



# 12th Annual Forum of Developing Country Investment Negotiators

February 27 – March 1, 2019, Cartagena, Colombia

## INFORME DE LA REUNIÓN

# Cambiando el Derecho Internacional de Inversiones hacia el Desarrollo Sostenible: Estrategias de renegociación, reforma y defensa



# 12th Annual Forum of Developing Country Investment Negotiators

February 27 – March 1, 2019, Cartagena, Colombia

## Resumen ejecutivo

El 12.º Foro Anual de Negociadores de Inversión de Países en Desarrollo (el Foro) tuvo lugar en Cartagena, Colombia, entre el 27 de febrero y el 1 de marzo de 2019. Fue organizado conjuntamente por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado de Colombia, el Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible (IISD, por sus siglas en inglés) y el Centro del Sur. Retomando el éxito de foros anteriores, el evento reunió a más de 90 participantes, entre los que se encontraban representantes de los gobiernos de 50 países en desarrollo y 11 organizaciones regionales e internacionales.

El eje temático del Foro fue "Cambiando el Derecho Internacional de Inversiones hacia el Desarrollo Sostenible: Estrategias de renegociación, reforma y defensa". Los participantes analizaron las prioridades y objetivos de las reformas sustanciales y procedimentales de los tratados de inversión y la solución de controversias entre inversores y Estados (ISDS, por sus siglas en inglés), por ejemplo, en los actuales procesos de reforma regionales y multilaterales, así como alternativas bilaterales tales como la terminación y la renegociación. Asimismo, los participantes exploraron un abanico de opciones estratégicas para que los países en desarrollo aprovechen al máximo los avances en el derecho y las políticas de los tratados de inversión a fin de alcanzar sus objetivos y mejorar sus estrategias de defensa.

El foco de los debates estuvo puesto en nuevos desarrollos, procesos y tendencias que se están dando actualmente en el campo del derecho y las políticas de inversión internacionales. Entre ellos se encuentran el proceso del Grupo de Trabajo III de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), la propuesta de la Unión Europea de un Tribunal Multilateral de Inversiones, la conclusión del Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá (T-MEC), y la decisión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso *Slovak Republic v. Achmea B.V* (la sentencia *Achmea*). También se incluyen el proceso relativo al protocolo de inversión para el Área Continental Africana de Libre Comercio (AfCFTA, por sus siglas en inglés) y la creciente tendencia a renegociar la terminación de tratados. Por otra parte, los participantes compartieron sus experiencias en materia de elaboración e implementación de estrategias y agendas de reforma en los planos nacionales y regionales, así como experiencias prácticas en torno a los procesos de solución de controversias y negociación.

Los puntos de vista expresados por los panelistas y participantes del Foro coincidieron en una serie de ideas clave, incluidas las siguientes:



# 12th Annual Forum of Developing Country Investment Negotiators

February 27 – March 1, 2019, Cartagena, Colombia



- Los países en desarrollo han forjado, y pueden seguir forjando, reformas sustantivas y procedimentales del derecho y las políticas de inversión internacionales, y deberían aprovechar al máximo su lugar en los ámbitos nacionales y regionales a los fines de fomentar cambios en los foros multilaterales.
- Si bien los actuales procesos de reforma han procurado separar las cuestiones procedimentales de las cuestiones sustantivas (centrándose solo en las primeras), ambas deberían influenciarse y forjarse mutuamente. Las cuestiones sustanciales son vitales para garantizar que los objetivos de desarrollo sostenible se popularicen en el derecho y las políticas de inversión internacionales. Por ende, los países en desarrollo deberían preservar su capacidad de participar en reformas amplias e integrales en los ámbitos nacionales, regionales y multilaterales, en el caso de que los resultados de los procesos actuales no aborden los problemas de manera holística.
- La clave para que los países en desarrollo puedan fomentar cambios y forjar reformas en los foros multilaterales pasa por mejorar la coordinación y la cohesión entre ellos, compartir experiencias y opciones tendientes a la innovación en materia de políticas, y cooperar con miras al desarrollo de capacidades.
- Existen varias alternativas al modelo tradicional de ISDS, las cuales deberían ser exploradas en profundidad, adaptadas al contexto, y adoptadas donde resulte apropiado.

La agenda del Foro se encuentra disponible en <https://www.iisd.org/event/12th-annual-forum-developing-country-investment-negotiators>



# 12th Annual Forum of Developing Country Investment Negotiators

February 27 – March 1, 2019, Cartagena, Colombia

## Índice

<b>RESUMEN EJECUTIVO .....</b>	<b>2</b>
<b>ABREVIACIONES Y SIGLAS.....</b>	<b>5</b>
<b>DÍA 1 - MIÉRCOLES 27 DE FEBRERO DE 2019 .....</b>	<b>6</b>
Ceremonia de apertura .....	6
Sesión 1: Avances recientes en materia del desarrollo del derecho y de políticas internacionales de inversión .....	6
Sesión de Trabajo en Grupos 1: Intercambio de experiencias sobre los objetivos y las prioridades de reforma de los países .....	9
Sesión 2: Análisis de los actuales procesos regionales y multilaterales en las políticas y el derecho de los tratados de inversión .....	10
Sesión 3: Aprovechamiento de los avances en las políticas y el derecho de los tratados de inversión para lograr los objetivos de los países en desarrollo y mejorar las estrategias de defensa .....	12
<b>DÍA 2 - JUEVES 28 DE FEBRERO DE 2019 .....</b>	<b>15</b>
Sesión 4: Avances recientes en las negociaciones y arbitrajes sobre inversiones basadas en tratados, y su repercusión en las reformas: la perspectiva de un abogado .....	16
Sesión 5: Participación bilateral y multilateral en la renegociación y rescisión: intercambio de experiencias .....	19
Sesión de Trabajo en Grupos 2: Diseño de estrategias para solucionar el problema de los tratados desactualizados .....	21
Sesión 6: Relación entre las cuestiones de procedimiento y las cuestiones de fondo.....	21
<b>DÍA 3 - VIERNES 1 DE MARZO DE 2019 .....</b>	<b>24</b>
Sesión 7: Participación multilateral para rediseñar la solución de controversias relacionadas con las inversiones .....	24
Sesión de Trabajo en Grupos 3: Diseño de resultados óptimos en el proceso de la CNUDMI para los países en desarrollo.....	28
Debate abierto: Construcción de grupos y coaliciones y estrategias para fomentar las prioridades de los países en desarrollo en los procesos internacionales y regionales.....	28
CEREMONIA DE CIERRE.....	29
<b>ANEXO 1: POTENCIALES RESULTADOS DEL GRUPO DE TRABAJO III DE LA CNUDMI PROS Y CONTRAS (SESIÓN DE TRABAJO DE GRUPOS 3).....</b>	<b>30</b>
Resultado potencial 1: no se logra ningún resultado ni ninguna reforma en la CNUDMI .....	30
Resultado potencial 2: Mejoras procedimentales en el arbitraje inversor-Estado .....	32
Resultado potencial 3: se amplía el acceso al proceso para que otras partes interesadas afectadas puedan participar en calidad de demandantes o terceros intervinientes .....	33
Resultado potencial 4: se mantiene la ISDS, agregando como requisito el agotamiento de los recursos internos antes de recurrir a ella .....	34
Resultado potencial 5: se limita el alcance del arbitraje inversor-Estado (p. ej. en casos de corrupción, fraude, etc.) .....	37
Resultado potencial 6: ISDS con un mecanismo recursivo .....	38
Resultado potencial 7: tribunal de justicia multilateral inversor-Estado con un mecanismo recursivo .....	39
Resultado potencial 8: se reemplaza la ISDS por un sistema de arreglo de diferencias Estado-Estado .....	41



# 12th Annual Forum of Developing Country Investment Negotiators

February 27 – March 1, 2019, Cartagena, Colombia

## Abreviaciones y siglas

ACFI	Acuerdo de Cooperación y Facilitación de Inversiones
AECG	Acuerdo Económico y Comercial Global
CARICOM	Comunidad del Caribe
CIADI	Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones
CNUDMI	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
IED	inversión extranjera directa
IISD	Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible
IMMCI	Instrumento Modelo para el Manejo de Controversias relativas a Inversiones del Tratado sobre la Carta de la Energía
ISDS	solución de controversias inversor-Estado
NMF	nación más favorecida
PAIC	Código Panafricano de Inversiones
T-MEC	Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá
TBI	tratado bilateral de inversión
TJE	trato justo y equitativo
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TMI	Tribunal Multilateral de Inversiones
UE	Unión Europea
UNCTAD	Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo



## DÍA 1 - MIÉRCOLES 27 DE FEBRERO DE 2019

### Ceremonia de apertura

La apertura del Foro estuvo a cargo del **Honorable José Manuel Restrepo** (Ministro de Comercio, Industria y Turismo de Colombia), el **Honorable Camilo Gómez Alzate** (Director de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado [ANDJE]), la **Sra. Nathalie Bernasconi** (Directora del Grupo de Derecho y Políticas en Materia Económica del Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible [IISD]) y el **Sr. Carlos Correa** (Director Ejecutivo del Centro Sur).

Tras dar la bienvenida a los participantes en nombre del gobierno de Colombia, el **Sr. Alzate** hizo hincapié en el creciente número de costosos procedimientos arbitrales sobre inversiones que afrontan los gobiernos, incluido el de Colombia, que en los últimos tres años recibió numerosas notificaciones de demandas. El Sr. Alzate afirmó que, si bien Colombia no está evaluando desvincularse de los pactos en los que actualmente es parte, hace falta adaptar el contenido de los tratados de inversión de modo tal que reflejen más apropiadamente los intereses de los países en desarrollo, particularmente en el proceso de solución de controversias entre inversores y Estados (ISDS, por sus siglas en inglés). El **Sr. Restrepo** resaltó una serie de avances recientes en el derecho internacional de inversiones que hacen que el Foro de este año sea particularmente relevante. Destacó la importancia del proceso de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), la conclusión del Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá (T-MEC) y la sentencia *Achmea*<sup>1</sup> como tres avances fundamentales que sin duda estarían presentes en los debates.

La **Sra. Bernasconi** y el **Sr. Correa** agradecieron a los anfitriones, patrocinadores y participantes del evento, subrayaron algunos de los temas clave a discutir, y mostraron su entusiasmo por debatir los objetivos e intereses comunes de los países en desarrollo.

### Sesión 1: Avances recientes en materia del desarrollo del derecho y de políticas internacionales de inversión

En la primera sesión del Foro se habló acerca de las tendencias y desarrollos recientes en las negociaciones, el derecho y la creación de políticas en materia de inversiones

<sup>1</sup> *Slovak Republic v. Achmea B.V.* Los documentos del caso se encuentran disponibles en <http://curia.europa.eu/juris/documents.jsf?num=C-284/16>



# 12th Annual Forum of Developing Country Investment Negotiators

February 27 – March 1, 2019, Cartagena, Colombia

internacionales. La facilitadora de esta sesión fue **Yewande Sadiku** (Secretaria Ejecutiva/CEO de la Comisión Nigeriana para la Promoción de Inversiones).

La Sra. **Elisabeth Tuerk** (Jefa de la Sección de Tratados Internacionales de Inversión de la División de Inversión y Empresas de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo [UNCTAD, por sus siglas en inglés]) presentó las tendencias mundiales en materia de creación de políticas de inversión sobre la base del *Informe sobre las Inversiones en el Mundo* de 2017 elaborado por la UNCTAD, datos preliminares del 2018 y la base de datos sobre Tratados Internacionales de Inversión de la UNCTAD. Señaló que la cantidad de tratados concluidos anualmente está creciendo más lentamente que en los últimos años, y que hay elementos que evidencian que está habiendo terminaciones (en la mayoría de los casos unilaterales), si bien es más difícil realizar un seguimiento de este punto. Los inversores siguen aplicando la ISDS contra los Estados, recurriendo, por lo general, a tratados "tradicionales". La Sra. Tuerk presentó un análisis comparativo entre tratados más antiguos (concluidos antes del 2000) y recientes (concluidos en el 2017), en el cual mostró que los tratados más nuevos evidencian diferencias sustanciales y, en general, son mejores desde el punto de vista del desarrollo sostenible. En cuanto a la cuestión de reformas más amplias, la Sra. Tuerk repasó las diversas opciones a las que recurren los Estados, entre ellas, las interpretaciones conjuntas, enmiendas, terminaciones y renegociaciones, compromisos multilaterales y el abandono de tratados no ratificados. También hizo hincapié en que las reformas deberían ser holísticas (abarcando cuestiones sustanciales y procedimentales) e inclusivas y centrar su atención en la consecución de objetivos de desarrollo sostenible.

