



Columbia Center
on Sustainable Investment

A JOINT CENTER OF COLUMBIA LAW SCHOOL
AND THE EARTH INSTITUTE, COLUMBIA UNIVERSITY

COSTOS Y BENEFICIOS DE LOS TRATADOS DE INVERSIÓN

CONSIDERACIONES PRÁCTICAS PARA LOS ESTADOS

DOCUMENTO NORMATIVO MARZO 2018



**Columbia Center
on Sustainable Investment**

A JOINT CENTER OF COLUMBIA LAW SCHOOL
AND THE EARTH INSTITUTE, COLUMBIA UNIVERSITY

Columbia Center on Sustainable Investment es un centro y foro líder en la investigación aplicada dedicado al estudio, debate y práctica de la inversión internacional sostenible.



Reconocimientos

La publicación de este informe fue apoyada por Open Society Foundations y la Agencia Suiza para el Desarrollo y la Cooperación.

Autores

Lise Johnson, Lisa Sachs, Brooke Güven y Jesse Coleman.

Imagen de portada Vista desde arriba de un sitio de extracción de azufre de Mount Lien, East Java, Bondowoso, Indonesia.
© RXFPhoto.

Diseño Onehemisphere.se

ccsi.columbia.edu

ÍNDICE

| | |
|---|-----------|
| PARTE I. INTRODUCCIÓN | 4 |
| PARTE II. COSTOS Y BENEFICIOS DE LOS TRATADOS DE INVERSIÓN – PERSPECTIVAS DE LA INVESTIGACIÓN | 6 |
| Beneficios esperados | 6 |
| Aumento de la inversión interna | 6 |
| Aumento de la inversión externa | 8 |
| “Despolitización” de las controversias | 9 |
| Costos | 11 |
| 1. Litigio | 11 |
| 2. Responsabilidad | 11 |
| 3. Costos de reputación | 11 |
| 4. Reducción del espacio de políticas | 11 |
| 5. Dinámica de poder distorsionada | 13 |
| 6. Reducción del papel de la formulación de leyes nacionales | 14 |
| 7. Incertidumbre legal | 14 |
| Observaciones finales sobre costos y beneficios | 15 |
| PARTE III. PRÓXIMOS PASOS | 16 |
| Tratados existentes | 17 |
| Tratados futuros | 17 |
| ANNEX I. BIBLIOGRAFÍA SELECCIONADA DE ESTUDIOS SOBRE TRATADOS DE INVERSIÓN Y FLUJOS DE INVERSIÓN | 18 |
| NOTAS DE PIE | 20 |



Mina de cobre a cielo abierto, Atalaya, Rio Tinto, España.

PARTE I

INTRODUCCIÓN

Muchos gobiernos de todo el mundo están analizando objetivamente sus tratados internacionales de inversión y su política de inversión internacional, en respuesta al estímulo que reciben en parte por la creciente presión pública y el debate sobre cómo atraer y gobernar mejor a las empresas multinacionales.

Varios fenómenos están impulsando esta atención exacerbada: Uno de ellos es que las demandas de solución de controversias entre inversionistas y estados (ISDS, por sus siglas en inglés) presentadas en virtud de tratados internacionales de inversión han ido en aumento. Estas incluyen un conjunto cada vez mayor de reclamaciones mediante los cuales se pretende el pago de millones, o incluso miles de millones, en daños y perjuicios por presuntas violaciones de las normas de los tratados que tienen un alcance bastante abierto. Al 31 de julio de 2017, se habían presentado 817 demandas de ISDS conocidas y al menos 114 estados habían enfrentado demandas formales.¹ Esto es particularmente asombroso, dado que el primer caso de ISDS se presentó hace solo 30 años y se iniciaron menos de 50 casos antes del año 2000.² Esto significa que las consecuencias de los tratados de inversión y las ISDS realmente solo se han vuelto notorias en los últimos 15 años.

Un segundo factor relacionado es que las negociaciones de nuevos tratados ha atraído una mayor atención del público. Algunos de estos nuevos acuerdos no tienen precedentes en cuanto a las restricciones que otorgan a las facultades de los países para regular a los inversionistas y las inversiones, y la complejidad de sus disposiciones; otros, como los textos concluidos por Brasil, evitan las fuertes protecciones de los inversionistas en favor de un enfoque más pragmático en la promoción de las inversiones.³

Un tercer factor es que los estados se enfocan en atraer inversiones que los ayuden a impulsar su crecimiento y desarrollo económico sostenible y, en ese contexto, están evaluando las políticas y herramientas que son efectivas y eficientes para avanzar en el logro de ese objetivo. Como parte de esa evaluación, se reevalúa si los tratados

de inversión realmente ayudan a aumentar los flujos de inversión; si los posibles beneficios en términos de flujos de inversión superan los costos de estos tratados en términos de gastos de litigio, posible responsabilidad, espacio de políticas reducido u otras consideraciones; y si existen otras políticas que estén mejor adaptadas para cumplir sus objetivos de atracción de inversiones y desarrollo. Algunos estados tradicionalmente exportadores de capital también están evaluando si sus tratados de inversión son congruentes con sus políticas de desarrollo establecidas dirigidas a sus socios importadores de capital.⁴

En consecuencia, los estados reconocen cada vez más la importancia de hacer un inventario de los tratados de inversión existentes así como las políticas sobre textos futuros, y consideran de forma más estratégica las ventajas y desventajas de estos acuerdos y si deben, cuándo y en qué términos, firmarlos, mantenerlos o enmendarlos. Este documento de investigación tiene como objetivo ayudar a ese análisis. Para ello, (1) proporciona una visión general de las publicaciones sobre los costos y beneficios de los tratados de inversión con ISDS y (2) examina las consecuencias y conclusiones de las políticas.

En resumen, este documento destaca que los costos de los tratados de inversión son cada vez más evidentes, pero los beneficios no se han demostrado en gran medida; por lo tanto, es un momento oportuno para que los países revisen sus políticas y prácticas con respecto a estos instrumentos. La conclusión de este documento sugiere pasos prácticos que los estados pueden tomar para evaluar estos costos y beneficios, e identifica las consideraciones y estrategias que son relevantes para la gestión de las obligaciones contenidas en los tratados existentes y la configuración de los acuerdos futuros.



Agricultores que trabajan en plantaciones de cebolla en Argapura, Indonesia.



Vista aérea del terreno con acceso al agua.

PARTE II

COSTOS Y BENEFICIOS DE LOS TRATADOS DE INVERSIÓN

PERSPECTIVAS DE LA INVESTIGACIÓN

BENEFICIOS ESPERADOS

Aumento de la inversión interna

Una lógica común ofrecida para los tratados de inversión es que ellos y sus disposiciones de ISDS pueden fomentar la inversión. Sin embargo, la evidencia de que los tratados de inversión tienen el efecto de aumentar los flujos de inversión no es concluyente.⁵

En resumen, “las suposiciones comunes sobre el papel de los tratados bilaterales de inversión o TBI en la atracción de inversión extranjera no están respaldadas por una cantidad considerable de evidencia cuantitativa y cualitativa. Para la gran mayoría de los inversionistas, los TBI no parecen ser importantes, directa o indirectamente, a la hora de determinar dónde y cuánto invertir en el extranjero.”⁶

Los estudios sobre los factores determinantes de la inversión extranjera directa (IED) confirman que otros factores, como el tamaño y el crecimiento del mercado, la disponibilidad de los recursos naturales y la calidad de la infraestructura física y financiera, tienden a ser mucho más importantes para los inversionistas que los tratados de inversión al tomar la decisión de invertir.⁷ Esto ayuda a explicar por qué, por ejemplo, los flujos de inversión entre Estados Unidos y China son altos a pesar de la ausencia de un tratado de inversión, y por qué Brasil sigue siendo un importante destino de inversión extranjera a pesar de no haber ratificado ningún tratado de inversión con la ISDS. Del mismo modo, ayuda a explicar por qué los países que se han alejado de los tratados de inversión no parecen haber sufrido pérdidas de IED:

- » Sudáfrica anunció hace varios años que daría por finalizados sus TBI y, desde entonces, ha rescindido casi todos sus acuerdos con los estados exportadores de capital;⁸ sin embargo, sigue siendo el principal destino africano para los proyectos de IED hasta 2016;⁹
- » Indonesia anunció en 2014 que rescindiría sus TBI y, desde entonces, ha rescindido 27 de los 53 TBI que anteriormente estaban en vigor;¹⁰ sin embargo, en 2016, “la IED en Indonesia por inversión de capital aumentó en un 130 % a USD 38.500 millones como resultado de múltiples proyectos de metales, productos químicos y carbón, petróleo y gas natural”;¹¹ y
- » India, que lanzó un nuevo modelo de TBI en 2015, el cual era notablemente más estrecho en sus protecciones que los acuerdos anteriores, se convirtió en el principal destino de la IED en Asia.¹² Ese lugar estaba ocupado anteriormente por China,¹³ un país que, a diferencia de India, ha estado expandiendo su red de TIB y aumentando la amplitud y la fuerza de sus compromisos en esos acuerdos.

Si bien estos ejemplos son anecdóticos, la evidencia empírica de que los TBI conducen a un aumento de la inversión extranjera tampoco es concluyente.¹⁴ En general, la evidencia disponible no respalda la hipótesis de que los TBI generan mayores flujos de inversión que en el caso contrafactual.

Asimismo, si bien es posible que un inversionista desee naturalmente obtener las fuertes protecciones de fondo y forma que puede proporcionar un tratado de inversión, y por lo tanto, puede organizar su inversión para asegurarse de que esté cubierta por un tratado de inversión favorable (por ejemplo, mediante la constitución de una filial en un país “de origen” nominal y la planificación de la dirección de su inversión a través de esa filial),¹⁵ eso no significa que dicho inversionista no hubiera hecho su inversión en un estado anfitrión específico en ausencia del tratado de inversión o con un tratado de inversión que ofrezca protecciones más débiles. Por lo tanto, incluso si se descubriera que los tratados de inversión y las ISDS influyen sobre si los flujos de IED se originan en un país “de origen” en particular o fluyen a través de este, eso no significa que esos tratados en realidad afectan las decisiones de los inversionistas sobre si deben invertir o cuánto deben invertir en un país anfitrión en particular. A lo sumo, podemos decir que los inversionistas a menudo tratarán de aprovechar todas las protecciones legales disponibles al tomar sus decisiones de inversión, incluso cómo organizar sus inversiones.

En la medida en que el riesgo político sea un factor limitante que obstaculice la inversión extranjera, hay otros medios disponibles para que los inversionistas se protejan contra algunos de los riesgos

asociados a la inversión en el extranjero.¹⁶ Pero, en términos más generales, es muy poco claro que los tratados de inversión (que efectivamente actúan como un seguro gratuito de riesgos políticos y otorgan indemnización cuando se materializan ciertos tipos de riesgos políticos) aborden muchas de las condiciones y factores limitantes que obstaculizan la inversión. El Índice de Competitividad Global del Foro Económico Mundial, por ejemplo, considera factores como la corrupción, la delincuencia, el robo, las tasas impositivas y otros problemas que obstaculizan la inversión; esos factores no son abordados específicamente por los tratados de inversión.¹⁷

Es importante destacar que, incluso si existiera un vínculo entre los tratados de inversión y los flujos de IED, los acuerdos de inversión y sus protecciones pueden socavar la inversión y sus beneficios previstos.

Por un lado, hay evidencia de que la mera presentación de una demanda de ISDS contra un país puede resultar en una caída de la IED en ese país; y, si el país pierde ese caso de ISDS, la caída será aún más significativa.¹⁸ Por lo tanto, incluso si las ISDS estimularan IED adicionales, esos efectos positivos podrían negarse posteriormente mediante una demanda de ISDS, que un inversionista puede presentar fácilmente, o la pérdida de una controversia de ISDS.

Un segundo problema es que algunos inversionistas en las primeras etapas han utilizado, según consta, la amenaza de las demandas de ISDS como un recurso de negociación para asegurar una inversión en el estado anfitrión. En *Bear Creek vs. Perú*, por ejemplo, el inversionista parece haber utilizado sus demandas de ISDS con el fin de presionar al gobierno anfitrión para que apruebe los controvertidos proyectos mineros de dicho inversionista que había rechazado.¹⁹ Las inversiones que un gobierno permite realizar para resolver o evitar una demanda de ISDS potencialmente costosa cuentan técnicamente como entradas de inversión, pero pueden no ser el tipo de IED que reporta beneficios al país anfitrión.

Una tercera consideración es que, si bien algunos inversionistas pueden considerar que los tratados de inversión son favorables, estos también pueden reducir la capacidad del país anfitrión para asegurar amplios ingresos. Wellhausen, por ejemplo, destaca que muchos inversionistas usan los tratados de inversión para desafiar las medidas tomadas por el gobierno con el fin de aumentar los ingresos o reducir los costos, como las decisiones de imponer nuevos impuestos o cancelar incentivos o subsidios. “Debido a que los tenedores de bonos soberanos en última instancia se preocupan más por la capacidad de servicio de la deuda”, pueden ser “indiferentes o incluso gratificantes” frente a tales medidas de recaudación de ingresos o de reducción de costos.²⁰ Sin embargo, esos son precisamente los tipos de medidas que han sido objeto de repetidos ataques a través de las demandas de ISDS. Por lo tanto, las reglas de los tratados de inversión, que pueden reducir la disposición o capacidad de los gobiernos para adoptar nuevas políticas de recaudación de ingresos o de ahorro de costos, pueden hacer que, en última instancia, a los gobiernos les resulte más difícil recaudar fondos mediante la emisión de bonos soberanos.²¹ En términos más generales, al reducir o amenazar los poderes de los gobiernos para aumentar sus ingresos, los tratados de inversión también pueden reducir la cantidad de recursos gubernamentales disponibles para inversiones públicas en educación e infraestructura, cruciales para los inversionistas nacionales e internacionales y para el desarrollo sostenible del país.

El trabajo de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) también ha cuestionado de manera similar si los derechos especiales otorgados a algunos inversionistas en virtud de tratados de inversión pueden desalentar el apoyo de otros posibles financiadores de proyectos. Al examinar las consecuencias de las demandas de los accionistas por pérdida reflexiva, que solo se permiten excepcionalmente en los sistemas avanzados de derecho empresarial²² pero que ahora están comúnmente permitidos en casos de ISDS,²³ la OCDE señala que dichas demandas de los accionistas pueden tener una gama de efectos perjudiciales para las empresas, que incluyen el aumento potencial de los riesgos para los acreedores y, en consecuencia, el costo del capital ofrecido por estos.²⁴

Una cuarta cuestión, que se analiza más adelante en el debate sobre costos, es que incluso si se descubriera que las protecciones ofrecidas por los tratados de inversión son eficaces para aumentar los flujos de IED, esas protecciones pueden tener un alto costo, según lo que se evalúa entre lo que es realmente necesario y los efectos sobre otros objetivos económicos, sociales y ambientales. En teoría, los gobiernos podrían garantizar a los inversionistas protecciones contra todas las pérdidas futuras causadas por el cambio tecnológico, las nuevas reglamentaciones ambientales o la evolución de las exigencias sociales. Esas políticas que aíslan a los inversionistas de los riesgos pueden inducir su inversión. ¿Pero es esa una buena política? Las protecciones de un alcance tan amplio pueden alentar la inversión, pero atan las manos del gobierno cuando se trata de avanzar en los objetivos de desarrollo del país o pueden agotar los presupuestos públicos cuando los inversionistas sufren pérdidas relevantes. Además, el seguro proporcionado por dicho gobierno podría generar riesgos morales, lo cual incentiva la indeseable toma de riesgos por parte de las empresas y debilita los incentivos de los inversionistas para reducir los riesgos mediante el esfuerzo por satisfacer las exigencias sociales, el adelanto a la regulación y el impulso de la innovación. Si bien las protecciones ofrecidas por los tratados de inversión pueden no ser tan amplias como las ofrecidas en esta hipótesis, se ofrecen para resaltar la importancia de examinar tanto los beneficios como los costos. La efectividad en términos de una mayor inversión no puede ser la única medida de “éxito”. También deben tenerse en cuenta el precio pagado en términos de los pasivos asumidos por el público y las señales de comportamiento indeseable enviadas a los inversionistas.

