

LA REGULACIÓN DE NORMAS SOBRE LA
TRANSPARENCIA EN LOS TRATADOS
BILATERALES DE INVERSIÓN Y EN LA NUEVA
GENERACIÓN DE POLÍTICAS DE INVERSIÓN:
UNA PERSPECTIVA COMPARADA

THE REGULATION OF RULES ON TRANSPARENCY IN
BILATERAL INVESTMENT TREATIES AND IN THE NEW
GENERATION OF INVESTMENT POLICIES: A COMPARATIVE
PERSPECTIVE

NAYIBER FEBLES POZO*

Resumen: En el presente trabajo se realiza un análisis de las normas sobre la transparencia en los TBI y en las políticas de inversión más recientes desarrolladas por algunos Estados. Para ello, se parte de una conceptualización de los propios TBI y, desde una perspectiva comparada, nos adentramos en el estudio de la temática planteada en los continentes de América, Europa y Asia.

Palabras clave: Tratados Bilaterales de Inversión, Transparencia, Arbitraje de Inversiones, Políticas de Inversión.

Summary: In the present work an analysis of the rules on transparency in the BITs and in the most recent investment policies de-

* Profesor de Derecho internacional privado en la Universidad Internacional de Valencia (VIU) y en el Centro de Estudios Universitarios CEDEU, adscrito a la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid. Doctor en el Programa Conjunto en Derecho, Economía y Empresa -Sobresaliente "Cum Laude" por unanimidad- por la Universidad de Girona y la Universidad de Vic- Universidad Central de Cataluña. Director académico de la Red Iberoamericana de Investigación Interuniversitaria para el Diálogo Jurídico entre Europa y América (REDIJEJA) perteneciente a la Universidad de Girona.

veloped by some States is carried out. To do this, we start from a conceptualization of the BITs themselves and, from a comparative perspective, we enter into the study of the theme raised in the continents of America, Europe and Asia.

Key Words: Bilateral Investment Treaties, Transparency, Investment Arbitration, Investment Policies.

Recepción original: 28/04/2019

Aceptación original: 16/11/2019

SUMARIO: I. Introducción. II. Disposiciones sobre la transparencia en el sistema de solución de diferencias inversionista-Estado: una mirada hacia el interior de los tratados y acuerdos internacionales de inversión. II.A. América. II.B. Europa. II.C. Asia. III. La transparencia en la nueva generación de políticas en materia de inversiones y la solución de controversias inversionista-Estado: una nueva concepción de los acuerdos sobre inversión. III.A. La nueva política de inversión de Brasil. La transparencia en el Acuerdo de Cooperación y Facilitación de Inversión brasileño: el tradicional rechazo al ISDS. III.B. La transparencia en la reestructurada política de inversión de la India: el nuevo modelo de TBI indio. III.C. La política de inversión de Australia: La transparencia en el actual modelo de TBI australiano. IV. Recapitulación y consideraciones finales. V. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

La regulación del arbitraje de inversiones se realiza de manera preferente por medio de Tratados Bilaterales de Inversión (TBI), también conocidos como Acuerdos para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (APPRI). Este tipo de tratados se enmarca dentro de una categoría mucho más amplia que son los Acuerdos Internacionales de Inversión (AII). Dentro de estos últimos también se encuentran, según la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD-por sus siglas en inglés)¹, los tratados internacionales de doble imposición, los Tratados de Libre Comercio (TLC) que incluyen un capítulo relativo a las inversiones, y también se incluyen aquellos Tratados Multilaterales de Inversión en sectores o áreas particulares, como la Carta de la Energía (*Energy Charter Treaty*).

¹ UNCTAD, *World Investment Report 2012*, Ginebra: UNCTAD, 2012, pág. 84.

A los efectos del presente trabajo, se entiende por TBI o APPRI el acuerdo entre dos países por el cual se rigen las inversiones realizadas en uno de los Estados contratantes por personas naturales o jurídicas, empresas o corporaciones nacionales del otro país o Estado contratante, permitiendo que cualquier diferencia surgida respecto de la inversión se resuelva a través del arbitraje internacional -opción más utilizada actualmente- y no por órganos judiciales nacionales², teniendo en cuenta la manifiesta renuncia, principalmente, por parte de los inversionistas, a resolver las controversias ante los tribunales nacionales del Estado receptor de la inversión. El objetivo principal de los TBI es ofrecer protección a la inversión extranjera y, por lo tanto, promover los flujos de Inversión Extranjera Directa (IED). Sin embargo, afirmar que los TBI contribuyan a aumentar la IED es una cuestión controvertida y así lo demuestran estudios relacionados con la cuestión³. La llegada y el aumento de la IED no sólo se debe a la firma de los TBI, sino también a múltiples factores, como puede ser “la acelerada privatización de empresas y servicios públicos”⁴, tal y como ha sucedido en el caso de Ecuador, país en el que gran parte de la IED no ha sido precisamente mediante la firma de un TBI. Los TBI normalmente prevén que se otorgue a los inversores extranjeros ciertas normas sustantivas de trato, como es la de trato no discriminatorio, trato justo y equitativo, plena seguridad y protección, y compensación por la expropiación de bienes extranjeros.

Por estos motivos, hoy en día, con la proliferación de procesos de integración económica a nivel mundial, ya sean de carácter multilateral, regional o bilateral, no se justifica la ausencia de mecanismos de solución de controversias sólidos, transparentes y previsibles, que otorguen confianza y seguridad a las partes en cuanto al real cumplimiento de las normas sustantivas contenidas en el tratado o cuerpo normativo⁵. Pero no es suficiente el solo conocimiento pú-

² BOYARSKY, S., “Transparency in Investor-State Arbitration”, *Dispute Resolution Magazine*, 2015, pág. 34.

³ Véase, UNCTAD “The Impact of International Investment Agreements on Foreign Direct Investment Flows: An Overview of Empirical Studies 1998-2014” IIA Issues Note – Working Draft September 2014. Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Upload/Documents/unctad-web-diae-pcb-2014-Sep%2016.pdf>, consultado el 25/04/2019.

⁴ ARROYO PICARD, A., GHIOTTO, L., “Brasil y la nueva generación de Acuerdos de Cooperación y Facilitación de Inversiones: un análisis del Tratado con México”, *Relaciones Internacionales*, No. 52, 2017, pág. 40.

⁵ CARBAJAL VALENZUELA, CH. A., “Regulación del arbitraje entre inversionistas extranjeros y Estados receptores de inversión en los Tratados de Libre Comercio e Inversión en América Latina: el caso del TLC entre Perú y Estados Unidos de Nor-

blico de los tratados de inversiones, que en su gran mayoría son de conocimiento público -sólo basta tener conexión a internet para poder conocerlos y consultarlos-, sino, además, hacer transparente el procedimiento, tanto aquel a través del cual se exige la ejecución de dichos tratados, como el procedimiento mediante el cual se celebran los mismos.

Uno de los mayores desafíos en la solución de controversias en el comercio internacional, específicamente en el arbitraje internacional en la última década, ha sido la demanda de mayor transparencia y la implementación de iniciativas gubernamentales, principalmente en el arbitraje inversionista-Estado para hacer más transparente el procedimiento arbitral. La necesidad de una mayor transparencia en el procedimiento arbitral es tan imprescindible que resulta sorprendente el por qué ha tardado tanto tiempo el tratamiento de la cuestión⁶. Sin embargo, existe gran confusión en cuanto al alcance y significado del término transparencia, quizás por la ausencia general de una definición conceptual de la misma⁷, motivos que justifican la investigación.

El punto de partida del presente trabajo es la constante preocupación que ha surgido respecto la ausencia de normas sobre transparencia en los TBI y en las más recientes políticas de inversión desarrollada por algunos Estados. En consecuencia, para un mejor estudio de la problemática planteada, el fin de la investigación se justifica o fundamenta por su particular interés práctico. La transparencia es un término muy utilizado en nuestros días, al punto de que no solo suele ser invocada en ámbitos tan diversos como la Administración pública, el Derecho internacional, los Derechos Humanos, el Medio Ambiente, la Seguridad, la Economía, sino también en ámbitos tan específicos como el comercio internacional y el arbitraje internacional.

La transparencia ha sido siempre vinculada a conceptos de buena gobernanza y al Estado de Derecho⁸, pero sigue existiendo gran dificultad sobre su conceptualización y significado exacto en

teamérica”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, Vol. 102, 2007, pág. 527.

⁶ KINNEAR, M., “Transparency and Third Party Participation in Investor-State Dispute Settlement”, *Symposium Co-Organised by ICSID, OECD and UNCTAD*, Paris, 2005, pág.1.

⁷ BIANCHI, A., PETERS, A., *Transparency in International Law*, Cambridge University Press, 2013, pág. 2.

⁸ OLAYA, J., “Good Governance and International Investment Law: The Challenges of Lack of Transparency and Corruption”, *Second Biennial Global Conference, Barcelona, Society of International Economic Law*, Online Proceedings Working Pa-

el arbitraje internacional, debido a que el propio concepto puede variar teniendo en cuenta el contexto en el que sea utilizado⁹. No es menos cierto que nos encontramos ante un principio de transparencia indeterminado, que emerge no solo de instituciones internacionales, sino también de los reclamos, las presiones y exigencias cada vez mayor de una sociedad civil ampliamente reconocida, que exige no solo la transparencia en el procedimiento arbitral, sino también a nivel institucional, respecto al funcionamiento de las propias instituciones arbitrales que administran dichos procedimientos, la conformación del tribunal arbitral, el nombramiento de los árbitros, las reglas procesales por las que se rigen y los mecanismos de apelación existentes.

