, de manera progresiva, su modelo de tratado ACFI, inicialmente pro-Estado, a las nuevas tendencias y al contenido de los Capítulos de Inversión de los TLCs, que ya han sido reformados o que se encuentran en vías de reforma y por ello, son más equilibrados. Existe, por lo tanto, en los hechos, una convergencia de modelos. De hecho, el modelo ACFI de Brasil comenzó a aproximarse al contenido de los Capítulos de Inversión de los TLCs de Latinoamérica, a partir de la reciente firma del Tratado Brasil - India⁶².

Este modelo convergente de tratado se expresará en el progresivo reconocimiento por parte de todos los Estados de la región, incluido Brasil, del estándar mínimo de trato a la inversión extranjera, incluyendo la prohibición de la arbitrariedad estatal, la denegación de justicia y la protección de las legítimas expectativas.

-
61. "As the current Administration envisages enhancing economic integration with developed countries, Brazil might face certain demand for additional provisions on investment protection and might need to review certain aspects of CFIA model while exploring alternatives to incorporate new elements of investment protection..... There is no doubt that the CFIA Model, as it stands now, is closer to a traditional BIT than the first agreements signed back in 2015. The movement towards developed countries can deepen this process". Freitas da Silva, Ana Rachel y Ramos Codeço, Rafael. *CFIA: Evolution Towards the Traditional?*. En: *International Investment Law and Arbitration from a Latin American Perspective*, 2024, pag. 27.
62. «A third generation arose after the negotiations with India. Although the treaty was signed recently, negotiations dated back to 2016. India-Brazil CFIA is seen as "a remarkable sophistication of each of the two positions on investment agreements". In the third generation of CFIA's, the provision entitled "treatment" resembles the traditional international minimum standard of treatment, including a reference to customary law. The language on investor's obligation is also more emphatic than the previous "best efforts" Corporate and Social Responsibility (CSR) clauses. CFIA's with Guyana, India, United Arab Emirates, Ecuador and MERCOSUR Protocol follow these new trends. We can also speculate about a fourth generation after the negotiations with developed countries, where CFIA could get even closer to a traditional BIT—after incorporating new provisions traditionally demanded by these countries.....As stated above, CFIA's primary policy objective was to support the internationalization of Brazilian companies, especially in South America and Africa. As Brazil reframes its foreign policy towards closer economic ties with developed countries, CFIA's provisions will be further challenged to incorporate new elements for investment protection». Freitas da Silva, Ana Rachel y Ramos Codeço, Rafael. *CFIA: Evolution Towards the Traditional?*. En: *International Investment Law and Arbitration from a Latin American Perspective*, 2024, pags. 27-28 y 35

Asimismo, se incorporará, no libre de debates, la prohibición de los actos de expropiación indirecta y correspondiente compensación, hoy excluidos de los ACFIs. Se incluirán también con mayor claridad y obligatoriedad, determinadas responsabilidades y obligaciones de los inversionistas frente a los Estados receptores, referidas a responsabilidad social empresarial (RSE), medio – ambiente, salud pública, lucha anticorrupción, entre otros. Hoy estas “obligaciones” se incorporan en los tratados como *soft law*, es decir, como disposiciones de carácter no vinculante. Esto deberá cambiar en un nuevo modelo, debiendo los Tribunales Arbitrales evaluar de manera equitativa la conducta de ambas partes en la controversia, Estados e inversionistas.

Finalmente, en un modelo de tratado convergente se deberá producir una evolución en materia de solución de controversias de inversión, manteniendo y fomentando el uso de mecanismos autocompositivos y preventivos, como la negociación y la mediación, como ocurre actualmente en el actual modelo brasileiro ACFI. No obstante, es indudable que estos mecanismos, si bien necesarios, no son suficientes para proteger de manera efectiva la inversión.

Para que ello ocurra, no debe descartarse el arbitraje inversionista – Estado, que debe permanecer reformado, o eventualmente un tribunal permanente de inversiones, como propone la Unión Europea, garantizando un justo equilibrio entre el interés público que los Estados representan y el interés privado que los inversionistas representan.

VI. CONCLUSIONES

a. Históricamente, antes del giro dado por el Derecho Internacional de las Inversiones, el inversionista extranjero, ante un problema contractual con el Estado receptor de su inversión, se veía compelido, o bien a recurrir a las Cortes o Tribunales locales de ese mismo Estado, o bien a pedir la intervención de su Gobierno para que este, a su nombre, protegiese su inversión frente al Estado receptor, a través de la vía diplomá-

tica, por medio de Principio de Protección Diplomática.