El Sr. **Marcelo Salazar** (Director de Comercio Exterior del Ministerio de Industria, Comercio y Mipymes) compartió novedades sobre el proceso de la CNUDMI, enfocándose en los resultados del segundo encuentro regional celebrado en la República Dominicana en febrero de 2019. El Sr. Salazar reiteró el mandato de tres fases otorgado al Grupo de Trabajo III de la CNUDMI y, a continuación, resumió las tres principales series de inquietudes identificadas por dicho grupo: 1) inquietudes acerca de la consistencia, coherencia, certidumbre y precisión de los fallos arbitrales; 2) inquietudes en torno a las cualidades de quienes adoptan las decisiones en los procedimientos de ISDS, incluida su idoneidad, imparcialidad y diversidad; y 3) inquietudes referentes a la duración y los costos de los procedimientos de ISDS. Posteriormente, el Sr. Salazar habló sobre los resultados del encuentro regional de Latinoamérica. En este sentido, se refirió a un evento que contó con la participación de 30 Estados, así como de organizaciones no gubernamentales y demás partes interesadas, que desempeñaron un importante rol de concientización acerca del proceso del Grupo de Trabajo III de la CNUDMI. El encuentro hizo hincapié en la necesidad de contar con tratados equilibrados que contemplen derechos y obligaciones para los inversores y los Estados, la necesidad de que los Estados latinoamericanos se involucren en



# 12th Annual Forum of Developing Country Investment Negotiators

February 27 – March 1, 2019, Cartagena, Colombia

el proceso de reforma en los planos interno y multilateral, y la necesidad de capacitación y educación en cuestiones relativas a la ISDS.

El **Sr. Prudence Sebahizi** (Asesor Técnico Principal y Jefe de la Unidad CFTA del Departamento de Comercio e Industria de la Comisión de la Unión Africana) compartió con el Foro algunas novedades en torno a la situación del Protocolo de Inversiones del Área Continental Africana de Libre Comercio (AfCFTA, por sus siglas en inglés). El Sr. Sebahizi comenzó refiriéndose a los antecedentes del Tratado de Libre Comercio del AfCFTA, que contempla el comercio de bienes y servicios así como la inclusión de protocolos en materia de inversión, propiedad intelectual y competencia. Habiendo recibido las 22 ratificaciones necesarias, el Tratado del AfCFTA pronto entrará en vigor. Un proceso previo a la conclusión del AfCFTA fue la negociación del Código Panafricano de Inversiones (PAIC) entre el 2008 y el 2016. El Sr. Sebahizi observó que PAIC es un instrumento no vinculante, mientras que el Protocolo de Inversiones, una vez que sea adoptado, pasará a formar parte del Tratado del AfCFTA. Otra diferencia clave es que el PAIC no crea ningún marco institucional, incluso en lo referente a la solución de controversias, que sea aplicable a la regulación de las inversiones en el continente africano. El Sr. Sebahizi también subrayó que el PAIC servirá de inspiración para los redactores y negociadores del Protocolo de Inversiones del AfCFTA.

La **Sra. Samira Sulejmanovic** (Jefa del Departamento de Relaciones Comerciales Bilaterales del Ministerio de Comercio Exterior y Relaciones Económicas de Bosnia y Herzegovina) compartió con el Foro distintos avances logrados en materia de derecho y políticas de inversión en el ámbito de la Unión Europea (UE). La Sra. Sulejmanovic habló acerca del nuevo mecanismo de evaluación de inversiones extranjeras del Parlamento de la UE, que apunta a gestionar los riesgos que se generan cuando los inversores adquieren el control de información sensible, infraestructura y recursos clave. A continuación, destacó la sentencia *Achmea*, en la cual el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) concluyó que la disposición sobre ISDS incluida en el tratado bilateral de inversión (TBI) suscripto entre Eslovaquia y los Países Bajos era incompatible con la normativa de la UE, lo cual motivó que la Comisión Europea instruyera a los Estados miembro a adoptar medidas para poner fin a todos sus TBI intracomunitarios. La Sra. Sulejmanovic también comentó dos recientes avances en materia de creación de tratados en la UE: el Acuerdo Económico y Comercial Global (AECG) firmado entre Canadá y la UE, y el Acuerdo de Protección de las Inversiones entre la UE y Singapur. La UE presentó al Grupo de Trabajo III su propuesta de un Tribunal Multilateral de Inversiones (TMI), el cual, según expuso, aborda de forma adecuada las tres inquietudes sobre ISDS identificadas en el proceso de la CNUDMI. La Sra. Sulejmanovic afirmó que los países en desarrollo que deseen oponerse a estas reformas multilaterales deberán coordinar sus esfuerzos para defender su postura de manera efectiva.





# 12th Annual Forum of Developing Country Investment Negotiators

February 27 – March 1, 2019, Cartagena, Colombia

El Sr. **Daniel Uribe Terán** (Investigador del Centro Sur) expuso ante el Foro acerca de inversiones y derechos humanos. Comenzó su exposición subrayando que, si bien la presión para que se codifiquen las violaciones de los derechos humanos cometidas por empresas multinacionales es relativamente reciente, el reconocimiento de esta cuestión se remonta a la década de los años sesenta. Actualmente existe un grupo de trabajo intergubernamental presidido por Ecuador y Sudáfrica al que se le ha dado el mandato de elaborar un tratado vinculante relativo a negocios y derechos humanos que contemple un mecanismo de reparación para quienes hayan sufrido violaciones a sus derechos humanos por parte de empresas multinacionales. El borrador más reciente impone obligaciones tanto a las empresas transnacionales como a los Estados. El Sr. Uribe explicó que este borrador apunta a alcanzar cuatro objetivos clave: (1) prevenir violaciones a los derechos humanos en el desarrollo de actividades empresariales; (2) garantizar a las víctimas el acceso a remedios efectivos y a la justicia; (3) mejorar la cooperación entre los Estados de origen y los Estados anfitriones, a los fines, entre otros, de investigar las violaciones; y (4) brindar un mecanismo internacional de control. El Sr. Uribe cerró su exposición resaltando los nexos entre este proceso y las reformas en materia de TBI y ISDS actualmente en curso. Señaló que un tratado vinculante sobre negocios y derechos humanos posibilitará una mejor implementación de los objetivos de desarrollo sostenible y ayudará a los tribunales arbitrales en la interpretación de las obligaciones de los inversores en relación con los derechos humanos. El Sr. Uribe instó a incluir en futuros TBI el mecanismo desarrollado por los tratados de derechos humanos.

**Durante la sesión plenaria de preguntas y respuestas**, los participantes destacaron que, en lo que respecta a los procesos de reforma, los países en desarrollo no solo deben coordinar sus esfuerzos, sino también darles continuidad a fin de evitar redundancias. Por otra parte, los participantes reflexionaron acerca de la sentencia *Achmea* y su relevancia e implicancias para los países extracomunitarios que tienen TBI con Estados miembro de la UE.

## Sesión de Trabajo en Grupos 1: Intercambio de experiencias sobre los objetivos y las prioridades de reforma de los países

La facilitadora de esta sesión fue la **Sra. Sarah Brewin** (Asesora en Derecho Internacional, Agricultura e Inversiones del Programa de Derecho y Políticas en Materia Económica de IISD), quien comenzó su participación presentando algunos resultados clave de la encuesta de negociadores de inversiones de países en desarrollo que IISD llevó a cabo en 2018.

Los grupos reducidos debatieron sobre sus prioridades más urgentes en lo que respecta a reformas en materia de derecho de inversiones y solución de controversias, y de sus objetivos en la CNUDMI, el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) y los procesos de reforma regionales, así como los desafíos que actualmente enfrentan en las negociaciones y renegociaciones.

## **Sesión 2: Análisis de los actuales procesos regionales y multilaterales en las políticas y el derecho de los tratados de inversión**

La segunda sesión del primer día analizó en profundidad los mecanismos actuales de reforma en los ámbitos regionales e internacional. Fue convocada por la **Sra. Roslyn Ng'eno** (Gerente de Promoción de Políticas de la Autoridad Nacional de Inversiones de Kenia).

El **Sr. Carlos Correa** (Centro Sur) dio inicio al debate remarcando que el propósito del Foro no es simplemente hablar sobre el statu quo, sino debatir acerca de cómo llevar a cabo reformas que estén en sintonía con los objetivos de desarrollo sostenible. Reconoció que resulta complejo lograr una reforma cuando existen intereses y poderes que quieren mantener el statu quo, incluso en detrimento de los países en desarrollo. El Sr. Correa preguntó si sería posible una reforma sistémica. En la búsqueda de una respuesta a ese interrogante, el Sr. Correa situó el origen del statu quo en la era del Consenso de Washington, cuando el paradigma fue virando hacia privilegiar la protección del inversor por encima de los intereses de las comunidades y los Estados anfitriones. Si bien esto tuvo consecuencias negativas para los países en desarrollo, el Sr. Correa consideró que fue una muestra de la magnitud del cambio de paradigma que podría lograrse, especialmente mediante la cooperación y la voluntad colectiva de los Estados. El mensaje fundamental del Sr. Correa para el Foro fue que hace falta un cambio y que éste es posible.

El **Sr. Martin Dietrich Brauch** (Asesor Jurídico Internacional de IISD) habló sobre las cuestiones que actualmente se están debatiendo en el seno de la CNUDMI respecto de la reforma del sistema de ISDS. El Sr. Brauch recordó el mandato que la CNUDMI le dio al Grupo de Trabajo III en julio de 2017 para debatir una reforma de la ISDS a lo largo de las tres fases antes citadas. Este mandato destaca que el proceso debe ser encabezado por los gobiernos, estar basado en el consenso y ser totalmente transparente, beneficiándose, al mismo tiempo, de la pericia del más amplio espectro posible de expertos. El Sr. Brauch resaltó que los Estados aún tienen la posibilidad de ofrecer recomendaciones adicionales y plantear nuevas inquietudes a lo largo de todo el proceso. Seguidamente, Brauch habló sobre la siguiente reunión del grupo de trabajo a celebrarse en Nueva York en abril de 2019. A este respecto, señaló que los principales temas previstos son el financiamiento de terceros



# 12th Annual Forum of Developing Country Investment Negotiators

February 27 – March 1, 2019, Cartagena, Colombia

y el desarrollo de un plan de trabajo para abordar las inquietudes identificadas. Al momento de redactar este informe, solo ha habido dos presentaciones por parte de Estados miembro. La primera, de Indonesia, plantea una serie de preocupaciones en torno al enfriamiento normativo, la protección del margen regulatorio y la ausencia del requisito de agotar los recursos internos. En la segunda presentación, la UE propuso su idea de un TMI. El Sr. Brauch señaló que el punto del programa titulado "Otras inquietudes" actualmente no está incluido entre los asuntos a debatir en abril. Por otra parte, animó a los delegados a inscribirse y asistir al próximo encuentro (incluso si no son Estados miembro de la CNUDMI), leer los documentos pertinentes, pensar estrategias e intervenir.

La **Sra. Ana María Ordóñez Puentes** (Directora de Defensa Jurídica Internacional de ANDJE, Colombia) habló acerca de la experiencia de Colombia en lo que respecta al espacio de negociación multilateral. La Sra. Ordoñez resaltó que Colombia da gran prioridad a la participación en debates multilaterales, a los fines de promover el entendimiento, proteger los intereses nacionales, transmitir inquietudes y, en última instancia, forjar los resultados finales. Seguidamente, delineó las posturas fundamentales de Colombia en lo atinente a estas reformas: (1) el financiamiento de terceros y la necesidad de una mayor transparencia, (2) la regulación de la actuación de los árbitros, por ejemplo, limitando la cantidad de casos que pueden tomar a fin de garantizar que las controversias que involucran cuestiones de orden público sean tratadas con suficiente tiempo y atención, y sometiendo los laudos arbitrales a un proceso de revisión interna antes de su dictado. Finalmente, la Sra. Ordoñez expuso que Colombia ha participado activamente en el proceso del Grupo de Trabajo III de la CNUDMI a fin de aprovechar la oportunidad para aportar mejoras al actual régimen de ISDS. Por último, manifestó que Colombia tiene una postura cautelosa respecto de la propuesta de un TMI de la UE, puesto que tal institución convertiría el acceso a la ISDS en un proceso estándar en vez de excepcional, y socavaría los mecanismos y recursos del orden interno.