En quinto lugar, la inversión cubierta por los tratados de inversión no es necesariamente beneficiosa para el estado anfitrión. Aunque es bien sabido que la inversión internacional, en particular la IED, puede producir grandes beneficios en los países anfitriones (por ejemplo, aportando empleos, tecnología, conocimientos técnicos y capital a través de las fronteras), también es bien sabido que esos efectos positivos no siempre se materializan. La investigación indica que, en ciertos contextos, la IED puede desplazar a las empresas nacionales,²⁵ contribuir a la desigualdad,²⁶ empeorar la corrupción,²⁷ facilitar la evasión y la elusión de impuestos,²⁸ y generar inseguridad alimentaria.²⁹ La investigación también muestra que el impacto de la IED en el medio ambiente puede ser positivo o negativo.³⁰ Hay evidencia de que la IED crea “halos de contaminación” y permite el “salto” ambiental, fenómenos por los cuales los inversionistas extranjeros traen tecnologías más nuevas y más limpias al país anfitrión, lo cual mejora el desempeño ambiental de las compañías en ese país.³¹ Pero, en otros casos, la IED puede dejar una gran huella ambiental, exacerbar los desafíos ambientales preexistentes y desalentar la formulación de políticas ambientales.³² Los resultados variarán según factores tales como el tipo de inversión, la cultura

corporativa del inversionista y el marco institucional y regulatorio de los países de origen y anfitriones. Es importante recordar que los beneficios potenciales de la IED no son automáticos y que dicha IED también puede provocar daños económicos, ambientales y sociales en el país anfitrión y sus ciudadanos. Además, su origen extranjero puede dificultar la reparación de los daños causados.³³

Sin embargo, los tratados de inversión generalmente protegen a los inversionistas, independientemente de la naturaleza de la inversión relevante, la conducta del inversionista o los efectos de dicha inversión.³⁴ Los tribunales han tendido a rechazar el argumento de que la inversión debe contribuir al desarrollo económico en el estado anfitrión para beneficiarse de las protecciones de los tratados.³⁵ Como lo ha descrito un árbitro, esto significa que incluso una “entidad que aumenta sistemáticamente su patrimonio a expensas del desarrollo del estado anfitrión” puede beneficiarse de las protecciones de los tratados de inversión.³⁶

En conclusión, es crucial que los estados no solo examinen si los tratados de inversión resultan en mayores inversiones en el país anfitrión (lo cual no es concluyente), sino también (1) si ese aumento en las inversiones se refiere a inversiones inducidas o inversiones meramente organizadas para beneficiarse del tratado; (2) si la inversión es realmente deseable; y (3) si los beneficios de dicha inversión compensan el precio pagado para esta en términos de espacio político perdido u otros costos (los cuales se debaten en mayor detalle a continuación). Al realizar ese análisis de costo-beneficio, también es importante evaluar las consecuencias distributivas de las ganancias y pérdidas relevantes. La evidencia disponible hasta la fecha aconseja que los países que examinen sus políticas de tratados de inversión no supongan resultados positivos en términos de flujos de inversión o que los beneficios finales se deriven de los tratados de inversión.

Aumento de la inversión externa

Los países también pueden cancelar tratados de inversión para beneficiar a sus inversionistas que invierten en el extranjero, en función del supuesto de que respaldar la inversión de esas entidades en el extranjero generará beneficios que volverá a recibir el país de origen. Esto plantea dos cuestiones clave que son similares a los temas tratados en el contexto de la inversión interna. Una es si los beneficios que ofrecen los tratados de inversión estándar son los que realmente desean o necesitan los inversionistas del país de origen que invierten en el extranjero. ¿Cuáles son las barreras que enfrentan las personas y las empresas que limitan sus inversiones en el extranjero? ¿Los tratados les ayudan a superar esas barreras? Las empresas que invierten en el extranjero, como las empresas extranjeras que invierten en el país, pueden preferir utilizar el apalancamiento adicional proporcionado por los tratados de inversión para presentar o amenazar con presentar una demanda contra sus estados “anfitriones”. Pero esto no significa que el tratado sea influyente, y mucho menos esencial, para las decisiones de inversión de las empresas en primer lugar (o que compense los costos que ha asumido el país de origen para proporcionar a sus inversionistas ese apalancamiento).³⁷

La otra cuestión es si el país de origen realmente se beneficia de la inversión en el extranjero que respalda, de qué manera y en qué condiciones lo hace. Si bien algunos estudios demuestran que la IED externa puede beneficiar al país de origen (por ejemplo, ayudar a las empresas del país a expandirse, acceder a recursos, tecnología y otros activos, y a ser más eficientes, lo cual aumenta la fortaleza, competitividad y rentabilidad de la economía del país de origen), los resultados reales pueden variar.

La IED motivada por el esfuerzo realizado para aprovechar los bajos estándares laborales y la deficiente reglamentación ambiental, por ejemplo, puede vaciar la industria en el país de origen, ejercer presión descendente sobre la reglamentación ambiental, las normas laborales y los salarios y, según la planificación fiscal de la empresa de inversión externa, dejar al país de origen (y a los países anfitriones) sin poder utilizar sus políticas fiscales para recibir los beneficios de la mayor eficiencia y rentabilidad de dicha empresa. La IED puede ser el resultado de que una empresa deje de fabricar sus productos en el país de origen y se mude a otro país, atraída a esa nueva ubicación por los generosos incentivos, los bajos costos de mano de obra, las tolerantes reglamentaciones ambientales u otras ventajas. Esa mudanza puede hacer que la empresa del país de origen sea más competitiva, lo que le permite aumentar su rentabilidad e invertir más en investigación y desarrollo u otras actividades altamente calificadas en dicho país de origen. Si bien esto puede tener efectos beneficiosos en el país de origen en términos de mayores ingresos tributarios y creación de empleos de alta calidad, esos efectos positivos no necesariamente se materializan si, por ejemplo, las ganancias se mantienen en el extranjero en paraísos fiscales en lugar de reinvertirse en el país.³⁸ Además, los que se benefician de la IED a menudo no son los mismos que los que se ven perjudicados, resultado que puede, en caso de que no se hayan establecido políticas efectivas, generar desigualdades y discordias dentro del país.³⁹

Cabe destacar que hay otras formas de respaldar las inversiones externas que se pueden adaptar para tratar de evitar impactos negativos en el país y en el exterior. La Corporación para Inversiones Privadas en el Extranjero de los Estados Unidos (OPIC), por ejemplo, ofrece diversos tipos de productos financieros para ayudar a los inversionistas externos de los Estados Unidos. A diferencia de la protección de los tratados de inversión, que se brinda a un inversionista independientemente de los efectos de la inversión, los criterios de elegibilidad de la OPIC están diseñados para garantizar que los proyectos de inversión beneficien, de manera demostrable, al país anfitrión y no perjudiquen la economía de los Estados Unidos.⁴⁰

Por lo tanto, es importante distinguir entre los beneficios que ofrecen los tratados de inversión a la empresa de inversión externa y los recibidos por el país de origen, y luego comparar si los costos desembolsados por dicho país de origen (y sus componentes) superan a los beneficios. Así como el monto de la IED interna no es un indicador preciso para medir los beneficios que los tratados de inversión brindan a los países anfitriones, el monto de la IED externa (o incluso el monto de la IED externa actualmente inducida por el tratado de inversión) no es un indicador preciso para evaluar si los tratados benefician al país de origen y en qué medida lo hacen.

Por lo tanto, para los países que evalúan sus políticas de inversión externa, es crucial: (1) considerar si la inversión externa proporciona efectos secundarios positivos a la economía nacional, qué tipo de inversión externa es y en qué circunstancias lo hace; (2) identificar (por ejemplo, a través del uso de encuestas) factores limitantes que obstaculizan cantidades óptimas y los tipos de inversión externa; (3) considerar qué recursos de políticas tiene el gobierno para ayudar a superar esos factores limitantes y cuáles son los recursos más apropiados que deben utilizarse; y (4) evaluar qué medidas complementarias pueda querer adoptar el gobierno para prever y abordar los efectos negativos que el país de origen puede experimentar, como una base impositiva reducida o un aumento del desempleo entre

los trabajadores de ciertas habilidades requeridas, como resultado de los esfuerzos de promoción de inversiones en el extranjero. Por último, es importante que los países de origen consideren cómo puede afectar el aumento de la inversión a los países anfitriones y que garanticen que los inversionistas y proyectos que respaldan los países de origen no socaven el desarrollo sostenible en el extranjero.

“Despolitización” de las controversias

Otro de los supuestos beneficios clave de los tratados de inversión es que, al permitir a los inversionistas presentar demandas directamente contra los estados en los que han invertido, dichos tratados “despolitizan” esas controversias.⁴¹ Desde la perspectiva del estado anfitrión, esto apela a su deseo de liberarse de la “diplomacia de cañonero”, la protección diplomática u otras sanciones políticas o económicas impuestas por el estado de origen del inversionista como resultado de un presunto maltrato del inversionista por parte de dicho estado anfitrión.⁴² La despolitización desde la perspectiva del estado de origen apela a su deseo de evitar enturbiar sus relaciones diplomáticas con el estado anfitrión participando en controversias entre los inversionistas del estado de origen y sus gobiernos anfitriones extranjeros.⁴³ La teoría consiste en que al proporcionar a los inversionistas la capacidad de presentar demandas de arbitraje directamente en contra de sus gobiernos anfitriones, no es necesario que participe el estado de origen. Además, el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (Convenio del CIADI),⁴⁴ tratado que rige la aplicación de los laudos de arbitraje internacional, prohíbe al estado de origen “otorgar protección diplomática o presentar una demanda internacional con respecto a una controversia” ya iniciada por su inversionista contra el estado anfitrión en virtud del Convenio del CIADI.⁴⁵

Sin embargo, como se verá más adelante, tanto en la teoría como en la práctica, la contribución específica de los tratados de inversión y, más específicamente, la ISDS al objetivo de despolitizar las controversias sobre inversiones es incierta. Además, la “politización” puede no ser un problema tan grande como a menudo se describe y, de hecho, puede ser en algunos casos y desde algunas perspectivas incluso preferible en comparación con formas más legalistas de solución de controversias.

Disposiciones de los tratados y normas legales relacionadas con despolitización

Desde la perspectiva del *estado anfitrión*, los tratados de inversión y las normas que gobiernan la ISDS no proporcionan necesariamente ningún tipo de protección práctica o legal contra la participación en la controversia por parte del estado de origen. Esto se debe a lo siguiente:

- » En todas las controversias entre inversionistas y estados, el estado de origen puede involucrar a su maquinaria política antes de que se haya iniciado cualquier arbitraje (a fin de influir en las acciones del estado anfitrión hacia un inversionista)⁴⁶ y después de que se haya emitido un laudo si el estado anfitrión no cumple con el laudo de la ISDS.⁴⁷
- » En todas las controversias entre inversionistas y estados ajenos al CIADI (por ejemplo, arbitrajes entre inversionistas y estados en virtud del Convenio de Nueva York, a menos que el tratado de inversión indique lo contrario), el país de origen puede buscar ayuda diplomática en nombre de su inversionista mientras la controversia sigue pendiente de resolución.

- » Las restricciones que se incluyen en el Convenio del CIADI o en el tratado de inversión subyacente sobre el uso de la protección diplomática se pueden socavar mediante la compra de un tratado y las demandas paralelas.⁴⁸
- » El estado de origen aún puede tomar decisiones políticas sobre si debe involucrarse y cómo debe hacerlo en una controversia de ISDS a través de medios como brindar (o decidir no brindar) a un tribunal su interpretación del tratado de inversión subyacente⁴⁹ u otros medios, como estar más o menos dispuesto a proporcionar pruebas relevantes para la controversia.
- » El estado de origen puede presentar acciones contra el estado anfitrión en virtud del tratado de inversión, independientemente de que un inversionista ya haya iniciado una demanda.⁵⁰

Asimismo, es probable que se otorgue demasiado crédito a los tratados de inversión y la ISDS para rastrear el declive de la “diplomacia de cañonero” hacia la mera existencia de dicha ISDS. Si la ISDS no estuviera disponible, no podríamos suponer que los estados de origen recurrirían a la fuerza en violación de otras normas de derecho internacional.

Del mismo modo, desde la perspectiva del *estado de origen*, incluso cuando la protección de los tratados de inversión y la ISDS están disponibles para sus inversionistas, dicho estado de origen tiene numerosas oportunidades para ejercer discreción y determinar si participa o no en las controversias entre esos inversionistas y sus gobiernos anfitriones, y cómo hacerlo. La disponibilidad de la ISDS puede dar a los países de origen una excusa para desviar a los inversionistas que solicitan la asistencia del gobierno para resolver una controversia, pero no exige que el gobierno de origen adopte siempre un enfoque de no participación, un hecho que los inversionistas podrían destacar al momento de presionar a sus países de origen para obtener respaldo.

Evidencia de los efectos de la despolitización

Aunque se sabe muy poco sobre hasta qué punto la disponibilidad de la ISDS afecta las experiencias de politización del estado de origen y del estado anfitrión, los estudios que se han realizado sugieren que la presencia o ausencia de un tratado de inversión con la ISDS no parece influir sobre si es o no probable que el estado de origen del inversionista ejerza presión diplomática sobre -el estado anfitrión o tome medidas diplomáticas perjudiciales contra este -en relación con una controversia entre inversionistas y estados.⁵¹

Más específicamente, un análisis reciente de las prácticas de los Estados Unidos con respecto a las preocupaciones de sus inversionistas concluyó lo siguiente:

El que un inversionista tenga o no acceso a un arbitraje de inversión basado en un tratado parece tener poca incidencia en la fuerza con la que el gobierno de los Estados Unidos ejerce la presión diplomática para resolver la controversia. Del mismo modo que el impacto de los tratados sobre la IED ha sido decepcionante, la promesa de despolitización del régimen de tratados de inversión también puede haber fallado. Esto podría ser importante para los países en vías de desarrollo que buscan revisar sus políticas de protección de inversiones, ya que plantea dudas acerca de si el uso de la solución de controversias

interestatales puede no ser una mejor alternativa al arbitraje entre inversionistas y estados, ya que este al menos incluye la promesa de demandas legales menos controvertidas y aventureras.

...

Nuestros resultados indican que incluso para un régimen tan altamente legalizado, las consideraciones diplomáticas todavía desempeñan funciones básicas en la solución de controversias. Esto es lo que se espera de los enfoques realistas de las relaciones internacionales y justifica la pregunta de si la promesa de despolitización de la legalización internacional puede ser más ficción que realidad.⁵²

Otros estudios también han cuestionado el objetivo subyacente de despolitizar las controversias. Como Yackee ha declarado:

La solución de controversias politizadas no requiere recurrir o arriesgarse a recurrir a la fuerza. De hecho, puede ser aparentemente exitosa, especialmente cuando los gobiernos de los estados de origen y anfitriones, y quizás también el inversionista, perciben ganancias mutuas por la cooperación continua. Esto no significa que los inversionistas obtengan todo lo que desean, cuando lo desean. En la solución de controversias politizadas, el inversionista no controla el proceso, aunque ciertamente puede influir en él, y sus intereses no son los únicos en juego.⁵³

En otras palabras, según Yackee, la resolución política de las controversias entre inversionistas y estados en el nivel de estado a estado puede moderar las demandas del inversionista, al mismo tiempo que ayuda a encontrar una solución efectiva aceptable para el estado de origen, el estado anfitrión y el inversionista.

Para los países que evalúan sus políticas de inversión, estos temas y experiencias resaltan la necesidad de evaluar cuidadosamente si la “politización” es una preocupación justificada o de hecho puede ser más deseable que el acceso irrestricto de los inversionistas a los recursos legales. Los estados pueden entonces considerar qué recursos son efectivos para lograr los resultados deseados en términos de (des)politización (por ejemplo, considerando qué rol ha desempeñado la ISDS y si y cómo la solución de controversias entre los estados puede diferir) y a qué costo.



Plantación de palma aceitera en Malasia.

COSTOS

Esta sección resume brevemente los costos de la protección de los tratados de inversión y la ISDS. Proporciona una descripción general de las siete categorías principales de costos. Estas son: (1) costas de litigio; (2) costos de responsabilidad; (3) costos de reputación; (4) costos en términos de espacio de políticas reducidas; (5) costos en términos de poder reducido en relaciones contractuales; (6) costos en términos de una función reducida para la formulación de leyes nacionales; y (7) costos en términos de la generación de incertidumbre en la ley.