Dicho lo anterior, centramos nuestro análisis en la transparencia en los TBI, teniendo en cuenta que constituyen la base fundamental del sistema de arreglo de diferencias inversor-Estado. En este sentido, para un mejor análisis de los mismos, se profundiza, sin un marcado sentido de exclusión, en los tratados concluidos a partir del 2001 y que consideramos más significativos en función de la investigación, teniendo en cuenta las Notas de la Comisión de Libre Comercio en el marco del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) del 2001 y 2004, los TBI modelo de Canadá y Estados Unidos de 2004 y el Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos, centro América y República Dominicana (CAFTA-DR), y tendremos en cuenta, además, la influencia de la transparencia en tres regiones o continentes distintos, dígase: América, a partir del surgimiento del TLCAN y su influencia a nivel internacional, los modelos de TBI de Canadá y Estados Unidos como referentes a nivel mundial y la región Latinoamericana, esta última debido a las particularidades, muy específicas, que presenta respecto a la regulación de la transparencia en varios de los tratados de los países que la

per No. 2010/43, 2010. Disponible en: www.ssrn.com/link/SIEL-2010-Barcelona-Conference.html, consultado el 25/04/2019.

⁹ En el ámbito del Derecho internacional, algunos autores consideran la transparencia como un principio general del Derecho, principio enumerado en el Art. 38 de los Estatutos de la Corte Internacional de Justicia; BIANCHI, A., "On Power and Illusion: The Concept of Transparency in International Law" in BIANCHI, A., PETERS, A. (Eds.), *Transparency in International Law*, Cambridge University Press, 2013, págs. 30-31. Sin embargo, en el ámbito de las inversiones, consideran que la transparencia se está convirtiendo en una norma mundial en el Derecho internacional de las inversiones, lo que para algunos viene siendo una rama especial del Derecho internacional bajo el título más amplio del Derecho económico internacional; PETERS, A., "Towards Transparency as a Global Norm" in BIANCHI, A., PETERS, A. (Eds.), *Transparency in International Law*, Cambridge University Press, 2013 págs. 534-607.

integran. Europa, por ser una de las regiones de mayor flujo de inversión extranjera a nivel internacional y tener un gran número de tratados de gran envergadura en temas de inversión, los cuales han sido también muy criticados desde el punto de vista de la transparencia. Y, por último, la región de Asia y el Pacífico, que si bien se encuentra muy distante de los países precursores de la transparencia en el arbitraje inversionista-Estado, cuestión que favorece el análisis desde el punto de vista del impacto que puede ocasionar las regulaciones de la transparencia en dichos países, un gran número de los Estados en la región son reacios a regular la transparencia en el sistema inversionista-Estado.

II. DISPOSICIONES SOBRE LA TRANSPARENCIA EN EL SISTEMA DE SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS INVERSIONISTA-ESTADO: UNA MIRADA HACIA EL INTERIOR DE LOS TRATADOS Y ACUERDOS INTERNACIONALES DE INVERSIÓN

Resulta muy difícil poder establecer un concepto general de transparencia que pueda ser fácilmente entendible desde la perspectiva jurídica, es decir, desde el punto de vista normativo. Ni siquiera las principales Organizaciones no Gubernamentales (ONGs), como puede ser Transparencia Internacional (*Transparency International*), expertos en el tema, han sido capaces de conceptualizar de forma general la transparencia, siempre la han relacionado o asociado con los temas de corrupción¹⁰. En este sentido, tan criticado ha sido el sistema de resolución de controversias inversionista-Estado (ISDS-por sus siglas en inglés) como los propios tratados en los que se basa, cuestionándose la propia conveniencia de mantener este sistema de resolución de conflictos¹¹. Cuestión que debemos analizar desde dos ámbitos distintos. En primer lugar, la incertidumbre que puedan presentar los países receptores de la inversión, respecto a si el inversionista extranjero no invierte lo suficiente por el temor de que su inversión pueda ser expropiada, desconfiando del sistema judicial nacional y, en segundo lugar, lograr una despolitización del sistema de solución de controversias inversionista-Estado,

¹⁰ BIANCHI, A., On Power and Illusion: The Concept of Transparency in International Law.... *op.cit.*, pág. 8.

¹¹ SORNARAJAH, M., "An International Investment Court: Panacea or Purgatory?", *Columbia FDI Perspectives*, No. 180, 2016, pág. 1.

es decir, que el sistema se encuentre apartado de la intervención diplomática¹².

En el arbitraje de inversiones es innegable la necesidad de transparencia. Sin embargo, aunque resulta muy favorable los pasos que se vienen dando respecto a la existencia de transparencia en este tipo de arbitrajes, un gran número de los tratados de inversión vigentes carecen de cláusulas o disposición alguna que regule la transparencia, es más, la inmensa mayoría guarda silencio al respecto¹³, cuestión que analizamos seguidamente. No obstante, debe reconocerse que en la actualidad existe una tendencia a nivel internacional para incluir disposiciones que regulen la transparencia en los tratados de inversiones, pero este interés no se ha reflejado de igual manera a nivel del orbe. Por ello, dedicaremos especial atención a los continentes de América, Europa y Asia, teniendo en cuenta la trascendencia que tienen las políticas de inversión desarrolladas por varios de los Estados que forman parte de dichas regiones y su influencia a nivel internacional.

II.A América

Los tres Estados de Norteamérica -Canadá, Estados Unidos y México- han sido un referente a nivel internacional regulando como obligatoria la transparencia en el TLCAN, lo que hace que dicho tratado se haya convertido en el punto de mira del sistema de solución de controversias inversionista-Estado a nivel internacional, y ha favorecido que en la región se preste una mayor atención a la transparencia en el arbitraje de inversiones. Las reglas aplicables en el contexto del TLCAN fueron pioneras en este sentido. A partir de las notas de interpretación vinculantes del año 2001 de la Comisión de Libre Comercio del TLCAN¹⁴, el mayor avance se hizo inicialmente en el contexto del propio tratado. El público tuvo acceso a todos los documentos presentados o emitidos por un tribunal inversionista-Estado no sujeto a la redacción de información protegida relacionada, por ejemplo, con secretos comerciales o con la seguridad

¹² GERTZ, G., "Renegotiating NAFTA: Options for Investment Protection", *Global Economy and Development*, No.7, 2017, pág. 4.

¹³ JANSEN CALAMITA, N., ZELAZNA, E., "The Changing Landscape of Transparency in Investor-State Arbitration. The UNCITRAL Transparency Rules and Mauritius Convention", in AA.VV., *Austrian Yearbook on International Law*, 2016, pág. 278.

¹⁴ North American Free Trade Agreement Notes of Interpretation of Certain Chapter 11 Provisions, NAFTA Free Trade Commission, Julio 2001, encontrándose disponible en: http://www.sice.oas.org/tpd/nafta/Commission/CH11understanding_e.asp, consultado el 25/04/2019.

nacional. Las reglas del TLCAN no mencionan presentaciones de terceros *amicus curiae*, sino que permiten a las partes del TLCAN, aunque no estén involucradas en la disputa en particular, “presentar a un Tribunal una cuestión de interpretación de este Acuerdo”¹⁵.

En la práctica, las partes del TLCAN han insistido en audiencias abiertas caso por caso. En octubre del año 2003, Canadá y los Estados Unidos declararon públicamente su intención de dar su consentimiento a las audiencias abiertas en todos los casos¹⁶ y México se sumó a este consenso en julio del año 2004¹⁷. Como resultado, prácticamente todas las audiencias del Capítulo Once del TLCAN están ahora abiertas al público, lo que refleja una clara expresión del principio de transparencia, en el cual los Estados Partes están obligados a garantizar un marco comercial previsible para la inversión, teniendo como base el establecimiento de reglas claras y ventajosas que regulen el comercio para ambas partes. Tanto es así, que más allá del TLCAN, la transparencia ha sido un factor clave e imprescindible en los TLC y APPRI suscritos por Canadá y Estados Unidos con terceros Estados, cuestión ésta que no se puede apreciar, con excepción de muy pocos Estados, en otras regiones del mundo.

Los modelos de TBI de Estados Unidos y Canadá del 2004 respecto al reconocimiento de la transparencia en el arbitraje de inversiones son un ejemplo a nivel internacional en la materia. Ambos modelos no solo fueron capaces de establecer las presentaciones orales y escritas de Partes no contendientes respecto a la interpretación del tratado, sino también reconoce explícitamente la facultad del tribunal para aceptar y considerar la presentación de *amicus curiae* de una tercera Parte no contendiente, así como la celebración de audiencias públicas¹⁸ y la publicación de documentos¹⁹, aunque

¹⁵ NAFTA Article 1128: Participation by a Party. Disponible en: <http://www.sice.oas.org/trade/nafta/chap-112.asp>, consultado 25/04/2019.

¹⁶ The U.S. and Canada announced their intention to consent to open public hearings at all Chapter 11 arbitrations to which either is a party following the 2003 NAFTA Commission Meeting. See, Department of Foreign Affairs and International Trade News Release No. 152, NAFTA Commission Joint Statement, October 7, 2003. Disponible en: http://w01.international.gc.ca/minpub/Publication.asp?publication_id=380398&Language=E, consultado 25/04/2019.

¹⁷ Mexico announced its support for open hearings in investor-state disputes following the 2004 NAFTA Commission Meeting. See, NAFTA Free Trade Commission Joint Statement, Decade of Achievement, July 16, 2004. Disponible en: <http://www.dfait-maeci.gc.ca/nafta-alena/JS-SanAntonio-en.asp>, consultado 25/04/2019.

¹⁸ REQUENA CASANOVA, M., “La solución de controversias en los modelos de APPRI: cláusulas tradicionales y nuevas tendencias”, *Revista electrónica de Estudios Internacionales*, No. 24, 2012, pág. 29.

¹⁹ En este sentido, el propio Art. 29.1 del modelo de TBI de Estados Unidos establece que: “promptly transmit to the non-disputing party and make available to the

debemos reconocer que el modelo de TBI canadiense es mucho más explícito, detallado, que el modelo de TBI estadounidense. El modelo canadiense reconoce cuidadosamente las características que deben presentar los escritos de *amicus curiae*, los procedimientos a seguir para presentar dicha solicitud, así como la presentación de las comunicaciones y los criterios a seguir para otorgar dicha autorización²⁰. Ambos modelos de TBI han allanado el camino respecto a la regulación de la transparencia en los futuros TBI de EEUU y Canadá con terceros países, como puede ser el CAFTA-DR, cuya inclusión de la transparencia marcó un hito importante en el arbitraje inversionista-Estado para los países de Centro América y Estados Unidos. En suma, dichos modelos de TBI han propiciado también una mayor consolidación de las características básicas de la transparencia establecida en el TLCAN.