El **Sr. Wamkele Mene** (Director Principal del Área de Relaciones Económicas Multilaterales, Comercio Internacional y Desarrollo Económico en África, perteneciente al Departamento de Comercio e Industria de Sudáfrica) comenzó su exposición comentando el notable progreso alcanzado por los países en desarrollo en la promoción de las inversiones en la agenda de desarrollo sostenible en el transcurso de los últimos 10 años. Remarcó la reacción negativa que experimentó Sudáfrica cuando decidió desvincularse de varios TBI, pero señaló que ninguna de las predicciones que apuntaban a la fuga de inversiones extranjeras directas (IED) se han corroborado. A continuación, el Sr. Mene se refirió a la agenda de reforma vigente. En este punto, comentó que las propuestas planteadas son un paso en la dirección correcta, pero que no avanzan lo suficientemente lejos. Concretamente, hay cuestiones fundamentales relativas a la ISDS que seguirán estando presentes aun si se abordan ciertos defectos procedimentales, p. ej. las violaciones



# 12th Annual Forum of Developing Country Investment Negotiators

February 27 – March 1, 2019, Cartagena, Colombia

al derecho de regular y la falta de equilibrio entre los derechos de los inversores y de las comunidades. Más tarde, el Sr. Mene habló sobre el actual proceso relativo al Protocolo de Inversión de AfCFTA. A este respecto, afirmó que África está frente a la oportunidad de elaborar una serie de normas vinculantes para la promoción y facilitación de inversiones que se aplicarán en 55 países (la mayor área de libre comercio del mundo). Esta oportunidad supone la capacidad de traducir y codificar en un texto legal todas las cuestiones sobre reforma que los países en desarrollo vienen promoviendo desde hace años. El Sr. Mene cerró su participación mencionando que África está en la cúspide de una oportunidad por demás atractiva para elaborar un acuerdo que satisfaga los intereses de las comunidades y los países en desarrollo y, en última instancia, reduzca la pobreza.

**Durante las sesiones plenarias**, los participantes señalaron que existen ciertas limitaciones inherentes que afectan la eficacia de los procesos multilaterales, y que daría la impresión de que las aspiraciones son mucho más elevadas en las iniciativas regionales que en las multilaterales. También se mencionó que las reformas realizadas en el ámbito regional, como el proceso AfCFTA, podrían influenciar los mecanismos regionales. Por otra parte, varios participantes expresaron su apoyo a las prioridades de reforma de Colombia, en particular en lo que respecta al financiamiento de terceros, la reducción de los plazos y costos de los procedimientos, y la necesidad de contar con un código de conducta para los árbitros.

### Sesión 3: Aprovechamiento de los avances en las políticas y el derecho de los tratados de inversión para lograr los objetivos de los países en desarrollo y mejorar las estrategias de defensa

En la última sesión del primer día se examinaron con mayor detalle distintos avances importantes que hubo en negociaciones y arbitrajes recientes, con el propósito de identificar nuevas oportunidades para aprovechar al máximo los procesos y desarrollos actuales y así alcanzar los objetivos de los países en desarrollo. La moderadora de la sesión fue la **Sra. Patience Okala** (Subdirectora y Asesora Legal de la Comisión Nigeriana para la Promoción de Inversiones).

**El Sr. Makane Moïse Mbengue** (Profesor de Derecho Internacional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Ginebra) dio inicio a la sesión con tres reflexiones sobre los avances exhibidos en África en materia de derecho internacional de las inversiones que evidencian que los países en desarrollo pueden crear tendencias en esta área. El primero fue la decisión plasmada en los borradores del PAIC de excluir el estándar de trato justo y equitativo (TJE) e incluir obligaciones sustanciales en cabeza de los inversores. El segundo fue la decisión de la Comunidad de Desarrollo de África Austral de revisar su protocolo



## 12th Annual Forum of Developing Country Investment Negotiators

February 27 – March 1, 2019, Cartagena, Colombia



El futuro  
es de todos

Gobierno  
de Colombia

sobre financiamiento e inversiones a fin de eliminar la posibilidad de recurrir a la ISDS. Todas estas decisiones fueron fuertemente criticadas en su momento; sin embargo, hoy se las considera reformas que crearon una tendencia. A continuación, el Sr. Mbengue describió dos avances importantes producidos en el campo del derecho internacional de inversiones en 2018, los cuales validaron y reforzaron las tendencias antes descritas. Éstos fueron la sentencia *Achmea* y la conclusión del T-MEC, que significaron una condena a muerte para la ISDS. El Sr. Mbengue explicó que los tres principios que motivaron los avances plasmados en *Achmea* y el T-MEC son la soberanía, el derecho a regular, y la autonomía regulatoria. En este sentido, instó a los países en desarrollo a incorporar estos tres principios a sus estrategias de reforma, renegociación y defensa.

La **Sra. María Paula Arenas Quijano** (Abogada de la ANDJE de Colombia) compartió la estrategia de Colombia para evitar y manejar las disputas sobre inversiones, a la luz del Instrumento Modelo para el Manejo de Controversias relativas a Inversiones (IMMCI) de la Secretaría de la Carta de la Energía. Tras una presentación de las principales características del IMMCI, la Sra. Arenas compartió las estrategias de Colombia para evitar y manejar las disputas en materia de inversiones, desarrollada a partir de sus recientes experiencias como Estado demandado. Ésta incluye un marco institucional y regulatorio claro para manejar las demandas y controversias, una gestión eficiente de la información, documentación y pruebas, y procedimientos de coordinación a seguir en caso de una disputa. No obstante, la Sra. Arenas destacó que esto no ha sido suficiente para evitar nuevas controversias, por lo cual actualmente se está trabajando en estrategias adicionales. Dentro de ellas se incluye la generación de mayor conciencia entre las entidades gubernamentales acerca de los compromisos asumidos por Colombia en los tratados de inversión, incluido el significado de ciertas protecciones sustantivas fundamentales; el establecimiento de un protocolo de comunicación para los funcionarios que se relacionan con inversores extranjeros; y el desarrollo de guías claras y simples para las entidades gubernamentales sobre cómo manejar una demanda de ISDS.

El **Sr. Vaibhav Rundwal** (Subdirector del Área de Inversiones del Departamento de Asuntos Económicos del Ministerio de Finanzas de la India) comenzó su participación ofreciendo un panorama general de las cuestiones sustanciales y procedimentales que han motivado la reacción negativa hacia los tratados de inversión que se observa hoy en día. Seguidamente, destacó una serie de aspectos fundamentales para los países en desarrollo que surgen de los procesos de la CNUDMI, el T-MEC y el IMMCI de la Secretaría de la Carta de la Energía. El Sr. Rundwal afirmó que, entre los desarrollos clave vinculados al texto del T-MEC, se observan aclaraciones de los estándares de TJE y de protección y seguridad plena, así como aclaraciones sobre el concepto de expropiación indirecta y compensación. Destacó que estos elementos no constituyen un cambio de políticas sino más bien una reafirmación por parte de los Estados de la finalidad originaria de estas obligaciones. A



# 12th Annual Forum of Developing Country Investment Negotiators

February 27 – March 1, 2019, Cartagena, Colombia

continuación, el Sr. Rundwal habló sobre el Tratado de la Carta de la Energía. En este punto, mencionó algunas de las dificultades que supone la implementación del IMMCI, entre ellas, lograr un equilibrio adecuado entre resolución eficiente y enfriamiento regulatorio, coordinar los desafíos en los países en desarrollo, y la dificultad que enfrentan los funcionarios públicos a la hora de aceptar soluciones de disputas en nombre del Estado. En cuanto a la implementación del IMMCI, el Sr. Rundwal hizo hincapié en que los países en desarrollo deberían desarrollar una solución que funcione en sus respectivas circunstancias. Respecto del proceso de la CNUDMI, se enfocó en la propuesta de un TMI de la UE, señalando sus pros y contras. Como cierre de su presentación, el Sr. Rundwal dio algunos consejos a los negociadores de inversiones de los países en desarrollo, entre ellos, no descuidar otras vías para atraer IED, tales como reformas institucionales y la adopción de políticas nacionales predecibles, transparentes y eficientes.

El **Sr. Nicolás Palau van Hissenhoven** (Director de Inversión Extranjera, Servicios y Propiedad Intelectual del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo de Colombia) habló acerca del impacto de la sentencia *Achmea* en los TBI extracomunitarios, es decir, aquellos celebrados entre Estados miembro de la UE y Estados no miembro. A este respecto, el Sr. Palau destacó dos elementos clave de la decisión del TJUE: que, por su propia naturaleza, los tribunales arbitrales funcionan por fuera del ordenamiento jurídico de la UE, y que, no obstante ello, dichos tribunales deben igualmente aplicar la normativa europea. Esto condujo al TJUE a la conclusión de que no se puede garantizar que las interpretaciones de los tribunales arbitrales respeten el marco legal de la UE y reflejen la confianza mutua entre los países de la UE. El Sr. Palau planteó que, si bien uno de los Abogados Generales del TJUE declaró recientemente que la sentencia *Achmea* no tiene incidencia en el AECG, se deduce que dicha decisión ciertamente sería aplicable a los TBI extracomunitarios. De hecho, en muchos casos, los procedimientos iniciados al amparo de esos TBI requerirían igualmente que un tribunal extracomunitario interprete y aplique el derecho de la UE. En virtud de ello, el Sr. Palau concluyó que el TJUE deberá decidir su postura con respecto a los 1400 TBI extracomunitarios. Independientemente de tal pronunciamiento, es probable que la incertidumbre en torno al resultado alimente aún más la propuesta de la UE de establecer un TMI y la sensación de que es imperativo negociar que el arbitraje de ISDS sea reemplazado por dicho foro.

La **Sra. Opeyemi Temitope Abebe** (Asesora en Competitividad Comercial de la Dirección de Comercio, Océanos y Recursos Naturales de la Secretaría del Commonwealth) manifestó sus dudas respecto de que el T-MEC realmente marque el comienzo del fin de la ISDS, como otros oradores sugirieron. No obstante, señaló que es de vital importancia que los países en desarrollo tomen nota de este avance y lo aprovechen al máximo en sus negociaciones con los países parte del T-MEC. De hecho, podría cuestionarse la postura ambivalente de estos países conforme a la cual la ISDS es inadecuada en algunos casos y al



# 12th Annual Forum of Developing Country Investment Negotiators

February 27 – March 1, 2019, Cartagena, Colombia

mismo tiempo es requerida en las negociaciones con los países en desarrollo. Lo mismo puede afirmarse respecto de otros aspectos de las reformas sustanciales y procedimentales hallados en el AECG. En la misma línea de pensamiento, la Sra. Abebe sostuvo que el TMI no representa el fin de la ISDS y no debería desviar la atención de las preguntas fundamentales: ¿Los países en desarrollo desean reformar el sistema de ISDS? ¿O quieren generar un consenso multilateral de que la ISDS no funciona y que es necesario probar algo diferente? En lo que respecta al segundo punto, algunas alternativas clave son el agotamiento de los recursos internos y la solución de diferencias Estado-Estado. Los países en desarrollo han de evaluar cuidadosamente cómo utilizar los actuales procesos de reforma para comenzar a implementar reformas bilaterales o multilaterales que estén en sintonía con sus objetivos. La Sra. Abebe cerró su exposición advirtiendo a los delegados del potencial enfriamiento regulatorio que podría producir el IMMCI de la Secretaría de la Carta de la Energía del Tratado sobre la Carta de la Energía, y recomendándoles que eviten compromisos vinculantes específicos susceptibles de derivar en la cancelación de políticas que contemplan medidas para prevenir y manejar controversias.