Litigio

Las costas de defensa de las demandas de tratados presentadas por los inversionistas pueden ser significativas. Los estudios han calculado que a cada parte contendiente le cuesta en promedio aproximadamente USD 5 millones por caso el pago de los honorarios profesionales y las costas del tribunal arbitral.⁵⁴ Dado que esas son cifras promedio, hay ejemplos de controversias, por supuesto, en las cuales las costas fueron más bajas y más altas. En 13 de los 56 casos del CIADI concluidos entre 2011 y 2015 de los cuales hay datos disponibles, las costas judiciales del demandado fueron menores de USD 1 millón.⁵⁵ Pero en algunos casos, las costas han sido muy superiores a los USD 5 millones. En las controversias de arbitraje de *Yukos*, por ejemplo, las costas del estado demandado fueron de USD 27 millones (y las costas del demandante fueron de aproximadamente USD 80 millones).⁵⁶ Además, en *Libananco vs. Turquía*, las costas del demandado fueron de casi USD 36 millones (mientras que las del demandante fueron de aproximadamente USD 24 millones).⁵⁷

Incluso si un estado defiende con éxito el caso presentado en su contra, aún puede tener que pagar esos gastos.⁵⁸ Mientras que los tribunales a veces ordenan a los inversionistas/demandantes que pierden sus demandas de ISDS indemnizar a los estados demandados por las costas judiciales de los estados, esto ocurre con poca frecuencia (en un 38 % de los casos que los inversionistas/demandantes pierden) y con menor frecuencia que el porcentaje de casos (53 %) en los que los tribunales requieren que los estados perdedores indemnicen a los inversionistas/demandantes vencedores por sus costas judiciales.⁵⁹ Además, incluso cuando los tribunales ordenan a los inversionistas/demandantes perdedores indemnizar al gobierno por sus gastos y costas judiciales, es posible que los estados tengan dificultades para cobrar esa indemnización del inversionista. Si el inversionista se niega o no paga voluntariamente,⁶⁰ el estado tendrá que tomar medidas de aplicación, lo que requiere compromisos adicionales de tiempo y recursos. Es posible que el estado, en última instancia, no pueda cobrar la indemnización del inversionista si este es insolvente u organiza sus tenencias de manera tal que sus activos no puedan ser objeto de sentencias.⁶¹

Responsabilidad

Una segunda categoría de costos es la responsabilidad real. Según la información públicamente disponible, el monto promedio reclamado por los inversionistas a fines de 2016 era de USD 1.400 millones, y el monto promedio otorgado era de USD 545 millones, más intereses.⁶² La mayoría de los laudos son de menos de USD 100 millones, pero ha habido una serie de laudos que adjudican montos grandes, incluso algunos por varios miles de millones de dólares.

Las tendencias a lo largo del tiempo indican que las cantidades otorgadas han ido en aumento.⁶³ Esto puede deberse en parte al

hecho de que “los [t]ribunales están cada vez más dispuestos a aceptar enfoques basados en los ingresos... que captan ganancias o rendimientos futuros”.⁶⁴ Además, los tribunales han estado cada vez más dispuestos a otorgar intereses compuestos, una práctica que puede aumentar significativamente la cantidad que el estado debe pagar.⁶⁵ En los casos decididos antes de 2000, los tribunales otorgaron intereses compuestos en aproximadamente el 40 % de los casos. En los casos decididos entre 2011 y 2015, ese número aumentó al 86 %.⁶⁶

En general, la responsabilidad potencial en virtud de los tratados de inversión puede ser importante para los gobiernos. Especialmente para las economías emergentes y cuando la demanda surge de un proyecto de industria extractiva que involucra recursos naturales valiosos, la responsabilidad puede representar una parte considerable de los presupuestos del gobierno. Estas consideraciones son muy relevantes para los países al considerar la responsabilidad potencial que están dispuestos a asumir según su capacidad.

Costos de reputación

Además de las costas de litigio y los costos de responsabilidad, los estados también pueden enfrentar costos de reputación como resultado de las demandas de ISDS. Como se señaló anteriormente, un estudio determinó que la mera presentación de una demanda de ISDS contra un estado está relacionada con flujos reducidos de IED internas y que estos flujos de IED internas disminuyen aún más cuando el estado pierde un caso de ISDS.⁶⁷ Para los gobiernos que buscan y compiten por capital extranjero, esto puede ser especialmente desconcertante.

Reducción del espacio de políticas

Otro conjunto de costos que los tratados de inversión y sus mecanismos de ISDS imponen a los estados es el costo de reducir el espacio de políticas.⁶⁸ Dada su gama de responsabilidades, los gobiernos necesitan espacio político para garantizar que puedan promulgar, implementar, revisar, perfeccionar y hacer cumplir sus leyes, políticas y prácticas con el fin de lograr objetivos de interés público y de hacerlo a la luz de las circunstancias, pruebas, necesidades y prioridades cambiantes. El espacio político permite a las legislaturas adoptar nuevas leyes y enmendar o anular la legislación existente; a los funcionarios ejecutivos les permite establecer políticas, perfeccionarlas a lo largo del tiempo y ejercer su discreción según corresponda; y a los tribunales administrativos y judiciales les permite desempeñar las funciones que les asignan las leyes nacionales para interpretar, aplicar e incluso redactar la ley, decidir sobre el alcance de los derechos y obligaciones públicas y privadas, e invalidar o imponer sanciones ante conductas ilegales o indeseables. Este espacio de políticas puede ser especialmente importante para los gobiernos cuyos marcos legales aún están evolucionando y desarrollándose para reflejar las mejores prácticas internacionales.

Dicho espacio de políticas, por supuesto, no es ilimitado. Incluso en ausencia de tratados de inversión y de ISDS, está limitado, por ejemplo, por las normas nacionales del debido proceso y la separación de poderes, y el derecho internacional consuetudinario y convencional sobre los derechos humanos. Por lo tanto, la objeción respecto de los tratados de inversión no se refiere a que limitan el poder del gobierno, sino que lo hacen de maneras que van más allá de esas otras limitaciones, además de desalentar indebidamente o requerir indemnización por acciones de buena fe tomadas en virtud del interés público por lograr objetivos económicos, sociales y ambientales.

Algunos tribunales arbitrales han interpretado estándares de tratados de inversión para ofrecer a los inversionistas protecciones expansivas para sus derechos patrimoniales y expectativas que muchos países a nivel nacional no han estado dispuestos a proporcionar durante mucho tiempo.

Un ejemplo surge de la protección de la “expropiación indirecta”. Si bien las leyes nacionales de muchos países requieren que los gobiernos indemnicen a las personas físicas/jurídicas por las expropiaciones “directas” (por ejemplo, nacionalizaciones de propiedades en las que el gobierno realmente se apropia de los bienes del inversionista), estas no siempre brindan protección específicamente contra las “expropiaciones indirectas” o “expropiaciones de regulación” ni exigen el pago de una indemnización por ellas (por ejemplo, medidas de regulación de buena fe adoptadas por el gobierno que tienen el efecto de reducir el valor de la propiedad privada de una persona física o jurídica). Además, las determinaciones en las jurisdicciones nacionales sobre si se justifica o no y en qué circunstancias se justifica dicha indemnización se basan en las decisiones legales, políticas y sociológicas que a menudo fluctúan a lo largo del tiempo. En los Estados Unidos, por ejemplo, la doctrina de las apropiaciones reglamentarias o expropiaciones indirectas es notoriamente compleja y controvertida, y ha generado significativas publicaciones académicas y debates de políticas sobre si, y si es así, en qué circunstancias, se debe indemnizar a los propietarios en virtud de las acciones tomadas por el poder ejecutivo, legislativo o judicial que atentan contra los derechos o intereses de dichos propietarios. Es frecuente recurrir a la Corte Suprema de los Estados Unidos para que guíe la evolución de esta área del derecho, la cual, al hacerlo, debe considerar cuidadosamente los sutiles principios legales que requieren un equilibrio entre los intereses y las obligaciones en competencia.

Generalmente los tribunales arbitrales han interpretado que los tratados de inversión requieren que los gobiernos paguen una indemnización por las expropiaciones directas e indirectas (incluso si el tratado no se refiere específicamente a la expropiación indirecta), interpretación que puede dar lugar a una potencial responsabilidad significativa por una amplia gama de acciones tomadas por el gobierno para resolver asuntos de interés público. Los tribunales arbitrales no están obligados a considerar obligaciones o intereses gubernamentales en competencia que puedan haber dado lugar a la toma de ciertas acciones. Las medidas que pueden impugnarse sobre la base de que constituyen una “expropiación indirecta” incluyen la adopción de reglamentaciones de zonificación que limitan las posibles opciones de un promotor inmobiliario; la desregulación de las industrias que tiene como objetivo aumentar la competencia pero perjudica la posición de los antiguos monopolios; las restricciones o prohibiciones a la minería; la adopción de requisitos para que las empresas otorguen a los empleados los beneficios de salud y seguridad; y la reglamentación de la fijación de precios respecto de una amplia gama de bienes y servicios, como cultivos, energía, agua y productos farmacéuticos.

Los árbitros no están obligados por las leyes o políticas nacionales sobre estas cuestiones, y han interpretado los tratados para proporcionar niveles de protección más sólidos contra las apropiaciones indirectas que los permitidos por las leyes de muchas jurisdicciones nacionales, incluso cuando tienen leyes nacionales que cubren dichas apropiaciones indirectas.⁶⁹ Además de estas protecciones contra la expropiación indirecta, por lo general, los tratados de inversión brindan fuertes protecciones de derechos y

expectativas económicas por medio de sus cláusulas de “trato justo y equitativo”, cláusulas que imponen estándares de conducta a los estados y ofrecen soluciones a los inversionistas que pueden ir más allá de lo que está disponible a nivel nacional.⁷⁰ Al respecto, Santiago Montt ha señalado lo siguiente:

Es impactante considerar que un inversionista de los Estados Unidos puede perder un caso contra su gobierno ante la Corte Suprema de los Estados Unidos, un inversionista alemán puede perder el mismo caso ante la Bundesverfassungsgericht (Corte Constitucional) y un inversionista francés puede perderlo ante el Conseil d'État pero, sin embargo, cualquiera de ellos puede ganarlo contra Sri Lanka o Bolivia sobre la base de los principios abiertos [All], como el que establece que no habrá expropiación sin indemnización o [trato justo y equitativo].⁷¹

Si bien existe un desacuerdo considerable en las leyes nacionales y en el derecho internacional sobre si, y en qué circunstancias, los cambios provocados por el gobierno en las expectativas o los derechos patrimoniales resultan en una obligación de indemnización, es innegable que las acciones u omisiones del gobierno ocasionan cambios en las protecciones de los derechos patrimoniales de manera regular. De hecho, incluso entre las naciones occidentales respecto de las cuales se considera que tienen normas de derechos patrimoniales relativamente claras y sólidas, el cambio ha sido endémico por mucho tiempo. Al respecto, David Kennedy ha destacado lo siguiente:

En la historia de Occidente, uno ha vuelto a comenzar una y otra vez, lo cual permitió crear nuevos tipos de propiedades, eliminar o calificar viejos derechos patrimoniales y reasignar obligaciones y derechos con respecto a los recursos. Entre los ejemplos más comunes, se encuentran la creación de la sociedad de responsabilidad limitada, la abolición de la esclavitud, el establecimiento o la posterior privatización, de empresas estatales o instituciones cuasipúblicas para gestionar nuevos modos de infraestructura, el establecimiento de reglamentaciones de zonificación, las normas cambiantes sobre la titulación, la invención de futuros sobre materias primas o los cambios en las normas de propiedad intelectual que han acompañado a los cambios tecnológicos durante el último siglo. Los cambios en los modos de actividad económica a menudo han destruido los derechos y las expectativas establecidas sobre el acceso a los recursos y el valor de los activos, ya que han dado lugar a nuevos derechos, nuevos deberes, nuevos privilegios y nuevas obligaciones. Continuamente se han diseñado nuevos modos de propiedad para empoderar a nuevos tipos de actores en nuevos tipos de relaciones económicas, lo cual explota nuevas formas de conocimiento o nuevos recursos. Los derechos existentes pueden ser reasignados, y con frecuencia lo hacen, de manera lenta o bastante precipitada, como parte de un proyecto consciente de renovación o lucha social e histórica.⁷²

Contrariamente a estos patrones, el derecho de inversión interpretado mediante decisiones de ISDS ha tendido a desalentar el cambio y las reasignaciones, y enfatiza en cambio la importancia de garantizar que los inversionistas y sus inversiones puedan gozar de la estabilidad de las normas legales (cuando dicha estabilidad les beneficie).⁷³ Que el gobierno actuó de buena fe, por el interés público y de conformidad con la legislación nacional no constituye generalmente una defensa.⁷⁴

Las disposiciones de los tratados de inversión que imponen restricciones a los “requisitos de desempeño” pueden evitar que los gobiernos utilicen herramientas de políticas diseñadas para garantizar que el país anfitrión aproveche efectivamente la inversión extranjera para un crecimiento económico inclusivo a largo plazo;⁷⁵ y las disposiciones que impiden la discriminación pueden generar responsabilidad por el desarrollo y la aplicación de políticas internas cruciales cuando esas políticas tienen un efecto desigual sobre los inversionistas extranjeros.⁷⁶ Por lo tanto, los tratados de inversión otorgan a los gobiernos un conjunto de limitaciones sin precedentes que limitan su capacidad para regular la actividad económica nacional.

Además de limitar la acción del gobierno, los tratados de inversión también han sido interpretados para imponer mandatos con respecto a qué conducta afirmativa se espera del estado y cómo debe asignar sus recursos, que a menudo son escasos. Por ejemplo, en *Ampal-American Israel Corp. vs. Egipto*, el tribunal concluyó que el hecho de que Egipto no protegiera la inversión del inversionista contra los ataques terroristas violaba la obligación de “plena protección y seguridad” del tratado de inversión.⁷⁷ Esa decisión, que involucra una disposición relativamente común en los tratados de inversión, impuso de manera efectiva al estado anfitrión el deber de proporcionar al inversionista una “póliza de seguro contra el terrorismo” de carácter amplio.⁷⁸ Según Howse, las consecuencias son preocupantes:

Los estados fallidos o frágiles no pueden darse el lujo de indemnizar a los inversionistas, a menudo por un monto de [cientos] de millones de dólares en concepto de riesgos que no pueden controlar completamente... En efecto, la consecuencia de esta decisión es que los inversionistas probablemente estarían por encima de todas las demás víctimas del terrorismo y la violencia política relacionada en las zonas de conflicto. Eso es impactante desde la perspectiva de la justicia internacional.⁷⁹

A pesar de ser impactantes, las decisiones arbitrales son vinculantes; por lo tanto, también es posible que los estados que enfrentan ataques terroristas deban asumir una responsabilidad significativa por no tomar medidas para prevenir esos ataques. Para muchos estados, este es un riesgo que debe considerarse, particularmente cuando una de esas demandas ya ha sido exitosa.

Los estados también han sido considerados responsables de no tomar las medidas adecuadas para detener las protestas que interrumpen los proyectos de inversión. Por ejemplo, en *Copper Mesa vs. Ecuador*, el tribunal determinó que el gobierno violó la norma de trato justo y equitativo y la obligación total de protección y seguridad por no hacer lo suficiente para proteger el proyecto de minería propuesto por el demandante de interrupciones causadas por miembros de la comunidad local preocupados por los potenciales impactos de la mina. De acuerdo con los tres árbitros que decidieron el caso de ISDS: “Está claro que el gobierno de Quito difícilmente podría haber declarado la guerra a su propio pueblo. Sin embargo, según la opinión del tribunal, no pudo hacer nada.”⁸⁰

En general, las consecuencias de los tratados de inversión para el espacio de política nacional de un estado son amplias: los tratados generalmente rigen la conducta en todos los niveles (local, provincial y federal) y los poderes (ejecutivo, legislativo y judicial) del gobierno. Los estados pueden incluso ser considerados responsables de los actos de empresas estatales (por ejemplo, relacionados con el manejo por parte de dichas empresas estatales de las controversias con accionistas extranjeros o socios de empresas conjuntas) o del hecho de no prevenir

adecuadamente, resarcir o abordar actos de partes del sector privado. Mientras que algunos tratados intentan excluir o limitar la revisión del tribunal arbitral de ciertos tipos de medidas (por ejemplo, medidas tributarias o medidas tomadas ante emergencias), los tratados de inversión, por lo general, permiten la presentación de demandas contra la conducta del gobierno en todas las esferas políticas, desde la reglamentación financiera hasta la protección ambiental.

Debido a la amplitud de las acciones e inacciones que son vulnerables a la presentación de demandas, es particularmente difícil evaluar totalmente los costos en términos de posibles desafíos para el espacio de políticas gubernamentales. Sin embargo, los gobiernos deberían comprender hasta qué punto los tratados de inversión, tal como han sido interpretados por los tribunales arbitrales, brindan a los inversionistas o las inversiones cubiertas protecciones que van más allá de las leyes nacionales (cubren las apropiaciones indirectas o de regulación, garantizan la estabilidad legal y de regulación, protegen las expectativas de los inversionistas, incluso con respecto a la recepción de permisos y ganancias futuras, aseguran a dichos inversionistas contra los ataques de terceros, incluidas las comunidades locales, etc.).