A diferencia de Norteamérica, en la región Latinoamericana la regulación de la transparencia en los TBI presenta unas características bien distintas. En efecto, existe una marcada diferencia entre los propios Estados, destacándose aquellos que sí la regulan y que coinciden principalmente con Estados que han firmado acuerdos con EEUU y Canadá²¹. Mientras que el resto de los Estados distan

public (a) the notice of intent; (b) the notice of arbitration; (c) pleadings, memorials, and briefs submitted to the tribunal by a disputing party and any written submissions submitted pursuant to Article 28(2) [Non-Disputing Party submissions] and (3) [Amicus Submissions] and Article 33 [Consolidation]; (d) minutes or transcripts of hearings of the tribunal, where available; and (e) orders, awards, and decisions of the tribunal". Véase, Treaty Between the Government of the United States of America and the Government of [Country] Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment, Model BIT, U.S. Dept. of State, 2004, en relación también con los Artículos. 28.3 y 29.2. Disponible en: www.state.gov/documents/organization/117601.pdf, consultado el 25/04/2019.

²⁰ Al respecto véase, Canada and for the Promotion and Protection of Investments, Arts. 33-35, Model of 2004. Disponible en: www.italaw.com/documents/Canadian2004-FIPA-model-en.pdf, consultado el 25/04/2019.

²¹ Entre los cuales podemos citar: TLC Canadá-República de Panamá, Art. 9.13, 2010 (en vigor 2013). Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2612>; TLC Canadá-República de Colombia, Art 830-831, 2008 (en vigor 2011). Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2569>; TLC Canadá- República del Perú Art.835, 2008 (en vigor 2009). Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/5394>; TLC Estados Unidos-República de Panamá, Art. 10.21, 2007 (en vigor 2012). Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2535>; TLC Estados Unidos-República de Colombia, Art. 10.21, 2006 (en vigor 2012). Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2737>; TLC Estados Unidos-República del Perú, Art. 10.21, 2006 (en vigor 2009). Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/5397>; TLC Estados Unidos-Chile, Art. 10.20, 2003 (en vigor 2004). Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2653>; TBI Estados Unidos-República Oriental del

mucho del reconocimiento explícito de la transparencia en sus tratados o acuerdos²². En efecto, existe una carencia en la regulación de normas sobre la transparencia en los TBI entre los propios países Latinoamericanos, siendo la gran excepción el APPRI entre Chile y Uruguay que sí establece disposiciones sobre la transparencia²³, resultando muy significativo del presente tratado las siguientes cuestiones. En primer lugar, el tratado establece los documentos que deben ser divulgados obligatoriamente, como son la notificación de intención de someter la diferencia a arbitraje, la notificación de arbitraje y, por último, los laudos, objeciones preliminares y medidas precautorias. La publicación de los últimos documentos menciona-

Uruguay, Art. 11, 2005 (en vigor 2006). Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2380>. Todos los sitios web han sido consultados el 25/04/2019.

²² Entre los cuales podemos citar: APPRI entre la República de Argentina y el Estado Plurinacional de Bolivia, 1994 (en vigor 1995). Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/76>; APPRI entre la República de Argentina y la República de Costa Rica, 1997 (en vigor 2001). Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/80>; APPRI entre la República de Argentina y la República de Guatemala, 1998 (en vigor 2002). Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/94>; APPRI entre la República de Chile y la República de Costa Rica, 1996 (en vigor 2000). Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/666>; APPRI entre la República de Chile y la República de Cuba, 1996 (en vigor 2000). Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/668>; APPRI entre la República de Chile y la República Dominicana, 2000 (en vigor 2002). Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/672>; APPRI entre la República de Chile y la República de Guatemala, 1996 (en vigor 2001). Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/681>; APPRI entre la República de Chile y la República de Honduras, 1996 (en vigor 2002). Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/682>; APPRI entre la República de Chile y la República de Nicaragua, 1996 (en vigor 2001). Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/693>; APPRI entre la República del Perú y la República de Colombia, 2007 (en vigor 2010). Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/4926>; APPRI entre la República del Perú y la República de Cuba, 2000 (en vigor 2001). Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/911>; APPRI entre la República Bolivariana de Venezuela y la República de Cuba, 1996 (en vigor 2004). Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/918>; APPRI entre la República Bolivariana de Venezuela y la República Oriental del Uruguay, 1997 (en vigor 2002). Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2382>; APPRI entre la República del Paraguay y el Estado Plurinacional de Bolivia, 2001 (en vigor 2003). Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/4899>; APPRI entre la República del Paraguay y la República de Cuba, 2000 (en vigor 2002). Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/4930>. Todos los sitios web mencionados han sido consultados el 25/04/2019.

²³ Véase, APPRI entre la República de Chile y la República Oriental del Uruguay, Art. 22, 2010 (en vigor 2012). Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/4804>, consultado el 25/04/2019.

dos, específicamente la obligación de divulgación del laudo, resulta de gran trascendencia, ya que se aleja del resto de tratados existentes en la región en los que sigue predominando la no publicidad de los laudos arbitrales. De ésta manera, las decisiones de los tribunales arbitrales no sólo serán conocidas por las partes contendientes, sino también por terceros ajenos al litigio interesados en conocer el laudo dictado por el tribunal, como puede ser la propia sociedad civil.

Como segunda cuestión relevante, es que el mencionado APPRI, una vez que establece la obligación de las partes y del propio tribunal arbitral de proteger la información confidencial, admite que las partes contendientes divulguen a otras personas relacionadas con el procedimiento la información confidencial. En este sentido, el APPRI establece: *“Una parte contendiente podrá divulgar a otras personas relacionadas con el procedimiento arbitral los documentos confidenciales que considere necesarios para la preparación del caso, pero requerirá que cualquier información confidencial contenida en estos documentos sea protegida”*²⁴. En este sentido, el APPRI permite que las partes litigantes divulguen a personas relacionadas con el procedimiento (entendiendo por éstas aquellos terceros que tengan una vinculación con el caso y no un simple interés en el mismo -ONGs, sociedad civil, personas jurídicas-), los documentos confidenciales, encontrándose éstos obligados a proteger dicha información. El APPRI entre Chile y Uruguay demuestra una amplia concepción del término de transparencia en el procedimiento arbitral, el cual no solo fue capaz de adelantarse en el tiempo al Reglamento sobre la Transparencia de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) en relación con la cuestión, sino que los objetivos de transparencia en él consagrados son mucho más ambiciosos que los reconocidos por el resto de los TBI existentes en la región.

La situación antes descrita evidencia un distanciamiento de los TBI entre los propios países de la región Latinoamérica en cuanto a la regulación de la transparencia, tema de suma preocupación, teniendo en cuenta el alto número de países Latinoamericanos que han sido demandados a nivel internacional en materia de arbitraje de inversiones y la tendencia al alza de este tipo de arbitraje en la región. Así pues, según la última actualización de las Estadísticas del Centro Internacional de Arreglos de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) de 17 de agosto de 2018, la región Latinoameri-

²⁴ Ídem, Art. 22.6.

cana representa el 29% del total de los casos presentados a dicha institución²⁵.

II.B. Europa

En el ámbito europeo, la Unión Europea (UE), tras la aprobación del Tratado de Lisboa²⁶, extiende el ámbito de sus competencias exclusivas en materia de política comercial al comercio de servicios, a los aspectos comerciales relacionados con la propiedad intelectual y a las inversiones extranjeras directas, adquiriendo facultades para realizar cualquier negociación con terceros Estados en el ámbito de la inversión extranjera. En este sentido, y con el afán de ofrecer una mayor transparencia en los arbitrajes de inversiones, la UE en sus negociaciones más recientes, entre las que podemos mencionar el tratado con Canadá y Singapur, ha dejado claro su posición respecto a la transparencia²⁷, teniendo siempre presente el Reglamento sobre la transparencia de la CNUDMI en las negociaciones en este ámbito.

El Acuerdo Económico y Comercial Global entre Canadá y la Unión Europea (AECG)²⁸ es uno de los ejemplos que refleja fielmente las intenciones de transparencia a las que nos referimos antes. Con su entrada en vigor se prevé establecer una nueva forma de solución de conflictos en materia de inversiones. El AECG o CETA, marca un antes y un después en el sistema de solución de diferencias inversionista-Estado, en el que la UE actuará en nombre y representación de sus veintiocho Estados miembros, los cuales, en la gran mayoría de los tratados de inversiones celebrados por derecho propio, se puede presenciar una ausencia de disposiciones sobre transparencia obligatoria en los arbitrajes inversionista-Estado²⁹,

²⁵ Véase, Carga de Casos del CIADI. Estadísticas (Edición 2018-2). Disponible en: [https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID%20Web%20Stats%202018-2%20\(Spanish\).pdf](https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID%20Web%20Stats%202018-2%20(Spanish).pdf), consultado el 25/04/2019.

²⁶ El Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, 2007 (en vigor 2009). Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:12012E/TXT>, consultado 25/04/2019.

²⁷ Véase, Canada-European Union Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA), Consolidated Draft, Art X.33, 2014; Singapore-European Union Draft Free Trade Agreement, Chapter 9, Art 9.25 & Annex 9-C, 2014.

²⁸ También conocido como CETA (por sus siglas en inglés), 2016.

