

La protección de las inversiones en el tratado comercial entre la Unión Europea y México.

Por: Leonardo Pasquali

Departamento de Derecho-Universidad de Pisa.

Resumen: El análisis realizado en esta contribución toma el reciente acuerdo comercial entre la Unión Europea y México como caso de estudio para mostrar si la UE se está consolidando, y cómo, como un nuevo actor en la regulación de las inversiones a nivel internacional a través de algunos de sus acuerdos comerciales de “nueva generación”. La Unión Europea, a través de su estrategia de política comercial y de inversión, está tratando de redefinir el sistema de resolución de disputas entre inversionistas y Estados, para superar algunas de las cuestiones críticas más importantes de este sistema. Aunque se trata todavía de acuerdos estipulados sobre una base bilateral y, por tanto, limitados a sólo dos socios, lo que parece relevante es la posibilidad de que sirvan de modelo para desarrollos posteriores a nivel multilateral. El acuerdo UE-México -al igual que el CETA, el acuerdo UE-Singapur, el acuerdo UE-Vietnam y el acuerdo UE-Chile- aborda de hecho aspectos cruciales como la independencia judicial, la transparencia, la falta de coherencia y previsibilidad de las decisiones, además del riesgo del fenómeno del “chilling effect”. La investigación, después de haber examinado brevemente los principales perfiles del sistema de protección de inversiones vigente en el derecho internacional, con especial atención a aquellos que presentan aspectos controvertidos, procede al análisis de las disposiciones legales relevantes presentes en el acuerdo UE-México, destacando las innovaciones que se van a introducir, pero al mismo tiempo señalando sus limitaciones intrínsecas.

Palabras Clave: Sistema de resolución de disputas inversionista-Estado. Protección de la inversión. Acuerdo de libre comercio UE-México. Acuerdos comerciales de nueva generación.

Riassunto: L'analisi condotta nel presente contributo assume il recente accordo commerciale tra l'Unione Europea e il Messico come caso di studio per mostrare se e in che modo l'UE si stia affermando quale nuovo attore nella regolamentazione degli investimenti sul piano internazionale mediante alcuni dei suoi accordi commerciali di “nuova generazione”. L'Unione Europea, attraverso la sua strategia di politica com-

merciale e di investimento, sta cercando di ridefinire il sistema di soluzione controversie investitore-Stato, al fine di superare alcune delle più importanti criticità di tale sistema. Benché si tratti pur sempre di accordi stipulati su base bilaterale e, dunque, limitati a due soli partner, ciò che appare rilevante è la possibilità che essi fungano da modello per successive evoluzioni sul piano multilaterale. L'accordo UE-Messico -al pari del CETA, dell'accordo UE-Singapore, dell'accordo UE-Vietnam e dell'accordo UE-Cile- affronta infatti aspetti cruciali come l'indipendenza giudiziaria, la trasparenza, la scarsa coerenza e prevedibilità delle decisioni, oltre al rischio del fenomeno del "chilling effect". La ricerca, dopo aver brevemente esaminato i principali profili del sistema di protezione degli investimenti vigente nel diritto internazionale, con particolare attenzione a quelli che presentano aspetti controversi, procede all'analisi delle pertinenti disposizioni giuridiche presenti nell'accordo UE-Messico evidenziando le innovazioni da esso introdotte, ma rilevando allo stesso tempo i suoi limiti intrinseci.

Parole Chiave: Sistema di risoluzione delle controversie investitore-Stato. Protezione degli investimenti. Accordo di libero scambio UE-Messico. Accordi commerciali di nuova generazione.

Abstract: The analysis in this paper uses the recent trade agreement between the European Union and Mexico as a case study to show whether and to what extent the European Union is emerging as a new actor in investment regulation at the international level through some of its "new generation" trade agreements. The European Union, through its trade and investment policy strategy, is attempting to redefine investor-state dispute settlement (I.S.D.S) by overcoming some of its main shortcomings. Although these are agreements concluded on a bilateral basis and, therefore, limited to only two partners, the possibility of them serving as a model for subsequent developments at the multilateral level seems relevant. Indeed, the EU-Mexico agreement – like CETA, the EU-Singapore agreement, the EU-Vietnam agreement and the EU-Chile agreement – addresses crucial issues such as judicial independence, transparency, inconsistency and lack of predictability of decisions, as well as the risk of "chilling effect" phenomena. After examining the main aspects of the investment protection system in force in international law, with particular attention to the controversial elements that stand out in this context, the study proceeds to an analysis of the relevant legal provisions in the EU-Mexico agreement, highlighting the innovations introduced by it, but at the same time pointing out its intrinsic limitations.

Keywords: Investor-State dispute settlement system. Investment protection. EU-Mexico Free Trade Agreement. New generation of trade agreements.

Sumario: Introducción. 1.- La protección de las inversiones en el Derecho Internacional. 2.- La protección de las inversiones en los Acuerdos Comerciales de la Unión Europea. 3.- El Sistema de Resolución de disputas sobre inversiones introducido por el Acuerdo UE-México como emblema del nuevo enfoque de la Unión Europea hacia el Sistema I.S.D.S. Conclusiones.

INTRODUCCIÓN:

La Unión Europea y México alcanzaron el 21 de abril de 2018, el acuerdo político¹ para modernizar el “Acuerdo de asociación económica, concertación política y cooperación” llamado también “Acuerdo Global” que, desde el año 2000, preside las relaciones económicas entre ambas entidades². El nuevo acuerdo comercial tiene como objetivo el de desarrollar aún más las relaciones entre los dos socios en línea con las directrices de la reciente estrategia de política comercial de la Unión Europea, introduciendo temas, sectores y áreas no contemplados tradicionalmente en los acuerdos comerciales de “primera generación” de la UE. El mencionado nuevo acuerdo de asociación entre la UE y México se encuadra, de hecho, en la categoría de los acuerdos comerciales más recientes celebrados por la Unión Europea que, por sus importantes perfiles de novedad, se definen como acuerdos “nuevos” o de “segun-

- 1 El texto del Acuerdo en principio del nuevo Acuerdo de Asociación entre la UE y México se puede consultar, únicamente en inglés, en el siguiente enlace: https://policy.trade.ec.europa.eu/eu-trade-relationships-country-and-region/countries-and-regions/mexico/eu-mexico-agreement/agreement-principle_en. Cabe señalar que este no es un texto definitivo ya que, según aclaró la Comisión, “*The texts are published for information purposes only and may undergo further modifications including as a result of the process of legal revision. The texts are still under negotiations and not finalized*”. v. el Descargo de responsabilidad informado en la página web dedicada al acuerdo en el enlace: https://policy.trade.ec.europa.eu/eu-trade-relationships-country-and-region/countries-and-regions/mexico/eu-mexico-agreement/agreement-principle_en.
- 2 V. *Acuerdo de asociación económica, concertación política y cooperación entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y los Estados Unidos Mexicanos, por otra*. El texto completo del acuerdo, en español, se puede encontrar en Internet en el siguiente enlace: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A22000A1028%2801%29>. (Último acceso: 01/03/2024).

da generación”³. De hecho, en el nuevo acuerdo es posible encontrar una amplia gama de elementos que amplían la estructura tradicional de los acuerdos comerciales. Entre ellos destacan las normas relativas a la resolución de disputas relativas a inversiones⁴. Estas últimas dispo-

- 3 Sobre los acuerdos comerciales de nueva generación de la Unión Europea, en general, véase G.M. RUOTOLO, *Gli accordi commerciali di ultima generazione dell'Unione europea e i loro rapporti col sistema multilaterale degli scambi*, en *Studi sull'integrazione europea*, 2016, pp. 329-354; J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, *Permanencia y expansión del bilateralismo: Los acuerdos comerciales de “Nueva Generación” entre la Unión Europea y terceros países*, en *La Ley Unión Europea*, 2019, pp. 1-59; I. BARTHESAGHI, N. DE MARIA CALVELO; N. MELGAR ALASSIO, M.E. PEREIRA, *La nueva generación de acuerdos de la Unión Europea y sus implicancias en el sistema internacional*, en E. TREMOLADA ÁLVAREZ (ed.), *Gobernanza, cooperación internacional y valores democráticos comunes*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2019; A. BLANC (dir.), *La Unión Europea, promotora del libre comercio. Análisis e impacto de los principales acuerdos comerciales*, Cizur Menor (Navarra), 2020; G. ADINOLFI (ed.), *Gli accordi preferenziali di nuova generazione dell'Unione europea*, Torino, 2021; J. MAILLO, *Acuerdos comerciales UE de “Nueva Generación”: origen, rasgos y valoración*, Fundación Universitaria San Pablo CEU, 2021; M. BRONCKERS, G. GRUNI, *Retooling the Sustainability Standards in EU Free Trade Agreements*, in *Journal of International Economic Law*, 2021, pp. 25-51; SERGIO SALINAS ALCEGA, *La Unión Europea, promotora del libre comercio. Análisis e impacto de los principales Acuerdos comerciales*, en *Revista española de derecho internacional*, 2021, pp. 370 y ss; PHILIPPE VINCENT, *Les nouveaux accords commerciaux conclus par l'Union Européenne*, en *Cahiers de Science Politique de l'Université de Liège*, 2021, pp. 54-76.
- 4 Sobre el tema, en general, ver C. TITI, *International Investment Law and the European Union: Towards a New Generation of International Investment Agreements*, en *European Journal of International Law*, 2015, pp. 639 y ss; S. MEUNIER, J.F. MORINI, *The European Union and the space-time continuum of investment agreements*, en *Journal of European Integration*, 2017, pp. 891 y ss.; L. MOLA, *Liberalizzazione e protezione degli investimenti esteri*, en G. ADINOLFI (ed.), *Gli accordi preferenziali di nuova generazione dell'Unione europea* cit., pp. 212 y ss.; D. C. SUCIU GAVRILAOIE, *El marco jurídico de las inversiones en la nueva generación de acuerdos de comercio e inversión de la Unión Europea*, Navarra, 2023.

siciones pretenden superar las deficiencias existentes en el sistema de protección de inversiones vigente en el Derecho internacional mediante la introducción de una regulación innovadora en la materia que, en las palabras de la Comisión, “*aplica plenamente el nuevo planteamiento de la UE sobre la protección de las inversiones y la solución de diferencias relacionadas con inversiones mediante la sustitución del antiguo sistema de solución de diferencias entre inversores y Estados con el nuevo Sistema de Tribunales de Inversiones, que garantiza la transparencia y el derecho de los Gobiernos a legislar en aras del interés público*”⁵.