Incluso en los casos en que una acción también puede haber sido impropia según la legislación nacional, los recursos de la legislación internacional pueden ser más onerosos. En muchas jurisdicciones, por ejemplo, las personas y las empresas pueden impugnar la conducta administrativa como ilícita, pero el recurso puede ser de procedimiento o un laudo de reparación declarativa, no de indemnización. Además, las indemnizaciones, si están disponibles según la legislación nacional, pueden estar limitadas a costos irre recuperables o pueden tener un tope. En virtud de la ley de inversiones, no se aplican esas mismas normas y restricciones sobre los recursos, y los gobiernos pueden ser responsables de pagar millones o miles de millones de dólares, incluido el lucro cesante futuro. Los países deberían evaluar cuidadosamente la solidez de los requisitos y recursos de sus tratados en comparación con la legislación nacional y si están justificadas las protecciones más sólidas de los tratados y los mayores recursos para los inversionistas.⁸¹

Dinámica de poder distorsionada

Ciertos sectores y tipos de inversiones parecen dar lugar a una proporción significativa de demandas. Estos incluyen las inversiones realizadas en la exploración o la explotación de los recursos naturales y las inversiones realizadas en la infraestructura y los servicios públicos que se rigen por los contratos, permisos o licencias entre inversionistas y estados.⁸² Existen varias razones probables para esto:

- » Tales inversiones son a menudo de gran importancia pública y pueden tener efectos sustanciales en el medio ambiente, la sociedad o los servicios públicos. Por lo tanto, estas inversiones requieren sólidos roles para los reguladores y las reglamentaciones gubernamentales, lo que a su vez puede generar mayores oportunidades de desacuerdo entre inversionistas y estados;⁸³
- » Tales inversiones a menudo son a largo plazo y, por lo tanto, pueden verse afectadas por circunstancias cambiantes y el conocimiento que causa que el gobierno y/o el inversionista intenten modificar los términos originales de la inversión o el contenido del marco legal vigente. Cuando el gobierno solicite la modificación con un impacto negativo en la inversión, eso también puede derivar en demandas de ISDS.⁸⁴

- » Las inversiones en infraestructura y prestación de servicios públicos a menudo se realizan en relación con complejos esquemas de privatización que incluyen socios del sector privado previamente desconocidos, nuevas instituciones gubernamentales y regímenes de gobernanza, y una incertidumbre y preocupación pública exacerbadas sobre cuestiones tales como el futuro del empleo en entidades estatales y el precio y la calidad de los bienes y servicios producidos. La cantidad y naturaleza de las incógnitas asociadas a las principales privatizaciones aumentan la probabilidad de que las cosas no avancen según lo planeado o esperado originariamente al menos por algunas partes interesadas, y las sensibilidades políticas y públicas involucradas aumentan los riesgos de fracaso o las expectativas frustradas. Como se señaló anteriormente, mediante tratados de inversión e ISDS, los inversionistas tienen sólidas facultades para proteger sus expectativas y resistir cualquier cambio solicitado por el gobierno o el público en los esquemas de privatización frecuentemente nacientes y sensibles cuando dicho cambio perjudicaría a esos inversionistas; adicionalmente, los tratados de inversión y la ISDS brindan a los inversionistas herramientas poderosas para presionar al gobierno a que modifique el marco cuando estos últimos procuran que se realicen dichos cambios.
- » Las inversiones en recursos naturales, infraestructura y servicios públicos a menudo se rigen por contratos o instrumentos cuasicontractuales, como permisos o licencias. Los tratados de inversión otorgan a los inversionistas sólidas facultades para hacer cumplir los términos beneficiosos de esos acuerdos según figuran estrictamente escritos, al tiempo que les permiten impugnar la efectiva aplicación y procurar la renegociación de las disposiciones desfavorables. Los inversionistas también pueden reclamar que tienen derecho a una conducta transparente y de buena fe de su contraparte gubernamental del contrato, incluso si el derecho contractual subyacente no impone tales obligaciones y, por lo tanto, no otorga ningún derecho al gobierno a beneficiarse del mismo trato de la parte del sector privado.⁸⁵
- » Las cantidades reclamadas en los casos de ISDS relacionados con estos tipos de inversiones a menudo alcanzan los cientos de millones, sino miles de millones de dólares, lo que hace que valga la pena iniciar los casos, aunque sean caros de seguir. Esto también atrae la atención y el apoyo de terceros financiadores, cuyo respaldo puede dar como resultado que los demandantes/inversionistas sigan demandas a las que de otro modo habrían sido demasiado reacios por el riesgo que implica seguirlas.⁸⁶

En estos casos, la facultad otorgada a la parte privada para optar por ser excluida del marco legal gobernante (por ejemplo, el contrato y la ley del estado anfitrión, un tercer estado y/o el derecho internacional) y del foro de solución de controversias establecido en la ley o algún contrato (por ej., arbitraje nacional o solución de controversias en los tribunales nacionales) puede permitir al inversionista asegurar eficazmente un trato que, de hecho, no habría obtenido originalmente del gobierno y exigirle a este último que cumpla con los rigurosos estándares de conducta en escenarios sumamente complejos y de gran importancia.⁸⁷ Esto otorga a los inversionistas una facultad desproporcionada frente a los socios gubernamentales y hace especialmente difícil que los gobiernos cumplan completamente con las obligaciones que han asumido o las limiten en virtud de los contratos entre inversionistas y estados o los acuerdos cuasicontractuales.⁸⁸

Este resultado, en el que a los inversionistas se les otorgan mayores poderes en sus relaciones con los gobiernos de los países anfitriones, a menudo se argumenta que está justificado y es importante a la luz de la vulnerabilidad general de los inversionistas frente a los actores del estado anfitrión. De hecho, una descripción narrativa común de las inversiones en infraestructura apunta al fenómeno de “obsolescencia de la negociación”, en el que un inversionista, una vez que tiene activos fijos significativos en un país, se considera que está a merced del poder y el criterio del gobierno anfitrión. Sobre la base de esa descripción, se afirma que, para garantizar la igualdad de condiciones, los inversionistas deben buscar protección legal internacional mediante la estructuración de sus inversiones a fin de aprovechar un tratado de inversión favorable. Sin embargo, existen evidencias que sugieren que, en lugar de explotar la dinámica del poder en evolución, las partes gubernamentales en contratos de infraestructura con entidades privadas pueden ser más comúnmente víctimas de cambios de poder y esfuerzos iniciados por los inversionistas para cambiar los términos del acuerdo después de que ha sido celebrado.⁸⁹

Reducción del papel de la formulación de leyes nacionales

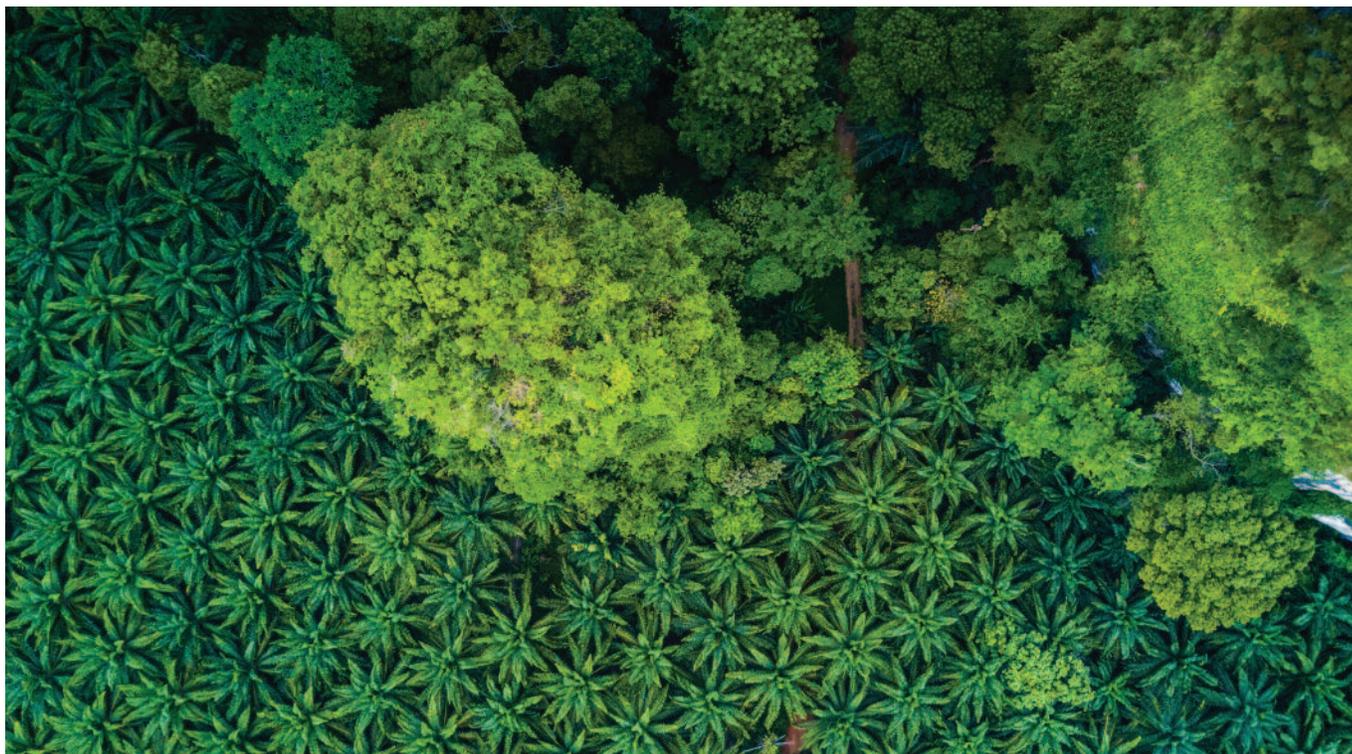
Dado que los tratados de inversión generalmente permiten a los inversionistas presentar demandas de arbitraje entre inversionistas y estados, además o en lugar de solicitar el resarcimiento ante los tribunales nacionales, los tribunales arbitrales, a diferencia de dichos tribunales nacionales, a menudo tienen facultades clave para determinar cuestiones importantes de derecho nacional relacionadas con la controversia, incluidas las cuestiones de primera impresión sobre temas de derecho nacional o el significado de las disposiciones contractuales.

En muchas jurisdicciones, los tribunales nacionales desempeñan un papel fundamental en la determinación de cuestiones tales como las condiciones que deben cumplirse para que se celebren contratos válidos entre inversionistas y estados, y el hecho de si ciertas disposiciones contenidas en dichos contratos entre inversionistas y estados son exigibles (o, por ejemplo, si son nulas debido a ser *ultra vires* o incongruentes con la política pública).⁹⁰ Sin embargo, cuando los inversionistas presentan sus demandas directamente en la instancia de arbitraje, son los árbitros, no los tribunales, los que resuelven los asuntos importantes de la ley y la política contractual, y pueden llegar a conclusiones drásticamente diferentes con respecto al significado o la legitimidad de una determinada disposición contractual. El estado pierde su facultad de dar forma a la ley e interpretarla.

De manera similar, en la medida en que los inversionistas presentan sus quejas generales sobre la conducta del estado anfitrión ante los tribunales de ISDS en lugar de los tribunales nacionales, estos tribunales toman el rol de dichos tribunales nacionales (u organismos administrativos) para interpretar y aplicar la legislación nacional sobre cuestiones de fondo y forma.⁹¹

Incertidumbre legal

El conjunto final de costos son aquellos que surgen de la incertidumbre legal. Debido a varios factores, incluida la redacción vaga utilizada en los tratados de inversión y la naturaleza sin precedentes de las decisiones de ISDS, es extremadamente difícil comprender con certeza si una demanda determinada tiene o no mérito y, de ser así, cuál podría ser la indemnización por daños otorgada. De hecho, tanto los



Plantación de palma aceitera en Goa, India.

inversionistas como los estados han pasado años litigando cuestiones relativamente simples de jurisdicción, que requieren pérdida de tiempo y pago de costas judiciales. La incertidumbre hace que sea extremadamente difícil y costoso para los gobiernos evaluar la probabilidad de que su conducta entre en conflicto con los estándares de los tratados y comunicar la información relevante sobre dichos estándares de tratados de inversión a la amplia gama de actores gubernamentales, cuya conducta podría dar lugar a demandas. La incertidumbre y los costos correspondientes también podrían desalentar que los estados adopten o mantengan las medidas impugnadas.⁹² Al respecto, los académicos han explicado lo siguiente:

Las protecciones del tratado de inversión que brindan a los responsables de la toma de decisiones una mayor certeza sobre cómo se aplicaría la protección a las medidas del gobierno reducirán el aplacamiento de las medidas permitidas. Las protecciones de los tratados de inversión que otorgan facultades discrecionales desestructuradas a los árbitros o que se convierten en juicios *ex post* que los responsables de la toma de decisiones no pueden predecir fácilmente al considerar la adopción de medidas en el futuro probablemente estén asociadas a una mayor incertidumbre y mayor aplacamiento de las medidas que se hubieran permitido.⁹³

Algunos gobiernos pueden ser más sensibles al aplacamiento de regulación que otros. En particular, aquellos con recursos limitados para financiar responsabilidades potenciales, proporcionar defensas requeridas y arriesgar costos de reputación, y aquellos dependientes de otros países con fines de asistencia de desarrollo, relaciones económicas o apoyo diplomático, pueden estar menos dispuestos a mantener finalmente las medidas impugnadas y pasar años gastando los millones de dólares que generalmente se requieren para contraargumentar las demandas de ISDS.⁹⁴

OBSERVACIONES FINALES SOBRE COSTOS Y BENEFICIOS

Cuando los estados analizan décadas de aplicación de tratados, los beneficios esperados no se han materializado claramente, mientras que los costos han sido inesperadamente altos. Estos costos son particularmente altos para los países con inversión extranjera en industrias estratégicas y/o lucrativas a largo plazo, aquellos con sistemas legales en desarrollo o desafíos gubernamentales preexistentes que requieren reformas de reglamentación continuas y aquellos que tienen relaciones diplomáticas complejas con países más poderosos, entre otros. No se obtuvo prueba alguna de lo siguiente:

1. Las protecciones de los tratados que benefician a los inversionistas y las inversiones están causando mayores flujos de inversión.
2. Los mayores flujos debidos a los tratados de inversión (interna o externa) son beneficiosos para el país de origen.
3. Los beneficios sopesan los costos de los tratados.

Es difícil para los estados justificar la continuación de sus acuerdos de inversión o la conclusión de nuevos acuerdos similares.



Energía solar y eólica en Okinawa, Japón.

PARTE III

PRÓXIMOS PASOS

Muchos países alrededor del mundo están evaluando y reevaluando las políticas hacia sus acuerdos *existentes* y *futuros*. Estos pasos permiten a los gobiernos garantizar que los tratados de inversión actuales y futuros brinden los beneficios deseados sin costos inesperados y elevados.

Con respecto a los acuerdos existentes, algunos gobiernos han decidido rescindir, enmendar y/o aclarar sus textos previamente establecidos. Estos pasos no son mutuamente excluyentes. Algunos gobiernos, por ejemplo, primero acordaron enmendar sus tratados para excluir la “cláusula de supervivencia” para luego rescindir el texto.⁹⁵ Los estados también han procurado utilizar sus facultades interpretativas en virtud del derecho internacional para aclarar ciertas disposiciones amplias e imprecisas en sus tratados de inversión,⁹⁶ al mismo tiempo que proporcionan una notificación para rescindir los acuerdos.⁹⁷

TRATADOS EXISTENTES

Respecto de los tratados existentes, los pasos a considerar por los estados incluyen los siguientes:

1. Hacer un listado de los tratados existentes, incluida la identificación de las siguientes cuestiones en cada uno de ellos.
 - a. La contraparte del tratado.
 - b. El estado del tratado (ya sea que haya entrado en vigor o no).
 - c. La fecha de finalización/renovación y si la renovación es automática en ausencia de una notificación de rescisión.
 - d. La duración de la cláusula de supervivencia.
 - e. La cantidad y naturaleza de las inversiones cubiertas.
 - f. Si se otorga consentimiento para ISDS y, de ser así, qué tan amplio es ese consentimiento.
 - g. El contenido de las obligaciones de fondo.

En el caso de los tratados que cubren montos significativos de inversión, es crucial evaluar si el tratado contiene ciertas disposiciones básicas que dan lugar a mayores riesgos, incluso obligaciones de TJE amplias y con redacción difusa, protecciones contra la expropiación indirecta, cláusulas paragua y obligaciones de transferencia sin restricciones. Los tratados concluidos hace una década o más, en particular, pueden tener versiones relativamente fuertes y potencialmente costosas de estas disposiciones.