²⁹ Entre los cuales podemos citar: APPRI entre el Reino de España y República de Angola, 2007. Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/5499>; APPRI entre el Reino de España y el Reino de Bahrein, 2008 (en vigor 2014). Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/4846>; APPRI entre el Reino de España y la República de China, 2005 (en vi-

ni siquiera en los tratados o acuerdos vigentes más próximos en el

gor 2008). Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/4856>; APPRI entre el Reino de España y la República de Colombia, 2005 (en vigor 2007). Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/801>; APPRI entre el Reino de España y el Estado de Kuwait, 2005 (en vigor 2008). Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/5356>; APPRI entre el Reino de España y la Gran Jamahiriya Árabe Libia Popular Socialista, 2007 (en vigor 2009). Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/3234>; APPRI entre el Reino de España y Estados Unidos Mexicanos, 2006 (en vigor 2008), que si bien no contiene cláusula específica sobre transparencia en el Art. XVI (4), establece que el laudo será público. Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/5620>; APPRI entre el Reino de España y República de Maldivas, 2006 (en vigor 2007). Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2942>; APPRI entre el Reino de España y el Reino de Marruecos, 1997 (en vigor 2005). Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/5157>; APPRI entre el Reino de España y el Reino de Arabia Saudí, 2006 (en vigor 2016). Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/5472>; APPRI entre el Reino de España y la República de Senegal, 2007 (en vigor 2011). Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/4848>; APPRI entre el Reino de España y la República Socialista de Vietnam, 2006 (en vigor 2011). Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/4971>; APPRI entre la República de Francia y la República de Etiopía, 2003 (en vigor 2004). Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/1163>; APPRI entre la República de Francia y la República de Uganda, 2003 (en vigor 2004). Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/1289>; APPRI entre la República de Francia y Estados Unidos Mexicanos, 1998 (en vigor 2000), que si bien no establece cláusula alguna sobre la transparencia, reconoce que el laudo será público si ambas parte así lo convienen, Art. 9.8. Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/1255>; APPRI entre la República de Italia y la República de Angola, 1997 (en vigor 2007). Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/64>; APPRI entre la República de Italia y la República de Armenia, 1998 (en vigor 2003). Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/3204>; APPRI entre la República de Italia y la República de Bosnia y Herzegovina, 2000 (en vigor 2005). Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/477>; APPRI entre la República de Italia y la República Dominicana, 2006 (en vigor 2009). Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/3195>; APPRI entre la República de Italia y la República de Ecuador, 2001 (en vigor 2005). Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/3395>; APPRI entre la República de Italia y la República de Guatemala, 2003 (en vigor 2008). Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/1490>; APPRI entre la República de Italia y la Gran Jamahiriya Árabe Libia Popular Socialista, 2000 (en vigor 2004). Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/1689>; APPRI entre la República de Italia y la República de Malawi, 2003 (en vigor 2012). Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/3198>; APPRI entre la República de Italia y la República de Nicaragua, 2004 (en vigor 2006). Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/3590>; APPRI entre la República de Italia y la República de Panamá, 2009 (en vigor 2010). Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/3193>; APPRI entre la República de Italia y la República de Paraguay, 1999 (en vigor 2013). Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/3392>; APPRI entre la República de Italia y la República de Zambia,

tiempo³⁰ hay indicios de transparencia, así como en las políticas de inversión de dichos Estados, aunque existe sus excepciones³¹. Cuestión muy parecida a la situación comentada con anterioridad en relación con la región Latinoamericana, pero con la diferencia de que el Continente europeo no cuenta con los mismos índices de recepción de inversión extranjera, sino que, por el contrario, es la región de mayor flujo de IED a nivel internacional.

El AECG establece disposiciones respecto a la transparencia en las que se reconoce el carácter público de las audiencias, excepto que el tribunal determine que existe necesidad de proteger la información confidencial o protegida y la publicación de los documentos presentados mediante la tramitación del caso. Con este nuevo enfoque propuesto en el AECG, respecto a la solución de controversias, se pretende dar un vuelco al actual sistema de solución de disputas inversionista-Estado, con el ánimo de alejarse del ya tradicional sistema y los actuales tribunales de inversión.

No cabe la menor duda de que la UE se encuentra en un momento crucial respecto a las cuestiones relacionadas con la inversión extranjera, los TBI y los TLC. No solo respecto a las políticas de inversión que pretende llevar adelante, sino en relación con la cre-

2003 (en vigor 2014). Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/5001>; APPRI entre la República de Alemania y la República de Afganistán, 2005 (en vigor 2007). Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/1>; APPRI entre la República de Alemania y el Reino de Bahrein, 2007 (en vigor 2010). Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/251>; APPRI entre la República de Alemania y la República de Egipto, 2005 (en vigor 2009). Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/1072>; APPRI entre la República de Alemania y la República de Indonesia, 2003 (en vigor 2007). Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/3333>; APPRI entre la República de Alemania y la Gran Jamahiriya Árabe Libia Popular Socialista, 2004 (en vigor 2010). Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/3126>. Todos los sitios web especificados fueron consultados el 25/04/2019.

³⁰ Encontrándose entre otros: el APPRI entre el Reino de España y la República Islámica de Mauritania, 2008 (en vigor 2016). Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/4847>, consultado el 25/04/2019.

³¹ Entre las excepciones podemos citar, los TBI celebrados entre los Estados miembros de la UE, pertenecientes a la Europa del Este y el Báltico con Canadá, que contienen disposiciones exhaustivas de transparencia, tales como: APPRI entre Canadá y Letonia, Anexo C, 2009 (en vigor 2011). Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/35#iiaInnerMenu>; APPRI entre Canadá y la República Eslovaca, Anexo B, 2010 (en vigor 2012). Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/634>; APPRI entre Canadá y la República Checa, Anexo B, 2009 (en vigor 2012). Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/606>; APPRI entre Canadá y Rumanía, Anexo C, 2009 (en vigor 2011). Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/3503>. Todos los sitios web han sido consultados el 25/04/2019.

ciente preocupación de la ciudadanía respecto a las inversiones y el sistema de solución de controversias en materia de inversión. Es por ello, que la propia UE ha tomado carta en el asunto, aunque consideramos que debe tener un rol más activo y hacer partícipe en dichas políticas a sus ciudadanos a través de una mayor participación y transparencia, en la búsqueda de mayor reconocimiento y apoyo por parte de la ciudadanía. Cuestión nada fácil de superar si tenemos en cuenta que en los momentos actuales el nivel de confianza de la sociedad hacia el actuar de la UE ha ido en decadencia³².

II.C. Asia

En la región de Asia y el Pacífico existe un número considerable de TBI, la gran mayoría firmados por los Estados de las principales economías de la región³³, los cuales en gran parte carecen de disposiciones o referencias a la transparencia. A partir del año 2001, la política de inversión australiana comenzó a sufrir modificaciones, se incorporaron en los TBI algunas disposiciones respecto a la transparencia y la confidencialidad en el arbitraje de inversiones. Ejemplo de ello es el APPRI con México³⁴, en el que se establece que para la publicación de las decisiones arbitrales se requerirá el consentimiento de las partes, acuerdo que se distancia enormemente de las regulaciones establecidas al respecto en el TLC firmado con Singapur³⁵, en el cual las partes son libres de divulgar sus propias declaraciones o posiciones al público, con claro respeto a la información confidencial.

En el ámbito del Acuerdo de Libre Comercio de la Asociación de Naciones del Sudeste de Asia (ASEAN)³⁶, Australia y Nueva Zelanda,

³² FACH GÓMEZ, K., "La política de la Unión Europea en materia de inversiones internacionales y sus efectos sobre los mecanismos de resolución de controversias inversor-Estado", *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 69 (1), 2017, pág. 298.

³³ Entre las que se encuentran: Australia; Nueva Zelanda; China; Japón; India y la República de Corea.

³⁴ APPRI entre Australia y Estados Unidos Mexicanos, 2005 (en vigor 2007). Disponible en: <http://www.austlii.edu.au/au/other/dfat/treaties/2007/20.html>, consultado el 25/04/2019.

³⁵ El TLC entre Australia y Singapur, 2003 (en vigor tercera actualización 2017). Disponible en: <http://dfat.gov.au/trade/agreements/safta/official-documents/Pages/default.aspx>, consultado el 25/04/2019.

³⁶ La ASEAN se crea el 8 de agosto de 1967. Los Estados Miembros de la Asociación son Brunei Darussalam, Camboya, Indonesia, la República Democrática Popular Lao, Malasia, Myanmar, Filipinas, Singapur, Tailandia y Viet Nam. La Secretaría de la ASEAN tiene su sede en Yakarta, Indonesia.

se establece una concepción de la transparencia mucho más amplia que la establecida en los tratados comentados antes. El propio Acuerdo, no por muy extenso deja de ser un referente en la regulación de la transparencia en la región. En él se introduce muy caute-losamente desde sus inicios, exactamente en el Capítulo 8, Art. 11, el reconocimiento de la importancia y la trascendencia de la transpa-rencia en el comercio, para establecer, seguidamente, la obligatoriedad de los Estados Partes de promover la transparencia reglamentaria respecto a las actividades comerciales que desarrollen.

Cada uno de los Estados Partes del tratado están obligados a publicar: i) todas las medidas que lleven a cabo y que afecten al comercio de servicios, siempre en relación con el objeto principal del tratado y, ii) todos los acuerdos internacionales relacionados con, o que afectan, el comercio de servicios del que una Parte es signataria³⁷, los cuales deben encontrarse disponibles en sitios públicos al que puedan acceder los Estados Partes, como puede ser internet. No obstante, el propio tratado obliga a las partes a tomar todas las medidas oportunas respecto de la publicación cuando la misma no pueda llevarse a cabo a través de internet. Además, les concede a las partes la posibilidad de que puedan pronunciarse respecto a las medidas que pueda desarrollar un Estado signatario en cuanto al comercio de servicios.

Sin embargo, en relación con la transparencia en la resolución de disputas inversionista-Estado, el propio tratado deja a la facultad de las Partes contendientes la posibilidad de publicar el laudo y las decisiones emitidas por el tribunal. En este sentido, el Estado demandado puede poner a disposición del público todas las adjudicaciones y decisiones producidas por el tribunal, permitiendo, a su vez, la protección de la información confidencial. Incluso, una Parte contendiente puede revelar información confidencial a las partes o personas relacionadas con el procedimiento arbitral, siempre que sea necesario para la preparación del caso, pero siempre llevando a cabo la mayor protección posible de dicha información y que la ley aplicable no impida la revelación de información.