En los siguientes párrafos se esbozarán primero los principales límites del sistema de protección de inversiones vigente en el derecho internacional, y luego será examinado cómo la Unión Europea pretende superar estos límites a través de sus acuerdos comerciales. Para ello, se procederá a analizar en detalle la disciplina presente en el Capítulo dedicado a la resolución de controversias en materia de inversiones del nuevo acuerdo comercial entre la Unión Europea y México, el cual se tomará como caso de estudio del enfoque innovador propuesto por el Unión Europea en materia de protección de las inversiones extranjeras.

1.- La protección de las inversiones en el derecho internacional:

La protección de las inversiones privadas extranjeras es una de las cuestiones clásicas a las que se ha enfrentado el derecho internacional. De hecho, cae dentro del alcance de las obligaciones de derecho consuetudinario de un Estado hacia otros y constituye uno de los (muy

5 V. Comisión Europea, Bruselas, Hoja Informática, Principales características del acuerdo comercial UE-México, 21 de abril de 2018. El documento se puede encontrar en Internet en el siguiente enlace: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/MEMO_18_1447.

pocos) límites a la soberanía de los Estados en su propio territorio. La protección de las inversiones privadas extranjeras, de hecho, forma parte de las obligaciones que el derecho internacional desde siempre ha impuesto a los Estados soberanos en relación con el trato a los ciudadanos extranjeros. De hecho, los Estados están obligados a proteger al extranjero y sus bienes. Tradicionalmente, este límite a la soberanía del Estado sobre su territorio derivaba del concepto de igualdad soberana entre los Estados y del principio de libertad negativa imperante en la comunidad internacional, en virtud del cual a un Estado soberano se le permite todo, hasta que no llegue a afectar la libertad de otro estado soberano. La protección del extranjero y de sus bienes impuesta a cada Estado es por lo tanto una consecuencia de esta relación entre Estados soberanos, *superiorem non recognoscentes*. El derecho que el derecho internacional reconoce y protege, por lo tanto, se configura como un compromiso que el Estado receptor asume hacia el Estado de ciudadanía del extranjero. Como consecuencia de esto, en caso de violación de este compromiso, el Estado receptor habrá violado un derecho no del inversionista, sino de su Estado de origen⁶. En consecuencia es este último

- 6 Ver E. DE VATTEL, *Le droit des gens, ou principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, Londra, 1758, p. 136: “quiconque traite mal un citoyen porte indirectement préjudice à l’Etat qui doit protéger ce citoyen”. El concepto fue afirmado por la Corte Permanente de Justicia Internacional en el celebre caso *Mavrommatis Palestine Concessions*, SERIE A – N° 2, 30 August 1924, p. 12: “It is an elementary principle of international law that a State is entitled to protect its subjects, when injured by acts contrary to international law committed by another State, from whom they have been unable to obtain satisfaction through the ordinary channels. By taking up the case of one of its subjects and by resorting to diplomatic action or international judicial proceedings on his behalf, a State is in reality asserting its own rights - its right to ensure, in the person of its subjects, respect for the rules of international law. The question, therefore, whether the present dispute originates in an injury to a private interest, which in point of fact is the case in many international disputes, is irrelevant from this standpoint”. El texto de

quien, para hacer valer sus derechos, podrá actuar recurriendo a un instrumento *ad hoc*, previsto expresamente por el derecho internacional consuetudinario para este caso, es decir, la institución de la protección diplomática⁷ definida en el artículo 1 del *Proyecto de artículos sobre la*

esta decisión de la Corte Permanente de Justicia Internacional se puede encontrar fácilmente en línea en inglés y francés, en particular en el enlace: <https://www.icj-cij.org/pcij-series-a> (Último acceso: 1/3/2024).

- 7 La Corte Internacional de Justicia en su fallo *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Sentencia*, ICJ Reports 1970, párrafo 78, observó: “a State may exercise diplomatic protection by whatever means and to whatever extent it thinks fit, for it is its own right that the State is asserting. Should the natural or legal persons on whose behalf it is acting consider that their rights are not adequately protected, they have no remedy in international law. All they can do is to resort to municipal law, if means are available, with a view to furthering their cause or obtaining redress”. El texto de esta decisión de la Corte Internacional de Justicia se puede encontrar fácilmente en línea en inglés y francés, en particular en el enlace: <https://www.icj-cij.org/case/50> (Último acceso: 1/3/2024). Existe una amplia doctrina sobre el tema de la protección diplomática. Para limitar la referencia a algunas obras particularmente significativas, véase E. BORCHARD, *Diplomatic Protection of Citizens Abroad: or the Law of International Claims*, New York, 1915; A.N. MAKAROV, *Consideraciones sobre el ejercicio de la protección diplomática*, en *Revista Española de Derecho Internacional*, 1955, pp. 511 y ss.; G. BATTAGLINI, *La protezione diplomatica delle società*, Padova, 1957; C. DE VISSCHER, *La protection diplomatique des personnes morales*, en *Recueil de Courses*, vol. 102, Leiden, 1961; L. CAFLISCH, *La protection des sociétés commerciales et des intérêts indirects en droit international public*, L'Aia, 1969; M. Díez DE VELASCO, *Reflexiones sobre la protección diplomática*, en *Pensamiento jurídico y sociedad internacional. Estudios en honor del profesor D. Antonio Truyol Serra*, Madrid, 1986, tomo I, pp. 377 y ss.; A. GIANELLI, *La protezione diplomatica di società dopo la sentenza concernente la Barcelona Traction*, en *Rivista di diritto internazionale*, 1986, pp. 762 y ss.; J. F. FLAUSS (dir.), *La protection diplomatique. Mutation contemporaine et pratique internationales*, Bruxelles, 2003; L. CONDORELLI, *La protection diplomatique et l'évolution de son domaine d'application actuelle*, en *Rivista di Diritto Internazionale*, 2003, pp. 5 y ss.; A. VERMEER-KÜNZLI, *As If: The Legal Fiction in Diplomatic Protection*, en *European Journal of International Law*, 2007, pp. 37 y ss.; C. F. AMERASINGHE, *Diplo-*

protección diplomática de la Comisión de Derecho Internacional como “la invocación por un Estado, mediante la acción diplomática o por otros medios de solución pacífica, de la responsabilidad de otro Estado por el perjuicio causado por un hecho internacionalmente ilícito de ese Estado a una persona natural o jurídica que es un nacional del primer Estado con miras a hacer efectiva esa responsabilidad”⁸.

Sin embargo, cabe destacar que tal sistema de protección de las inversiones privadas extranjeras presenta varios aspectos problemáticos. En primer lugar, recordar que existen dos condiciones previas necesarias para que un Estado pueda actuar en protección diplomática: la existencia del vínculo de ciudadanía entre el Estado y la persona perjudicada (física o jurídica) y la previa realización de recursos internos por

matic Protection, Oxford, 2008 ; N. ORTU, *Is Diplomatic Protection fit for a World of Human Rights ? Reflections on the Relevance of Diplomatic Protection vis-à-vis the International Human Rights Protection System*, en *Ordine internazionale e diritti umani*, 2024, pp. 109 y ss.

- 8 En 2006, la Comisión de Derecho Internacional (CDI) adoptó un proyecto de artículos sobre la protección diplomática para codificar las normas generales de derecho internacional existentes sobre el tema, introduciendo al mismo tiempo algunos aspectos nuevos. Ver CDI, *Proyecto de artículos sobre la protección diplomática, aprobado por la Comisión en su 58º periodo de sesiones*, en *Official Records of the General Assembly, Sixty-first Session, Supplement No. 10 (A/61/10)*. El Proyecto se puede encontrar fácilmente en línea en los seis idiomas oficiales de las Naciones Unidas, en particular en el enlace: <https://www.un.org/law/cod/sixth/61/docs.htm> (Último acceso el 2/3/2024). Con la Resolución 68/113, de 16 de diciembre de 2013, se creó un Grupo de Trabajo sobre protección diplomática con el fin de examinar, también a la luz de las observaciones escritas de los gobiernos nacionales y de las opiniones expresadas en el seno de la Asamblea General, la posibilidad de elaborar un Convenio; v. *Resolución aprobada por la Asamblea General el 16 de diciembre de 2013 No. 68/113, Protección diplomática*. El texto de la resolución se puede encontrar fácilmente en línea en los idiomas oficiales de las Naciones Unidas, en particular en el enlace: <https://www.un.org/en/ga/sixth/68/ActionbyGA.shtml> (Último acceso: 2/03/2024).

parte de esta última. En consecuencia, en una primera fase, debido a la segunda de las condiciones previas mencionadas, el inversor privado queda, por así decirlo, a merced de los tribunales internos del Estado receptor, que, en algunas circunstancias, pueden no garantizar un nivel adecuado de competencia e imparcialidad⁹. En segundo lugar, una vez agotados los recursos internos, el inversor privado se vería sometido a la arbitrariedad de su Estado de origen, que también podría considerar inadecuado, para cuestiones que van más allá del caso concreto, proteger a su propio ciudadano (una persona física o jurídica)¹⁰. En tercer

9 En todo caso, recuerde que en el artículo 15 del *Proyecto de artículos sobre la protección diplomática*, la Comisión de Derecho Internacional ha identificado - basándose en el análisis de la práctica internacional - una lista de algunas circunstancias específicas en las que la condición preliminar del agotamiento de los recursos internos ya no existiría: “No será necesario agotar los recursos internos cuando: a) No haya razonablemente disponibles recursos internos que provean una reparación efectiva o los recursos internos no ofrezcan ninguna posibilidad razonable de obtener esa reparación; b) En la tramitación del recurso exista dilación indebida atribuible al Estado cuya responsabilidad se invoca; c) No existía en la fecha en la que se produjo el perjuicio vínculo pertinente entre la persona perjudicada y el Estado cuya responsabilidad se invoca; d) La persona perjudicada esté manifestamente impedida de ejercer los recursos internos; o e) El Estado cuya responsabilidad se invoca haya renunciado al requisito de que se agoten los recursos internos”.