2. Desarrollar un enfoque de múltiples partes interesadas para recabar opiniones y evaluar los tratados, analizar sus costos y beneficios para los diferentes poderdantes, y formular objetivos de política. Esto incluye evaluar cómo las obligaciones en virtud de los tratados se comparan con aquellas en virtud de la ley nacional,⁹⁸ el alcance de la responsabilidad potencial generada por los tratados de inversión debido a la solidez de las obligaciones y los recursos por incumplimiento, y si los aspectos del entorno de inversión son importantes para las decisiones de los inversionistas.
3. Sobre la base de un análisis de los costos y beneficios de esos acuerdos, y sus objetivos de política nacional, evaluar si un estado debe mantener los acuerdos, renegociarlos, procurar aclararlos mediante la interpretación de disposiciones difusas/generales, retirar el consentimiento a ISDS y/o darlos por finalizados (en la fecha de renovación/finalización o antes).

TRATADOS FUTUROS

Además, los gobiernos están reconsiderando las estrategias con respecto a *futuros* acuerdos, incluido el diseño de modelos fundamentalmente diferentes o la moratoria de nuevos textos. Para futuros acuerdos, los pasos importantes que los estados deben considerar incluyen los siguientes:

1. Desarrollar un enfoque de múltiples partes interesadas para evaluar los objetivos y las prioridades de las políticas con respecto a la inversión interna y externa, y evaluar la relativa eficacia, costos y beneficios de la utilización de tratados de inversión para los diferentes poderdantes como medio para alcanzar esos objetivos.
2. Si se determina que la celebración de negociaciones para nuevos acuerdos de inversión es un medio apropiado para alcanzar los objetivos de las políticas, los estados deben hacer lo siguiente:
 - a. Identificar criterios para evaluar si es necesario, y en qué circunstancias, entablar negociaciones con otro país.
 - b. Determinar las disposiciones, protecciones y obligaciones que se desean incluir, luego de considerar sus costos y beneficios.
 - c. Formular un modelo que se utilizará como base de esas negociaciones, así como la orientación interna respecto de sí, y en qué circunstancias, podrían ser apropiados desvíos de los diferentes aspectos de ese modelo.

Son importantes los procesos transparentes y de múltiples partes interesadas: a medida que la complejidad y los costos de los tratados de inversión se han vuelto más evidentes, los funcionarios se han comunicado cada vez más con una gama más amplia de poderdantes dentro y fuera del gobierno, de quienes han solicitado sus aportes. Estas consultas pueden ayudar a los estados a formular políticas de tratados de inversión que incorporen las lecciones aprendidas y cumplan con objetivos modernos. Pueden facultar a los estados para:

- » Identificar los riesgos de los tratados (por ejemplo, ayudar a los funcionarios responsables de la protección ambiental, política de salud, impuestos, reglamentación de servicios financieros, reglamentación energética y política monetaria a entender si sus acciones pueden dar lugar a responsabilidad conforme a ciertas interpretaciones de los tratados y en qué contextos lo hacen).⁹⁹
- » Escuchar las preocupaciones de una gama de inversionistas y evaluar posibles intervenciones de política que pueden ser adoptadas por medio de tratados o acciones unilaterales de los estados de origen o anfitriones.¹⁰⁰
- » Comprender las prioridades y preocupaciones del parlamento y/u otros organismos gobernantes, que probablemente deberán ser consideradas y abordadas para asegurar la aprobación de tratados y enmiendas, y minimizar los costos políticos de tales acuerdos.¹⁰¹
- » Valorar las perspectivas y preocupaciones del público en general con respecto a las consecuencias de los tratados de inversión para asuntos tales como los derechos patrimoniales y la gobernanza democrática.¹⁰²

Estos procesos no son necesariamente rápidos.¹⁰³ Sin embargo, a la luz de los largos períodos de vigencia, las consecuencias sustanciales de los tratados y la importancia de contar con un marco eficaz de atracción de inversiones y gobernanza, es crucial dedicar el tiempo necesario a deliberar e involucrar las diversas perspectivas con respecto a los futuros cursos de acción.

ANEXO I. BIBLIOGRAFÍA SELECCIONADA DE ESTUDIOS SOBRE TRATADOS DE INVERSIÓN Y FLUJOS DE INVERSIÓN

(organizada por fecha del estudio)

Cotula, Lorenzo y otros, *China-Africa Investment Treaties: Do They Work?* (Global Environmental Institute 2016)

Bellak, Christian, 'Economic Impact of Investment Agreements' (2015) Department of Economics Working Paper 200.

Chen, Hejing y otros, 'The Impact of BITs and DTTs on FDI Inflow and Outflow Evidence from China' (2015) CIGI Papers No. 75

Lejour, Arjan, y Maria Salfi, 'The Regional Impact of Bilateral Investment Treaties on Foreign Direct Investment' (2015) CPB Netherlands Bureau For Economic Policy Analysis No. 298

Simmons, Beth A, 'Bargaining Over BITs, Arbitrating Awards: The Regime for Protection and Promotion of International Investment' (2014) *World Politics* 66.01, 12-46

Berger, Axel and others, 'Do Trade and Investment Agreements Lead to More FDI? Accounting for Key Provisions Inside the Black Box' (2013) 10(2) *International Economics and Economic Policy* 247

Bankole, Abiodun S, y Adeolu O Adewuyi, 'Have BITs Driven FDI Between ECOWAS Countries and EU?' (201) 12(2) *Journal of International Trade Law and Policy* 130

Rosendorff, B Peter, y Kongjoo Shin, *Importing Transparency: The Political Economy of Bits and FDI Flows* (Manuscript, New York University Political Science Department 2012)

Allee, Todd, y Clint Peinhardt, 'Contingent Credibility: The Impact of Investment Treaty Violations on Foreign Direct Investment' (2011) 65(3) *International Organization* 401

Berger, Axel y otros, 'More Stringent BITs, Less Ambiguous Effects On FDI? Not A Bit!' (2011) 112(3) *Economics Letters* 270

Busse, Matthias y otros, 'FDI Promotion Through Bilateral Investment Treaties: More Than a Bit?' (2010) 146(1) *Review of World Economics* 147

Mina, Wasseem, 'Do Bilateral Investment Treaties Encourage FDI in the GCC Countries?' (2010) 2 *African Review of Economics and Finance* 1

Yackee, Jason Webb, 'Do Bilateral Investment Treaties Promote Foreign Direct Investment? Some Hints from Alternative Evidence' (2010) 51 *Virginia Journal of International Law* 397

Haftel, Yoram Z, 'Ratification Counts: US Investment Treaties and FDI Flows into Developing Countries' (2010) 17(2) *Review of International Political Economy* 348

Sachs, Lisa E y Karl P Sauvant, 'BITs, DTTs, and FDI flows: An Overview', in Karl P Sauvant and Lisa E Sachs (eds), *The Effect of Treaties on Foreign Direct Investment: Bilateral Investment Treaties, Double Taxation Treaties, and Investment Flows* (New York: Oxford University Press, 2009) xxvii-lxii.

Desbordes, Rodolphe, y Vincent Vicard, 'Foreign Direct Investment and Bilateral Investment Treaties: An International Political Perspective' (2009) 37(3) *Journal of Comparative Economics* 372

Kerner, Andrew, 'Why Should I Believe You? The Costs and Consequences Of Bilateral Investment Treaties' (2009) 53 *International Studies Quarterly* 73

Mina, Wasseem, 'External Commitment Mechanisms, Institutions, and FDI In GCC Countries' (2009) 19(2) *Journal of International Financial Markets, Institutions and Money* 371

Büthe, Tim, y Helen V Milner, 'Bilateral Investment Treaties and Foreign Direct Investment: A Political Analysis', in Karl P Sauvant and Lisa E Sachs (eds), *The Effect of Treaties on Foreign Direct Investment: Bilateral Investment Treaties, Double Taxation Treaties, And Investment Flows* (New York: Oxford University Press, 2009) 171-225

Yackee, Jason Webb, 'Bilateral Investment Treaties, Credible Commitment, and the Rule of (International) Law: Do BITs Promote Foreign Direct Investment?' (2008) 42(4) *Law & Society Review* 805

Yackee, Jason W, 'Do BITs Really Work? Revisiting the Empirical Link Between Investment Treaties and Foreign Direct Investment' (2007) University of Wisconsin Legal Studies Research Paper No 1054 <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1015083> accessed 28 February 2018

Swan, Stewart J, 'Bilateral Investment Treaties as an Investment Promotion Mechanism: Testing the Effectiveness of the US BIT Program' (2008) 9 *Paterson Review* 1

UNCTAD, *Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rulemaking*, UN Doc. UNCTAD/ITE/IIT/2006/5 (2007)

Aisbett, Emma, 'Bilateral Investment Treaties and Foreign Direct Investment: Correlation Versus Causation' in Karl P Sauvant and Lisa E Sachs (eds), *The Effect of Treaties on Foreign Direct Investment: Bilateral Investment Treaties, Double Taxation Treaties, And Investment Flows* (New York: Oxford University Press, 2009) 395-435.

Egger, Peter, y Valeria Merlo, 'The Impact of Bilateral Investment Treaties on FDI Dynamics' (2007) 30(10) *The World Economy* 1536

Lim, Sokchea, 'Bilateral Investment Treaties, Political Risk and Foreign Direct Investment' (2007) 11(1) *Asia Pacific Journal of Economics & Business* <<https://ssrn.com/abstract=909760>>

Tobin, Jennifer, y Susan Rose-Ackerman, 'Bilateral Investment Treaties: Do They Stimulate Foreign Direct Investment?' (2006) <http://s3.amazonaws.com/zanran_storage/www.upf.edu/ContentPages/822485.pdf> accessed 28 February 2018

Gallagher, Kevin P, y Melissa Birch, 'Do Investment Agreements Attract Investment-Evidence from Latin America' (2006) 7 *Journal of World Investment & Trade* 961

Blonigen, Bruce A, 'Foreign Direct Investment Behavior of Multinational Corporations' (2006) NBER Working Paper

Banga, Rashmi, 'Do Investment Agreements Matter?' (2006) *Journal of Economic Integration* 40

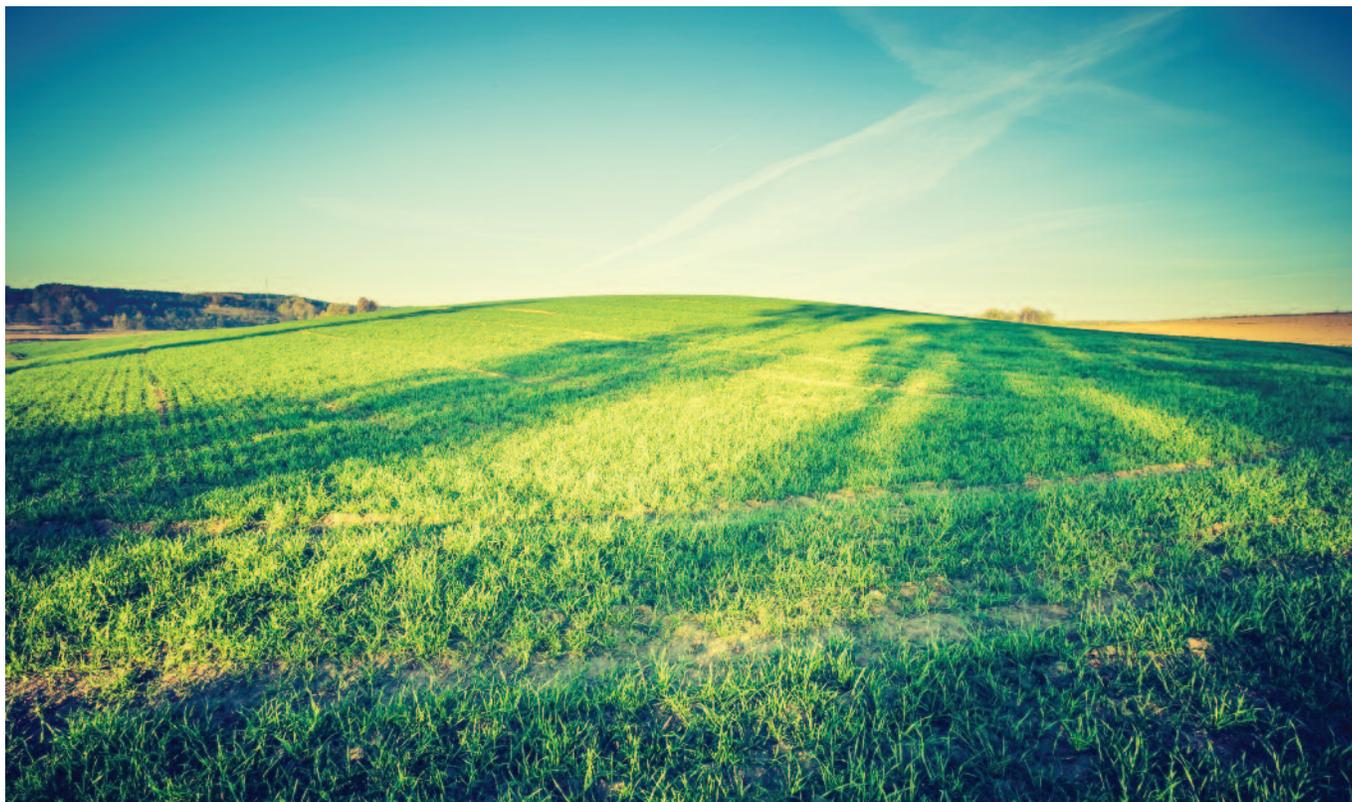
Neumayer, Eric, y Laura Spess, 'Do Bilateral Investment Treaties Increase Foreign Direct Investment to Developing Countries?' (2005) 33(10) *World Development* 1567

Rose-Ackerman, Susan, y Jennifer Tobin, 'Foreign Direct Investment and the Business Environment in Developing Countries: The Impact of Bilateral Investment Treaties' (2005) *Yale Law & Economics Research Paper* No 293

Salacuse, Jeswald W, y Nicholas P Sullivan, 'Do BITs Really Work: An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and Their Grand Bargain' (2005) 46 *Harvard International Law Journal* 67

Egger, Peter, y Michael Pfaffermayr, 'The Impact of Bilateral Investment Treaties on Foreign Direct Investment' (2004) 32(4) *Journal of Comparative Economics* 788

Hallward-Dreimeier, Mary, 'Do Bilateral Investment Treaties Attract FDI? Only a Bit... And It Might Bite' (2003) *World Bank Policy Research Working Paper Series* 3121



Paisaje agrícola.