Junto con el Acuerdo de Libre Comercio entre ASEAN, Australia y Nueva Zelanda, existen otros tratados concluidos por países de la región que también han jugado un papel trascendental en la regulación de la transparencia, que en ocasiones establecen normas más

³⁷ Véase, al respecto, Agreement Establishing the ASEAN-Australia-New Zealand Free Trade Area, Chapter 8, Art. 11, 26(1), 2010. Disponible en: <http://aanzfta.asean.org/wp-content/uploads/2016/09/AANZFTA-legal-text-PRINTED-Signed.pdf>, consultado el 25/04/2019.

amplias en temas de regulación de la transparencia. Al respecto, podemos destacar el TLC entre Australia y la República de Chile, que además de tener en cuenta los elementos de transparencia mencionados en el Acuerdo de Libre Comercio ASEAN, Australia y Nueva Zelanda, permite directamente la presentación de *amicus curiae* al establecer: “El tribunal tendrá la facultad de aceptar y considerar presentaciones escritas de *amicus curiae* que puedan asistir al tribunal en la evaluación de las presentaciones y argumentos de las partes contendientes que provengan de una persona o entidad que no sea parte contendiente (...)”³⁸. El propio TLC establece también la obligación del demandado de hacerle llegar a las Partes no contendientes copia de toda la documentación recibida, que incluye desde la notificación de intención de arbitraje hasta las órdenes, laudos y fallos del tribunal, así como cualquier otro documento presentado al tribunal como pueden ser las versiones redactadas de documentos confidenciales³⁹.

En la región de Asia y el Pacífico existen tratados que establecen la transparencia como norma de obligatorio cumplimiento en el arbitraje inversionista-Estado, encontrándose, entre otros el TLC entre Nueva Zelanda y Malasia, en el que se exige la publicación de los laudos y los escritos presentados al tribunal durante el procedimiento, así como la información confidencial presentada al tribunal siempre que sea protegida⁴⁰ y el TLC entre Nueva Zelanda y China, que aboga por la disponibilidad pública de todos los documentos producidos durante el procedimiento arbitral⁴¹. Este último, constituye una primicia mundial para los países desarrollados, siendo Nueva Zelanda el primer país desarrollado en actualizar el TLC con China. Ambos tratados han demostrado el interés de los países en regular la transparencia en sus tratados y que la misma se convierta en un factor clave en el sistema de solución de diferencias inversionista-Estado.

³⁸ Véase, TLC entre Australia y República de Chile, 2008 (en vigor 2009), Art. 10.20 (2), en cuanto a la presentación de *amicus* y el Art. 10.22 (1), en relación con la transparencia de las actuaciones arbitrales. Disponible en: <https://www.direcon.gob.cl/wp-content/uploads/2010/01/Tratado-de-Libre-Comercio-Chile-Australia.pdf>, consultado el 25/04/2019.

³⁹ Ídem, Art. 10.21.

⁴⁰ Véase, TLC entre Nueva Zelanda y Malasia, Art. 10.28 (1) y (2), 2009 (en vigor 2010). Disponible en: <https://www.mfat.govt.nz/assets/FTAs-agreements-in-force/Malaysia/mnzfta-text-of-agreement.pdf>, consultado el 25/04/2019.

⁴¹ Véase, TLC entre el Gobierno de Nueva Zelanda y la República Popular China, Art. 157 (1), 2008 (renegociado en 2016-2017). Disponible en: <https://www.mfat.govt.nz/en/trade/free-trade-agreements/free-trade-agreements-in-force/nz-china-free-trade-agreement>, consultado el 25/04/2019.

Sin embargo, somos del criterio de que en la actualidad la situación respecto a los avances en la regulación de la transparencia en los TLC o APPRI en la región de Asia y el Pacífico no dista mucho de la situación existente en América, específicamente la región Latinoamérica, en relación a las diferencias existentes en los tratados firmados entre los propios países de la región y de éstos para con terceros. Así pues, existe una gran diferencia entre los tratados firmados por países como Australia, China⁴², Nueva Zelanda y Singapur -gran parte de ellos establecen normas de transparencia- y los tratados llevados a cabo, por ejemplo entre los propios países miembros de la ASEAN -excepto Singapur- y de estos con terceros. En dichos tratados predomina, en gran medida, un silencio absoluto respecto a normas sobre la transparencia en el sistema de solución de diferencias inversionista-Estado.

Con excepción del Acuerdo de Libre Comercio entre ASEAN, Australia y Nueva Zelanda, el Acuerdo de Libre Comercio entre Nueva Zelanda y Malasia y el TLC entre Estados Unidos y Singapur⁴³, el resto de los tratados existentes contienen muy escasas normas de transparencia en el sistema de solución de diferencias inversionista-Estado. Ejemplo de ello lo es, el ya mencionado Acuerdo de Inversión del ASEAN⁴⁴, el TBI entre Myanmar y Japón⁴⁵, el TBI entre la República de Indonesia y la República de Finlandia⁴⁶ y el TBI entre la República Socialista de Viet Nam y la República de Finlandia⁴⁷. En estos dos últimos tratados las partes se obligan a publicar

⁴² Como puede ser, el TBI entre la República de China y Canadá, Art. 27 al 29, 2012 (en vigor 2014). Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/3476>, consultado el 25/04/2019. En este sentido, hemos de reconocer que, si bien el presente tratado regula algunas normas de transparencia, dista mucho de las establecidas en el modelo de TBI canadiense. China, no ha sido del todo un país defensor de la plena transparencia, o al menos, reconocer ampliamente el alcance de la transparencia establecido por Canadá en su actual modelo de TBI.

⁴³ Véase, TLC entre Estados Unidos y Singapur, Capítulo 15, Arts. 15.19 (2) y (3) y 15.20, 2003 (en vigor 2004). Disponible en: http://www.wipo.int/edocs/trtdocs/es/sg-us/trt_sg_us.pdf, consultado el 25/04/2019.

⁴⁴ Este acuerdo es llevado a cabo entre los países miembros de ASEAN. Al respecto, véase; ASEAN Comprehensive Investment Agreement, Art. 39, 2009 (en vigor 2012). Disponible en: <http://agreement.asean.org/media/download/20140119035519.pdf>, consultado el 25/04/2019.

⁴⁵ TBI entre la República de Myanmar y Japón, Arts. 18.9 y 18.10, 2013 (en vigor 2014). Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/3113>, consultado el 25/04/2019.

⁴⁶ TBI entre la República de Indonesia y la República de Finlandia, Art. 14, 2006 (en vigor 2008). Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/3505>, consultado el 25/04/2019.

⁴⁷ TBI entre la República Socialista de Viet Nam y la República de Finlandia, Art 14, 2008 (en vigor 2009). Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/>

toda normativa, resoluciones administrativas y decisiones judiciales que puedan afectar directamente la inversión, sin hacer referencia alguna a la transparencia en el sistema de resolución de disputa entre ambos Estados, específicamente en el arbitraje de inversiones.

Otros tratados ni siquiera hacen referencia a la transparencia y, en ocasiones, dejan total facultad al tribunal para determinar su propio procedimiento siempre que las partes no manifiesten lo contrario⁴⁸, lo que demuestra una desigualdad en la regulación de la transparencia en la inmensa mayoría de los tratados que hoy existen en la región objeto de análisis.

Por todo ello, consideramos que, en gran medida, esto se debe a la práctica estatal de gran parte de los países de la región de asumir de manera consuetudinaria la no regulación de las normas de transparencia en los tratados de inversión y mantener una posición renuente en la inclusión de normas de transparencia en sus APPRI, aun y cuando muchos de los tratados son posteriores al propio TL-CAN y a las modificaciones de las políticas de inversión de varios países precursores de la transparencia en el sistema de solución de diferencias inversionista-Estado a nivel internacional, e incluso, con alguno de los cuales han celebrado acuerdos de inversión. Cuestión ésta de máxima preocupación, teniendo en cuenta el significado y la amplia implicación a nivel internacional que en materia de inversión tienen las economías de muchos de los países de la región. Por estos

Download/TreatyFile/4794, consultado el 25/04/2019.

⁴⁸ Véase, TBI entre Japón y el Reino de Cambodia, 2007 (en vigor 2008). Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/3116>; TBI entre el Reino de Cambodia y la República Checa, 2008 (en vigor 2009). Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/574>; TBI entre el Reino de Cambodia y el Reino de los Países Bajos (Holanda), Art. 12.6, 2003 (en vigor 2006). Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/581>; TBI entre República de Indonesia y la República de Bulgaria, 2003 (en vigor 2005). Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/4886>; TBI entre la República de Indonesia y el Reino de Dinamarca, 2007 (en vigor 2009). Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/5638>; TBI entre la República de Indonesia y la República de Singapur, 2005 (en vigor 2006). Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/1634>; TBI entre la República de Eslovaquia y Malasia, 2007 (en vigor 2012). Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/1966>; TBI entre la República Socialista de Viet Nam y la República de Grecia, 2008 (en vigor 2011). Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2954>; TBI entre la República Socialista de Viet Nam y el Reino de España, 2006 (en vigor 2011). Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/4971>; TBI entre la República Socialista de Viet Nam y la República Bolivariana de Venezuela, 2008 (en vigor 2009). Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2384>. Todos los sitios web fueron consultados el 18/02/2019.

motivos, no están exentos de una actualización o modernización de sus políticas en materia de inversión, que permitan que la celebración de los procedimientos de arbitraje inversionista-Estado sea más transparente.

III. LA TRANSPARENCIA EN LA NUEVA GENERACIÓN DE POLÍTICAS EN MATERIA DE INVERSIONES Y LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS INVERSIONISTA-ESTADO: UNA NUEVA CONCEPCIÓN DE LOS ACUERDOS SOBRE INVERSIÓN

Los Estados se encuentran hoy ante un gran desafío a nivel global, examinar, analizar y modificar los AII o tratados vigentes. Existe actualmente una tendencia a nivel mundial a la revisión de las políticas de inversión. Ello se debe al aumento de las preocupaciones por parte de los gobiernos y también a las críticas formuladas a los TBI y al ISDS, basadas en los argumentos de que el marco jurídico existente para el desarrollo de la inversión extranjera y la protección de los inversionistas y los Estados no han resultado del todo beneficioso, fundamentalmente, para los países receptores de la inversión, así como que las inversiones desarrolladas no siempre han tenido los efectos esperados, provocando, en ocasiones, impactos negativos en las poblaciones de los países anfitriones. Mientras que algunos Estados como Estados Unidos y Canadá han decidido mantener el actual sistema de arbitraje inversionista-Estado en sus tratados, con la introducción de ciertas mejoras o cambios como son los temas relacionados con la transparencia, otros países como Brasil, la India, Australia y Nueva Zelanda han reconsiderado significativamente su enfoque de protección de la inversión, lo que ha incidido en la creación o modificación de políticas de inversión de algunos Estados, incluso en el caso de Brasil, se ha mantenido renuente a la firma de TBI y a admitir el propio arbitraje de inversiones.