10 Sin embargo, cabe destacar que la CDI, en el comentario al artículo 1 del *Proyecto de artículos sobre la protección diplomática*, ha decidido, en consideración de la naturaleza evolutiva de la posición del individuo en el sistema jurídico internacional (punto 4 del Comentario al artículo 1), dejar abierta la cuestión: “El proyecto de artículo 1 está redactado de manera que quede abierta la cuestión de si el Estado que ejerce la protección diplomática lo hace por derecho propio o en virtud del de su nacional, o ambas cosas. Considera la protección diplomática desde la perspectiva de la responsabilidad del Estado y subraya que es un procedimiento para hacer efectiva la responsabilidad del Estado por el perjuicio causado al nacional de resultados de un hecho internacionalmente ilícito”. (punto 5 del comentario al artículo 1). En

lugar, hay que considerar que, si el Estado de origen decidiera intervenir en la protección diplomática y efectivamente lograra obtener una compensación del Estado territorial, la compensación no se pagaría directamente al inversor, sino a su Estado de ciudadanía. En consecuencia, es este último quien debe entonces proporcionar la indemnización al inversor aunque, en cualquier caso, dicho Estado no tenga obligación jurídica de pagar la indemnización recibida al perjudicado. Un último perfil problemático – de carácter más general – que cabe señalar es que el éxito real de cualquier intervención del Estado en materia de protección diplomática es, de hecho, muy aleatorio y depende también del equilibrio de poder entre los dos Estados, con todas las distorsiones que esto puede conllevar.

En una época más reciente, más precisamente desde la década de 1970, coincidiendo con el proceso de descolonización, la solución que se ha consolidado en el derecho internacional de inversiones para superar estos problemas ha sido la de la creación de un sistema de arbitraje entre Estados e inversores extranjeros, para proteger las inversiones realizadas por estos últimos¹¹. La estipulación de acuerdos bilaterales de

doctrina sobre este punto véase, *inter alios*, P. PUSTORINO, *Recenti sviluppi in tema di protezione diplomatica*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2006, pp. 68 ss.; M. I. PAPA, *Protezione diplomatica, diritti umani e obblighi erga omnes*, en *Rivista di Diritto Internazionale*, 2008, pp. 669 y ss.; A. VERMEER-KÜNZLI, *Diplomatic Protection as a Source of Human Rights Law*, en DINAH SHELTON (ed.), *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*, Oxford, 2013, pp. 250 y ss.; ELISA ORTEGA VELÁZQUEZ, *Naturaleza jurídica de la protección diplomática a la luz del desarrollo progresivo del derecho internacional: ¿derecho del Estado o de la persona humana?*, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 2016, pp. 3 y ss.

- 11 Cabe recordar que el primer tratado bilateral que introdujo un sistema de arbitraje entre Estado e inversor fue el Tratado Bilateral de Inversiones entre Indonesia y los Países Bajos (es decir, entre una antigua colonia y el Estado colonizador), firmado en 1968 y que entró en vigor en 1971. El texto del Tratado se puede encontrar fácilmente en Internet, por ejemplo en el

inversión entre Estados con cláusulas que prevén, como método para resolver cualquier controversia relacionada con la falta de protección de las inversiones de particulares extranjeros por parte del Estado receptor, el uso de arbitraje que ver oponerse no al Estado receptor y al Estado al que pertenece el inversor, sino a este último directamente se ha convertido en una práctica generalizada¹². Este sistema se define, en inglés, *Investor-state dispute settlement* (I.S.D.S.) o, en español, arbitraje de diferencias inversor-estado y constituye una excepción (aunque hay que reconocer que no es la única) al derecho internacional en el que la regla general es que cuando se acusa a un Estado de haber violado el derecho internacional y la controversia se resuelve vía judicial o arbitraje, las partes involucradas son los Estados soberanos, mientras que no se suele producir un conflicto directo entre el Estado (entidad soberana) y persona privada, natural o jurídica (sujeto)¹³. El sistema I.S.D.S. se com-

enlace: <https://jusmundi.com/en/document/treaty/fr-indonesia-netherlands-bit-1968-indonesia-netherlands-bit-1968-sunday-7th-july-1968> (Último acceso: 1/3/2024).

- 12 A la fecha, según datos proporcionados por la UNCTAD, se han firmado 2.832 acuerdos de este tipo, de los cuales 2.200 se encuentran vigentes, ver <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/> (Último acceso: 3/3/2024).

- 13 *"The growth of international arbitration in recent decades was primarily driven by disputes arising under contracts containing arbitration agreements. But, two decades ago, it was said that 'explorers had set out to discover a new continent for international arbitration'. This 'new continent' permitted a qualifying investor with a qualifying investment to commence an international arbitration against a sovereign state even if it did not have a contract with that sovereign. It was labelled 'arbitration without privity'. The principal means to arrive at this new continent was via a network of bilateral and multilateral treaties for the promotion and protection of investment (including investment chapters in free trade agreements). These treaties revolutionised international law. They empowered an aggrieved investor to claim directly against a host state (without the intervention of that investor's home state) if the investor considered that the host state was in breach of the substantive protections contained in the relevant investment*

pleta con la posibilidad de que el arbitraje -además de un tribunal arbitral *ad hoc*, establecido caso por caso- sea confiado a una de las estructuras actualmente existentes, en primer lugar el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)¹⁴ (que es una institución dentro del Grupo del Banco Mundial) u otras estructuras como la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya, el *Singapore International Arbitration Center*, el *Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce*, el *Cairo Regional Centre for International Commercial Arbitration*, el *International Chamber of Commerce*¹⁵.

treaty"; ver N. BLACKABY, C. PARTASIDES, A. REDFERN, *Redfern and Hunter on International Arbitration (Seventh Edition)*, Oxford, 2023, par. 1.14.

- 14 Establecido por el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (Convenio del CIADI o Convenio), abierto a la firma en Washington el 18 de marzo de 1965. El texto oficial del Convenio en español (que es uno de los idiomas oficiales del Convenio del CIADI junto con inglés y francés) también se pueden encontrar en el enlace: <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/ICSID%20Convention%20Spanish.pdf>(Último acceso: 3/3/2024). Como se aclara en el artículo 1, párrafo 2 del Convenio CIADI, el objetivo del Centro es “facilitar la sumisión de las diferencias relativas a inversiones entre Estados Contratantes y nacionales de otros Estados Contratantes a un procedimiento de conciliación y arbitraje de acuerdo con las disposiciones de este Convenio”.

- 15 De los datos del sitio web de la UNCTAD (actualizados al 31 de diciembre de 2023) se desprende que actualmente hay 1.303 arbitrajes de inversión (el número incluye tanto los casos aún pendientes como los concluidos), de los cuales 812 (es decir, más del 60%) fueron presentado ante el CIADI, ver <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement> (Último acceso: 3/3/2024). Esta clara preferencia por el sistema CIADI está determinada por la presencia de un artículo del Convenio CIADI, específicamente el art. 54, que dispone que el laudo arbitral es inmediatamente vinculante y tiene la misma fuerza de cosa juzgada que una sentencia definitiva del Estado interesado: “Artículo 54.(1) Todo Estado Contratante reconocerá al laudo dictado conforme a este Convenio carácter obligatorio y hará ejecutar dentro de sus territorios las obligaciones pecuniarias impuestas por el laudo como si

Para cumplir este paso de una relación jurídica bilateral de derecho internacional, de carácter procesal, entre Estado (anfitrión) y Estado (al que pertenece el inversor) a una entre Estado (anfitrión) y particular (inversor) es necesaria la renuncia por al Estado de origen su derecho a intervenir en la protección diplomática. En el Convenio del CIADI, por ejemplo, esto ocurre con todos los Estados partes en virtud de su artículo 27¹⁶.

se tratare de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en dicho Estado. El Estado Contratante que se rija por una constitución federal podrá hacer que se ejecuten los laudos a través de sus tribunales federales y podrá disponer que dichos tribunales reconozcan al laudo la misma eficacia que a las sentencias firmes dictadas por los tribunales de cualquiera de los estados que lo integran. (2) La parte que inste el reconocimiento o ejecución del laudo en los territorios de un Estado Contratante deberá presentar, ante los tribunales competentes o ante cualquier otra autoridad designados por los Estados Contratantes a este efecto, una copia del mismo, debidamente certificada por el Secretario General. La designación de tales tribunales o autoridades y cualquier cambio ulterior que a este respecto se introduzca será notificada por los Estados Contratantes al Secretario General. (3) El laudo se ejecutará de acuerdo con las normas que, sobre ejecución de sentencias, estuvieren en vigor en los territorios en que dicha ejecución se pretenda". Por el contrario, la norma del derecho internacional general - de la cual el artículo 54 del Convenio del CIADI constituye una excepción - es la prevista por el Convenio para el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, conocido como Convenio de Nueva York de 1958, según el cual los laudos arbitrales extranjeros, para ser ejecutables en el territorio de un Estado, deben obtener el reconocimiento de la autoridad judicial competente del Estado en cuestión y luego ser ejecutados. El texto del Convenio de Nueva York, en español, se puede encontrar fácilmente en Internet, por ejemplo en el enlace: <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/new-york-convention-s.pdf> (Último acceso: 4/3/2024)

16 Artículo 27 del Convenio del CIADI: "(1) Ningún Estado Contratante concederá protección diplomática ni promoverá reclamación internacional respecto de cualquier diferencia que uno de sus nacionales y otro Estado Contratante hayan consentido en someter o hayan sometido a arbitraje conforme a este Convenio, salvo que este último Estado Contratante no haya acatado el laudo dictado en tal diferencia o haya dejado de cumplirlo. (2) A los efectos de este Artículo, no se

En general, este sistema -en el que la resolución de controversias relativas a la protección de inversiones privadas extranjeras se confía a un arbitraje internacional en el que las partes contrarias son el Estado receptor por un lado y el inversor privado directamente por el otro- se considera más favorable a los inversores que el sistema centrado en la protección diplomática por parte del Estado de origen del inversor. Entre otras cosas permite a los inversores extranjeros evitar los tribunales internos, con las relativas ventajas, en particular en lo que respecta a la duración de los procedimientos y los riesgos de su imperfecta imparcialidad.

Sin embargo, este sistema también pone de relieve limitaciones como, por ejemplo, la falta de transparencia¹⁷, la escasa previsibilidad de las decisiones¹⁸, la falta de un mecanismo de apelación que pueda promover la

considerará como protección diplomática las gestiones diplomáticas informales que tengan como único fin facilitar la resolución de la diferencia”.