**Durante la sesión plenaria**, los participantes manifestaron su preocupación en torno a las formulaciones circulares del derecho a regular, según las cuales toda regulación que sea necesaria ha de redactarse "de un modo coherente" con el acuerdo, así como a la necesidad de garantizar la efectividad de este principio clave para los países en desarrollo. Por otra parte, reflexionaron acerca de la postura ambivalente de algunos países desarrollados en lo que respecta a las reformas de la ISDS.

## DÍA 2 - JUEVES 28 DE FEBRERO DE 2019

*[Antes del inicio de las principales sesiones del Foro, se invitó a los delegados africanos a una breve sesión informativa durante el desayuno referente a las negociaciones del protocolo de inversión de la AfCFTA. Esta sesión informativa estuvo a cargo del Sr. Prudence Sehahizi, (Asesor Técnico Principal y Jefe de la Unidad AfCFTA de la Comisión de la Unión Africana) y el Sr. Martin Kohout (Funcionario Asociado de Asuntos Económicos de la Comisión Económica de las Naciones Unidas para África) y fue facilitada por IISD.]*



## Sesión 4: Avances recientes en las negociaciones y arbitrajes sobre inversiones basadas en tratados, y su repercusión en las reformas: la perspectiva de un abogado

En esta sesión, los panelistas compartieron sus experiencias en relación con los avances en materia de negociación y arbitraje de inversiones y analizaron sus efectos en los debates, procesos y negociaciones internacionales, incluidos aquellos relativos a la CNUDMI y la ISDS. El facilitador de la sesión fue el **Sr. Mauricio González Cuervo** (Director del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, Colombia)

En primer término, el **Sr. George Kahale III** (Presidente de Curtis, Mallet-Prevost, Colt & Mosle LLP) señaló que prácticamente todos los Estados participaban en el régimen de tratados de inversión voluntariamente, pensando que los TBI eran inherentemente beneficiosos, incluso necesarios para promover la inversión extranjera. Ahora esos Estados se han dado cuenta de que son víctimas de ellos más que beneficiarios. El Sr. Kahale sostuvo que la ISDS es el "salvaje oeste" del ejercicio de la profesión en el plano internacional, donde no hay jueces, ni un cuerpo normativo ni un proceso que prevenga y rectifique los errores e indicó que el problema que Estados tienen que enfrentar en ISDS tiene elementos procesales y sustanciales. Desde el punto de vista del procedimiento, el sistema de designación por las partes trastoca la motivación de los árbitros de adoptar decisiones imparciales, de modo tal que, en la actualidad, la composición del tribunal termina siendo más importante que los aspectos legales o los hechos en juego. En cuanto a las obligaciones sustanciales, el Sr. Kahale señaló que los Estados han sido víctimas de interpretaciones expansivas de las disposiciones de aquellos tratados, tales como el TJE, lo cual puede mutar fácilmente en cualquier medida gubernamental que no sea del agrado del inversor. Asimismo, las demandas por miles de millones se han vuelto algo común. En consecuencia, el Sr. Kahale señaló que son cada vez más los Estados que tienen una postura escéptica respecto de la ISDS, al darse cuenta de que sus supuestos beneficios son extremadamente exagerados y sus costos pueden ser exorbitantes. Este escepticismo ha tenido como resultado la denuncia de tratados, y ha alimentado la conformación del Grupo de Trabajo III de la CNUDMI. En este sentido, afirmó que no es muy optimista con respecto al resultado del proceso, dado que cualquier premisa fundada en la visión de que el sistema actual es bueno y solo necesita algunos ajustes menores probablemente no satisfaga los intereses de los Estados. Por último, el Sr. Kahale alentó a los Estados a estudiar opciones para desvincularse de los TBI o emitir interpretaciones conjuntas de disposiciones clave para garantizar, por ejemplo, que el TJE contemple únicamente el nivel mínimo de trato y que la cláusula de trato de nación más favorecida (NMF) se refiera solamente a la discriminación en el trato en función de la nacionalidad. Según el Sr. Kahale, se pueden realizar avances sustanciales de manera incremental. El Sr. Kahale cerró su participación asegurando que debería ponerse fin a la práctica de firmar TBI con fines de imagen pública.





# 12th Annual Forum of Developing Country Investment Negotiators

February 27 – March 1, 2019, Cartagena, Colombia



El futuro  
es de todos

Gobierno  
de Colombia

La **Sra. Blanca Gómez de la Torre** (Socia en Pactum Dispute Resolution Consulting de Ecuador) destacó el hecho de que las reformas de los tratados de inversión que están llevando a cabo los países en desarrollo están siendo replicadas en la UE y los Estados Unidos, aun cuando allí las reformas no se sustentan en motivaciones relativas al desarrollo sostenible. Por ejemplo, los Estados Unidos se están apartando de la ISDS con el fin de mantener las inversiones en el país, no para promover el desarrollo sostenible. La Sra. Gómez señaló que los países en desarrollo están atravesando un período de cambios drásticos en lo atinente a la ISDS. En este sentido, hizo hincapié en que los Estados deberían ser cautelosos y examinar criteriosamente todas las opciones, en vez de dar por hecho que la reforma es algo bueno. Explicó que la propuesta de la UE referente a un TMI constituye una solución parcial que no se ocupa de los problemas subyacentes relativos a los costos, el financiamiento de terceros, la coherencia y la consistencia. Los países en desarrollo han de evaluar cuidadosamente qué beneficios han aportado los tratados de inversión y qué beneficios (en caso de haberlos) pueden derivarse de nuevos tratados. La Sra. Gómez advirtió que, si bien los costos son muy elevados, los países siguen teniendo temor de que no lleguen inversiones si se retiran completamente del sistema. Sin embargo, adherir al sistema de ISDS trae aparejados problemas filosóficos esenciales de inequidad, entre ellos, los suscitados entre inversores locales y extranjeros, y entre Estados e inversores. En términos de reforma de tratados, la Sra. Gómez consideró que hoy en día los Estados se están dando cuenta de que si algún punto no está claro, no debería incluirse en el texto. Así, en la actualidad, la visión que se tiene del TJE es que es una noción tan vaga que debería ser excluida, mientras que los conceptos de "inversor" e "inversión" están siendo definidos cuidadosamente, y se están limitando las expropiaciones indirectas.

La **Sra. Soaad Hossam** (Consejera del Ministerio de Justicia de Egipto) resaltó la importancia de que los profesionales debatan las cuestiones relativas a la ISDS con los negociadores. Señaló que las víctimas de la ISDS no son solamente los países en desarrollo, sino también, actualmente, los países desarrollados. El interrogante común a todos los países es si deberían desvincularse del sistema o bien pensar cómo reestructurarlo. La Sra. Hossam afirmó que la pregunta clave no es *si* habría que llevar adelante una reforma, sino más bien *cómo* hacerlo. En este orden de ideas, graficó su argumento compartiendo algunas experiencias de Egipto en materia de ISDS desde su lugar como el tercer país del mundo detrás de Venezuela y Argentina con mayor cantidad de demandas en casos de ISDS. Sostuvo que Egipto constituye un ejemplo de país que cuenta con numerosos TBI y al que, sin embargo, le cuesta atraer IED, y que tiene numerosas demandas en contra debido, en parte, al "fenómeno de multiplicidad de procedimientos". Según la Sra. Hossam, éste es uno de los mayores problemas del sistema. Egipto ha experimentado varias situaciones en las que una medida gubernamental dio pie a un procedimiento arbitral con base contractual y dos o más arbitrajes fundados en tratados de inversión por los mismos hechos. En uno de esos casos, hubo cuatro arbitrajes simultáneos con un monto total por daños superior a los

USD 7000 millones. Para la Sra. Hossam, la lección que aprendió Egipto es que la negociación y redacción de los tratados ha de contar con la participación de aquellos profesionales que defienden a las demandadas. Para evitar el problema de la multiplicidad de procedimientos, los tratados necesitan tener una definición sofisticada de nacionalidad societaria en vez de una que proteja a todos los accionistas y genere una sucesión infinita de demandas. Asimismo, los tratados deberían contar con una cláusula que exija que los inversores renuncien a su derecho a ser parte en procedimientos futuros una vez que han iniciado un procedimiento arbitral.

El **Sr. Trung Pham** (Vicejefe Interino del Área de Asuntos Legales y Económicos del Departamento de Derecho Internacional y Tratados del Ministerio de Asuntos Exteriores de Vietnam) comenzó su exposición afirmando que los procesos de reforma no producirán resultados significativos si no apuntan solamente al procedimiento de ISDS. Alentó a los países a participar activamente en los debates del Grupo de Trabajo III de la CNUDMI identificando inquietudes surgidas de casos en los que el Estado haya sido parte y proponiendo normas que se ocupen de ellas. El Sr. Pham ofreció algunos ejemplos del reciente Acuerdo de Protección de Inversiones entre Vietnam y la UE. Este acuerdo clarifica el concepto de TJE y aborda algunas de las preocupaciones de Vietnam en torno a la ISDS. En este sentido, incluye una breve lista de juzgadores que se encuentran sometidos a una serie de requisitos éticos estrictos y a un código de conducta. Asimismo, cuenta con un mecanismo de revisión posterior al dictado del laudo que permite corregir errores. El Sr. Pham reprodujo la sensación de que los Estados se encuentran frustrados por el statu quo. Por otra parte, subrayó que el financiamiento de terceros aumentó la peligrosidad de la ISDS para los Estados, dado que alienta a los inversores a presentar demandas y puede obstar a la solución amistosa de controversias. El Sr. Pham animó a los Estados a considerar un abordaje tripartito: 1) participar activamente en el Grupo de Trabajo III de la CNUDMI, 2) estudiar activamente la posibilidad de dejar sin efecto las disposiciones sobre ISDS en los tratados de inversión y 3) dedicar los esfuerzos destinados a las reformas a cuestiones sustanciales.

**Durante la sesión plenaria**, los participantes retomaron lo expuesto por los oradores en relación con las contrademandas, el financiamiento de terceros y la unificación de los procedimientos múltiples, haciendo hincapié en la necesidad de arribar a soluciones prácticas para estos temas. Asimismo, los participantes cuestionaron el sustento empírico de la efectividad de los TBI para atraer IED.

## Sesión 5: Participación bilateral y multilateral en la renegociación y rescisión: intercambio de experiencias

En esta sesión, los panelistas reflexionaron en torno a la relación entre los debates de las sesiones previas del Foro y las estrategias de los países en desarrollo en el plano bilateral, y compartieron experiencias y conocimientos referentes a los pasos que están dando los países con respecto al acervo de tratados de estilo antiguo. La moderadora de la sesión fue la **Sra. Kekeletso Mashigo** (Directora de Organizaciones Multilaterales de Sudáfrica).

La **Sra. Suzy Nikièma** (Asesora en Derecho Internacional de IISD) se refirió a la cuestión de la terminación de tratados en el marco de los TBI. En relación con ello, explicó que el contexto global actual favorece más las terminaciones. Afirmó que la mayoría de los tratados cuentan con una disposición que permite la terminación unilateral, sujeta a ciertos requisitos. La Sra. Nikièma destacó que las partes siempre pueden terminar un tratado por mutuo consenso, y que los Estados siempre deberían considerar esta posibilidad como un primer paso. Seguidamente, destacó los pros y las contras de una terminación unilateral y por consentimiento mutuo. Explicó, asimismo, la diferencia entre un enfoque bilateral (uno a uno) de la terminación de tratados y un enfoque multilateral (la terminación de varios tratados al mismo tiempo), que podría ser útil en un contexto en el que nuevos tratados regionales de inversión vienen a reemplazar a los TBI existentes entre los Estados miembro de la región. Por otra parte, la Sra. Nikièma destacó la importancia de abordar el tema de las cláusulas de continuidad, que permiten prolongar la vida de un tratado y crear lo que describió como "tratados zombis". Compartió una serie de alternativas para neutralizar esta cláusula, todas ellas dependientes del consentimiento mutuo. La cuestión de la renegociación debería evaluarse caso por caso, observando que la renegociación abre la posibilidad de neutralizar la cláusula de continuidad y reemplazar las viejas normas por otras nuevas. No obstante, la terminación unilateral podría ser la única opción disponible en ciertas circunstancias. La Sra. Nikièma recomendó a los Estados que, a la hora de evaluar una renegociación, se aseguren de estar listos para ello, contando con un nuevo modelo y un equipo de negociación bien preparado, entre otros elementos, a fin de garantizar que el nuevo tratado sea mejor que el anterior. En su conclusión final, la Sra. Nikièma destacó que la terminación de un TBI, cuando se realiza conforme al propio tratado, es una medida absolutamente legal en el derecho internacional que hoy en día ya no es extraordinaria y que constituye una importante alternativa para lidiar con el viejo acervo de TBI en el marco de la fase 2 del plan de trabajo de la UNCTAD.