NOTAS DE PIE

1. "Navegador de solución de controversias de inversión de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (CNUCYD)" (Centro de Políticas de Inversión de la CNUCYD) <<http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS/>>, visitado el 26 de febrero de 2018.
2. Esta información está disponible en la CNUCYD en <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS/FilterByYear>.
3. Véase, por ejemplo, Lise Johnson, y otros, "International Investment Agreements, 2014: A Review of Trends and New Approaches" (Acuerdos internacionales de inversión, 2014: revisión de las tendencias y los nuevos enfoques) en Andrea Bjorklund (editora) *Yearbook on International Investment Law and Policy (Anuario sobre derecho y políticas de inversión internacional)* (Oxford University Press 2016) 15 (se debate, entre otros acuerdos, el enfoque de Brasil con respecto a los tratados de inversión).
4. Véase Lise Johnson, "Aligning Swiss Investment Treaties with Sustainable Development: An Assessment of Current Policy Coherence and Options for Future Action" (Alineamiento de los tratados de inversión de Suiza con el desarrollo sostenible: evaluación de opciones y coherencia de las políticas actuales con fines de medidas futuras) Columbia Center on Sustainable Investment (Centro de Columbia sobre Inversión Sostenible), octubre de 2015 <<http://ccsi.columbia.edu/files/2016/08/Aligning-Swiss-IIAs-with-SD-CCSI-June-2016-.pdf>>, visitado el 26 de febrero de 2018.
5. El Anexo I contiene una lista de artículos que analizan las relaciones entre los tratados de inversión y los flujos de inversión. Algunos estudios encuentran evidencia de una correlación entre los flujos de inversión y los tratados de inversión, mientras que otros, no. Sin embargo, es importante señalar que no todos los estudios son de la misma calidad. Lauge N. Poulsen analiza varios de ellos y sus resultados en "The Importance of BITs for Foreign Direct Investment and Political Risk Insurance: Revisiting the Evidence" (La importancia de los TBI para la inversión extranjera directa y el seguro de riesgo político: nuevo análisis de la evidencia) en Karl P. Sauvant (editor), *Yearbook on International Investment Law & Policy 2009-2010* (Anuario sobre política y legislación para inversiones internacionales), Oxford University Press, 2010, 539-574 (en adelante, Poulsen, "La importancia de los TBI"). La mayoría de los estudios sobre la relación entre los tratados de inversión y los flujos de inversión ha analizado específicamente si la conclusión de tales tratados ha afectado los flujos de inversión extranjera directa o IED (en comparación con otros tipos de inversión internacional). Como han señalado varios expertos, estos tipos de estudios son problemáticos por varias razones, entre ellas, que los datos sobre flujos de IED son a menudo inexactos o están desglosados de manera inadecuada, y que, incluso si se buscara una correlación entre los tratados de inversión y los flujos de IED, sería extremadamente difícil establecer que los tratados realmente causaron esas inversiones. Véase Poulsen, "The Importance of BITs" (La importancia de los TBI); Emma Aisbett, "Bilateral Investment Treaties and Foreign Direct Investment: Correlation versus causation" (Tratados bilaterales de inversión e inversión extranjera directa: correlación versus causalidad) en Karl P. Sauvant y Lisa E. Sachs (editores), *The Effect of Treaties on Foreign Direct Investment: Bilateral Investment Treaties, Double Taxation Treaties, and Investment Flows* (El efecto de los tratados en la inversión extranjera directa: tratados bilaterales de inversión, tratados de doble tributación y flujos de inversiones), Oxford University Press 2009, 395; Jason W. Yackee, "Bilateral Investment Treaties, Credible Commitment, and The Rule of (International) Law: Do BITs promote foreign direct investment?" [Tratados bilaterales de inversión, compromiso creíble y la norma del derecho (internacional): ¿los TBI promueven las inversión extranjera directa?] (2008) *42 Law and Society Review* (Revisión del derecho y la sociedad) 805. Las limitaciones metodológicas de los estudios existentes también se exploran en Joachim Pohl, "Societal Benefits and Costs of International Investment Agreements: A critical review of aspects and available empirical evidence" (Beneficios sociales y costos de los acuerdos internacionales de inversión: una revisión crítica de aspectos y la evidencia empírica disponible), *Documentos de trabajo de la OCDE sobre inversión internacional*, N.º 2018/01, 2018 <https://www.oecd-ilibrary.org/finance-and-investment/societal-benefits-and-costs-of-international-investment-agreements_e5f85c3d-en>. Ese estudio, publicado después de que se completó este documento, considera, al igual que este documento, que los beneficios de los acuerdos internacionales de inversión no son concluyentes, mientras aumenta la evidencia de los costos.
6. Poulsen (N.º 5) 539-574.
7. Lisa E. Sachs y Karl P. Sauvant, "BITs, DTTs, and FDI flows: An Overview" (TBI, TDT y flujos de IED: resumen) en Sauvant y Sachs (editores), *The Effect of Treaties on Foreign Direct Investment: Bilateral Investment Treaties, Double Taxation Treaties, and Investment Flows* (El efecto de los tratados sobre la inversión extranjera directa: tratados bilaterales de inversión, tratados de doble imposición y flujos de inversión), Oxford University Press 2009. "Está claro, entonces, que ningún factor individual, como un tratado de inversión, podría mover los flujos de IED por sí mismo, y está igualmente claro que es muy difícil aislar la importancia de cualquier factor específico. Para decirlo de otra manera: si los TBI y los TDT afectan los flujos de IED, lo hacen en el contexto de una serie de otros determinantes, y varios de ellos son considerablemente más importantes que los aspectos individuales del marco regulatorio".
8. Véase Linda Ensor, "New Law to Deal with Compensating Foreign Investors for Expropriation" (Nueva ley para tratar la indemnización a inversionistas extranjeros por expropiación), *Business Day*, 18 de febrero de 2013, <<http://bilaterals.org/spip.php?article22727>>, visitado el 26 de febrero de 2018; Rob Davies, "Letter: Termination of Bilateral Investment Treaties Won't Harm Relations" (Carta: la rescisión de los tratados bilaterales de inversión no perjudicará las relaciones), *Business Live*, 19 de julio de 2013, <<https://www.businesslive.co.za/bd/opinion/letters/2013-07-19-letter-termination-of-bilateral-investment-treaties-wont-harm-relations/>>, visitado el 26 de febrero de 2018. La base de datos recopilada por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, que reúne los acuerdos de inversión bilaterales y multilaterales, y la información sobre la conclusión de tales acuerdos, señala que Sudáfrica ha rescindido sus tratados de inversión con la Unión Económica Bélgica-Luxemburgo, España, Países Bajos, Dinamarca, Francia, Alemania, Suiza, Reino Unido y Austria. Se mantienen los acuerdos con países como China, Rusia y las Islas Mauricio. Véase también "IIAs by Economy: South Africa" (All según la economía: Sudáfrica), Centro de Políticas de Inversión de la CNUCYD, <<http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/195>>, visitado el 19 de febrero de 2018.
9. fDI Intelligence, *The fDI Report 2016: Global Greenfield Investment Trend* (El informe 2016 de fDI: tendencia global de inversiones de Greenfield), fDI Intelligence, 2016, 14, <<https://www.fdiintelligence.com/Landing-Pages/fDI-Report-2016/The-fDI-Report-2016>>, visitado el 26 de febrero de 2018.
10. Véase "IIAs by Economy: Indonesia" (All según la economía: Indonesia), Centro de Políticas de Inversión de la CNUCYD, <<http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/97#iialnnerMenu>>, visitado el 19 de febrero de 2018.
11. fDI Intelligence (N.º 9) 4.
12. ibid.
13. ibid, 1, 9.
14. Sachs y Sauvant (N.º 7).
15. Los despachos de abogados aconsejan a los inversionistas adoptar estas estrategias. Véase, entre otros, Mark Mangan y Henry Defriez, "How to Protect Investments in Indonesia Despite the Termination of Its Bilateral Investment Treaties" (Cómo proteger las inversiones en Indonesia a pesar de la rescisión de sus tratados bilaterales de inversión), *Dechert On Point*, 8 de septiembre de 2015, <<https://info.dechert.com/10/5454/uploads/dechert-onpoint---how-to-protect-investments-in-indonesia-despite-the-termination-of-its-bilateral-investment-treaties-9-2015.pdf>>. Esta nota establece que, incluso si Indonesia rescindiera sus TBI, los inversionistas aún podrían buscar protección de la inversión a través de sus tratados multilaterales de inversión (TMI) o tratados de libre comercio (TLC) con capítulos de inversión. Afirma además: Sin embargo, ningún TBI, TMI o TLC le brindará esa protección. Cada uno varía según sus términos. El equipo de arbitraje internacional de Dechert está disponible para asesorar a los inversionistas sobre qué tratados de inversión brindan el rango óptimo de protecciones para una inversión en particular, según la jurisdicción en la que se realice dicha inversión y los tipos de controversias que el inversionista probablemente deba enfrentar. (Ibid 6).
16. The Overseas Private Investment Corporation (Corporación para Inversiones Privadas en el Extranjero) es un organismo autónomo del gobierno de los Estados Unidos que ayuda a las empresas estadounidenses a invertir en mercados emergentes. Véase <https://www.opic.gov/>.
17. Foro Económico Mundial, "The Global Competitiveness Report 2017-2018" (Informe 2017-2018 sobre la competitividad mundial), Foro Económico Mundial, 26 de septiembre de 2017, <<https://www.weforum.org/reports/the-global-competitiveness-report-2017-2018>>, visitado el 27 de febrero de 2018.
18. Todd Allee y Clint Peinhardt, "Contingent Credibility: The Impact of Investment Treaty Violations on Foreign Direct Investment" (Credibilidad contingente: el impacto del incumplimiento de los tratados de inversión en la inversión extranjera directa) (2011) 65 *Organización internacional* 401.
19. "Bear Creek Files Notice of Intent to Arbitrate With Peruvian Government In Connection With The Santa Ana Project; Six Month Consultation Period Begins" (Bear Creek notifica sobre su intención de arbitrar con el gobierno peruano en relación con el proyecto Santa Ana; comienza el período de seis meses de consulta mensual), *Cision*, 7 de febrero de 2014, <<https://www.newswire.ca/news-releases/bear-creek-files-notice-of-intent-to-arbitrate-with-peruvian-government-in-connection-with-the-santa-ana-project-six-month-consultation-period-begins-513692941.html>>, visitado el 27 de febrero de 2018.
20. Rachel L. Wellhausen, "Bondholders vs. Direct Investors? Competing Responses to Expropriation" (¿Tenedores de bonos vs. inversionistas directos? (2015) 59 *Estudios trimestrales internacionales* 1).
21. ibid.
22. David Gaukrodger, "Investment Treaties and Shareholder Claims for Reflective Loss: Insights from Advanced Systems of Corporate Law" (Tratados de inversión y demandas de accionistas por pérdida reflexiva: perspectivas de los sistemas avanzados del derecho empresarial) (2014) Documentos de trabajo de la OCDE sobre inversión internacional 2014/02 <http://www.oecd.org/investment/investment-policy/WP-2014_02.pdf>, visitado el 27 de febrero de 2018. Véase también OECD, *Business and Finance Outlook 2016* (Opinión de la OCDE sobre negocios y finanzas en 2016), Publicación de OCDE en 2016, 223 <<https://www.oecd.org/daf/OECD-Business-Finance-Outlook-2016-Highlights.pdf>>, visitado el 27 de febrero de 2018.
23. OCDE (N.º 22), 224, 246.
24. ibid, 224, 239-43.
25. Las publicaciones sobre los efectos son demasiado voluminosas para citarlas aquí. Sin embargo, algunas investigaciones que destacan los desafíos y las complejidades en términos de efectos en la industria nacional del país anfitrión incluyen las siguientes: Nigel Driffield y Dylan Hughes, "Foreign and Domestic Investment: Regional Development or Crowding Out?" (Inversión nacional y extranjera: ¿desarrollo regional o desplazamiento?) (2003) 37 *Estudios regionales* 277; George Chen, Yao Yao y Julien Malizard, "Does FDI Crowd In or Crowd Out Private Domestic Investment in China? The Effect of Entry Mode" (¿La IED amontona o desplaza la inversión privada nacional en China?) (2017) 61 *Modelado económico* 409. Algunos de los efectos negativos de la IED se pueden sentir en el corto plazo, y los efectos positivos se materializan a largo plazo: Jennifer W. Spencer, "The Impact of Multinational Enterprise Strategy on Indigenous