- 17 Ver S.D. FRANCK, J. FREDA, K. LAVIN, T. LEHMANN, A. VAN AAKEN, *The Diversity Challenge: Exploring the “Invisible College” of International Arbitration*, en *Columbia Journal of Transnational Law*, 2015, pp. 429 y ss.; D.P. FERNÁNDEZ ARROYO, *La transparencia como paradigma del arbitraje de inversiones*, en A. TANZI, A. ASTERITI, R. POLANCO LAZO, P. TURRINI, *International Investment Law in Latin America / Derecho Internacional de las Inversiones en América Latina*, Leiden-Boston, Brill-Nijhoff International Investment Law Series, Volume 5, 2016, pp. 244 y ss.; E. M. HAFNER-BURTON, D. G. VICTOR, *Secrecy in International Investment Arbitration: An Empirical Analysis*, en *Journal of International Dispute Settlement*, 2016, pp. 161 y ss.; N. FEBLES POZO, *Un análisis crítico de las normas sobre transparencia en los reglamentos de arbitraje internacional: La CCI, el CIADI y la CNUDMI*, en *Cadernos de Dereito Actual*, 2019, pp. 57 y ss.
- 18 Ver Y. BANIFATEMI, *Consistency in the Interpretation of Substantive Investment Rules: Is It Achievable?* en R. ECHANDI, P. SAUVÉ (eds.), *Prospects in International Investment Law and Policy: World Trade Forum*, Cambridge, 2013; T. SCHULTZ, *Against Consistency in Investment Arbitration*, en Z. DOUGLAS, J. PAUWELYN, J. VIÑUALES (eds.), *The Foundations of International Investment Law: Bringing Theory into Practice*, Oxford, 2014.

coherencia del sistema¹⁹, costos excesivos²⁰ también determinado por la ocurrencia de procedimientos paralelos²¹, la aplicación del principio de “el que pierde, paga” en lo que respecta a la imputación de las costas procesales²², el riesgo del llamado “*chilling effect*”, es decir, un desincentivo para que los Estados adopten políticas públicas legítimas, como normas medioambientales o sociales, por miedo a verse sujetos a costosas disputas²³. Todas estas consideraciones han determinado lo que se ha definido doctrinalmente como una “crisis de legitimidad” del sistema I.S.D.S.²⁴. No es casualidad que desde 2017 el Grupo de Trabajo III de la

- 19 Ver M. FELDMAN, *Investment Arbitration Appellate Mechanism Options: Consistency, Accuracy, and Balance of Power*, en *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 2017, pp. 528 y ss.
- 20 Ver S. D. FRANCK, *Rationalizing Costs in Investment Treaty Arbitration*, en *Washington University Law Review*, 2011, pp. 769 y ss.; ID., *Arbitration Costs: Myths and Realities in Investment Treaty Arbitration*, Oxford, 2019.
- 21 Ver G. ZARRA, *Procedimenti paralleli*, en D. MANTUCCI (dir.), *L'arbitrato negli investimenti internazionali - Trattato di Diritto dell'arbitrato - Vol. XIII*, Napoli, 2021, pp. 421 y ss.
- 22 Véase, por ejemplo, lo que resolvió el Tribunal de Arbitraje del CIADI en el caso *Southern Pacific Properties (Middle East) Arab Republic Of Egypt Case No. Arb/84/3*, punto 207: “*In a case such as the present one, where the measure of compensation is determined largely on the basis of the out-of-pocket expenses incurred by the claimant, there is little doubt that the legal costs incurred in obtaining the indemnification must be considered as part and parcel of the compensation in order to make whole the party who suffered the loss and had to litigate to obtain compensation*”. El texto del laudo arbitral se puede encontrar en Internet en el enlace: <https://icsid.worldbank.org/> (Último acceso el 5/3/2024)
- 23 Ver K. TIENHAARA, *Regulatory Chill in a Warming World: The Threat to Climate Policy Posed by Investor-State Dispute Settlement*, en *Transnational Environmental Law*, 2018, pp. 229 ss.
- 24 Sobre la crisis de legitimidad del sistema I.S.D.S. ver, *inter alios*, S. D. FRANCK, *The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions*, en *Fordham Law Review*, 2005, pp. 1521 y ss.; C. N. BROWER, S. W. SCHILL, *Is Arbitration a Threat or a Boom to the Legitimacy of International Investment Law?*, en *Chicago Jour-*

nal of International Law, 2008, pp. 471 y ss.; M. WAIBEL, A. KAUSHAL, K.-H. CHUNG, C. BALCHIN, *The Backlash against Investment Arbitration: Perceptions and Reality*, Alphen aan den Rijn, 2010; A. HENKE, *La crisi del sistema ISDS e il progetto di una nuova corte internazionale permanente, ovvero della fine dell'arbitrato in materia di investimenti*, en *Diritto del Commercio Internazionale*, 2017, pp. 133 y ss.; P. NILO DONOSO, *Crisis de legitimidad en el arbitraje inversionista-estado: ¿apariciencia o realidad?* ACHMEA, CNUDMI y UNASUR como distintos caminos con rumbo común, en *Anuario de Derecho Público*, 2018, pp. 227 y ss.; D. BEHN, O. K. FAUCHALD, M. LANGFORD, *Introduction: The Legitimacy Crisis and the Empirical Turn*, en *The Legitimacy of Investment Arbitration Empirical Perspectives*, Cambridge, 2022, pp. 1 – 38.

- 25 “La Comisión confirió al Grupo de Trabajo III un mandato amplio para que trabajara en lo relativo a la posible reforma del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados. En consonancia con los procesos de la CNUDMI, el Grupo de Trabajo III, en cumplimiento de ese mandato, velaría por que las deliberaciones, además de aprovechar la gama más amplia posible de conocimientos especializados de que dispusieran todos los interesados, fuesen dirigidas por los Gobiernos, se nutrieran con aportes de alto nivel de todos los Gobiernos, se basaran en el consenso y fueran plenamente transparentes. El Grupo de Trabajo procedería a) en primer lugar, a determinar y examinar las inquietudes relacionadas con la solución de controversias entre inversionistas y Estados; b) en segundo lugar, a evaluar si era deseable emprender una reforma a la luz de las inquietudes que se hubiesen detectado; y c) en tercer lugar, si el Grupo de Trabajo llegaba a la conclusión de que la reforma era deseable, a elaborar las soluciones pertinentes que cabría recomendar a la Comisión. La Comisión acordó que se diera al Grupo de Trabajo un amplio margen de discrecionalidad para el cumplimiento de su mandato, y que las soluciones a que se llegara se definieran teniendo en cuenta la labor que estuviesen realizando en ese momento las organizaciones internacionales pertinentes y de modo tal que cada Estado tuviera la posibilidad de elegir si deseaba, y en qué medida, adoptar la o las soluciones propuestas”; ver Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), 50º período de sesiones (3 al 21 de julio de 2017), núm. 17 (A/72/17), párr. 264. El informe se puede encontrar fácilmente en Internet en los idiomas oficiales de las Naciones Unidas en el enlace: <https://undocs.org/> (Último acceso: 4/3/2024). Los trabajos del Gru-

y también dentro del CIADI, a partir de 2018 se inició un intenso proceso de consulta entre la Secretaría y los Estados miembros para avanzar en la reforma del reglamento del Centro²⁶.

2.- La protección de las inversiones en los acuerdos comerciales de la unión europea:

En los últimos años, la UE ha asumido un papel de liderazgo en la escena internacional también en lo que respecta a los arbitrajes de inversión conforme al derecho internacional, en particular a través de los llamados acuerdos comerciales de segunda generación²⁷.

po de Trabajo III se pueden consultar en el siguiente enlace: https://unctral.un.org/en/working_groups/3/investor-state (Último acceso: 4/3/2024).

- 26 La última (cuarta) enmienda al Convenio del CIADI entró en vigor el 1 de julio de 2022: <https://icsid.worldbank.org/resources/rules-amendments> (Último acceso: 5/3/2024).

- 27 La elección de la Unión Europea de posicionarse como un nuevo actor en la regulación de las inversiones a través de sus propios acuerdos comerciales celebrados sobre una base bilateral estuvo determinada, *inter alios*, por el fracaso del intento, presentado en la Conferencia Ministerial de Cancún de la Organización Mundial del Comercio en 2003, cuyo objetivo era introducir el debate sobre el comercio y las inversiones en el marco de las negociaciones multilaterales entre los miembros de la OMC. Como recuerda la doctrina: *“la Conferenza ministeriale dell'OMC di Cancùn del 2003 aveva stralciato le discussioni su commercio e investimenti ed altri Singapore Issues (concorrenza, appalti pubblici, facilitazione al commercio) dalla sede negoziale multilaterale, determinando la ricerca della loro regolamentazione in via bilaterale o regionale. L'Unione si è accinta ad affrontare una sfida negoziale a ampio raggio in materia di investimenti conoscendo tre "approcci" normativi: accordi bilaterali sugli investimenti (BITs); il diritto dell'OMC (in particolare il General Agreement on Trade in Service - GATS - relativamente alla liberalizzazione della terza modalità di fornitura di un servizio da parte di prestatori stranieri attraverso la costituzione di una presenza commerciale nello Stato di destinazione) e il diritto del mercato interno dell'Unione euro-*

La Unión Europea tiene una larga tradición de acuerdos comerciales y es sin duda uno de los actores más relevantes del sistema económico internacional actual²⁸. Sin embargo, en los últimos años los acuerdos comerciales firmados por la Unión Europea con terceros Estados y otras organizaciones regionales han tenido una evolución ligada al objeto de los propios acuerdos: mientras que, en realidad, los menos recientes se centraban en la eliminación (o al menos en la reducción) de las barreras arancelarias al comercio, los acuerdos comerciales estipulados en los últimos años son decididamente más ambiciosos. Además de promover el movimiento de bienes y servicios entre las partes mediante la eliminación de barreras arancelarias, dichos acuerdos tienen como objetivo la promoción del desarrollo sostenible, afirmando valores como la protección del medio ambiente²⁹ y de los trabajadores, los derechos

pea (specialmente sulle libertà di stabilimento e di movimento dei capitali). Nello stesso periodo si è però anche verificata una spinta evolutiva endogena al diritto internazionale degli investimenti, in risposta alla quale, in assenza di un consenso o di un interesse più esteso a livello globale, gli ambiti convenzionali bilaterali o regionali sono diventati sede di rielaborazione della disciplina sostanziale degli investimenti e dei meccanismi ai quali è affidata, in questo ambito, la risoluzione delle controversie”; ver L. MOLA, Liberalizzazione e protezione degli investimenti esteri, op. cit., p. 212.

- 28 La Unión Europea es parte en cuarenta y siete acuerdos comerciales que abarcan setenta y nueve socios, lo que la convierte en la red comercial más grande del mundo.
- 29 I. BARTHESAGHI, N. DE MARIA CALVELO; N. MELGAR ALASSIO, M.E. PEREIRA., *op. cit.*, p. 453 sostienen que: “Estos temas no son menores, ya que la UE exige buenas prácticas ambientales a la hora de firmar sus acuerdos comerciales. En la actualidad, es muy importante que se puedan manejar tales aspectos, debido a los niveles de contaminación y a la importancia que adquiere el tema en la agenda global. Que un organismo ejemplo como la UE reclame condiciones aceptables, es muy positivo en el comercio internacional donde puede ser un estímulo para que otros países adopten estas prácticas saludables... Ahora bien, las exigencias en normas y disposiciones medioambientales no pueden constituir una barrera más para el comercio con los países en desarrollo, lo que alienta a economías como la europea a impulsar dichos temas con suma

de propiedad intelectual, el crecimiento inclusivo, la investigación y el desarrollo y la protección de los derechos humanos.