III.A. La nueva política de inversión de Brasil. La transparencia en el Acuerdo de Cooperación y Facilitación de Inversión brasileño: el tradicional rechazo al ISDS.

En el caso de Brasil, uno de los países receptores de mayor inversión extranjera a nivel mundial y el primero en la región Latinoamericana, es uno de los pocos países del mundo que nunca ha ra-

tificado un TBI⁴⁹, careciendo siempre de un modelo específico de acuerdo de inversión. Sin embargo, en la actualidad, ha adoptado un modelo de Acuerdo de Cooperación y Facilitación de Inversión (ACFI)⁵⁰ que no menciona la protección de las inversiones ni el sistema de solución de diferencias inversionista-Estado. Pero sí incluye cláusulas que garantizan la no discriminación hacia el inversor, como pueden ser los principios de trato nacional y de nación más favorecida, así como cláusulas que regulan la transparencia. Este modelo propuesto por Brasil constituye una alternativa a los actuales TBI y se inserta en la nueva generación de acuerdos de inversión que ha proliferado en los últimos años, diferenciándose de los tradicionales TBI⁵¹. Además, permite de forma concreta la satisfacción de las necesidades de los inversionistas con total respeto a la implementación de las iniciativas de políticas públicas y el desarrollo normativo de los Estados receptores de la inversión.

En el ámbito sustantivo, esta modalidad de acuerdo elegido por Brasil, aunque establece algunas cláusulas en beneficio del inversionista, no tiene una orientación directa a la protección de la inversión. El ACFI, tienen como principal objetivo la prevención de disputas y el fortalecimiento de las relaciones intergubernamentales, Estado-Estado. En este sentido, el modelo brasileño se centra en la facilitación y negociación de las inversiones y las controversias surgidas entre los Estados, pero se distancia de los TBI en cuanto a la protección de los derechos del inversor⁵².

⁴⁹ Los principales inconvenientes para la aprobación de los TBI por parte del Congreso brasileño, según AZEVEDO, pueden resumirse de la siguiente manera: comprometen al Estado por períodos muy extensos, privilegian más al inversor extranjero en detrimento del nacional, existen problemas de constitucionalidad, por ejemplo en relación a la solución de controversias en instancias internacionales de arbitraje y que y la libre transferencia de capitales puede presentar riesgos en la balanza de pagos; AZEVEDO, D. B., “Os acordos para a promoção e a proteção recíproca de investimentos assinados pelo Brasil”, 2001. Disponible en: <http://www2.camara.leg.br/documentos-e-pesquisa/publicacoes/estnottec/tema3/pdf/102080.pdf>, Véase también, LEMOS, L. B., CAMPELLO, D., “The Nonratification of bilateral investment treaties in Brazil: A story of conflict in a land of cooperation”, 2013. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=2243120>, ambos trabajos fueron consultados el 25/04/2019.

⁵⁰ Véase, el escrito de presentación general del acuerdo, en el cual se detallan los aspectos más importantes del mismo. Disponible en: <http://www.mdic.gov.br/arquivos/Presentacion-General-ACFI-ES.pdf>, consultado el 25/04/2019.

⁵¹ ARROYO PICARD, A., GHIOTTO, L., Brasil y la nueva generación de Acuerdos de Cooperación...*op.cit.*..., pág. 41.

⁵² BERNASCONI-OSTERWALDER, N., “Repensando la Solución de Controversias Relativas a Inversión”, *Investment Treaty News*, No. 2, Tomo 6, 2015, pág. 7.

En particular, en relación con la transparencia en el acuerdo brasileño, las cláusulas de transparencia establecidas en los ACFI con México⁵³, Angola⁵⁴, Malawi, Mozambique y Colombia⁵⁵ son prácticamente iguales, coincidiendo también en su estructura. En este sentido, y desde una perspectiva crítica, consideramos que dichos acuerdos pueden correr el riesgo de convertirse en el futuro en un corte y pega para con cada Estado que decida firmarlo, tal y como ha sucedido con los actuales TBI y que ha generado muchas críticas al respecto. De esta manera, resulta muy improbable que los ACFI puedan regular cuestiones relacionadas con la transparencia específica de cada país firmante.

Así pues, si nos adentramos en el ACFI entre Brasil y México, el mismo establece en su artículo 8 que: *“Las partes acuerdan garantizar que las medidas que afecten a las inversiones sean administradas de manera razonable, objetiva e imparcial. También garantizan que las leyes y regulaciones relativas a las inversiones sean publicadas con prontitud y, cuando sea posible, en formato electrónico. Además, aceptan asumir el compromiso de hacer su mejor esfuerzo para dar una oportunidad razonable a los actores involucrados de ser escuchados sobre medidas propuestas en relación con la inversión. Por último, se comprometen a hacer público el ACFI”*. Llama la atención que, si bien el ACFI ha tenido como principal objetivo potenciar el papel de los Estados en las políticas de inversión brasileña, la norma sobre la transparencia en dicho acuerdo es muy escueta, se carece de un profundo contenido jurídico sobre la transparencia. Se desconoce también la existencia de normas de transparencia por las que se rige el procedimiento de arbitraje Estado-Estado. En dicho acuerdo solo puede apreciarse una obligación de publicidad legislativa de los Estados, cuestión nada novedosa. Por nuestra parte, el actual ACFI brasileño sólo puede recordarnos el relegado papel que ostentaba el inversionista en tiempos pasados, en los que solo podía acudir a la protección diplomática para hacer valer sus derechos.

⁵³ Acuerdo de Cooperación y de Facilitación de las Inversiones entre los Estados Unidos Mexicanos y la República Federativa del Brasil, Art. 8, 2015. Disponible en: <http://www.cofemersimir.gob.mx/expedientes/17150>, consultado el 25/04/2019.

⁵⁴ Véase, ACFI entre Brasil y Angola, de fecha 1 de abril de 2015. Disponible en: <http://www.itamaraty.gov.br/es/notas-a-la-prensa/16914-acuerdo-brasil-angola-de-cooperacion-y-facilitacion-de-inversiones-acfi-luanda-1-de-abril-de-2015>, consultado el 25/04/2019.

⁵⁵ Presidencia de la República Federativa del Brasil. (enero de 2015). Mensaje del congreso 2015, p. 44. Disponible en: <http://www.casacivil.gov.br/acesso-a-informacao/mensagem-presidencial/mensagem-ao-congresso-015.pdf>, consultado el 25/04/2019.

Sin ánimo de dudar, la iniciativa de Brasil para evitar su participación en procedimientos de arbitraje inversionista-Estado tiene su mérito, sobre todo desde el punto de vista de la protección de los Estados, pero deja al inversionista en una posición incómoda cuando tiene como única opción la protección diplomática. Opción ésta que consideramos no neutral ni eficaz para resolver este tipo de disputas como lo sería el ISDS mejorado, en el que la transparencia sea un elemento esencial del mecanismo.

El actual modelo de acuerdo brasileño de facilitación de la inversión si bien ha resultado un modelo innovador y beneficioso para Brasil, refleja un retroceso en la protección de los derechos del inversionista consagrados en los TBI. La cláusula sobre la transparencia establecida en ellos es muy simple, establece un umbral de transparencia muy por debajo de algunos de los recientes y más modernos TBI. Además, carece de un verdadero equilibrio entre el inversionista y los Estados, por lo que el ACFI brasileño está destinado a perpetuar una delicada y complicada relación entre los inversionistas y el Estado, que puede tener como consecuencias la salida del inversor y, con ello, la pérdida de la actividad inversionista en el Estado anfitrión.

III.B. La transparencia en la reestructurada política de inversión de la India: el nuevo modelo de TBI indio.

El año 2017 fue el límite propuesto por la India para la terminación de sus TBI. El principal argumento en el que se basó el Gobierno indio fue el amplio alcance en la protección de los derechos otorgados por los tratados a los inversionistas, dando margen a que los inversores pudieran demandar ante un tribunal arbitral internacional al Estado, realizando siempre una interpretación amplia de las disposiciones establecidas en los TBI, en muchos casos en perjuicio del propio Estado. Por tales motivos, la India se propone una actualización amplia de sus políticas de inversión, incluyendo, la sustitución de los tradicionales TBI por un modelo propio de TBI indio, aprobado en el año 2015⁵⁶. La mayor preocupación de la India por crear su propio modelo de TBI ha sido preservar la capacidad de re-

⁵⁶ El caso de la India resulta muy importante y significativo a nivel mundial, teniendo en cuenta el alto volumen de IED que atrae y las previsiones de crecimiento económico futuro del país, que según el Banco Mundial oscila en un 8,8% para el 2018-2019. El nuevo modelo de TBI de la India, aprobado en el 2015, se encuentra disponible en: http://indiainbusiness.nic.in/newdesign/upload/Model_BIT.pdf, consultado el 26/04/2019.

gulación del Estado sin la presión y amenaza de los inversores extranjeros. Una de las principales novedades a destacar en la actualizada política de inversión india es la exclusión de ciertas materias en su modelo de TBI que no podrán ser objeto de un arbitraje de inversión, como son medio ambiente, salud pública, sistema financiero, los derechos laborales, etc.

El modelo de TBI indio tiene sus particularidades que lo diferencia del resto de TBI. En él se reduce el estándar de las cláusulas de trato justo y equitativo y la de nación más favorecida. Exige que los inversores, en lo relativo a la solución de controversias, antes de acudir al arbitraje inversionista-Estado, deben agotar los remedios o instancias locales⁵⁷, estableciendo, a su vez, una obligación de cumplimiento de la legislación del Estado receptor de la inversión y el otorgamiento al Estado de la facultad de reconvenir frente a los inversores. El agotamiento de los remedios locales surgió en el contexto de la responsabilidad internacional y la protección diplomática, siendo un requisito necesario para que cualquier Estado pueda ejercer la protección diplomática según el Derecho consuetudinario internacional.