- Enterprises: Horizontal Spillovers and Crowding Out in Developing Countries” (El impacto de la estrategia empresarial multinacional en las empresas nativas: efectos secundarios horizontales y desplazamiento en los países en vías de desarrollo) (2008) 33 *Revisión de la Academia de Administración* 341.
26. Florence Jaumotte, Subir Lall y Chris Papageorgiou, “Rising Income Inequality: Technology or Trade and Financial Globalization?” (Aumento de la inequidad de los ingresos: ¿tecnología o globalización financiera y comercial?) (2008) Documentos de trabajo del FMI 08/185 <<https://www.imf.org/external/pubs/ft/wp/2008/wp08185.pdf>>, visitado el 27 de febrero de 2018.
 27. Véase, por ejemplo, Pablo M. Pinto y Boliang Zhu, “Fortune or Evil? The Effect of Inward Foreign Direct Investment on Corruption” (¿Suerte o pesadilla? El efecto de la inversión extranjera directa e interna en la corrupción) (2016) 60 *Estudios internacionales trimestrales* 693 (que establecen que el hecho de que la IED afecta la corrupción depende de las instituciones y del nivel de desarrollo del país anfitrión, en el cual existen riesgos de que dicha IED empeore la corrupción, la cual tiende a ser mayor en los países menos desarrollados que en los países desarrollados).
 28. Véase, por ejemplo, Sung Jin Park y otros, “Is Foreign Direct Investment Effective from the Perspective of Tax Avoidance? An Analysis of Tax Avoidance Through the International Transfer Pricing Behaviors of Korean Corporations” (¿La inversión extranjera directa es eficaz desde la perspectiva de la evasión impositiva? Análisis de la evasión impositiva mediante los comportamientos de fijación de precios de las empresas coreanas para las transferencias internacionales) (2016) 32 *The Journal of Applied Business Research* (Diario de la investigación comercial aplicada) 917.
 29. Andreea Michalache-O’Keef y Quan Li, “Modernization vs. Dependency Revisited: Effects of FDI on Food Security in Less Developed Countries” (Nuevo análisis de modernización vs. dependencia: efectos de la IED en la seguridad de los alimentos en los países menos desarrollados) (2011) 55 *Estudios internacionales trimestrales* 71; Mehdi Ben Slimane, Marilyne Huchet-Bourdon y Habib Zitouna, “The role of sectoral FDI in promoting agricultural production and improving food security” (El rol de la IED sectorial en la promoción de la producción agrícola y la mejora de la seguridad de los alimentos) (2015) 145 *Economía internacional* 50.
 30. Véase, por ejemplo, Jiajia Zheng y Pengfei Sheng, “The Impact of FDI on the Environment: Market Perspectives and Evidence from China” (El impacto de la IED en el medio ambiente: evidencia y perspectivas del mercado de China) (2017) 5 *Economías* 8; Tomasz Kozluk y Christina Timiliotis, “Do Environmental Policies Affect Global Value Chains?” (¿Las políticas ambientales afectan las cadenas de valor globales?) (2016) Documentos de trabajo del Departamento Económico de la OCDE 1282 <<http://www.oecd-ilib.org/docserver/download/5jm2hh7nf3wd-en.pdf?expires=1519755869&id=id&accname=guest&checksum=BECE4907CCA13FB61C0BB444A6BF55FB>>, visitado el 27 de febrero de 2018; Stevan Poelhekke y Frederik van der Ploeg, “Green Havens and Pollution Havens” (Paraisos ecológicos y paraísos de contaminación) (2015) 38 *La economía mundial* 1159; Natalia Zugravu-Solita, “How Does FDI Affect Pollution? Toward a Better Understanding of the Direct and Conditional Effects” (¿Cómo afecta la IED a la contaminación? Hacia un mejor entendimiento de los efectos directos y condicionales) (2017) 66 *Economía de recursos ambientales* 293.
 31. Kozluk y Timiliotis (N.º 30).
 32. Véase, por ejemplo, Matthew Cole y Per Fredricksson, “Institutionalized Pollution Havens” (Paraisos de contaminación institucionalizados) (2008) 68 *Economía ecológica* 1239; Matthew Cole, Robert Elliott y Per Fredricksson, “Endogenous Pollution Havens: Does FDI Influence Environmental Regulations?” (Paraisos de contaminación endógenos: ¿la IED influye en las regulaciones ambientales?) (2006) 108 *The Scandinavian Journal of Economics* (Diario escandinavo de economía) 157; Kozluk y Timiliotis (N.º 30); Yuqing Xing y Charles D. Kolstad, “Do Lax Environmental Regulations Attract Foreign Investment?” (¿Las regulaciones ambientales tolerantes atraen la inversión extranjera?) (2002) 21 *Economía ambiental y de recursos* 1.
 33. Sobre este punto, véase, por ejemplo, “Office of the UN High Commissioner for Human Rights, Guide to Implementing the UN Guiding Principles on Business and Human Rights in Investment Policymaking” (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Guía para la implementación de los principios rectores de las Naciones Unidas sobre negocios y derechos humanos en la formulación de políticas sobre inversión), Proyecto sobre inversión y derechos humanos de LSE, Centro para el Estudio de los Derechos Humanos de la London School of Economics, 2016, 18; Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, “Progress Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights on Legal Options and Practical Measures To Improve Access to Remedy for Victims of Business-Related Human Rights Abuses” (Informe sobre el progreso del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre las opciones legales y las medidas prácticas para mejorar el acceso al resarcimiento para víctimas de abusos de derechos humanos relacionados con los negocios), Informe anual del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos A/HRC/2/39, 7 de mayo de 2015, <<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session29/Pages/ListReports.aspx>>, visitado el 27 de febrero de 2018.
 34. Las excepciones a este principio son pocas. Una incluye decisiones arbitrales y algunos textos recientemente negociados, como el Acuerdo Económico y Comercial Global (CETA) entre la UE y Canadá, que impiden a los inversionistas recurrir a la ISDS si han obtenido su inversión por medio del fraude o la corrupción. [Véase, por ejemplo, CETA, art. 8.18(3)]. Sin embargo, estas decisiones y tratados generalmente permiten a los inversionistas presentar demandas si se han involucrado en fraude o corrupción durante la vida de la inversión. Otra excepción a la regla general según la cual los inversionistas pueden invocar la ISDS, independientemente de su conducta o impacto, es el lenguaje de la Asociación Transpacífica (TPP, por sus siglas en inglés) que prohíbe a los inversionistas impugnar las medidas de control del tabaco. (TPP, art. 29.5).
 35. Véase, por ejemplo, *Philip Morris Brand Sàrl (Suiza) vs. Uruguay*, caso del CIADI N.º ARB/10/7, Decisión sobre jurisdicción (2 de julio de 2013), párrafos 193-210; *Quiborax SA vs. Bolivia*, caso del CIADI N.º ARB/06/2, Decisión sobre jurisdicción (27 de septiembre de 2012), párrafos 220, 235-237; *Victor Pey Casado y Fundación Presidente Allende vs. Chile*, caso del CIADI N.º ARB/98/2, Laudo (8 de mayo de 2008), párrafo 232.
 36. *Malaysian Historical Salvors v Malaysia*, caso CIADI N.º ARB/05/10, Opinión disidente sobre la decisión de la anulación (16 de abril de 2009), párrafo 22.
 37. Además, no está claro si una parte significativa de los inversionistas que invierten en el extranjero y que provienen de los países en vías de desarrollo podrán beneficiarse de la protección de los tratados de inversión. Los estudios determinan repetidamente que la mayoría de los demandantes en el arbitraje inversionista-estado provienen de países desarrollados y que, si bien el sistema de arbitraje inversionista-estado está técnicamente abierto a todos los inversionistas, las costas son altas, con un promedio de casi USD 6 millones para cada parte, y podrían ser prohibitivas, especialmente para aquellas pequeñas empresas que no tienen demandas de alto valor que puedan hacer que valga la pena incurrir en esos gastos o que puedan atraer a un tercero financiador de dicho arbitraje. Véase, entre otros, Jeffrey P. Commission, “How Much Does an ICSID Arbitration Cost? A Snapshot of the Last Five Years” (¿Cuánto cuesta un arbitraje del CIADI?), *Kluwer Arbitration Blog* (Blog de arbitraje de Kluwer), 29 de febrero de 2016, <http://kluwerarbitrationblog.com/2016/02/29/how-much-does-an-icsid-arbitration-cost-a-snapshot-of-the-last-five-years/>, visitado el 27 de febrero de 2018.
 38. Véase, por ejemplo, Mona Ali, “Dark matter, black holes and old-fashioned exploitation: transnational corporations and the US economy” (Materia oscura, agujeros negros y explotación anticuada: empresas transnacionales y la economía de los Estados Unidos) (2016) 40(4) *Cambridge Journal of Economics* (Diario de economía de Cambridge), 997; OECD, *Addressing Base Erosion and Profit Shifting* (Cómo abordar la erosión de base y el desplazamiento de las ganancias) (OCDE 2013), 17-18; Alexander Bulatov, “Offshore Orientation of Russian Federation FDI” (Orientación en el extranjero de la IED de la Federación Rusa) (2017) 24 *Empresas transnacionales* 71.
 39. Lisa Sachs y Lise Johnson, “Investment Treaties, Investor-State Dispute Settlement and Inequality: How International Rules and Institutions Can Exacerbate Domestic Disparities” (Tratados de inversión, solución de controversias entre inversionistas y estados, y desigualdad: forma en que las instituciones y las normas internacionales pueden exacerbar las disparidades nacionales), en José Antonio Ocampo (editor), *International Rules and Inequality: Implications for Global Economic Governance* (Normas internacionales y desigualdad: consecuencias de la gobernación económica global), Columbia University Press, de próxima publicación, 2018.
 40. “Lista de verificación de elegibilidad de seguros” (OPIC) <<https://www.opic.gov/doing-business-us/applicant-screener/insurance-eligibility-checklist->>, visitado el 27 de febrero de 2018.
 41. Véase, por ejemplo, el debate en Jason Webb Yackee, “Politicized Dispute Settlement in the Pre-Investment Treaty Era: A Micro-Historical Approach” (Solución de controversias politizadas en la era de los tratados de preinversión: alcance microhistórico) (2017) Serie de documentos de investigación de estudios legales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Wisconsin 1412 <<http://ssrn.com/abstract=2968988>>, visitado el 1 de junio de 2017; Martins Paporinskis, “The Limits of Depoliticisation in Contemporary Investor-State Arbitration” (Los límites de la despolitización en el arbitraje contemporáneo entre inversionistas y estados) (2010) *Procesos selectos de la Sociedad Europea de Derecho Internacional* <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1716833>, visitado el 15 de febrero de 2017. Paporinskis explica que uno puede ver el objetivo de la despolitización desde cuatro perspectivas: desde la perspectiva del estado de origen, del estado anfitrión, del inversionista y del sistema de solución de controversias. Esta nota se centra en la despolitización vista desde la perspectiva de los estados de origen y anfitriones.
 42. Paporinskis (N.º 41) 5-9.
 43. *ibid* 9-12.
 44. Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, 25 de agosto de 1965, 17 UST 1270, TIAS. N.º 6090, 575 UNTS 159 (entró en vigor el 14 de octubre de 1966).
 45. Ibrahim F. Shihata, “Towards a Greater Depoliticization of Investment Disputes: The Roles of ICSID and MIGA” (Hacia una mayor despolitización de las controversias relativas a inversiones: los roles del CIADI y el OMGI) (1986) 1(1) *Revisión del CIADI*; Diario 1 sobre las leyes de inversiones extranjeras.
 46. Véase, por ejemplo, Zoe Williams, “Investigation: As Colombia Pushes for Cancer Drug Price-Cut and Considers Compulsory Licensing, Novartis Responds with Quiet Filing of an Investment Treaty Notice” (Investigación: a medida que Colombia presiona por el recorte de los precios de los medicamentos contra el cáncer y considera las licencias obligatorias, Novartis responde con la tranquila presentación de una notificación sobre tratados de inversión), *IARReporter* (Periodista de arbitraje internacional), 30 de noviembre de 2016 <<https://www.iareporter.com/articles/investigation-as-colombia-pushes-for-cancer-drug-price-cut-and-considers-compulsory-licensing-novartis-responds-with-quiet-filing-of-an-investment-treaty-notice/>>, visitado el 27 de febrero de 2018. Debate sobre una carta enviada por el jefe de la División de Relaciones Económicas Bilaterales de la Secretaría de Estado de Asuntos Económicos de Suiza al Ministerio de Salud de Colombia, que vincula la emisión de una licencia obligatoria de expropiación y menciona los acuerdos comerciales y de inversión pertinentes, además de tratar la presunta presión del personal del Congreso de los EE. UU. y otros funcionarios con respecto a una mudanza de licencia obligatoria y la vinculación de dicha mudanza con el financiamiento del proceso Paz Colombia).
 47. Convenio de 1965 sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, 575 UNTS 159, 4 ILM 532 (1965) art. 27 (Convenio del CIADI).
 48. En algunos casos, una empresa multinacional con sede en el país A que ha examinado

- su inversión en el país C a través del país B ha hecho que el país de origen del país A ejerza presión diplomática sobre el gobierno del país C, al mismo tiempo que presenta una demanda de ISDS contra el país C en virtud del tratado de inversión entre el país B y el país C. Véase, por ejemplo, *ADC vs. Hungría*, caso del CIADI N.º ARB/03/16, Laudo (2 de octubre de 2006).
49. En *SGS vs. Pakistán*, por ejemplo, Suiza presentó una carta ante el tribunal sobre su interpretación de la cláusula paraguas entre Suiza y Pakistán. Lo hizo después de que el tribunal emitió su laudo que rechazaba la jurisdicción: Nota sobre la interpretación del artículo 11 del Tratado Bilateral de Inversiones entre Suiza y Pakistán a la luz de la decisión del tribunal sobre oposiciones a la jurisdicción del CIADI en el caso N.º ARB/01/13 *SGS Société Générale de Surveillance vs. Pakistán*, 19 *Mealey's International Arbitration Reporter* (Periodista de arbitraje internacional de Mealey's) E3 (febrero de 2004). En otros casos, el estado de origen ha hecho presentaciones mientras la controversia está pendiente de resolución. Esto sucede con frecuencia, por ejemplo, en las controversias que surgen del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, aunque cuando los estados que no cuestionan ese tratado hacen sus presentaciones, estas a menudo se inclinan a favor de una interpretación estricta del tratado, en oposición a una que beneficie necesariamente a sus respectivos inversionistas. Véase también el debate en Gabrielle Kaufmann-Kohler, "Non-Disputing State Submissions in Investment Arbitration" (Presentaciones de los estados no contendientes en el arbitraje de inversiones) en Laurence Boisson de Chazournes (editor) *Diplomatic and Judicial Means of Dispute Settlement* (Medio diplomático y judicial de la solución de controversias), Martinus Nijhoff 2013, 316-319.
50. Si bien esa acción puede ser de tipo "legal" y presentada conforme a los mecanismos de solución de controversias del tratado, la decisión sobre si se debe continuar con esa acción es, podríamos decir, "política", como lo son los argumentos que el estado presentará o no. Además, esa demanda "legal", una vez presentada, también puede resolverse a través de un proceso político o diplomático.
51. Srividya Jandhyala, Geoffrey Gertz y Laugé N. Skovgaard Poulsen, "Legalization and Diplomacy: American power and the investment regime" (anteproyecto, 6 de abril de 2016) <https://www.princeton.edu/politics/about/file-repository/public/Legalization-and-diplomacy_Poulsen.pdf>, visitado el 1 de marzo de 2017.
52. *ibid* 28-29.
53. Jason Yackee, "Politicized Dispute Settlement in the Pre-Investment Treaty Era: A Micro-Historical Approach" (2017), Serie de documentos de investigación de estudios legales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Wisconsin 1412, 3.
54. Véase, por ejemplo, Comisión (N.º 37); Matthew Hodgson, "Costs in Investment Treaty Arbitration: The Case for Reform" (Costas del arbitraje de tratados de inversión: el caso de reforma) en Jean E. Kalicki y Anna Joubin-Bret (editores) *Reshaping the Investor-State Dispute Settlement System: Journeys for the 21st Century* (Nueva forma del sistema de solución de controversias entre inversionistas y estados: travesías del siglo XXI) (Brill 2014) 748, 756.
55. Comisión (N.º 37).
56. Los casos de *Yukos son: Hulley Enterprises Limited (Chipre) vs. la Federación Rusa*, CNUDMI, caso de PCA N.º AA 226, laudo final (18 de julio de 2014); *Yukos Universal Limited (Isla de Man) vs. la Federación Rusa*, CNUDMI, caso de PCA N.º AA 227, laudo final (18 de julio de 2014); *Veteran Petroleum Limited (Chipre) vs. la Federación Rusa*, CNUDMI, caso de PCA N.º AA 228, laudo final (18 de julio de 2014). Esta suma no incluye las costas posteriores al laudo en las que incurra Rusia al impugnarlo u oponerse a su aplicación.
57. El tribunal rechazó las demandas del inversionista/demandante y le ordenó cubrir parte de los costos de defensa de Turquía (USD 15 millones): *Libananco Holdings Co Limited vs. Turquía*, caso del CIADI N.º ARB/06/8, laudo (2 de septiembre de 2011), párrafos 559-569. Posteriormente, el demandante intentó anular el laudo y nuevamente no tuvo éxito. Turquía incurrió en costas adicionales en estos procedimientos de anulación, pero el comité de anulación decidió que debería asumir esas costas y rechazó la solicitud de Turquía de que el demandante/inversionista reembolse al gobierno las costas por tener que volver a defenderse. Las secciones de la decisión sobre la anulación disponibles públicamente no indican cuánto gastaron las partes en relación con los procesos de anulación: *Libananco Holdings Co Limited vs. Turquía*, caso del CIADI N.º ARB/06/8, Extractos de la decisión sobre anulación emitida de conformidad con las Normas 48 (4) y 53 del Reglamento de arbitraje del CIADI de 2006 (22 de mayo de 2013).
58. Véase por ejemplo, *Renco Group, Inc. vs. Perú*, caso del CIADI N.º UNCTD/13/1, laudo final (9 de noviembre de 2016). En este caso, que surgió cuando Perú impuso sanciones a una empresa por supuestamente no cumplir con las normas ambientales, el tribunal señaló que, según las normas de arbitraje vigentes, el principio era que las "costas siguen al evento", es decir, la parte que pierde debe pagar los gastos de litigio de la parte que gana. Aunque el tribunal desestimó las demandas del demandante, los árbitros decidieron apartarse de la norma general de que el perdedor debe pagar las costas del ganador y exigió a Perú que pague sus propias costas (aproximadamente USD 8,4 millones) y el 50 % de aproximadamente USD 850.000 en costas, honorarios y gastos del arbitraje y los árbitros. Por lo tanto, Perú se enfrentó a un pago de USD 9 millones por una acción presentada para abordar las preocupaciones ambientales y de salud.
59. Hodgson (N.º 54) 756.
60. Esto no es hipotético: Un estudio de casos en los que se ordenó a los inversionistas/demandantes pagar las costas judiciales del demandado en forma total o parcial determinó que los inversionistas solo pagaron la totalidad de las indemnizaciones de esas costas en el 49 % de los casos. Los inversionistas pagaron una parte de la indemnización de las costas en el 14 % de los casos estudiados, pero se negaron a pagar o no pagaron esa indemnización en un 37 %. Véase Iván ZarakA, "Effective Protection for Respondent States Against Judgment-Proof Claimants" (Protección eficaz para los estados demandados contra los demandantes con prueba de sentencia), *Memorandum* (Memorando), 12 de septiembre de 2016, 2-3 (cita de estudios relevantes) <http://res.cloudinary.com/lbresearch/image/upload/v1477064514/rop_memorandum_t_o_icsid_administrative_council_re_effective_protection_english_version_2_219116_164_1.pdf>, visitado el 27 de febrero de 2018.
61. *ibid* 4-6.
62. CNUCYD, "Investor-State Dispute Settlement: Review of Developments in 2016" (Solución de controversias entre inversionistas y estados: revisión de los acontecimientos en 2016) [2017], 1 Nota sobre cuestiones de los All <http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcb2017d1_en.pdf>, visitado el 27 de febrero de 2018.
63. PricewaterhouseCoopers, "2015 – International Arbitration Damages Research" (2015 – Investigación sobre los daños del arbitraje internacional) (2015) *Arbitral Awards In Focus* (Laudos arbitrales en foco) 3 <<https://www.pwc.com/sg/en/publications/assets/international-arbitration-damages-research-2015.pdf>>, visitado el 27 de febrero de 2018. *ibid* 9.
64. *ibid*.
65. *ibid*.
66. *ibid*.
67. Allee y Peinhardt (N.º 18).
68. Si bien, en general, los tribunales de ISDS dictan laudos que imponen la indemnización de daños pecuniarios a los estados y no los obligan a tomar o no medidas de regulación, esos laudos de indemnización de daños pecuniarios pueden hacer que el costo que implique la aplicación de ciertas políticas o prácticas de regulación sea prohibitivo.
69. Véase, por ejemplo, *Ampal-American Israel Corp. vs. Egipto*, caso del CIADI N.º ARB/12/11, Decisión sobre responsabilidad y jefes de siniestros (21 de febrero de 2017). En *Ampal-American*, el tribunal adoptó un enfoque de "ruptura conceptual" que ha sido rechazado por la Corte Suprema de los Estados Unidos en sus casos de expropiación indirecta/apropiaciones reglamentarias. Al "quitar conceptualmente" los derechos patrimoniales, las cortes y los tribunales hacen que sea más fácil para los demandantes/querellantes establecer que una reglamentación equivale a una expropiación.
70. Véase, por ejemplo, Jan Kleinheisterkamp, "Who is Afraid of Investor-State Arbitration? Or Comparative Law" (¿Quién le teme al arbitraje entre el inversionista y el estado? O ley comparativa), 2014, documento informativo de la política de LSE N.º 4 <<https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2483775>> visitado el 31 de marzo de 2018; Lise Johnson y Alexander Volkov, "Investor-State Contracts, Host-State 'Commitments' and the Myth of Stability in International Law" (Contratos entre inversionistas y estados, 'compromisos' entre anfitrión y estado, y el mito de la estabilidad en el derecho internacional), 2013, 24 Análisis estadounidense del arbitraje internacional 361.
71. Santiago Montt, *State Liability in Investment Treaty Arbitration* (Responsabilidad del estado en el arbitraje de los tratados de inversión) (Hart 2009) 22.
72. David Kennedy, "Some Caution about Property Rights as a Recipe for Economic Development" (Advertencia sobre los derechos patrimoniales como receta para el desarrollo económico) (2011) 1 *Accounting, Economics, and Law* (Contabilidad, economía y derecho) 1, 11.
73. Los casos sobre este tema son numerosos. Para conocer un laudo relativamente reciente, véase, por ejemplo, *Murphy Exploration and Production Co vs. Ecuador*, caso del PCA N.º 2012-16, laudo final parcial (6 de mayo de 2016), párrafo 206.
74. Véase, por ejemplo, *Murphy vs. Ecuador* (N.º 73), párrafo 206: se observa que la cuestión de si ha habido o no incumplimiento de la obligación de trato justo y equitativo (TJE) no depende de que el gobierno haya actuado de buena fe; *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi AS vs. Pakistan*, caso del CIADI N.º ARB/03/29, laudo (27 de agosto de 2009), párrafo 181.
75. Lise Johnson, "Space for Local Content Strategies: Crucial Time to Revisit an Old Debate" (Espacio para estrategias de contenido local: un momento crucial para revisar un viejo debate), GIZ 2016.
76. *ibid*.
77. *Ampal-American Israel Corp* (N.º 69).
78. Rob Howe, "ICSID Arbitrators Turn Investment Treaty into Insurance Policy Against Terrorism" (Los árbitros del CIADI convierten el tratado de inversión en una póliza de seguro contra el terrorismo), *International Economic Law and Policy Blog* (Blog sobre políticas y derecho económico internacional), 7 de marzo de 2017, <<http://worldtradelaw.typepad.com/ielblog/2017/03/icsid-arbitrators-turn-investment-treaty-into-insurance-policy-against-terrorism.html>>, visitado el 27 de febrero de 2018.
79. *ibid*.
80. *Copper Mesa Mining Corporation v Ecuador*, caso PCA N.º 2012-2, laudo (15 de marzo de 2016), párrafo 6.83. Véase también Columbia Center on Sustainable Investment, "Input to the UN Working Group on Business and Human Rights Regarding Guidance on Human Rights Defenders and the Role of Business" (Contribución al Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos respecto de la orientación sobre defensores de derechos humanos y el papel de las empresas), 15 de marzo de 2018 <<http://ccsi.columbia.edu/files/2016/05/Input-regarding-guidance-on-human-rights-defenders-and-the-role-of-business-REV.pdf>> visitado el 31 de marzo de 2018.
81. Proporcionar a los inversionistas extranjeros protecciones especiales, acceso al arbitraje y posibles recursos con fines de indemnización por daños pecuniarios puede distorsionar las condiciones de competencia relevantes para los inversionistas extranjeros y nacionales, lo cual favorece a los primeros y no a los segundos. Podría decirse que esto es incongruente con las políticas de inversión de muchos gobiernos, que con frecuencia pretenden garantizar que se brinde un trato igualitario a los inversionistas extranjeros y nacionales.
82. A los fines del debate de los casos de ISDS relacionados con las industrias de