Desde un punto de vista jurídico, el comportamiento de la Unión es plenamente legítimo, ya que, en virtud de los artículos 205 TFUE y 21 TUE, su acción en la escena internacional debe basarse en la “exportación” de sus valores y principios³⁰.

transparencia y una lógica de cooperación, sobre todo cuando se trata de países de menor desarrollo”.

- 30 En particular: “la democracia, el Estado de Derecho, la universalidad e indivisibilidad de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, el respeto de la dignidad humana, los principios de igualdad y solidaridad y el respeto de los principios de la Carta de las Naciones Unidas y del Derecho internacional” (art. 21, pár. 1 TUE). En el segundo párrafo se encuentra una lista de los objetivos que la UE quiere alcanzar mediante la definición y ejecución de políticas comunes y acciones y logrando un alto grado de cooperación en todos los ámbitos de las relaciones internacionales “a) defender sus valores, intereses fundamentales, seguridad, independencia e integridad; b) consolidar y respaldar la democracia, el Estado de Derecho, los derechos humanos y los principios del Derecho internacional; c) mantener la paz, prevenir los conflictos y fortalecer la seguridad internacional, conforme a los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas, así como a los principios del Acta Final de Helsinki y a los objetivos de la Carta de París, incluidos los relacionados con las fronteras exteriores; d) apoyar el desarrollo sostenible en los planos económico, social y medioambiental de los países en desarrollo, con el objetivo fundamental de erradicar la pobreza; e) fomentar la integración de todos los países en la economía mundial, entre otras cosas mediante la supresión progresiva de los obstáculos al comercio internacional; f) contribuir a elaborar medidas internacionales de protección y mejora de la calidad del medio ambiente y de la gestión sostenible de los recursos naturales mundiales, para lograr el desarrollo sostenible; g) ayudar a las poblaciones, países y regiones que se enfrenten a catástrofes naturales o de origen humano; y h) promover un sistema internacional basado en una cooperación multilateral sólida y en una buena gobernanza mundial”. Un estudio detallado de los valores de la UE en su acción exterior es el de E. SCISO, R. BARATTA, C. MORVIDUCCI (a cura di), *I valori dell'Unione europea e l'azione esterna*, Torino, 2016.

Estos últimos acuerdos se definen como acuerdos de “segunda generación” o “nueva generación” para contrastarlos con los de “primera generación”, centrados precisamente en la mera eliminación de barreras arancelarias.

El cambio de rumbo de la UE es, además, el resultado de una elección muy específica, que deriva de la adopción de una estrategia concreta por parte de la Comisión, la estrategia “Comercio para todos”³¹. La idea subyacente es promover tanto los valores como los intereses de la Unión a través de una política comercial y de inversiones más responsable y eficaz³². La norma del tratado que entra en juego es evidentemente

³¹ *Comercio para todos. Hacia una política de comercio e inversión más responsable*. COM(2015) 497 final, 14 de octubre de 2015. El texto completo de la Comunicación puede consultarse en el enlace: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/GA/TXT/?uri=CELEX%3A52015DC0497> (Último acceso: 17.02.2024). En inglés ver también EUROPEAN COMMISSION. *Trade for all*. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2015, pp. 1-40, disponible en: <https://op.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/d90eda7c-7299-11e5-9317-01aa75ed71a1> (Último acceso 5/3/2024). Sobre el tema véase, *inter alios*, A. BONFANTI, *Diritti umani e politiche dell'Unione europea in materia commerciale e di investimenti stranieri: la comunicazione 'Commercio per tutti', tra regionalismo e multilateralismo economico*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2016, pp. 233 y ss.

³² En lo que respecta en particular a la política de inversiones, en el punto 4.1.2 de la Comunicación la Comisión destaca cómo la UE “se halla en la mejor situación —y tiene una responsabilidad especial— para liderar la reforma del régimen mundial de inversiones, como fundadora y agente principal de dicho régimen. La Comisión, que tiene nuevas responsabilidades de protección de las inversiones desde que el Tratado de Lisboa transfirió a la UE competencias en este ámbito, ha convertido la reforma en una prioridad y está dispuesta a asumir el liderazgo a nivel mundial”. Partiendo de estas premisas, se afirma que en la nueva estrategia la Comisión: “incluirá, en un primer momento, disposiciones modernas en los acuerdos bilaterales que hagan más hincapié en el derecho de los Estados a regular, algo que no se destacaba lo suficiente en el pasado. Los acuerdos bilaterales de la UE comenzarán a transformar la antigua

el art. 207, primer párrafo del TFUE, que contiene los valores fundamentales de la política de comercio exterior de la UE³³.

Por tanto, a la luz de su propósito y objeto, es posible calificar los acuerdos firmados por la UE con Corea del Sur³⁴, Colombia-Perú-Ecuador³⁵, Países centroamericanos (Costa Rica,

solución de diferencias entre un inversor y un Estado en un sistema público de tribunales de inversiones, compuesto por un Tribunal de Primera Instancia y un Tribunal de Apelación, que funcione como los órganos jurisdiccionales tradicionales. Habrá un código de conducta claro para evitar los conflictos de intereses, jueces independientes con una alta cualificación técnica y jurídica, comparable a la exigida a los miembros de tribunales internacionales permanentes, como la Corte Internacional de Justicia y el Órgano de Apelación de la OMC; paralelamente, cooperará con los socios a fin de lograr un consenso para un Tribunal Internacional de Inversión auténtico y permanente; apoyará, a largo plazo, la incorporación de normas de inversión en la OMC, lo cual sería una oportunidad para simplificar y actualizar la red existente de acuerdos bilaterales, a fin de establecer un sistema más claro, legítimo e inclusivo; y antes de que concluya su mandato, hará balance de los progresos, revisará la Comunicación de 2010 sobre la inversión internacional y trazará el camino que debe seguirse”.

33 Art. 207 TFUE: “1. La política comercial común se basará en principios uniformes, en particular por lo que se refiere a las modificaciones arancelarias, la celebración de acuerdos arancelarios y comerciales relativos a los intercambios de mercancías y de servicios, y los aspectos comerciales de la propiedad intelectual e industrial, las inversiones extranjeras directas, la uniformización de las medidas de liberalización, la política de exportación, así como las medidas de protección comercial, entre ellas las que deban adoptarse en caso de dumping y subvenciones”.

34 Acuerdo de Libre Comercio entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Corea, por otra, firmado el 6 de octubre de 2010 y que entró en vigor el 13 de diciembre de 2015. El texto completo del acuerdo se puede consultar en Internet: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=celex%3A22011A0514%2801%29> (Último acceso: 5/3/2024).

35 Acuerdo comercial entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por una parte, y Colombia y el Perú, por otra, firmado el 26 de junio de 2012 y que entró en vigor, con carácter provisional, el 1 de marzo de 2013 entre la UE y Perú

El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Panamá)³⁶, Canadá (CETA)³⁷, Singapur³⁸, Japón³⁹, Reino Unido⁴⁰, Vietnam⁴¹,

- y el 1 de agosto de 2013 entre la UE y Colombia. El texto completo del acuerdo puede consultarse en Internet: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A22012A1221%2801%29> (Último acceso: 5/3/2024).
- 36 *Acuerdo por el que se establece una Asociación entre la Unión Europea y Centroamérica*, firmado el 29 de junio de 2012 y que entró en vigor provisionalmente el 1 de agosto de 2013 con Honduras, Nicaragua y Panamá y el 1 de diciembre de 2013 con Guatemala. El texto completo del acuerdo puede consultarse en Internet: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:22012A1215\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:22012A1215(01)). (Último acceso: 5.3.2024).
- 37 *Acuerdo Económico y Comercial Global (CETA) entre Canadá y la Unión Europea*, firmado el 30 de octubre de 2016 y que entró en vigor provisionalmente el 21 de septiembre de 2017. El texto completo del Acuerdo puede consultarse en Internet: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:22017A0114\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:22017A0114(01)). (Último acceso: 5/3/2024).
- 38 *Acuerdo de Libre Comercio UE-Singapur*, firmado el 19 de octubre de 2018 y que entró en vigor el 21 de noviembre de 2019. El texto completo del Acuerdo, en inglés, puede consultarse en Internet: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/GA/TXT/?uri=CELEX%3A22019A1114%2801%29>. (Último acceso: 5/3/2024).
- 39 *Acuerdo de Asociación Económica UE-Japón*, entró en vigor el 1 de febrero de 2019. El texto completo del acuerdo puede consultarse en Internet: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A02018A1227%2801%29-20220201>. (Último acceso: 5/3/2024).
- 40 *Acuerdo de comercio y cooperación entre la Unión Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica, por una parte, y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, por otra*, firmado el 30 de diciembre de 2020 y que entró en vigor el 1 de mayo de 2021. El acuerdo, que regula las relaciones con Gran Bretaña tras la retirada de este país de la Unión Europea, puede consultarse en Internet: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A22021A0430%2801%29> (Último acceso: 5/3/2024).
- 41 *Acuerdo de Libre Comercio (ALC) entre la Unión Europea (UE) y la República Socialista de Vietnam*, firmado el 30 de junio de 2019 y que entró en vigor el 31 de julio de 2020. El texto completo del Acuerdo, en italiano, puede consultarse en Internet: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A22020A0612%2801%29>. (Último acceso: 5/3/2024)

México⁴², Mercosur⁴³, Chile⁴⁴, Kenya⁴⁵, Nueva Zelanda⁴⁶ como acuerdos de nueva (o segunda) generación.

Algunos de ellos establecen normas sobre la protección de las inversiones⁴⁷, proporcionando en particular herramientas *ad hoc* para

42 V. *supra*.

43 El 28 de junio de 2019, la Unión Europea y Mercosur, tras casi dos décadas de negociaciones, alcanzaron un acuerdo político sobre un acuerdo comercial. El texto del acuerdo de principio, en inglés, puede consultarse en Internet: https://policy.trade.ec.europa.eu/eu-trade-relationships-country-and-region/countries-and-regions/mercosur/eu-mercosur-agreement/text-agreement_en. (Último acceso: 5/3/2024). Para un análisis del acuerdo entre la Unión Europea y Mercosur, permítanme referirme a L. PASQUALI, *Il contributo dell'accordo UE - Mercosur alla governance internazionale dell'ambiente*, en NOMOS, 2020, pp. 179-200.