El **Sr. Sebastián Espinosa Velasco** (Asesor en Derecho Internacional Público de la Secretaría Legal de la Presidencia de la República del Ecuador) ofreció algunas perspectivas desde la experiencia de Ecuador en la terminación de TBI. El Sr. Espinosa explicó que, en el 2008, de los 27 TBI que tenía vigentes, Ecuador dio por terminados nueve. Esto tuvo



# 12th Annual Forum of Developing Country Investment Negotiators

February 27 – March 1, 2019, Cartagena, Colombia

lugar tras la promulgación de una nueva constitución en 2008 y 2009, y el pronunciamiento de la corte constitucional según el cual el sistema de ISDS contemplado en los TBI es contrario a dicha constitución. El Sr. Espinosa explicó, además, que Ecuador encargó la elaboración de un estudio desde el punto de vista local acerca de cómo los TBI socavan la soberanía del Estado y de cómo estos tratados inciden en la IED. El estudio determinó que la IED representaba apenas un 1,1 por ciento del PBI de Ecuador, y que no había ninguna correlación entre los TBI y la IED en el país. Sin embargo, Ecuador no ha dejado de firmar contratos con disposiciones de ISDS. El Sr. Espinosa comentó que Ecuador desarrolló recientemente un nuevo TBI modelo que clarifica el contenido exacto de las protecciones sustantivas, elimina la expropiación indirecta, aclara el significado de TJE y dispone un mecanismo recursivo y una lista de jueces disponibles. En lo que respecta a la ISDS, Ecuador está tratando de seguir el modelo brasileño de prevención de controversias y solución de diferencias Estado-Estado.

El **Sr. Rahmat Kurniawan** (Asesor Legal de la Dirección de Asuntos Legales y Tratados Internacionales del Ministerio de Asuntos Exteriores de Indonesia) compartió detalles de la experiencia de Indonesia con la terminación y renegociación de tratados de inversión. El Sr. Kurniawan explicó que su país tomó este camino debido a su exposición a casos de ISDS (tuvo 12 casos en un breve período de tiempo). Indonesia se desvinculó de varios TBI, redactó un nuevo TBI modelo y posteriormente renegoció sus tratados con algunos países selectos. El Sr. Kurniawan compartió con el Foro algunas recomendaciones basadas en la experiencia de Indonesia. Animó a los países a tratar de desvincularse de los tratados cuyo plazo está previsto que se venza dentro del período de validez. En lo que respecta a la etapa de evaluación, el Sr. Kurniawan recomendó tratar de analizar de cerca las disposiciones del TBI y posteriormente redactar un modelo mejorado sobre la base de ese análisis. A continuación, resaltó algunas de las principales dificultades que trae aparejadas la terminación. Una de ellas fue el hecho de que la terminación del capítulo sobre inversiones de un acuerdo de libre comercio no es legalmente factible, por lo cual, en lo sucesivo, los acuerdos de libre comercio deberían incluir una cláusula que permita la terminación de capítulos específicos. Con respecto a la cláusula de continuidad, el Sr. Kurniawan recomendó reducir de mutuo acuerdo el plazo de continuidad. Finalmente, cerró su participación destacando las tres principales mejoras en el reciente TBI de Indonesia con Singapur: la inclusión de disposiciones sobre corrupción, responsabilidad social corporativa y el derecho a regular.

El **Sr. Félix Zongo** (Director de Industria del Ministerio de Comercio, Industria y Artesanía de Burkina Faso) compartió la experiencia de Burkina Faso con la terminación de su TBI con los Países Bajos en 2018. El Sr. Zongo explicó que en los últimos ocho años Burkina Faso recibió asistencia técnica destinada a evaluar sus actuales tratados de inversión, y después decidió desarrollar un plan de trabajo que incluía la terminación de



# 12th Annual Forum of Developing Country Investment Negotiators

February 27 – March 1, 2019, Cartagena, Colombia

acuerdos obsoletos. El Sr. Zongo señaló que Burkina Faso tenía una gran cantidad de tratados de ese tipo, pero concluyó que la IED no había aumentado como consecuencia de esos TBI, lo cual motivó su decisión de trabajar en la terminación de ciertos tratados. Entre ellos fue incluido el TBI entre Burkina Faso y los Países Bajos, terminado un mes antes del cierre del "plazo para la terminación". El Sr. Zongo explicó lo complicado que fue obtener la aprobación oficial para dicha terminación en un plazo tan acotado. Asimismo, señaló que los Países Bajos respondieron al pedido de terminación de Burkina Faso reconociendo que ese TBI no era un buen tratado y aceptó terminarlo. El Sr. Zongo destacó que las enseñanzas clave que esta experiencia le dejó a Burkina Faso fueron la necesidad de estar organizado y atento a las fechas límite de terminación de cada tratado a fin de evitar ser tomado por sorpresa. Finalmente, cerró su exposición con el deseo de que otros países puedan extraer enseñanzas de la experiencia de Burkina Faso.

**Durante los debates plenarios**, los participantes preguntaron si los Estados que habían terminado tratados experimentaron algún tipo de cambios en los flujos de IED como resultado de ello; las respuestas fueron unánimes en el sentido de que la IED no disminuyó luego de la terminación. Por otra parte, los participantes centraron su atención en cuestiones prácticas, tales como la importancia de llegar a acuerdos respecto de las cláusulas de continuidad, cómo terminar un tratado sin dañar las relaciones diplomáticas, y cómo abordar la terminación de los capítulos sobre inversión en los ALC.

## Sesión de Trabajo en Grupos 2: Diseño de estrategias para solucionar el problema de los tratados desactualizados

La sesión de trabajo en grupos 2 giró en torno a cuáles son las opciones que tienen los países para lidiar con su acervo de tratados obsoletos, qué medidas pueden tomar, y cómo prepararse y organizarse mejor. Se les pidió a los grupos que desarrollaran un plan de trabajo para la implementación de distintas opciones para lidiar con los tratados de generaciones pasadas. Las opciones eran: 1) renegociar y enmendar los tratados de inversión existentes, 2) interpretar de manera conjunta las disposiciones de los tratados de inversión existentes y 3) dejar sin efecto los tratados de inversión existentes.

## Sesión 6: Relación entre las cuestiones de procedimiento y las cuestiones de fondo

En esta sesión, los participantes debatieron sobre el modo en que los procesos y desarrollos en curso —incluida la CNUDMI y negociaciones regionales tales como el Acuerdo de Libre Comercio AfCFTA— pueden ayudar a orientar los resultados hacia objetivos y prioridades



# 12th Annual Forum of Developing Country Investment Negotiators

February 27 – March 1, 2019, Cartagena, Colombia

establecidos por los gobiernos de los países en desarrollo. El moderador de esta sesión fue el **Sr. Carlos Correa** (Centro Sur).

El **Sr. Howard Mann** (Asesor Sr. en Derecho Internacional de IISD) dio su opinión sobre el proceso del Grupo de Trabajo III de la CNUDMI, señalando que tiene una interpretación muy cerrada de su mandato y que divide las cuestiones sustanciales y procesales de un modo muy compartimentado. A raíz de ello, el Sr. Mann consideró que el peor (y más probable) resultado sería la realización de ajustes menores que conservan el sistema general, y la supresión de nuevos llamados a efectuar una reforma real. A su entender, el mejor resultado sería considerar una reforma sistémica amplia y enfocarse en cómo debería el derecho internacional promover la relación entre la IED y el desarrollo sostenible. El Sr. Mann describió la propuesta de la UE referente a un TMI como una posición intermedia que modifica algunos elementos del proceso pero sin producir cambios esenciales, y que le resta poder a los procesos internos en beneficio de los internacionales. Desafortunadamente, no existe ninguna vía directa que permita llegar al mejor resultado disponible a través del proceso de la CNUDMI, por lo cual lo primero que deben hacer los países es evitar el peor resultado disponible. Los países en desarrollo han de alinearse y, de ser necesario, negarle un consenso al Grupo de Trabajo III. El Sr. Mann instó a los países en desarrollo a seguir forjando tendencias que generen una presión conducente a una reforma real, tales como las terminaciones, renegociaciones y nuevos tipos de tratados. A fin de modificar las opciones presentes en la agenda, los países en desarrollo deberían encarnar el cambio que desean, por ejemplo, a través de procesos de TBI Sur-Sur y de acuerdos regionales tales como el Tratado de Libre Comercio AfCFTA. Otra opción sería que los actuales Estados miembro de la Comisión CNUDMI lleven a cabo este último cambio y amplíen el mandato del Grupo de Trabajo III. En el cierre de su exposición, el Sr. Mann destacó que el viejo modelo de TBI no logró satisfacer los objetivos de los países en desarrollo y que, de igual modo, realizar ajustes menores no conducirá a su consecución.

La **Sra. Silvina González Napolitano** (Tratados de Inversión, Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la Argentina) compartió la experiencia de Argentina, el país con la mayor cantidad de demandas de ISDS en contra (aproximadamente 60 arbitrajes). La Sra. González explicó que, en el 2016, Argentina comenzó a negociar nuevos TBI con el objeto de alentar nuevas inversiones y que, al mismo tiempo, realizó algunas modificaciones basadas en enseñanzas pasadas. Estos nuevos TBI son más equilibrados, prevén estándares de protección más acotados, y procuran que los arbitrajes sean más transparentes, eficientes y predecibles. La Sra. González señaló que uno de los aspectos clave de la reforma para Argentina ha sido la cláusula de NMF. De acuerdo con la experiencia de Argentina, esta cláusula fue utilizada por los inversores para importar disposiciones de solución de diferencias más favorables, lo cual resultó en un tipo de tratado "Frankenstein". El nuevo enfoque de Argentina consiste en establecer de manera explícita que el trato de NMF no es



# 12th Annual Forum of Developing Country Investment Negotiators

February 27 – March 1, 2019, Cartagena, Colombia



El futuro  
es de todos

Gobierno  
de Colombia

aplicable a la ISDS y no puede utilizarse para importar estándares más amplios de TBI anteriores. Asimismo, la versión reformada de la cláusula de NMF no puede utilizarse a los fines de incluir estándares no previstos en el nuevo tratado o de eludir obligaciones de los inversores. La Sra. González destacó la importancia de reafirmar en el tratado el derecho a regular y de permitir contrademandas por parte de los Estados. Por otra parte, se refirió a los nuevos enfoques de Argentina tendientes a evitar el abuso de la disponibilidad de tratados (*treaty-shopping*) y garantizar los estándares éticos de los árbitros.

La **Sra. Yasmin Sultana** (Secretaria Adjunta del Ministerio de Industria de Bangladés) compartió las experiencias de Bangladés, señalando que el país actualmente está atrayendo un creciente número de inversiones y que, a raíz de ello, prevé que habrá más controversias sobre inversión. Si bien en la actualidad cuenta con un número limitado de TBI, la Sra. Sultana explicó que Bangladés tiene negociaciones en curso con varios países. Normalmente, el proceso de negociación es muy lento, y los países con inversores que ya están en Bangladés son muy reacios a aceptar obligaciones para los inversores, especialmente en lo que respecta a derechos humanos y el ambiente. La Sra. Sultana ilustró los problemas vinculados a la ausencia de disposiciones de ese tipo, describiendo un caso contra el gobierno motivado por la explosión de un pozo de gas, en el cual finalmente el gobierno fue declarado responsable por el daño ambiental causado por el inversor. También indicó que, entre los mayores escollos que enfrenta Bangladés en la negociación de TBI, se encuentran la definición de inversión, TJE, expropiación indirecta, condiciones de transferencia, reservas y excepciones, ISDS y derechos humanos. Actualmente, Bangladés no cuenta con un tratado modelo propio. Sin embargo, planea desarrollar uno basado en un modelo internacional, adaptado a los intereses de Bangladés y que logre un equilibrio entre las obligaciones de los inversores y de los Estados.