A diferencia del modelo ACFI implementado por Brasil, el modelo de TBI propuesto por la India establece un estándar más amplio de la transparencia en el procedimiento arbitral, al establecer como obligación, siempre que se proteja la información confidencial, la publicación de las decisiones, órdenes y laudos emitidos por el tribunal arbitral: *“Sujeto a la ley aplicable con respecto a la protección de información confidencial, la Parte demandada pondrá a disposición del público los siguientes documentos relacionados con una disputa en virtud de este Capítulo, d) decisiones, órdenes y laudos emitidos por el Tribunal”*⁵⁸, incluyendo todos los documentos presentados por las partes al tribunal y los emitidos por éste cuando existan motivos de interés público⁵⁹.

⁵⁷ *Ibidem*, Art. 15.2. *“Where applicable, if, after exhausting all judicial and administrative remedies relating to the measure underlying the claim for at least a period of five years from the date on which the investor first acquired knowledge of the measure in question, no resolution has been reached satisfactory to the investor, the investor may commence a proceeding under this chapter by transmitting a notice of dispute (“notice of dispute”) to the Defending Party”*.

⁵⁸ *Ibidem*, Art. 22.1. *“Subject to applicable law regarding protection of confidential information, the Defending Party shall make available to the public the following documents relating to a dispute under this Chapter, d) decisions, orders and awards issued by the Tribunal”*.

⁵⁹ *Ibidem*, Art. 22.3. *“An award of a Tribunal rendered under this Article shall be publicly available, subject to the redaction of confidential information. Where a Defending Party determines that it is in the public interest to do so and notifies the Tribu-*

En otro orden, mientras que en la gran mayoría de los actuales tratados sólo se permite que las Partes no contendientes puedan presentar escritos al tribunal, el modelo implementado por la India se aparta de aquellos en permitir, además, que dichas partes puedan hacer presentaciones orales. De ésta manera, se favorece la amplia participación de terceros en el procedimiento. Ahora bien, aun y cuando la intención de la India con su modelo de TBI es reemplazar los actuales TBI, algunos ya caducados, la implementación de este nuevo modelo ha traído como consecuencia que muchos de los países socios con los que tenía TBI se nieguen a renegociar el nuevo modelo de TBI indio. Ello implica que, a día de hoy, las inversiones de los inversores de dichos países, una vez cumplido el tiempo de protección, según las cláusulas de supervivencia o *sunset clause* se encontrarán desprotegidas. Cabe destacar que España se encuentra en la lista de dichos países.

III.C. La política de inversión de Australia: la transparencia en el actual modelo de TBI australiano

En el caso de Australia, debe reconocerse que las modificaciones han sido muy significativas a nivel mundial. En los años ochenta, Australia se mostraba a favor del libre comercio, acogiendo así un gran número de TBI y el propio sistema de solución de diferencias inversionista-Estado. Pero la controversia de *Philip Morris Asia vs. Australia*⁶⁰, cuyos hechos pueden resumirse en la solicitud de arbitraje presentada por el Demandante (Philip Morris Asia) en la que alegó que las regulaciones promulgadas por el Gobierno de Australia que prohibía la identificación de marcas comerciales en los productos de tabaco -bajo la nueva ley, los paquetes de cigarrillos no deben mostrar logos ni imágenes comerciales, pese a que el nombre comercial del producto puede conservarse-, violaba el tratado bilateral de inversión entre Hong Kong y Australia. En efecto, Philip Morris Asia alegó que la legislación de empaquetado simple es una expropiación de sus inversiones en Australia. La Demandada (Australia) se opuso rotundamente a los alegatos presentados por el Demandante, alegando, fundamentalmente, la protección de la salud pública de sus ciudadanos. El Tribunal, cinco años después, dictó un

nal of that determination, all other documents submitted to, or issued by, the Tribunal shall also be publicly available, subject to the redaction of confidential information”.

⁶⁰ *Philip Morris Asia Limited (Hong Kong) vs. The Commonwealth de Australia*, PCA Case No. 2012-12, 2011. Disponible en: <http://www.pccases.com/web/sendAttach/171>, consultado el 26/04/2019.

laudo a favor de Australia, condenando al Demandante al pago de una elevada cuantía por los costos legales en que incurrió la Demandada. El presente caso trajo como consecuencia un giro total respecto a la concepción de Australia en relación con el arbitraje internacional, “generando un significativo antagonismo público”⁶¹ hacia el arbitraje en Australia.

Posición que ha sido muy criticada por quienes no comparten buenas ideas sobre el sistema de controversias inversionista-Estado. En este sentido, el propio Gobierno australiano en el año 2011, reconoció que se oponía al ISDS en los futuros TBI al admitir, entre otras cuestiones, que “(...) *el Gobierno no respalda disposiciones que confieran mayores derechos legales a las empresas extranjeras que las que están disponibles para las empresas nacionales. El Gobierno tampoco respaldará disposiciones que limiten la capacidad de los gobiernos australianos para dictar leyes sobre asuntos sociales, ambientales y económicos en circunstancias en que esas leyes no discriminen entre empresas nacionales y extranjeras (...)*”⁶².

Sin embargo, esta posición de Australia no ha sido lo suficientemente fuerte y perpetua, se ha ido matizando de manera tal que el propio Gobierno australiano ha reconocido la posibilidad de incorporar los ISDS en futuros tratados, pero siempre con un profundo análisis caso por caso, con el objetivo de proteger el interés público. Así pues, en el TLC entre Australia y Corea⁶³, se prevé el sistema de solución de diferencias inversionista-Estado, a través del cual, en busca de una mayor transparencia en el procedimiento, el propio tratado reconoce la posibilidad de que las Partes no contendientes puedan presentar comunicaciones orales o escritas en relación a la interpretación del tratado, así como la presentación de comunicaciones escritas a través de *amicus curiae* sobre cuestiones únicamente relacionadas con el procedimiento. Establece, además, un precepto específico relacionado con la transparencia regulando obligaciones

⁶¹ FEBLES POZO, N., “El arbitraje de inversiones: algunas cuestiones de actualidad en el procedimiento arbitral”, en COBAS COBIELLA, M.E. (Coord), *Mediación, arbitraje y conciliación. Una puesta al día*, Tirant lo Blanch, 2019, pág 222 (en prensa).

⁶² Véase, Australian Government, Department of Foreign Affairs and Trade, “Gillard Government Trade Policy Statement: Trading our way to More Jobs and Prosperity”, 2011. Disponible en: <http://www.acci.asn.au/getattachment/b9d3cfaefc0c-4c2a-a3df-3f58228daf6d/Gillard-Government-Trade-Policy-Statement.aspx>, consultado el 26/04/2019.

⁶³ Véase, TLC entre Australia y República de Corea, 2014, Arts. 11:20 (4) al (6) y 11:21. Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/Treaty-File/2971>, consultado el 26/04/2019.

previamente establecidas en el Reglamento sobre la Transparencia de la CNUDMI.

De igual manera, el TLC entre Australia y Chile es otro ejemplo de regulación de la transparencia en el ISDS. En su Art. 10.22.1 “Transparencia de las actuaciones arbitrales”, no solo exige audiencias abiertas y la divulgación pública de documentos como la notificación de intenciones y el arbitraje, sino que también exige la divulgación de documentos sustantivos detallados, tales como los alegatos, escritos, transcripciones, órdenes y el laudo final. Ello demuestra que el Gobierno australiano, aunque ha ido retomando nuevamente la senda del ISDS, reconoce que lo hará siempre que exista un equilibrio entre los intereses de las partes y la salvaguarda explícita para la regulación legítima del bienestar público⁶⁴ y la existencia de una mayor transparencia en el ISDS.

En suma, no cabe duda que se debe abogar por un nuevo enfoque en los TBI y una exhaustiva revisión de la práctica de los mismos, así como de las políticas de inversión de los Estados. Es evidente la desigualdad existente entre los tratados actualmente vigentes en relación a la regulación de la transparencia en el ISDS, tanto a nivel internacional como regional, subregional y bilateral. Cuestión ésta de extrema preocupación, principalmente cuando en la práctica se demuestra que el ejercicio y cumplimiento de gran parte de los derechos establecidos en los propios tratados, tanto para los inversionistas como para los países receptores de la inversión, no resultan del todo favorables⁶⁵.

IV. RECAPITULACIÓN Y CONSIDERACIONES FINALES.

La práctica nos ha demostrado la existencia de innumerables AP-PRI firmados por los Estados con muchos años de antigüedad, elaborados con una estructura prácticamente igual⁶⁶ y que no se adecuan a las circunstancias actuales, razón que los hace inoperantes.

⁶⁴ Al respecto, Australian Government, Department of Foreign Affairs and Trade, “Fact Sheet: Investor-State Dispute Settlement (ISDS)”. Disponible en: <http://www.dfat.gov.au/fta/kafta/guides/fact-sheet-isds.html>, consultado el 26/04/2019.

⁶⁵ VANDER STICHELE, M., EVENTON R., “Los tratados bilaterales de inversiones, la inversión extranjera directa y el desarrollo” en AA.VV., *Por una política europea de inversiones al servicio del interés público. Los Acuerdos de Inversiones de la UE en la era del Tratado de Lisboa*, Ámsterdam, 2010, pág. 27.

⁶⁶ FERNÁNDEZ MASIÁ, E., “La incorporación de los “ADR” al sistema de resolución de controversias sobre inversiones extranjeras”, *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, Año 3, No. 5, 2015, pág. 22; BROWN, C., “Introduction: The Development and Importance of the Model Bilateral Investment

También tratados que nunca han sido utilizados, letra muerta entre las partes. Situación ésta muy preocupante, teniendo en cuenta que los tratados son la norma básica en la que se basa la actividad inversionista de los Estados y, a su vez, forman parte de la actividad reguladora de éstos. Condición ésta que debe tenerse en cuenta por quienes critican el sistema inversionista-Estado alegando, entre otras cuestiones, que favorece el llamado enfriamiento regulatorio⁶⁷ hacia el interior de los ordenamientos jurídicos nacionales de los Estados receptores de inversión.