44 En 2022, la Unión Europea y Chile alcanzaron un acuerdo político sobre el Acuerdo Marco Avanzado UE-Chile, que modernizaría el anterior acuerdo de asociación de 2002, actualmente en vigor entre ambas partes. El texto del acuerdo de principio, en inglés, puede consultarse en Internet: https://policy.trade.ec.europa.eu/eu-trade-relationships-country-and-region/countries-and-regions/chile/eu-chile-agreement/text-agreement_en. (Último acceso: 5/3/2024).

45 El 19 de junio de 2023, la Unión Europea y Kenya concluyeron las negociaciones sobre un *Economic Partnership Agreement* que entró en vigor el 1 de julio 2024. El texto del acuerdo puede consultarse en Internet: https://policy.trade.ec.europa.eu/eu-trade-relationships-country-and-region/countries-and-regions/east-african-community-eac/eu-kenya-agreement/text-agreement_en. (Último acceso: 5/3/2024).

46 El 30 de junio de 2022, la Unión Europea y Nueva Zelanda alcanzaron un acuerdo político sobre un ambicioso acuerdo comercial que entró en vigor el 1 de mayo 2024. El texto del acuerdo puede consultarse en Internet: https://policy.trade.ec.europa.eu/eu-trade-relationships-country-and-region/countries-and-regions/new-zealand/eu-new-zealand-agreement/text-agreement_en. (Último acceso: 5/3/2024).

47 Sobre el intento de la Unión Europea de promover la protección de intereses no económicos de carácter público atribuibles al desarrollo sostenible, también a

la resolución de disputas entre Estados extranjeros y particulares en relación con inversiones extranjeras, contribuyendo así al desarrollo del derecho internacional también en este sector específico. En concreto, se trata de acuerdos entre la Unión Europea y sus estados miembros por un lado y respectivamente Canadá⁴⁸, Singapur⁴⁹,

través de la política de inversiones, véase P. ACCONCI, *Investimenti stranieri sostenibili: diritto e governance internazionale e dell'Unione europea*, Napoli, 2023.

48 V. Acuerdo Económico y Comercial Global (CETA) entre Canadá y la Unión Europea, Sección F, artt. 8.18 – 8.45.

49 V. Propuesta de decisión del Consejo relativa a la celebración del Acuerdo de Protección de las Inversiones entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Singapur, por otra, COM(2018) 194 final, Capítulo Tres - Solución De Diferencias. El texto completo del documento se puede encontrar en el enlace: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52018PC0194>. (Último acceso: 6/3/2024). Como afirma la Comisión: “*Trade and investment negotiations between the EU and Singapore have been finalised and the legal revision of the texts has been completed. The text of the EU-Singapore investment protection agreement presented in this webpage is made public solely for information purposes. The agreement presented in this document is not binding under international law and will only become so after completion by each Party of its internal legal procedures necessary for the entry into force of the Agreement*”. Véase el descargo de responsabilidad en la página web dedicada al acuerdo en el enlace: https://policy.trade.ec.europa.eu/eu-trade-relationships-country-and-region/countries-and-regions/singapore/eu-singapore-agreements/texts-agreements_en (Último acceso: 6/3/2024).

Vietnam⁵⁰, Chile⁵¹ y de hecho México⁵² por el otro.

La idea básica, que inspiró las decisiones de la Unión Europea a este respecto, parte de un enfoque crítico del sistema de resolución de con-

50 V. Propuesta de decisión del Consejo relativa a la celebración del Acuerdo de Protección de las Inversiones entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la República Socialista de Vietnam, por otra, COM(2018) 693 final, Capítulo Tres - Solución De Diferencias. El texto completo del documento se puede encontrar en el enlace: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52018PC0693>. (Último acceso: 6/3/2024). También en este caso, la Comisión aclaró que *“the text of the EU-Vietnam investment protection agreement presented in this webpage is the text at the end of the negotiation conducted by the European Commission and is made public solely for information purposes. The agreement presented in this document is not binding under international law and will only become so after completion of the ratification process by each Party according to its internal legal procedures”*. Véase el descargo de responsabilidad en la página web dedicada al acuerdo en el enlace: https://policy.trade.ec.europa.eu/eu-trade-relationships-country-and-region/countries-and-regions/vietnam/eu-vietnam-agreement/texts-agreements_en (Último acceso 6/3/2024).

51 Véase EU-Chile Advanced Framework Agreement, Chapter 10, Section D - RESOLUTION OF INVESTMENT DISPUTES AND INVESTMENT COURT SYSTEM. El texto completo del documento se puede encontrar en el enlace: https://policy.trade.ec.europa.eu/eu-trade-relationships-country-and-region/countries-and-regions/chile/eu-chile-agreement/text-agreement_en (Último acceso el 15/03/2024). También en este caso, la Comisión aclaró que: *“In view of the Commission's transparency policy and of growing public interest in the negotiations, the Commission published upon its political conclusion the Trade and Investment Pillar of the EU-Chile Advanced Framework Agreement. It was published for information purposes only, and thus subject to further modification, including as a result of the process of legal revision”*.

52 V. Modernisation of the Trade part of the EU-Mexico Global Agreement, Section [X]: Resolution Of Investment Disputes. El texto completo del documento se puede encontrar, en inglés, en el enlace: <https://circabc.europa.eu/ui/group/092424a36-a438-40fd-a7af-fe32e36cbd0e/library/9f9e6630-7c43-49df-8a5f-653a23839b94/details> (Último acceso: 6/3/2024).

troversias entre inversor y Estado vigente en el derecho internacional, cuyos defectos lo hacen inadecuado como sistema de resolución de disputas de inversión⁵³.

Estos defectos, como hemos visto, van desde la falta de transparencia hasta el riesgo de procedimientos arbitrales paralelos, sin considerar la aplicación del principio de “quien pierde, paga” en lo que respecta a la imputación de las costas procesales.

Si analizamos las normas sobre resolución de litigios entre Estados extranjeros y particulares en materia de inversiones extranjeras contenidas en estos acuerdos, es posible encontrar una estructura bien definida, común a todos los acuerdos, que demuestra claramente la intención de la Unión Europea Unión de reformar el sistema presente en el derecho internacional, siguiendo directrices precisas. Para aclarar cuáles son estos lineamientos, como se anticipó *supra*, procederemos a analizar las normas pertinentes del nuevo acuerdo de asociación entre la Unión Europea y México que, como se mencionó, según palabras de la Comisión “*aplica plenamente el nuevo planteamiento de la UE sobre la protección de las inversiones y la solución de diferencias relacionadas con inversiones*”⁵⁴.

53 “*The EU insists that there can be no return to old-style ISDS. Under no conditions can old-style ISDS be included in the agreement.*”; véase EU-Japan EPA – The Agreement in Principle, 6 julio 2017, p. 1. El texto completo del documento se puede encontrar en el enlace: https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2017/julio/tradoc_155693.doc.pdf (Último acceso: 6/3/2024). En doctrina, ver GUS VAN HARTEN, *The European Union's Emerging Approach to ISDS: a Review of the Canada-Europe CETA, Europe-Singapore FTA, and European-Vietnam FTA*, en *University of Bologna Law Review*, 2016, pp. 139 y ss.

54 V. *supra*.

3.- El sistema de resolución de disputas sobre inversiones introducido por el acuerdo UE-México como emblema del nuevo enfoque de la Unión Europea hacia el sistema i.S.D.S.:

En el nuevo Acuerdo entre la UE y México se trata en detalle la resolución de controversias entre Estados extranjeros y particulares en materia de inversiones, con treinta y tres artículos dedicados a ella.

La primera novedad que introduce el Acuerdo (así como los demás acuerdos de la UE de segunda generación) es la ampliación del número de categorías de sujetos potencialmente implicados en la resolución de controversias relativas al derecho internacional de inversiones. Como mejor explicado *supra*, cuando la protección de las inversiones de particulares extranjeros en el plano internacional dependía de la protección diplomática, la relación jurídica que surgía, en el plano internacional, involucraba exclusivamente a una categoría de sujetos jurídicos: los Estados. Como ya se ha observado, una primera evolución significativa se produjo, en un período bastante reciente, con la adopción de acuerdos (primero bilaterales y luego multilaterales) en los que la resolución de las controversias relativas a las inversiones extranjeras se confía a arbitrajes internacionales. En estos arbitrajes las partes que se oponen, en el plano internacional, son los Estados, por un lado, y a las personas (físicas o jurídicas), por el otro. Se trata del llamado sistema I.S.D.S. Ahora, gracias a los acuerdos comerciales de nueva generación de la UE, está aumentando el número de sujetos que pueden ser llamados a participar en una resolución arbitral o judicial de disputas relativas a inversiones a nivel internacional: además de los Estados -que desde siempre lo son- y de los individuos (que lo han sido desde una época más reciente), con estos últimos acuerdos puede verse involucrada una categoría adicional de sujetos de derecho internacional, las organizaciones internacionales. Como de hecho se indica claramente en el acuerdo entre la UE y México, en un proceso iniciado por un inversionista extranjero conforme a las reglas específicas contenidas en el mismo, el papel de demandado puede atribuirse no sólo a un Estado, sino también, cuando existen ele-

mentos en este sentido en el caso concreto, a la Unión Europea, osea a una organización internacional⁵⁵.

El acuerdo UE-México (así como los demás acuerdos comerciales de segunda generación mencionados) también aporta una innovación fundamental en comparación con el mecanismo estándar para resolver disputas entre Estados e inversores privados extranjeros previsto por el derecho internacional que, como se ha mencionado *supra*, es el arbitraje⁵⁶. En los acuerdos de nueva generación estipulados por la UE, por el contrario, se opta por un mecanismo judicial de resolución de conflictos, lo cual implica la presencia de tribunales permanentes, con jueces designados *ex ante*⁵⁷.

Otra importante novedad del mecanismo judicial del sistema de resolución de disputas entre Estados e inversores privados extranjeros previsto en los acuerdos de segunda generación y específicamente en el Tratado UE/México es la existencia de un segundo nivel de sentencia, confiado a una corte de apelación⁵⁸.

55 Ver Art. 1 de la Sección [X]: Resolution Of Investment Disputes del Acuerdo UE/Messico en Principio: “(...) *respondent means either Mexico, or in the case of the European Union, either the European Union or the Member State of the European Union concerned as determined pursuant to Article 5 (Request for Determination of the Respondent for Disputes with the European Union or its Member States)*”.