El **Sr. Makane Mbengue** (Universidad de Ginebra) dio inicio a su exposición sobre la relación entre cuestiones sustanciales y procedimentales, señalando que en el derecho internacional público no se supone que la sustancia siga a lo procedimental. Afirmó que el procedimiento ha de lograr cuatro cosas en relación con la sustancia: 1) preservar los derechos de los Estados en el sistema del derecho internacional público, 2) garantizar la seguridad y la predictibilidad, 3) aclarar las disposiciones existentes conforme a la norma consuetudinaria del derecho internacional público y 4) abstenerse de agregar o restar algo a los derechos u obligaciones que han sido cuidadosamente negociados. El Sr. Mbengue sostuvo que la ISDS ha fracasado en los cuatro puntos y que, en virtud de ello, la reforma del régimen de inversiones debe lograr una integración cuidadosa y equilibrada de lo procedimental y lo sustancial. Por otra parte, manifestó que el TBI modelo que predomina en la actualidad ha conducido a un sistema de solución de diferencias autosuficiente que se encuentra críticamente aislado de lo sustancial. La reforma debe garantizar que el procedimiento sirva a la sustancia y no al revés. El Sr. Mbengue recalcó que la ISDS, por



# 12th Annual Forum of Developing Country Investment Negotiators

February 27 – March 1, 2019, Cartagena, Colombia

naturaleza, no es equilibrada, y que, por consiguiente, una nueva generación de TBI con equilibrio en lo sustancial no puede basarse solamente en reformar la ISDS. Citando una reciente decisión de la Corte Suprema de los EE. UU. en la que se rechazó la inmunidad absoluta de la Corporación Financiera Internacional, el Sr. Mbengue postuló que la reforma del derecho internacional de inversiones debería considerar la posibilidad de realizar un cambio similar y proteger a las personas que viven en las comunidades afectadas.

**Durante la sesión plenaria**, los participantes debatieron sobre el impacto de la reforma de los tratados en los objetivos referentes a la promoción de inversiones. En este sentido, algunos comentaristas explicaron que resulta poco probable que las inversiones *de calidad* se vean desalentadas por obligaciones de los inversores y demás elementos del desarrollo sostenible. Algunos participantes manifestaron inquietudes en lo que respecta al planteamiento de reformas sustanciales en el plano multilateral, p. ej. en la CNUDMI, en el caso de que la celebración de un acuerdo multilateral sobre inversiones no fuera deseable. Los comentaristas coincidieron en que para las cuestiones sustanciales y la solución de diferencias son preferibles los enfoques regionales e internos. Por otra parte, los participantes debatieron acerca de los pros y contras del requisito de los recursos internos y manifestaron dudas respecto de que el TMI propuesto por la UE vaya a tratar de manera adecuada las cuestiones del desequilibrio y la inequidad, el enfriamiento regulatorio y la coherencia en el arbitraje de inversiones. Los comentaristas y los participantes debatieron estrategias y tácticas para que los países en desarrollo puedan ejercer influencia sobre la agenda y los resultados del Grupo de Trabajo III de la CNUDMI.

*[Una vez finalizadas las principales sesiones del Foro, se invitó a todos los participantes a una sesión nocturna centrada en la corrupción, a cargo de la ANDJE y con la intervención del Sr. George Kahale III y la Sra. Blanca Gómez de la Torre.]*

## DÍA 3 - VIERNES 1 DE MARZO DE 2019

### Sesión 7: Participación multilateral para rediseñar la solución de controversias relacionadas con las inversiones

En esta sesión, la atención estuvo puesta en los procesos multilaterales destinados a reformar la solución de conflictos, con una mirada profunda hacia los potenciales resultados del Grupo de Trabajo III de la CNUDMI, sistemas alternativos de solución de diferencias y cuestiones referentes a la inclusión de otras partes interesadas. La facilitadora



de la sesión fue la **Sra. Chantal Ononaiwu** (Especialista en Asuntos Jurídicos y Políticas Comerciales de la Oficina de Negociaciones Comerciales de la Secretaría de la Comunidad del Caribe [CARICOM]).

La **Sra. Nathalie Bernasconi** (IISD) exploró los potenciales resultados de la CNUDMI y otras opciones de reforma fuera de ese proceso. De los potenciales resultados de la CNUDMI, remarcó los siguientes: 1) que las negociaciones fracasen y no se lleve a cabo ninguna reforma, lo cual implicaría la conservación del statu quo, 2) mantener el actual régimen de ISDS con algunas mejoras procedimentales, 3) ISDS con un sistema de nóminas, 4) ISDS con un mecanismo recursivo o 5) la propuesta de un TMI de la UE. Más allá de estos resultados dominantes, la Sra. Bernasconi remarcó otros posibles elementos de reforma, tales como: 1) reemplazar la ISDS con un sistema de solución de diferencias Estado-Estado, 2) permitir que otras partes interesadas afectadas puedan acceder a la ISDS, 3) requerir el agotamiento de recursos internos, 4) limitar el alcance de la ISDS a fin de excluir a los inversores involucrados en hechos de corrupción o fraude y 5) pensar de manera creativa en procesos de rendición de cuentas o mediación. La Sra. Bernasconi sostuvo que la aceptación de la eventual reforma que surja de la CNUDMI no supone la suscripción automática del acuerdo de implementación por parte de los países. Como ya visto en el contexto de la Convención de Mauricio para la Transparencia en la ISDS, podría elaborarse un nuevo marco, por ejemplo, estableciendo un tribunal de justicia, pero este marco solo se aplicaría cuando los países manifestaran su voluntad de ser parte mediante un segundo acuerdo. En cualquier caso, esto demoraría cierto tiempo, razón por la cual finalizó su participación sugiriendo que, mientras tanto, los países en desarrollo podrían evaluar cómo abordar sus problemas más urgentes en torno a la ISDS. Entre las medidas provisionales que podrían implementarse, se encuentra la suspensión provisoria de la ISDS, el agotamiento de los recursos internos como requisito, la conformación de nóminas provisoria de juzgadores, disposiciones sobre costos, o un acuerdo para suspender o terminar acuerdos obsoletos.

La **Sra. Kekeletso Mashigo** (Directora del Área de Legales, Comercio Internacional e Inversiones de la Unidad de Negociaciones del Área de Comercio Internacional y Desarrollo Económico del Departamento de Comercio e Industria de Sudáfrica) dio inicio a su exposición compartiendo la experiencia de Sudáfrica en materia de reforma. Señaló que las actuales políticas de Sudáfrica están influenciadas por la revisión de un TBI concluida en 2009, que no halló ninguna correlación entre los TBI y los flujos de IED del país y que existe un desequilibrio en las cuestiones sustanciales de esos TBI, especialmente en lo que respecta a la solución de controversias. En consecuencia, el Gabinete aprobó una estrategia que contemplaba: 1) la ausencia de nuevos TBI, 2) la sanción de la Ley de Protección de Inversiones, 3) el desarrollo de un nuevo modelo de TBI y 4) la conformación de un comité de inversiones con integrantes de todo el gobierno. El nuevo modelo de Sudáfrica no



# 12th Annual Forum of Developing Country Investment Negotiators

February 27 – March 1, 2019, Cartagena, Colombia



El futuro  
es de todos

Gobierno  
de Colombia

contiene cláusulas sobre TJE, ISDS o NMF. No obstante, garantiza derechos procedimentales, en sintonía con los avances regionales en África. La Sra. Mashigo compartió la visión de Sudáfrica según la cual los debates de la CNUDMI han sido definidos de manera demasiado restrictiva y deberían incluir ciertas cuestiones sustanciales, explorando alternativas a la ISDS que abarquen los ODS, el orden público y un espectro más amplio de intereses de otras partes interesadas. Asimismo, señaló que Sudáfrica no cree que el TMI vaya a ocuparse de las prioridades de los países en desarrollo tales como el enfriamiento regulatorio, el agotamiento de los recursos internos, la participación de otras partes interesadas, la consistencia y la coherencia. También destacó que, si bien hay un gran consenso entre los países en desarrollo en torno a estas cuestiones, se evidencia una falta de cohesión y coordinación entre los países en la CNUDMI.

El **Sr. Pedro Paranhos** (Diplomático del Ministro de Asuntos Exteriores de Brasil) compartió algunas perspectivas acerca de los Acuerdos de Cooperación y Facilitación de Inversiones (ACFI) de Brasil. El Sr. Paranhos explicó que el ACFI es un modelo de TBI concebido por Brasil que contempla como objetivos fomentar la cooperación institucional, aumentar el nivel de inversiones, y ofrecer protección jurisdiccional a los inversores y sus inversiones. El ACFI hace hincapié en la facilitación con el fin de aumentar el nivel de inversiones, y adopta un enfoque preventivo para el abordaje de potenciales controversias. El Sr. Paranhos explicó que un elemento institucional clave del ACFI es el Punto de Enfoque Nacional, que evalúa las sugerencias y quejas de la otra parte o de sus inversores y recomienda medidas para mejorar el clima de inversiones. El Punto de Enfoque Nacional procura evitar las diferencias en materia de inversiones. No obstante, en caso de surgir alguna, ésta es abordada por el Comité Conjunto conformado en el marco del ACFI. El Comité Conjunto recibe la solicitud, tiene la facultad de invitar a comparecer a representantes del inversor afectado y otras partes interesadas, y elabora un informe con las conclusiones. Según explicó el Sr. Paranhos, una vez agotados estos procedimientos, se habilita la solución de diferencias Estado-Estado, ya sea con un tribunal arbitral ad-hoc o en una institución permanente designada de mutuo acuerdo. Entre las materias excluidas del alcance del arbitraje se encuentran la seguridad, legislación interna, responsabilidad social corporativa, medidas para combatir la corrupción y la ilegalidad, y disposiciones ambientales, laborales y sanitarias.

La **Sra. Chantal Ononaiwu** (Especialista en Asuntos Jurídicos y Políticas Comerciales de la Oficina de Negociaciones Comerciales de la Secretaría de la Comunidad del Caribe) compartió algunos puntos de vista desde la perspectiva de CARICOM. Ella notó que la versión modificada del Tratado de Chaguaramas que estableció el mercado común de CARICOM ha garantizado el derecho de establecimiento y libre circulación del capital a ciudadanos de la Comunidad. Además, CARICOM posee capítulos de inversión en algunos de sus acuerdos comerciales externos, y cada país de CARICOM (con la excepción de



# 12th Annual Forum of Developing Country Investment Negotiators

February 27 – March 1, 2019, Cartagena, Colombia

Montserrat) ha firmado al menos un TBI. Ella notó que estos tratados ofrecen una gama de diferentes mecanismos de solución de diferencias. La Sra. Ononaiwu indicó que los países de CARICOM han tenido relativamente poca experiencia en materia de ISDS. Solo ocho de los 15 países de CARICOM han sido demandados en procedimientos de ISDS bajo las reglas de la CNUDMI o del CIADI, y la mayoría de esos casos versaban sobre demandas contractuales. En este sentido, solo se dictó un laudo a favor del inversor. A pesar de su limitada experiencia con la ISDS, los países de CARICOM han estado estudiando diversos modelos de solución de diferencias en el plano regional y en negociaciones de comercio exterior. La Sra. Ononaiwu explicó que CARICOM ha estado desarrollando un tratado intra-regional para proteger, promover, y facilitar las inversiones (el Código de Inversiones de CARICOM). Si bien actualmente no participa en ninguna negociación con terceros, CARICOM también ha desarrollado una plantilla para utilizar en negociaciones para tratados de inversión con terceros, que define los estándares de protección sustantiva con mayor precisión e impone obligaciones a los inversores. En lo que respecta a procedimientos de ISDS, esta plantilla circunscribe las reclamaciones que pueden someterse a arbitraje o conciliación, especifica varias condiciones previas para presentar reclamaciones y contiene un código de conducta para los árbitros, así como ciertas disposiciones sobre interpretaciones conjuntas, transparencia, unificación y objeciones preliminares, intervención de terceros y *amicus curiae*. La Sra. Ononaiwu destacó la existencia de un interés regional por iniciativas capaces de reformar la ISDS, incluida la CNUDMI. Asimismo, subrayó que, ya sea que los países cuenten o no con amplia experiencia en materia de ISDS, deberían intervenir en la CNUDMI. Si los países no están en condiciones de presentar una solución propia, deberían comentar qué tan deseables, efectivas y factibles les parecen las propuestas de los demás. Para finalizar, la Sra. Ononaiwu alentó a los países a remarcar también sus inquietudes en torno al hecho de que el régimen de ISDS no está siendo abordado por el proceso de la CNUDMI.