- extracción, véase, por ejemplo, Lise Johnson y Jesse Coleman, “International Investment Law and the Extractive Industries” (Las leyes de inversión internacional y las industrias de extracción) (2016), nota informativa de CCSI < http://ccsi.columbia.edu/files/2016/01/2016-01-12_Investment-Law-and-Extractives_Briefing-Note_1.pdf>, visitado el 27 de febrero de 2018; a los fines del debate de los casos de ISDS relacionados con las inversiones en infraestructura, véase, por ejemplo, Lise Johnson, “The Impact of Investment Treaties on Governance of Private Investment in Infrastructure” (El impacto de los tratados de inversión en la gobernanza de la inversión privada en infraestructura) (2014) Documentos de trabajo de EUI, RSCAS 2014/32. Véase también CNUCYD, “Investor-State Dispute Settlement: Review of Developments in 2016” (Solución de controversias entre inversionistas y estados: revisión de desarrollos en 2016) (N.º 62).
83. *PSEG v Turkey*, caso del CIADI N.º ARB/02/5, laudo (19 de enero de 2007); *Bilcon of Delaware vs. Canada*, Tribunal Permanente de Arbitraje (PCA, por sus siglas en inglés), caso N.º 2009-04, laudo sobre jurisdicción y responsabilidad (17 de marzo de 2015); *Windstream Energy LLC vs. Canadá*, PCA, laudo (27 de septiembre de 2016).
 84. Varios casos que plantean este problema surgieron de los esfuerzos de Ecuador por imponer “impuestos a las ganancias extraordinarias” a las compañías petroleras cuando subieron los precios del petróleo. Aunque los contratos subyacentes no contenían disposiciones de estabilización, varios tribunales concluyeron que los cambios en el marco fiscal por encima de cierto punto violaban la obligación de trato justo y equitativo. Véase, por ejemplo, *Murphy Exploration & Production Company International vs. Ecuador*, caso N.º AA434 (2012-16), PCA, laudo final (10 de febrero de 2017) y laudo final parcial (6 de mayo de 2016); *Occidental Petroleum Corp. vs. Ecuador*, caso del CIADI N.º ARB/06/11, laudo (5 de octubre de 2012); *Perenco Ecuador Ltd. vs. Ecuador*, caso del CIADI N.º ARB/08/6, decisión sobre cuestiones pendientes de jurisdicción y responsabilidad (12 de septiembre de 2014). Otros casos relevantes surgieron en el contexto de la crisis financiera de la Argentina. Véase el debate de casos en Lise Johnson y Alexander Volkov, “Investor-State Contracts, Host-State Commitments and the Myth of Stability in International Law” (Contratos entre inversionistas y estados, “compromisos” de los estados anfitriones y el mito de la estabilidad en el derecho internacional) (2013) 24 *American Review of International Arbitration* (Revisión de los Estados Unidos del arbitraje internacional) 361.
 85. Véase, por ejemplo, *Occidental Petroleum Corp.* (N.º 84), en donde se sostiene que la rescisión del contrato del gobierno de acuerdo con las disposiciones contractuales violó el requisito de proporcionalidad del tratado de inversión.
 86. *Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding* (Informe del grupo de trabajo ICCA-Queen Mary sobre la financiación de terceros), Consejo Internacional de Arbitraje Comercial, de próxima publicación, capítulo 8.
 87. Véase, por ejemplo, *Occidental Petroleum Corp.* (N.º 84): permite al inversionista/demandante evitar las consecuencias de una disposición contractual que faculta al gobierno a rescindir el contrato y beneficiarse de una cláusula de estabilización implícita que limita eficazmente el impuesto a las ganancias extraordinarias del gobierno; *Teco Guatemala Holdings vs. Guatemala*, caso del CIADI N.º ARB/10/23, laudo (19 de diciembre de 2013) y decisión sobre nulidad (5 de abril de 2016): en el laudo, el tribunal determinó que existió una violación procesal en el método mediante el cual fueron calculadas las tarifas pero luego le adjudicó al demandante el valor de los aranceles que solicitó como si sus derechos conforme a la concesión debieran recibir esas tarifas. La decisión fue confirmada en la anulación.
 88. Los gobiernos a menudo firman contratos entre inversionistas y estados con empresas que, si están cubiertas por tratados de inversión, pueden presentar demandas de ISDS. Lo que es más importante, los inversionistas de esas empresas también pueden posiblemente presentar sus propias demandas entre inversionistas y estados, lo que resulta en múltiples demandas que surgen de la misma concesión y la misma conducta del gobierno. Véase, por ejemplo, *Urbaser SÁ vs. Argentina*, caso del CIADI N.º ARB/07/26, laudo (8 de diciembre de 2016); *Impregilo vs. Argentina*, caso del CIADI N.º ARB/07/17, laudo (21 de junio de 2011). Ambos casos surgieron de la misma concesión de servicios de agua en Argentina y del tratamiento del gobierno de esa concesión. El contrato de concesión había sido suscrito entre Aguas del Gran Buenos Aires (AGBA) y la Provincia de Buenos Aires. Urbaser e Impregilo eran accionistas de AGBA.
 89. Ver discusiones en Brooke Guven y Lise Johnson, “PPPs and ISDS: A Risky Combination” (PPP e ISDS: una combinación riesgosa), de próxima aparición, blog de políticas de inversión de UNCTAD; Lise Johnson, “The Impact of Investment Treaties on Governance of Private Investment in Infrastructure” (El impacto de los tratados de inversión sobre la gobernanza de la inversión privada en infraestructura), 2014, Robert Schuman Centre for Advanced Research Studies, documento de investigación N.º. RSCAS 2014/32.
 90. Johnson y Volkov (N.º 84) analizan cómo los tribunales de EE. UU., por ejemplo, se negarían a hacer cumplir las promesas de futuros resultados o tratamiento de reglamentación si esas promesas no fueran válidas en términos de fondo y forma en virtud de la legislación nacional.
 91. Véase, por ejemplo, In re *Attorney General of Canada vs. Clayton*, notificación de aplicación, archivo del tribunal N.º: T-1000-15 (16 de junio de 2015). En esta presentación, el gobierno de Canadá estableció que la decisión del tribunal contra él en *Bilcon vs. Canadá* (N.º 83) “usurp[ó] la función de revisión judicial de los tribunales canadienses”.
 92. Véase, por ejemplo, *Philip Morris Asia Limited vs. Australia*, caso del PCA N.º 2012-12, laudo sobre admisibilidad y jurisdicción (17 de diciembre de 2015). Véase también Ashurst, “Developments in Investor-State Arbitration: Thinking Outside the Box” (Desarrollos del arbitraje entre inversionistas y estados: creatividad), *Arbflash*, 1 de mayo de 2016, < <https://www.ashurst.com/en/news-and-insights/legal-updates/developments-in-investor-state-arbitration-thinking-outside-the-box-arbflash-may-2016/>>, visitado el 27 de febrero de 2018. “Se tardó cuatro años y medio en obtener una decisión sobre jurisdicción solamente. Si bien muchos de los materiales no son públicos, una revisión de las órdenes de procedimiento demuestra que se dedicó una gran cantidad de tiempo a la resolución de un problema preliminar. Ese tiempo y costo pueden ser un desincentivo para que los estados (particularmente los más pequeños) adopten medidas de regulación que puedan derivar en la presentación de demandas: quizás no sea probable impedir que los estados adopten medidas de importancia política/nacional, pero pueden verse afectadas las reformas más modestas/técnicas”.
 93. Jonathan Bonnitcha, *Substantive Protection under Investment Treaties: A Legal and Economic Analysis* (Protección de fondo en virtud de los tratados de inversión: análisis legal y económico), Cambridge University Press 2014, 127. Se cita a Kyla Tienharra, “Regulatory Chill and the Threat of Arbitration: A View from Political Science” (El aplacamiento de la regulación y la amenaza del arbitraje: visión de la ciencia política) en *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration* (Evolución del arbitraje y la ley de tratados de inversión), Cambridge University Press 2011, 606, 615.
 94. Esta cuestión también ha sido planteada por Bonnitcha (N.º 92) 118-127.
 95. Véase, por ejemplo, Agnieszka Zarowna, “Termination of BITs and Sunset Clauses – What Can Investors in Poland Expect?” (Rescisión de TBI y cláusulas de caducidad: ¿qué pueden esperar los inversionistas en Polonia?), *Blog de arbitraje de Kluwer*, 28 de febrero de 2017, <<http://kluwerarbitrationblog.com/2017/02/28/booked-22-february-polish-bits/>>, visitado el 20 de agosto de 2017. Observa que la República Checa, Indonesia y Perú han rescindido al menos algunos de sus tratados, junto con las cláusulas de supervivencia de los tratados.
 96. Esta facultad está reconocida en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, art. 31 (3). También está previsto en los AI que expresamente otorgan a las partes del tratado del estado el derecho a efectuar presentaciones en las controversias (véase, por ejemplo, TLCAN, art. 1128) y emitir interpretaciones vinculantes (véase, por ejemplo, TLCAN, arts. 1131, 1132), y en algunas normas arbitrales, en particular, las Normas de la CNUDMI sobre la transparencia en el arbitraje entre inversionistas y estados basado en tratados: Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (abierta para su firma el 23 de mayo de 1969, entró en vigor el 27 de enero de 1980), 1155 UNTS 3311 (CVDT); Tratado de Libre Comercio de América del Norte, firmado entre Canadá, México y los Estados Unidos, 8, 11, 14 y 17 de diciembre de 1992, 32 ILM 289 y 605 (TLCAN); Normas de la CNUDMI sobre la transparencia en el arbitraje entre inversionistas y estados basado en tratados (2014), art. 5. Para conocer los debates sobre estos temas, véase, por ejemplo, Anthea Roberts, “Power and Persuasion in Investment Treaty Interpretation: The Dual Role of States” (Poder y persuasión en la interpretación de los tratados de inversión) (2010) 104, *American Journal of International Law* (Diario estadounidense sobre derecho internacional) 179; Kathryn Gordon y Joachim Pohl, “Investment Treaties Over Time – Treaty Practice and Interpretation in a Changing World” (Tratados de inversión a lo largo del tiempo: interpretación y práctica de tratados en un mundo cambiante) (2015), documentos de trabajo de la OCDE sobre inversión internacional 2015/02 <<http://www.oecd.org/investment/investment-policy/WP-2015-02.pdf>>, visitado el 20 de agosto de 2017; Lise Johnson, “Ripe for Refinement: The State’s Role in Interpretation of FET, MFN, and Shareholder Rights” (Listo para su perfeccionamiento: el rol del estado en la interpretación del TJE, la NMF y los derechos de los accionistas) (2015), documento de trabajo de GEG 2015/101 <http://ccsi.columbia.edu/files/2015/05/GEG-WP_101-Ripe-for-Refinement-The-States-Role-in-Interpretation-of-FET-MFN-and-Shareholder-Rights-Lise-Johnson_0.pdf>, visitado el 20 de agosto de 2017.
 97. La India ha tomado estas medidas en su búsqueda por aclarar los tratados a través de interpretaciones y rescindir los tratados existentes: Gobierno de la India, Ministerio de Economía, “Issuing Joint Interpretative Statements for Indian Bilateral Investment Treaties” (Expedición de declaraciones interpretativas conjuntas para los tratados bilaterales de inversión de la India), Memorando de la oficina, 8 de febrero de 2016, <http://indianbusiness.nic.in/newdesign/upload/Consolidated_Interpretive-Statement.pdf>, visitado el 27 de febrero de 2018. Para conocer los comentarios, véase, por ejemplo, Sarthak Malhotra, “India’s Joint Interpretive Statement for BITs: An Attempt to Slay the Ghosts of the Past” (Declaración de interpretación conjunta de la India respecto de los TBI: intento por hacer desaparecer los fantasmas del pasado), *Investment Treaty News* (Noticias sobre tratados de inversión), 12 de diciembre de 2016, <https://www.iisd.org/itn/2016/12/12/indias-joint-interpretive-statement-for-bits-an-attempt-to-slay-the-ghosts-of-the-past-sarthak-malhotra/>, visitado el 27 de febrero 2018.
 98. Véase, por ejemplo, Johnson y Volkov (N.º 84).
 99. La evidencia anecdótica indica que no es común que los gobiernos involucren a funcionarios de organismos o ministerios “no económicos” en el desarrollo de políticas de tratados de inversión o en la forma en que se llevarán a cabo las negociaciones. Sin embargo, existen algunos ejemplos de países, como los Estados Unidos, que sí proporcionan esa información.
 100. Al formular su política de tratados de inversión, Brasil consultó a sus inversionistas y, finalmente, adoptó un modelo que no incluye ISDS, protecciones contra la expropiación o requisitos de TJE, pero incluye otras características, como un defensor del pueblo para identificar y resolver las barreras que enfrentan los extranjeros inversionistas.
 101. Yoram Z. Hafel y Alexander Thompson, “Delayed ratification: the domestic fate of bilateral investment treaties” (Ratificación demorada: el destino nacional de los tratados bilaterales de inversión) (2013) 67 *International Organization* (Organización internacional) 355.
 102. Véase, Lise Johnson, Lisa Sachs y Jeffrey Sachs, “Investor-State Dispute Settlement, Public Interest and U.S. Domestic Law” (Solución de controversias entre inversionistas y estados, interés público y derecho nacional), *CCSI Policy Paper* (Documento sobre políticas de CCSI) mayo de 2015, <<http://ccsi.columbia.edu/files/2015/05/Investor-State-Dispute-Settlement-Public-Interest-and-U.S.-Domestic-Law-FINAL-May-19-8.pdf>>, visitado el 27 de febrero de 2018.
 103. Los Estados Unidos, por ejemplo, recientemente se tomaron tres años para revisar su TBI modelo. La iniciativa emprendida por Sudáfrica, Brasil, Ecuador, India y la UE también involucra esfuerzos de varios años y ha utilizado diversas estrategias para involucrar a las diferentes partes interesadas.



Columbia Center on Sustainable Investment

A JOINT CENTER OF COLUMBIA LAW SCHOOL
AND THE EARTH INSTITUTE, COLUMBIA UNIVERSITY

ccsi.columbia.edu

**Columbia Center on
Sustainable Investment**

Jerome Greene Hall
435 West 116th Street
New York, NY 10027
Phone: +1(212) 854-1830
Fax: +1(212) 854-7946