56 Sobre la actitud crítica de la Unión Europea hacia este mecanismo, v. ANTONIO CRIVELLARO, *La tormentata relazione tra l'arbitrato internazionale da investimenti e l'Unione Europea*, en *Diritto del Commercio Internazionale*, 2023, pp. 747 y ss.

57 Ver art. 11-12 de la Sección [X]: Resolution Of Investment Disputes del Acuerdo UE/Messico en Principio; artt. 8.27 y 8.28 CETA; artt. 3.9 y 3.10 Acuerdo de Protección de las Inversiones UE Singapur; artt. 3.38 y 3.39 Acuerdo de Protección de las Inversiones UE/Vietnam, artt. 10.33 y 10.34 EU-Chile Advanced Framework Agreement.

58 Ver art. 12 de la Sección [X]: Resolution Of Investment Disputes del Acuerdo UE/Messico en Principio.

En cuanto a la composición tanto de los tribunales de primera instancia como de las cortes de apelación, cabe señalar que ésta se inspira en los dos principios del equilibrio entre las partes, por un lado, y en el “valor” de los jueces, tanto desde el punto de vista técnico y de competencia, como bajo el ético, por otro.

En relación con el primero de los dos perfiles mencionados, el acuerdo entre la UE y México establece que un tercio de los jueces debe tener la ciudadanía de una de las partes, otro tercio la ciudadanía de la otra parte y el tercio restante la ciudadanía de un tercer país⁵⁹.

El acuerdo también exige que, al indicar los miembros del Tribunal de Primera Instancia, las partes tengan cuidado de elegirlos entre personas de diferentes condiciones socio-económicas y pertenecientes a diferentes tradiciones jurídicas⁶⁰. Este último requisito recuerda en cierta medida lo previsto en el art. 14, párrafo 2 del Convenio del CIADI, que exige que al seleccionar a las personas que integran las listas de árbitros, se debe tener cuidado de asegurar que los principales sistemas jurídicos del mundo estén representados⁶¹ (que es también la aceptada en los estatutos de otros tribunales internacionales permanentes, como el Estatuto de Roma en lo que respecta a los jueces de la Corte Penal Internacional⁶²).

59 Ver art. 11, apartado 2 y art. 12, párrafo 3 de la *Sección [X]: Resolution Of Investment Disputes* del Acuerdo UE/Messico en Principio.

60 Ver art. 11, párrafo 2, nota 3 de la *Sección [X]: Resolution Of Investment Disputes* del Acuerdo UE/Messico en Principio.

61 Art. 14, apartado 2 del Convenio del CIADI: “Al hacer la designación de las personas que han de figurar en las Listas, el Presidente deberá además tener presente la importancia de que en dichas Listas estén representados los principales sistemas jurídicos del mundo y los ramos más importantes de la actividad económica”.

62 Ver art. 36, párrafo 8, letra. a) punto i) del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

Si se analiza más de cerca, la solución adoptada en el acuerdo UE-México, si bien recuerda la que ya existe en otros tratados internacionales, plantea algunas dudas. Una de las dos partes del acuerdo es México, cuyo derecho se remonta a la tradición jurídica de algunos Estados miembros de la Unión Europea, es decir, la de *civil law* y, más concretamente, la de los Estados pertenecientes a la tradición jurídica del sur de Europa. Ahora bien, como por lo general hasta un tercio de los integrantes de los tribunales de primera y segunda instancia tendrán nacionalidad mexicana, se puede decir que siempre habrá cierta tradición jurídica muy bien representada. Por lo tanto, la condición establecida en el Acuerdo haría muy difícil o, en cualquier caso, mucho más difícil el nombramiento de jueces que sean ciudadanos de Estados miembros de la UE pertenecientes a la misma tradición jurídica que México, que el de ciudadanos de Estados miembros de la UE pertenecientes a otras tradiciones legales. En consecuencia, la disposición en cuestión podría ser ilegítima a la luz de los Tratados de la UE, ya que provocaría, *de facto*, una discriminación basada en la nacionalidad⁶³. Sin duda, habría sido mejor si el acuerdo UE/México tampoco hubiera dicho nada sobre las tradiciones jurídicas, como ocurre con el CETA y los acuerdos UE/Singapur, UE/Vietnam y UE/Chile.

Por el contrario, el acuerdo -que se preocupa por introducir el citado requisito para el nombramiento de jueces- no tiene en consideración la cuestión de género⁶⁴ que es uno de los valores fundamentales de la Unión europea, en virtud del art. 2 TUE y uno de los criterios a tener en

63 Véase, en particular, el art. 2 TUE y art. 18 TFUE.

64 En cambio, la cuestión de género se aborda, aunque en términos no particularmente estrictos, en el acuerdo con Chile, ver art. 10.33, párrafo 3 del EU-Chile Advanced Framework Agreement: “(...) *In appointing the Judges, the Committee is encouraged to consider the need to ensure diversity and a fair gender representation*”.

cuenta al elegir a los jueces que integran otros tribunales internacionales como, por ejemplo, la Corte Penal Internacional⁶⁵.

Otros criterios para el nombramiento de jueces tanto de primera como de segunda instancia, son la competencia por una parte⁶⁶ y la independencia e imparcialidad de los jueces, por otra⁶⁷.

Desde este punto de vista, los órganos encargados de la resolución judicial de los conflictos entre el Estado (o la Unión Europea) y los inversores privados en los acuerdos comerciales de nueva generación de la UE no difieren de lo habitual en los tribunales internacionales permanentes, cuyos jueces deben poseer esencialmente estos mismos requisitos. Sólo por citar algunos ejemplos, tomados de los casos más importantes, es suficiente pensar en los jueces de la Corte Internacional de Justicia⁶⁸, de la Corte Penal Internacional⁶⁹ y el Tribunal Internacional del Derecho del Mar⁷⁰. Además, lo mismo ocurre con el Tribunal de Justicia y el Tribunal General de la Unión Europea⁷¹. El mismo Convenio del CIADI señala competencia e independencia como criterios necesarios para los árbitros presentes en sus listas⁷². La solución adoptada por el

65 Ver art. 36, párrafo 8, letra. a) punto iii) del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

66 Ver art. 11, apartado 4 y art. 12, párrafo 7 de la *Sección [X]: Resolution Of Investment Disputes* del Acuerdo UE/México en Principio.

67 Ver art. 13, párrafo 1 de la *Sección [X]: Resolution Of Investment Disputes* del Acuerdo UE/México en Principio.

68 Ver en particular artículos. 2 y 16 del Estatuto de la CIJ.

69 Ver en particular artículos. 36, 40 y 45 del Estatuto de la CPI.

70 Ver en particular artículos. 2 y 7 Estatuto del Tribunal Internacional del Derecho del Mar.

71 Ver art. 19, párr. 2, apartado 3 del TUE y sus artículos 253, apartado 1, y 254, apartado 2, TFUE.

72 Ver art. 14, párrafo 1 Convenio del CIADI: *“Las personas designadas para figurar en las Listas deberán gozar de amplia consideración moral, tener reconocida competencia en el campo del Derecho, del comercio, de la industria o de las finanzas e inspirar plena confianza en su imparcialidad de juicio. La*

Acuerdo UE-México es, por tanto, en línea con el derecho internacional vigente: de hecho, la competencia, la independencia y la imparcialidad de los jueces están expresamente indicadas como un requisito previo ineludible para un juicio justo por las normas del derecho internacional en materia de derechos humanos⁷³.

En referencia a los requisitos que deben poseer los jueces para integrar el criterio de competencia, tanto para formar parte del tribunal de primera instancia como de la Corte de Apelaciones, el acuerdo UE-México establece que es necesario que los miembros identificados posean las calificaciones solicitadas de nombramiento como magistrado de la Corte Internacional de Justicia⁷⁴. Se trata, por tanto, de una referencia al art. 2 del Estatuto de la CIJ que exige que los candidatos reúnan las “condiciones requeridas para el ejercicio de las más altas funciones judiciales” o ser “jurisconsultos de reconocida competencia en materia de derecho internacional”. Esto significa que el Acuerdo UE/México requiere un mayor grado de especialización de los jueces que el Convenio CIADI. Este último, de hecho, se limita a exigir que los árbitros que forman par-

competencia en el campo del Derecho será circunstancia particularmente relevante para las personas designadas en la Lista de Arbitros”.

73 Art. 14 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de la ONU de 1966: “*Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil*”. El artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, por otra parte, sólo enfatiza la independencia e imparcialidad de los jueces, sin mencionar explícitamente su competencia: “*Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella*”.

74 Ver artículos. 11, párrafo 4 y 12, párrafo 7 de la Sección [X]: *Resolution Of Investment Disputes* del Acuerdo UE/México en Principio.

te de las listas tengan competencias genéricas, que, además, ni siquiera tienen por qué ser necesariamente jurídicas, pues también pueden ser de carácter comercial, industrial o financiero aunque las legales son consideradas “preeminentes”⁷⁵.

Pasando a analizar el criterio de independencia e imparcialidad, es necesario en primer lugar resaltar cómo el riesgo de falta de imparcialidad constituye una de las principales críticas que lanza la doctrina al sistema I.S.D.S. basado en arbitrajes, y en particular al sistema creado por el Convenio CIADI⁷⁶. No hace falta recordar la diferencia entre los dos conceptos: mientras que la independencia se refiere a la relación entre el juez (o árbitro) y las partes, la imparcialidad tiene por objeto un interés personal del juez (o árbitro) en la controversia.

En cuanto al requisito de independencia en el acuerdo UE/México, en primer lugar se prevé la independencia *stricto sensu* de los jueces, ya que se exige que no estén “afiliados” a ningún gobierno. Esta independencia debe estar “fuera de toda duda”⁷⁷.

Además del hecho de no estar vinculado a un gobierno (independencia en sentido estricto)⁷⁸ el criterio de independencia e imparcia-

75 Ver art. 14, párrafo 1 Convenio del CIADI.

76 V., *inter alios*, la interesante contribución de F. CRISTANI, *Challenge and Disqualification of Arbitrators in International Investment Arbitration: An Overview*, in *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 2014, p. 153 ss, que presenta datos estadísticos útiles: “A very small group of arbitrators, numbering 15 across the world, have sat on the panels of 55 per cent of the 518 investment treaty disputes known today. The limited number of arbitrators involved in investment disputes has inevitably raised issues of conflict of interest, whether real, or perceived, personal, professional or case- or issue-related”.

77 Art. 13, apartado 1 de la Sección [X]: *Resolution Of Investment Disputes* del Acuerdo UE/México en Principio: “The Members of the Tribunal and the Members of the Appeal Tribunal shall be chosen from persons whose independence is beyond doubt”.