**En la sesión plenaria,** los participantes reiteraron la necesidad de una mayor coordinación y cohesión entre los países en desarrollo y la necesidad de debatir ciertas cuestiones sustanciales en la CNUDMI. Algunos participantes también destacaron la importancia de prevenir las controversias, por ejemplo, mediante procesos alternativos de solución de diferencias tales como la mediación. Otros, en tanto, estuvieron de acuerdo pero al mismo tiempo manifestaron que la prevención de controversias no debería obstar a una reforma de la ISDS.



# 12th Annual Forum of Developing Country Investment Negotiators

February 27 – March 1, 2019, Cartagena, Colombia

## Sesión de Trabajo en Grupos 3: Diseño de resultados óptimos en el proceso de la CNUDMI para los países en desarrollo

Durante esta sesión, distintos grupos de participantes consideraron los diversos resultados del proceso del Grupo de Trabajo III de la CNUDMI. Los grupos debatieron acerca de las ventajas y desventajas de ocho potenciales resultados diferentes: 1) no se logra ningún resultado ni ninguna reforma en la CNUDMI; 2) mejoras procedimentales en el arbitraje inversor-Estado; 3) se amplía el acceso al proceso para que otras partes interesadas afectadas puedan participar en calidad de demandantes o terceros intervinientes; 4) se mantiene la ISDS, agregando como requisito el agotamiento de los recursos internos antes de recurrir a ella; 5) se limita el alcance del arbitraje inversor-Estado (p. ej. en casos de corrupción, fraude, etc.); 6) ISDS con un mecanismo recursivo; 7) tribunal de justicia multilateral inversor-Estado con un mecanismo recursivo; y 8) se reemplaza la ISDS por un sistema de arreglo de diferencias Estado-Estado. Los resultados de estos debates han sido resumidos en un documento a tal fin (véase el Anexo 1).

## Debate abierto: Construcción de grupos y coaliciones y estrategias para fomentar las prioridades de los países en desarrollo en los procesos internacionales y regionales

La sesión final del Foro consistió en un debate abierto en el que se invitó a los participantes a proponer ideas para que los países en desarrollo se organicen de manera coordinada con miras a lograr los resultados de su preferencia en los procesos de reforma, así como a reflexionar sobre las principales enseñanzas que les dejó el Foro. La moderadora de la sesión fue la **Sra. Opeyemi Abebe** (Secretaría del Commonwealth).

La reflexión de los participantes fue que se podía lograr mucho mediante el estudio de los acuerdos modelo de otros países, a fin de extraer elementos que puedan mejorar sus propios modelos, especialmente excepciones y notas explicativas para garantizar que el texto refleje las prioridades del país. Varios señalaron que algunos de los mayores beneficios de este tipo de eventos son el intercambio de experiencias y la posibilidad de aprender de los procesos de reforma de otros países, sabiendo que no están solos en las dificultades que enfrentan.

Los participantes destacaron la importancia de desarrollar una postura nacional respecto del proceso de la CNUDMI a fin de garantizarse una participación significativa. Tener una postura nacional o incluso regional sería el primer paso necesario para que los países en desarrollo establezcan una posición común, según comentaron algunos. En este sentido, algunos participantes consideraron que la coordinación debe comenzar en el ámbito nacional, y que en varios países sigue habiendo mucha fragmentación dentro del gobierno.



# 12th Annual Forum of Developing Country Investment Negotiators

February 27 – March 1, 2019, Cartagena, Colombia

Algunos comentaron que lo siguiente que harían al regresar a sus cargos sería informar a quienes vayan a asistir a la próxima reunión de la CNUDMI acerca de las cuestiones clave (en el caso de que los delegados sean diferentes), especialmente ahora que tienen una noción más clara de los potenciales resultados y alternativas luego de los debates llevados a cabo en el Foro.

Los participantes subrayaron la necesidad de una mejor coordinación y cohesión entre los países en desarrollo en la CNUDMI y otros foros, incluida una cooperación tendiente al desarrollo de capacidades dentro de su grupo. Por otra parte, remarcaron la importancia de reconocer que es posible "irse" del proceso de la CNUDMI sin haber obtenido un resultado. Un mensaje clave para muchos participantes fue la importancia de ampliar el proceso de la CNUDMI a debates referentes a ciertas cuestiones sustanciales, y no solo procedimentales.

## Ceremonia de cierre

La **Sra. Nathalie Bernasconi** (IISD), el **Sr. Daniel Uribe** (Centro Sur) y la **Sra. Ana María Ordóñez** (Colombia) cerraron formalmente el Foro agradeciendo a los coorganizadores y copatrocinadores por su apoyo, y a los participantes por su rol activo en los debates a lo largo de los tres días del programa. Se alentó a los participantes a seguir reflexionando sobre un sistema alternativo que fomente inversiones sostenibles así como a intervenir en los actuales debates en las diversas esferas, particularmente en la próxima reunión de la CNUDMI sobre reformas a la ISDS en abril de 2019.



## ANEXO 1: Potenciales resultados del Grupo de Trabajo III de la CNUDMI: Pros y Contras (Sesión de Trabajo de Grupos 3)

El presente documento sintetiza los resultados de la sesión de trabajo de un grupo de trabajo que tuvo lugar en el 12.º Foro Anual de Negociadores de Inversiones de Países en Desarrollo del Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible (IISD), celebrado entre el 28 de febrero y el 1.º de marzo de 2019 en Cartagena, Colombia. IISD recopiló el contenido de este documento a pedido de los asistentes al Foro.

Este documento tiene por fin ayudar a los países en su preparación para participar en el proceso del Grupo de Trabajo III de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), cuya temática es la reforma del sistema de solución de diferencias inversor-Estado (ISDS). En él se resumen ocho potenciales resultados del proceso de la CNUDMI y se delimitan los potenciales beneficios y desventajas ("pros" y "contras") que los asistentes al Foro identificaron para cada resultado. Este documento no necesariamente refleja la opinión de IISD.

### Resultado potencial 1: no se logra ningún resultado ni ninguna reforma en la CNUDMI

El proceso del Grupo de Trabajo III de la CNUDMI concluye sin que se acuerde ningún resultado referente a la reforma del sistema ISDS.

Pros	Contras
Mantiene el foco de la reforma en los tratados bilaterales de inversión, por el momento, dejando abiertos, al mismo tiempo, otros foros multilaterales así como nuevos foros (p. ej. la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo [UNCTAD])	Desperdicia el tiempo y los recursos ya asignados al proceso de la CNUDMI
Se aleja de un potencial "mal acuerdo" en el orden multilateral	Se consolidará el statu quo de la ISDS
Mantiene el foco en los recursos internos como alternativa más deseable	Conlleva el riesgo de que se pierdan el impulso y oportunidades para seguir avanzando en reformas multilaterales



# 12th Annual Forum of Developing Country Investment Negotiators

February 27 – March 1, 2019, Cartagena, Colombia

Pros	Contras
No legitima la ISDS; posiblemente la deslegitime aún más	Los países en desarrollo pueden llegar a perder el poder de influencia que tienen en un foro multilateral, respecto de otros foros
Mantiene el alcance abierto a nuevas opciones	Fomenta la utilización de nuevos "avances" de países desarrollados, p. ej. el Tribunal Multilateral de Inversiones de la UE
Permite interpretaciones conjuntas sobre cuestiones procedimentales	Genera frustración en los gobiernos nacionales, los cuales podrían perder confianza en la CNUDMI como institución, así como en el sistema multilateral en su conjunto
Fortalece los esfuerzos regionales y los enfoques diplomáticos	Aumenta la tensión y genera nuevas diferencias entre los países
Ofrece la oportunidad de volver a tratar cuestiones sustanciales <i>y</i> procedimentales	Legitima el actual sistema de ISDS
Menor proliferación de foros; mayor eficiencia	
Podría permitir la autocorrección y la autosuperación de la ISDS	
Mantiene la presión sobre el sistema multilateral para que se logren mejoras y reformas más significativas que las que el proceso de la CNUDMI podría haber permitido	
Reserva recursos para el desarrollo de capacidades en el ámbito local	



# 12th Annual Forum of Developing Country Investment Negotiators

February 27 – March 1, 2019, Cartagena, Colombia

## Resultado potencial 2: Mejoras procedimentales en el arbitraje inversor-Estado

Los Estados en la CNUDMI acuerdan la adopción de un conjunto de cambios que se aplicarían al modo en que el arbitraje inversor-Estado funciona en la práctica.

Pros	Contras
Aparece como una opción más realista, verosímil y aceptable en el corto plazo	Legítima, fortalece o afianza a la ISDS como la opción más disponible en lo inmediato
Mantiene la discusión en la agenda global	Impide reformas más serias y audaces
Podría ser preferible a no tener ninguna reforma, si las mejoras procedimentales incluyen, entre otras cosas: calidad e imparcialidad de los árbitros, eficiencia del proceso, transparencia de los procedimientos, costos, financiamiento de terceros, etc.	Implica detallados debates técnicos que quitan la atención de los debates sobre objetivos y metas normativas
	El desarrollo de estas mejoras procedimentales consume los plazos de negociación y la capacidad de los pequeños países
	Hace perder de vista otras potenciales soluciones
	Conserva el sistema de adjudicación privada que involucra a árbitros y profesionales, cercano a los intereses de los inversores
	Mantiene a la industria de la ISDS en funcionamiento
	Afecta las posibilidades de reformar y mejorar los tribunales de justicia internos, limitando, al mismo tiempo, el poder de éstos





# 12th Annual Forum of Developing Country Investment Negotiators

February 27 – March 1, 2019, Cartagena, Colombia

## Resultado potencial 3: se amplía el acceso al proceso para que otras partes interesadas afectadas puedan participar en calidad de demandantes o terceros intervinientes

Los Estados en la CNUDMI acuerdan reformar la ISDS de forma tal que otras "partes interesadas afectadas" puedan participar en el proceso general, legitimando a aquellas partes interesadas que no son inversores a presentar demandas o intervenir de algún otro modo.

Pros	Contras
Mejora la transparencia y la comunicación con otras partes interesadas afectadas	No deja claro quién debe soportar los costos derivados de permitir el acceso al proceso a aquellas partes interesadas afectadas
Permite que los Estados parte ofrezcan interpretaciones directas dado que el Estado de origen también puede participar	Podría resultar difícil identificar a las partes interesadas y garantizar que los demandantes o terceros intervinientes estén legítimamente "afectados"
Evita la multiplicidad y simultaneidad de procedimientos	Aleja la atención del tribunal de aspectos nodales, lo cual hace que el proceso se alargue y sea más engorroso
Ofrece a las comunidades un foro internacional en donde plantear sus inquietudes en torno a las actividades de los inversores y reivindicar sus derechos	Abre la posibilidad de que haya abusos en el proceso, p. ej. por parte de grupos de cabildeo
Permite que los tribunales desarrollen un entendimiento holístico (o una nueva perspectiva) de los temas	Podría ser contraproducente para los Estados



# 12th Annual Forum of Developing Country Investment Negotiators

February 27 – March 1, 2019, Cartagena, Colombia

Pros	Contras
Provee una plataforma para aunar y expresar opiniones públicas, lo cual podría robustecer la posición de un Estado en casos en los que estén en juego cuestiones de orden público	Los nuevos participantes del proceso podrían no recibir una protección plena ya que no participaron desde el comienzo
Alivia la tensión del público	La confidencialidad podría verse afectada
Mejora el sistema de rendición de cuentas de los inversores y los Estados a las comunidades y demás grupos de interés, lo cual fortalece la protección de los derechos	La ISDS podría verse más politizada, lo cual podría llegar a dañar las relaciones diplomáticas
Fortalece la democracia	Aleja la atención de la agenda central de reforma
	Requiere que los juzgadores cuenten con un nivel de pericia más variado

## Resultado potencial 4: se mantiene la ISDS, agregando como requisito el agotamiento de los recursos internos antes de recurrir a ella.