- b. El incremento en los países latinoamericanos del uso del arbitraje internacional en materia de inversiones se encuentra directamente relacionado con las reformas económicas producidas en la región a partir de la década de los 90s, las cuales apostaron por la liberalización, el libre comercio y la desregulación de la economía.
- c. El Perú ratificó el Convenio CIADI, los Convenios MIGA y OPIC que son seguros internacionales contra riesgos no comerciales o políticos, y también las Convenciones Multilaterales de Panamá y Nueva York sobre Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Internacionales, que permiten el reconocimiento y ejecución en forma casi automática de laudos extranjeros en el Perú.
- d. Los BITs originales de los 90s y el arbitraje internacional de inversiones han sido objeto de críticas debido a que contenían, básicamente, derechos de inversionistas y obligaciones de los Estados, lo que se vio inicialmente reflejado en laudos arbitrales en su mayoría favorables a los inversionistas demandantes. Como producto de dichas críticas, los Capítulos de Inversión de los TLCs, desde el año 2005, reflejan una visión más equilibrada entre la protección del interés privado y del interés público.
- e. Desde el año 2013, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL), por medio del Grupo de Trabajo III, viene discutiendo diversas propuestas de reforma al Mecanismo de Solución de Controversias Inversionista-Estado (ISDS). Parte de las discusiones que se producen en el Grupo de Trabajo III de UNCITRAL sobre la reforma del sistema de solución de controversias de inversión, buscan mayor coherencia y previsibilidad en las decisiones, e incluyen como posibilidad, la creación de un Tribunal Permanente de Inversiones y un meca-

nismo de revisión (Corte de Apelación de Inversiones).

- f. La necesidad de un Tribunal Permanente de Apelaciones (mecanismo de revisión) se centra principalmente en la necesidad de corregir discrepancias entre los laudos de inversión, promover la unidad, la corrección, la previsibilidad y la consistencia en las decisiones arbitrales relativas al Derecho Internacional de las Inversiones, tendientes a alcanzar un equilibrio entre los derechos de los inversionistas y las facultades regulatorias estatales.
- g. La reforma del sistema ISDS es un tema de creciente y profundo análisis y debate durante los últimos años. Las preocupaciones de los países latinoamericanos están referidas, principalmente, a la necesidad de contar con estándares de Derecho Internacional que sean claros, transparentes, coherentes y consistentes, que no generen responsabilidad a los Estados por cada acto de regulación, respetando así las facultades regulatorias de los Estados dentro de sus fronteras.
- h. Países de la región como Perú, Chile y México no apoyan una posición contraria a los cambios estructurales en el sistema de solución de controversias de inversión. Sus sugerencias están dirigidas a mejorar el sistema existente, más que a alterar sus estructuras centrales.
- i. Brasil, por su parte, tiene una posición contraria al arbitraje internacional de inversiones y a la ratificación de Convenios de Inversión. Cuenta con el ACFI, que es un modelo de Acuerdo de Inversiones, con dos etapas y objetivos claramente defini-

dos: (i) Prevención de controversias inversionista extranjero – Estado; y (ii) Arbitraje Estado – Estado, como último recurso, con indemnización a los inversionistas únicamente de manera excepcional. El ACFI privilegia soluciones consensuales y preventivas, con protección diplomática, sin *ius Standi* de los inversionistas y por ello, sin arbitraje inversionista-Estado, como ocurre en los BITs y TLCs de los demás países de latinoamericanos.

- j. La tendencia existente en cuanto a la evolución del contenido de los BITs en dirección a los Capítulos de Inversión de los TLCs es la de fortalecer las facultades regulatorias de los Estados; limitar la discrecionalidad de los árbitros en la interpretación de los estándares de protección de la inversión (considerados amplios y vagos), disminuyendo con ello la incoherencia, imprevisibilidad y el riesgo regulatorio; fomentar mecanismos autocompositivos como la negociación y la mediación; garantizar mayor transparencia y participación de terceros en los procesos arbitrales (*amicus curiae*), entre otros cambios dirigidos a lograr mayor equilibrio entre el interés público y el interés privado en el Derecho Internacional de las Inversiones.
- k. La destacada experiencia latinoamericana en materia de controversias de inversión, su mayoritaria participación en casos arbitrales CIADI y las divergencias aún existentes en temas esenciales del Derecho Internacional de las Inversiones, justifican un debate regional especializado, así como el intento de elaboración de un modelo de tratado convergente⁶³, que incorpore las características y aspectos positivos de los BITs, Capítulos de Inversión de los TLCs, ACFIs y tratados

63. “.....no cabe duda que el principal campo de estudio en los próximos años será el arbitraje en materia de inversión extranjera. Vista la experiencia de los varios Estados con distintos tratados (TLCAN, BIT, etc.), sería interesante tener un fórum interestatal donde se pueda intercambiar las experiencias y reflexionar sobre un BIT Modelo para América Latina, que podría ser adaptado a las situaciones particulares de cada país”. Graham, James. *Hacia una Doctrina Latinoamericana en Materia de Arbitraje sobre Inversión Extranjera*. En: Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2013, pág. 379.

de inversión regionales, buscando superar las diversas críticas que se han formulado a cada uno de estos modelos.

- I. Un modelo de tratado convergente deberá producir una evolución en materia de solución de controversias de inversión, manteniendo y fomentando el uso de mecanismos autocompositivos y preventivos,

como la negociación y la mediación. No debe descartarse el arbitraje inversionista – Estado, que debe permanecer reformado, o eventualmente un tribunal permanente de inversiones, como propone la Unión Europea, garantizando un justo equilibrio entre el interés público que los Estados representan y el interés privado que los inversionistas representan.