Tradicionalmente, las disputas entre inversionista y Estado se debían a incidencias directas de nacionalización o incumplimiento de contrato. Hoy en día, las disputas a menudo giran en torno a las medidas gubernamentales adoptadas para promover objetivos de política pública, como puede ser la protección del medio ambiente. Por tal motivo, somos del criterio de que el sistema de solución de controversias inversionista-Estado en sí mismo no causa enfriamiento regulatorio, al punto de que algunos autores consideran que el objetivo de la ley de inversiones es “enfriar” la producción estatal de medidas de protección⁶⁸. Creemos que no resulta del todo así, que la causa fundamental radica en los propios tratados, en la existencia de un gran número de TBI con muchos años de antigüedad, ambiguos, carentes de una protección sustantiva y objetiva en el ámbito de las políticas públicas que pueden implementar los Estados, ya sea en función de la protección del medio ambiente, la salud pública o cualquier otro derecho fundamental de la población. Son los actuales tratados de inversión -en la gran mayoría ineficientes-, firmados por los propios Estados, en el ejercicio de sus facultades soberanas, los que influyen en la restricción regulatoria de los gobiernos.

Se hace imprescindible una modificación y renegociación de la inmensa mayoría de los TBI, adecuándolos a los tiempos actuales, y que los mismos sean capaces de establecer no solo una mera protección de la actividad inversora, sino que dicha protección se extienda más allá de la inversión y que abarque las garantías procesales necesarias en materia de derechos humanos⁶⁹ en los Estados receptores

Treaty”, in BROWN, C. (Ed), *Commentaries on Selected Model Investment Treaties*, Oxford University Press, Oxford, 2013, págs. 8-11.

⁶⁷ TIENHAARA, K., “Regulatory Chill and the Threat of Arbitration: A View from Political Science”, in BROWN, CH., MILES, K. (Eds.), *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*, Cambridge University Press, 2011, págs. 606 y 607.

⁶⁸ TIENHAARA, K., *Regulatory Chill and the Threat of Arbitration...op.cit.*, pág. 609.

⁶⁹ TIETJE CH., BAETENS F., *The Impact of Investor-State-Dispute Settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership*, Rotterdam, 2014, pág. 23.

de la inversión, así como, una regulación de la transparencia obligatoria y un mayor enfoque respecto a la posibilidad de prever, dentro del propio tratado de inversión, obligaciones regulatorias de los Estados.

No es menos cierto que, en ocasiones, los países receptores de inversión se sienten presionados por los grandes inversores cuando son capaces de amenazar con la retirada de sus inversiones ante la existencia de regulaciones que puedan afectar las mismas. Pero esto es un riesgo más del que no están exentas las partes en una relación jurídica en el ámbito de las inversiones extranjeras. El riesgo no puede ser un impedimento para no modificar o actualizar los TBI y la renegociación de los mismos. Tanto los Estados como los propios inversores deben establecer los mecanismos necesarios para lograr tal fin. En el ámbito de las inversiones extranjeras, debemos contar con TBI que regulen la transparencia durante todo el proceso en el sistema de solución de controversias inversionista-Estado, así como una mayor definición de los derechos y obligaciones que deben asumir las partes en materia de inversión.

Las obligaciones de transparencia en los AII y TBI han tenido siempre como principal objetivo proporcionar a los inversores mayor información y protección de sus derechos relacionados con la inversión. Sin embargo, consideramos que la transparencia no solo puede ofrecerle una mayor visión o previsibilidad de la inversión al inversor, sino también al Estado receptor de la inversión, así como el reconocimiento de responsabilidades y un equilibrio de las obligaciones en el propio TBI. En este sentido, permite que la relación inversionista-Estado pueda desarrollarse en la más plena igualdad de condiciones y, de esta manera, acabar con las exigencias de responsabilidades y obligaciones de transparencia impuestas únicamente a los Estados receptores de inversión, como sucede, por ejemplo en el TBI entre la República de Guatemala y la República de Finlandia, en el cual, el propio Art.15 regula una obligación extensa, de amplio alcance para el Estado receptor de la inversión, que abarca no solo las leyes y reglamentos, sino que también se extiende a procedimientos y resoluciones administrativas y decisiones judiciales.

El progreso que se está llevando actualmente en relación con la modificación y renegociación de gran parte de los TBI a nivel internacional constituye el momento idóneo para la implementación obligatoria, en dichos tratados, de normas que regulen la transparencia en el ISDS. Actualmente existe un gran impulso, promovido por varios países, no solo respecto a la modificación y renegociación de los TBI, sino también de sus políticas de inversión. Motivo por el

cual consideramos que es el momento propicio para implementar en dichos tratados, además de la protección y promoción de la inversión, objeto principal del tratado, un mayor reconocimiento de la relación existente entre la actividad inversora, dígase, el interés económico y los Derechos humanos de la población.

Por todo ello, para lograr una reforma de los TBI existentes en la actualidad, consideramos que la opción más conveniente es la creación de un instrumento multilateral que permita la posibilidad de reformar varios tratados a la vez. De lo contrario, coexistirán tratados antiguos, desactualizados e incongruentes con las exigencias de la realidad actual.

V. BIBLIOGRAFÍA

- AZEVEDO, D. B., “Os acordos para a promoção e a proteção recíproca de investimentos assinados pelo Brasil”, 2001. Disponible en: <http://www2.camara.leg.br/documentos-e-pesquisa/publicacoes/estnottec/tema3/pdf/102080.pdf>.
- ARROYO PICARD, A., GHIOTTO, L., “Brasil y la nueva generación de Acuerdos de Cooperación y Facilitación de Inversiones: un análisis del Tratado con México”, *Relaciones Internacionales*, No. 52, 2017.
- BERNASCONI-OSTERWALDER, N., “Repensando la Solución de Controversias Relativas a Inversión”, *Investment Treaty News*, No. 2, Tomo 6, 2015.
- BIANCHI, A., “On Power and Illusion: The Concept of Transparency in International Law” in BIANCHI, A., PETERS, A. (Eds.), *Transparency in International Law*, Cambridge University Press, 2013.
- BIANCHI, A., PETERS, A., *Transparency in International Law*, Cambridge University Press, 2013.
- BOYARSKY, S., “Transparency in Investor-State Arbitration”, *Dispute Resolution Magazine*, 2015.
- BROWN, C., “Introduction: The Development and Importance of the Model Bilateral Investment Treaty”, in BROWN, C. (Ed), *Commentaries on Selected Model Investment Treaties*, Oxford University Press, Oxford, 2013.
- CARBAJAL VALENZUELA, CH. A., “Regulación del arbitraje entre inversionistas extranjeros y Estados receptores de inversión en los Tratados de Libre Comercio e Inversión en América Latina: el caso

- del TLC entre Perú y Estados Unidos de Norteamérica”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, Vol. 102, 2007.
- FACH GÓMEZ, K., “La política de la Unión Europea en materia de inversiones internacionales y sus efectos sobre los mecanismos de resolución de controversias inversor-Estado”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 69 (1), 2017.
- FEBLES POZO, N., “El arbitraje de inversiones: algunas cuestiones de actualidad en el procedimiento arbitral”, en COBAS COBIELLA, M.E. (Coord.), *Mediación, arbitraje y conciliación. Una puesta al día*, Tirant lo Blanch, 2019.
- FERNÁNDEZ MASIÁ, E., “La incorporación de los “ADR” al sistema de resolución de controversias sobre inversiones extranjeras”, *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, Año 3, No. 5, 2015.
- GERTZ, G., “Renegotiating NAFTA: Options for Investment Protection”, *Global Economy and Development*, No.7, 2017.
- JANSEN CALAMITA, N., ZELAZNA, E., “The Changing Landscape of Transparency in Investor-State Arbitration. The UNCITRAL Transparency Rules and Mauritius Convention”, in AA.VV., *Austrian Yearbook on International*, 2016.
- KINNEAR, M., “Transparency and Third Party Participation in Investor-State Dispute Settlement”, *Symposium Co-Organised by ICSID, OECD and UNCTAD*, Paris, 2005.
- LEMONS, L. B., CAMPELLO, D., “The Nonratification of bilateral investment treaties in Brazil: A story of conflict in a land of cooperation”, 2013. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=2243120>.
- OLAYA, J., “Good Governance and International Investment Law: The Challenges of Lack of Transparency and Corruption”, *Second Biennial Global Conference, Barcelona, Society of International Economic Law*, Online Proceedings Working Paper No. 2010/43, 2010.
- PETERS, A., “Towards Transparency as a Global Norm” in BIANCHI, A., PETERS, A. (Eds.), *Transparency in International Law*, Cambridge University Press, 2013 págs.
- REQUENA CASANOVA, M., “La solución de controversias en los modelos de APPRI: cláusulas tradicionales y nuevas tendencias”, *Revista electrónica de Estudios Internacionales*, No. 24, 2012.
- SORNARAJAH, M., “An International Investment Court: Panacea or Purgatory?”, *Columbia FDI Perspectives*, No. 180, 2016.

TIETJE CH., BAETENS F., *The Impact of Investor-State-Dispute Settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership*, Rotterdam, 2014.

TIENHAARA, K., “Regulatory Chill and the Threat of Arbitration: A View from Political Science”, in BROWN, CH., MILES, K. (Eds.), *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*, Cambridge University Press, 2011.

VANDER STICHELE, M., EVENTON R., “Los tratados bilaterales de inversiones, la inversión extranjera directa y el desarrollo” en AA.VV., *Por una política europea de inversiones al servicio del interés público. Los Acuerdos de Inversiones de la UE en la era del Tratado de Lisboa*, Ámsterdam, 2010.

UNCTAD, *World Investment Report 2012*, Ginebra: UNCTAD, 2012.