Los Estados en la CNUDMI acuerdan mantener la ISDS, pero adoptan una redacción conforme a la cual los inversores y Estados deben recurrir a las vías internas antes de acudir al arreglo de diferencias internacional.

Pros	Contras
Disminuye el riesgo de que los Estados sean demandados en foros internacionales	Los gobiernos pueden frustrar el proceso de resolución
Aumenta las posibilidades de conservar a un inversor	Los jueces carecen de la competencia técnica necesaria para comprender las cuestiones subyacentes



# 12th Annual Forum of Developing Country Investment Negotiators

February 27 – March 1, 2019, Cartagena, Colombia

Pros	Contras
Les da tiempo a los Estados para solucionar los problemas y resolver las controversias	Si los reclamos de los inversores no se resuelven, podría generar desinversión
Reduce los costos derivados de demandas sin sustento	Duplica el costo del proceso en general
Fortalece el proceso judicial y administrativo interno	Incrementa los intereses como consecuencia de los largos procesos
Reduce los costos para los Estados	Permite que los árbitros actúen como una instancia de "apelación" que revisa las decisiones del máximo tribunal de justicia interno
Ofrece a los Estados la opción de defenderse recurriendo a abogados locales	Potenciales incongruencias en las cláusulas de bifurcación que exigen que los inversores elijan entre recurrir a la ISDS o a los recursos internos
Legitima la soberanía/el margen regulatorio/los sistemas judiciales del Estado	Los tribunales de justicia internos carecen de un mandato para lidiar con cuestiones de derecho internacional
Aplicación de leyes locales/nacionales	Genera dificultades a la hora de hacer cumplir lo resuelto dado que las sentencias son más difíciles de ejecutar fuera de las propias fronteras
Familiaridad con el procedimiento/las normas	Los procedimientos internos podrían ser más proclives a hechos de corrupción por parte del Estado y los inversores
Ausencia de fragmentación normativa	Podría motivar que los inversores no tengan interés en invertir por razones de competitividad



# 12th Annual Forum of Developing Country Investment Negotiators

February 27 – March 1, 2019, Cartagena, Colombia

Pros	Contras
Predictibilidad y congruencia en la interpretación normativa	Aumenta el riesgo de injerencias políticas
Le da ventaja a los Estados en el proceso legal	Genera impredecibilidad para los inversores, que posiblemente no estén familiarizados con las diferencias entre los sistemas jurídicos de los distintos países
Aumenta el nivel de prevención de controversias/soluciones amistosas	La existencia de sistemas judiciales internos débiles puede frustrar el proceso
Podría ser más rápido que ir directamente a la ISDS	La cuestión de la independencia del poder judicial
Más tiempo para preparar los casos de ISDS, dado que se puede predecir más fácilmente cuando avanzarán a esa instancia	Los inversores podrían tener desconfianza del proceso local
Prioriza la legislación y los objetivos normativos nacionales	
Permite la participación de terceros de la comunidad local	



# 12th Annual Forum of Developing Country Investment Negotiators

February 27 – March 1, 2019, Cartagena, Colombia

## Resultado potencial 5: se limita el alcance del arbitraje inversor-Estado (p. ej. en casos de corrupción, fraude, etc.)

Los Estados en la CNUDMI acuerdan establecer límites en cuanto a qué casos son susceptibles de ISDS, con exclusión de aquellos donde se detecten hechos de corrupción, fraude o problemas similares.

Pros	Contras
Atrae e incentiva a inversores responsables que realizan inversiones genuinas	Genera dificultades a la hora de definir los límites al alcance de la ISDS y determinar la existencia de hechos de corrupción, fraude, etc.
Reduce el arbitraje a una medida extraordinaria disponible para inversores con buena conducta, con lo cual disminuyen los casos	Limita el acceso de los inversores a la justicia en Estados corruptos o cuando los Estados cometen abusos en el proceso
Fortalece las leyes, las instituciones y a los jueces de los Estados	Genera resistencia por parte de los tribunales arbitrales, que podrían tener reparos respecto de limitar los casos únicamente a hechos que se encuentren dentro determinado alcance
Prioriza métodos alternativos de resolver conflictos tales como la mediación y la conciliación, asegurándose de que la ISDS no sea la única opción disponible	En algunos casos, podría alargar el proceso de ISDS
Evita que Estados tengan que pagar costos de defensa en casos de ISDS iniciados por inversores corruptos o ilegales	Podría requerir un mecanismo internacional para detectar la corrupción, lo cual aumentaría los costos
Reafirma un enfoque de tolerancia cero frente a la corrupción como cuestión clave de orden público, en sintonía con los marcos y normas internacionales, incluida la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción	



# 12th Annual Forum of Developing Country Investment Negotiators

February 27 – March 1, 2019, Cartagena, Colombia

## Resultado potencial 6: ISDS con un mecanismo recursivo

Los Estados en la CNUDMI acuerdan conservar el arbitraje inversor-Estado, pero con el requisito de que tales arbitrajes contemplen un mecanismo para recurrir las decisiones.

Pros	Contras
Permite corregir errores sustanciales y procesales	Se mantiene el arbitraje inversor-Estado como tal
Mejora las decisiones de primera instancia y la debida diligencia de los árbitros	Potencial choque entre la diferencia de espíritu del arbitraje en primera instancia y del proceso recursivo judicial legalizado en la segunda
Mejora la coherencia, la consistencia y la predictibilidad de las decisiones arbitrales	Dificultad de lograr coherencia en las decisiones dictadas en respuesta a apelaciones entre los 3000 TBI
Reduce los tiempos de deliberación en primera instancia y, por consiguiente, los costos, gracias a la mayor claridad del sistema jurídico	La cuestión de la permanencia de las normas nocivas se mantiene: el proceso no puede enmendar defectos sustanciales
Reduce el riesgo de que los tribunales de justicia internos revoquen las decisiones (procedimientos "revocatorios")	Brinda a los inversores la posibilidad de presentar recursos, lo cual torna a los países más vulnerables
Opción práctica y susceptible de ser implementada/establecida más rápidamente que un tribunal de justicia	Dificultades a la hora de hacer cumplir lo resuelto y potencial superposición con los procesos de los tribunales de justicia internos
Existen precedentes (p. ej. la Organización Mundial del Comercio, el Acuerdo de Protección de Inversiones entre Vietnam y la UE, si bien en este caso la primera instancia se maneja a través de un sistema de listas)	Aumenta los costos y plazos derivados del proceso de ISDS
	No existen ejemplos operativos de esto y, de hecho, el Órgano de Apelación de la Organización Mundial del Comercio se encuentra al borde del colapso



# 12th Annual Forum of Developing Country Investment Negotiators

February 27 – March 1, 2019, Cartagena, Colombia

Pros	Contras
	La creación de una nueva institución genera nuevos problemas, tales como la existencia de una secretaría con demasiado poder, falta de diversidad y el riesgo de que toquen malos jueces

## Resultado potencial 7: tribunal de justicia multilateral inversor-Estado con un mecanismo recursivo

Los Estados en la CNUDMI deciden establecer un mecanismo multilateral que reemplazaría los actuales mecanismos de ISDS en los tratados bilaterales de inversión vigentes por un tribunal de justicia.

Pros	Contras
Mejora la coherencia y la predictibilidad de los laudos arbitrales	Profundiza la institucionalización de la ISDS
Elimina los problemas derivados de que los jueces ocupen múltiples roles (dos cargos en cabeza de una misma persona) y los conflictos de interés asociados a ello dado que los jueces son designados con carácter permanente	Aumenta los costos de gestión del sistema judicial
Fomenta una mayor imparcialidad e independencia por parte de los árbitros	Politiza el funcionamiento del sistema, en especial en la designación de jueces
Contribuye al desarrollo del derecho internacional y disminuye su fragmentación	Potencial falta de diversidad entre los jueces, y un nivel insuficiente de representatividad de jueces de países en desarrollo
Se ocupa de las deficiencias asociadas al sistema de designación de árbitros por las partes	Potencial superposición o conflicto entre el proceso del tribunal de justicia multilateral y el de los tribunales de justicia internos
Permite el desarrollo de competencias especializadas en los juzgadores	Alarga el proceso de solución de controversias



# 12th Annual Forum of Developing Country Investment Negotiators

February 27 – March 1, 2019, Cartagena, Colombia

Pros	Contras
Facilita la revisión de las cuestiones de fondo de la decisión	Hace que el acceso a las controversias contra un Estado por parte de los inversores sea un proceso "ordinario" en vez de extraordinario
Alienta a las partes en conflicto a llegar a una solución amistosa debido a la extensión del proceso	Desde la perspectiva del inversor, no hay participación en la designación de los juzgadores
Quita la gestión de la ISDS de los inversores	Potencial falta de comprensión del sistema jurídico de un Estado en particular
Podría reducirse el margen de ganancia para los terceros que proveen financiamiento debido a la mayor predictibilidad	Continúa el problema de la proliferación de tratados bilaterales de inversión
Genera mayor confianza en el sistema	El Estado financia un sistema que podría funcionar en su contra
	Actualmente no está claro cómo funcionaría este tribunal de justicia ni cómo se lo financiaría
	Riesgo de fragmentación del derecho internacional
	Se prioriza la protección del inversor por sobre otros valores
	Potencial dificultad a la hora de lograr que los países participen
	Se mantienen las deficiencias de las normas sustanciales
	Crea una burocracia que hay que manejar





# 12th Annual Forum of Developing Country Investment Negotiators

February 27 – March 1, 2019, Cartagena, Colombia

## Resultado potencial 8: se reemplaza la ISDS por un sistema de arreglo de diferencias Estado-Estado

Los Estados en la CNUDMI recomiendan dejar de usar la ISDS y que, en su lugar, los países aborden las controversias relativas a inversiones mediante mecanismos Estado-Estado. Las demandas de los inversores extranjeros estarían representadas por el gobierno de su país de origen.

Pros	Contras
Reduce el volumen de casos, especialmente de aquellos sin sustento, dado que los Estados adoptarán un enfoque más pragmático hacia los conflictos	Ausencia de una reparación efectiva y oportuna para los inversores, lo cual podría llegar a reducir el nivel de inversión extranjera directa
Podría aumentar las posibilidades de llegar a una solución amistosa/diplomática	Resulta inapropiado que los Estados actúen en nombre de capitales privados; los Estados podrían no tomar los problemas del inversor con seriedad
Preserva la soberanía estatal	Las multinacionales podrían no tener un vínculo sólido con el Estado de origen, lo cual haría que les resulte más difícil que el Estado cabildee en su nombre
Podría promover la prevención y resolución más temprana de los conflictos, y reducir el costo y los tiempos de la solución de controversias	Genera dificultades para los Estados en cuanto a cómo decidir a qué inversores representar
Preserva la relación entre Estados e inversores	Politiza las diferencias relativas a inversiones y daña las relaciones entre Estados, con la consecuente posibilidad de que los conflictos se intensifiquen
Podría robustecer a los tribunales de justicia internos	Podrían suscitarse problemas a raíz de los desequilibrios de poder entre los Estados



# 12th Annual Forum of Developing Country Investment Negotiators

February 27 – March 1, 2019, Cartagena, Colombia

Pros	Contras
Permite una interpretación más auténtica del acuerdo por parte de quienes lo negociaron (es decir, los Estados) conforme a sus intenciones	Al principio podría haber cierta falta de pericia entre los diplomáticos para resolver/abordar los conflictos relativos a inversiones
Ya existen ejemplos que podrían seguirse (p. ej. los Acuerdos de Cooperación y Facilitación de Inversiones de Brasil, el mecanismo de solución de diferencias de la Organización Mundial del Comercio, la Comunidad de Desarrollo de África Austral)	Genera más burocracia
	Exige que los Estados afronten los costos de la administración de justicia para los inversores
	Coloca en desventaja a los pequeños inversores y a quienes carecen de buenos contactos o lazos cercanos con el gobierno de su país de origen
	Resulta una propuesta impráctica a la hora de presentarla en el foro de la CNUDMI debido a los intereses creados y a las posturas ideológicas, lo cual hace que sea una recomendación "difícil de vender"