78 *Ibíd.*

lidad previsto en el acuerdo en cuestión impone a los jueces un triple tipo de comportamiento negativo⁷⁹. Si un juez viola una de estas tres obligaciones de no hacer, las Partes del acuerdo pueden destituirlo⁸⁰.

La primera obligación, que en cierta medida es corolario de la falta de conexión con un gobierno, es la de no recibir instrucciones de ningún gobierno sobre asuntos relacionados con la disputa.

El segundo comportamiento de tipo negativo que los jueces deben adoptar, por el contrario, se refiere al requisito de imparcialidad. Deben abstenerse de juzgar una disputa si esto genera un conflicto de intereses. En este sentido, el acuerdo UE-México hace referencia a un anexo, que contiene un Código de Conducta específico para los miembros del Tribunal y de la Corte de apelación (así como para los mediadores)⁸¹. En las disposiciones en cuestión también se especifica que la presencia de un conflicto de intereses puede dar lugar a la recusación del juez por una de las partes en litigio⁸².

La tercera y última obligación de *non facere* impuesta a los jueces por el criterio de independencia y imparcialidad se refiere a la participación en disputas sobre inversiones como consultores y peritos de parte, y también como testigos.

79 Ver art. 13, párrafo 1 de la *Sección [X]: Resolution Of Investment Disputes* del Acuerdo UE/México en Principio. Una norma similar se encuentra en el art. 8.30, apartado 1 del CETA; en el art. 3.11, párrafo 1 *Acuerdo de Protección de las Inversiones UE Singapur* y en el art. 3.40, párrafo 1 *Acuerdo de Protección de las Inversiones UE/Vietnam*, art. 10.35 EU-Chile Advanced Framework Agreement.

80 Ver art. 13 párrafo 5 de la *Sección [X]: Resolution Of Investment Disputes* del Acuerdo UE/México en Principio.

81 Ver Anexo 1 de la *Sección [X]: Resolution Of Investment Disputes* del Acuerdo UE/México en Principio.

82 Ver art. 13 apartados 2, 3 y 4 acuerdo de la *Sección [X]: Resolution Of Investment Disputes* del Acuerdo UE/México en Principio. Sobre el tema v. *amplius infra*.

Estas precisas obligaciones negativas de los jueces de los tribunales encargados de resolver los conflictos de inversión entre el Estado (o la Unión Europea) y particulares extranjeros derivadas del acuerdo entre la UE y México son mucho más fuertes de las impuestas a los árbitros en el sistema I.S.D.S.. Lo cual, en realidad, no debe de sorprender, si se piensa en la diferencia entre ser juez de un tribunal permanente y ser parte de una mera lista de árbitros (como ocurre, por ejemplo, en el caso del Convenio del CIADI).

Sin embargo, si se hace la comparación con otros tribunales internacionales, se puede ver que, en realidad, estas obligaciones son menores que aquellas a las que están sujetos otros jueces internacionales. De hecho, aunque existen ciertos límites a las actividades que pueden realizar los jueces de los tribunales creados por los acuerdos de nueva generación de la UE, ellos no tienen absolutamente prohibido realizar cualquier otra actividad profesional, como es el caso de los jueces de la Corte Internacional de Justicia⁸³, de la Corte Penal Internacional⁸⁴ o del TJUE⁸⁵. El Acuerdo, sin embargo, establece que, si tras una decisión del Consejo Conjunto, los honorarios de los miembros del Tribunal o de la Corte de Apelación se transforman en un salario regular, ellos serán empleados a tiempo completo y no podrán ejercer cualquier otra actividad profesional, remunerada o no (salvo permiso excepcional concedido respectivamente por el presidente del Tribunal o de la Corte de Apelación⁸⁶).

83 Ver artículos 16 y 17 Estatuto CIJ.

84 Ver art. 40 Estatuto de Roma, que también exige expresamente que los jueces de la CPI desempeñen sus funciones a tiempo completo en la sede de la propia CPI.

85 Ver art. 4 Estatuto del TJUE, que sin embargo prevé la posibilidad de una excepción excepcional concedida por el Consejo.

86 Ver art. 11, apartado 15 y art. 12, párrafo 4 de la *Sección [X]: Resolution Of Investment Disputes* del Acuerdo UE/México en Principio.

Pasando al análisis del mecanismo de resolución de disputas que introduce el Acuerdo, hay que destacar en primer lugar que prevé dos fases, la primera, necesaria⁸⁷, no contenciosa y la posterior, eventual, de carácter judicial. Esta última, a su vez, ofrece dos niveles de juicio.

En cuanto a la primera de las dos fases, hay que señalar que el Acuerdo considera deseable *in primis* una solución amistosa del conflicto⁸⁸, especificando que esto también puede ocurrir después de la presentación de la demanda ante el tribunal⁸⁹.

En cualquier caso, el inversor que desee hacer valer sus motivos debe, antes de poder recurrir ante los tribunales, presentar una solicitud de consultas a la Unión Europea (incluso si las quejas se refieren al comportamiento de un solo Estado⁹⁰) o, respectivamente, a México⁹¹, bajo pena de inadmisibilidad⁹². También se prevé expresamente que siempre será posible recurrir a la mediación⁹³.

La posibilidad de activar el mecanismo de resolución de conflictos previsto en los acuerdos está, sin embargo, sujeta a un plazo, ya que la solicitud de consultas - que, como se ha indicado *supra*, constituye un requisito previo ineludible para la posterior apertura de la fase judicial

87 Ver art. 6, apartado 1, letra. d) de la Sección [X]: *Resolution Of Investment Disputes* del Acuerdo UE/México en Principio.

88 Ver art. 3, apartado 1 de la Sección [X]: *Resolution Of Investment Disputes* del Acuerdo UE/México en Principio.

89 *Ibid.* Los otros acuerdos comerciales de segunda generación se limitan a indicar que la solución amistosa puede tener lugar en cualquier momento.

90 Ver art. 3, apartado 8 de la Sección [X]: *Resolution Of Investment Disputes* del Acuerdo UE/México en Principio.

91 Ver art. 3, párrafo 4 de la Sección [X]: *Resolution Of Investment Disputes* del Acuerdo UE/México en Principio.

92 Ver art. 6, párrafo 1 letra. d) de la Sección [X]: *Resolution Of Investment Disputes* del Acuerdo UE/México en Principio.

93 Ver art. 4 de la Sección [X]: *Resolution Of Investment Disputes* del Acuerdo UE/México en Principio.

- debe realizarse en un plazo de tres años desde el momento en que el inversor tuvo conocimiento (o debería haber tenido conocimiento) de la presunta infracción y de las pérdidas o daños consiguientes. Este plazo de prescripción cambia si el inversor ha agotado los procedimientos judiciales internos (o en todo caso ha renunciado expresamente a hacerlo): en este caso, de hecho, el plazo para proponer la solicitud de consultas es de dos años desde el agotamiento de los recursos internos o, alternativamente, desde la renuncia a ellos. En cualquier caso, sin embargo, el procedimiento de consulta no puede más activarse transcurridos diez años desde el momento en que el inversor tuvo conocimiento (o debería haber tenido conocimiento) de la supuesta infracción y de las consiguientes pérdidas o daños⁹⁴.

Además, para la apertura de la fase judicial existe un segundo plazo, que es de dieciocho meses contados a partir de la fecha de la solicitud de consultas: si efectivamente dentro de ese plazo no se presenta la demanda que introduce el procedimiento ante el tribunal *ad hoc*, se presume la renuncia definitiva del inversor a las medidas solicitadas⁹⁵, aplicando el principio *ne bis in idem*.

En efecto, la presentación de la demanda ante el tribunal debe respetar no sólo un plazo final, sino también un plazo inicial. Sin embargo, este plazo es doble. El acuerdo establece, en primer lugar que deben transcurrir al menos 180 días desde la solicitud de consultas⁹⁶. La previsión de esta duración mínima de la fase de consultas tiene el objetivo evidente de conceder a las partes un cierto tiempo para llegar a una solución amistosa. Además de esto, sin embargo, el acuerdo también exige

94 Ver art. 3, apartados 6 y 7 de la Sección [X]: *Resolution Of Investment Disputes* del Acuerdo UE/México en Principio.

95 Ver art. 3, apartado 9 de la Sección [X]: *Resolution Of Investment Disputes* del Acuerdo UE/México en Principio.

96 Ver art. 6 párrafo 1, letra. b) de la Sección [X]: *Resolution Of Investment Disputes* del Acuerdo UE/México en Principio.

que transcurran al menos 90 días desde cualquier solicitud de determinación por parte del demandado.

En el acuerdo UE/México (así como en los otros acuerdos comerciales de la UE de nueva generación relevantes) la identificación del demandado presenta un problema específico en comparación con lo que sucede en los otros tratados de inversión, bilaterales o incluso multilaterales. La cuestión se plantea concretamente sólo cuando el inversionista que se cree perjudicado por una violación a las reglas del acuerdo es mexicano (y no cuando es europeo). En tales casos, de hecho, en virtud de la naturaleza peculiar de la Unión Europea, es abstractamente posible que la presunta violación sea atribuible a la Unión Europea como sujeto de derecho internacional, o a uno de sus Estados miembros. En el acuerdo UE/México la determinación del demandado se deja a la libre voluntad de la Unión Europea, que debe responder a la solicitud el inversor⁹⁷.

Sólo si la UE no responde en el plazo establecido, el acuerdo prevé que el papel de demandado lo desempeñe quien (Unión Europea o Estado miembro) haya adoptado efectivamente las medidas consideradas perjudiciales por el inversor⁹⁸.

El acuerdo UE/México también considera inadmisible una solicitud al tribunal en la que se indiquen medidas distintas a las ya especificadas en la solicitud de conciliación⁹⁹. La solicitud de consultas deberá contener, entre otras cosas, la referencia a las disposiciones del acuerdo que

97 Ver art. 5, apartado 3 de la *Sección [X]: Resolution Of Investment Disputes* del Acuerdo UE/México en Principio.

98 Ver art. 5, apartado 4 de la *Sección [X]: Resolution Of Investment Disputes* del Acuerdo UE/México en Principio.

99 Ver art. 6, párrafo 1 letra. y de la *Sección [X]: Resolution Of Investment Disputes* del Acuerdo UE/México en Principio.

se consideren violadas¹⁰⁰, el fundamento *de facto* y *de jure* de la petición, aclarando las medidas impugnadas¹⁰¹ y especificando la corrección deseada por el solicitante, así como cuantificando el importe de la indemnización¹⁰².

Como se anticipó, si la solución amistosa del conflicto no es posible y si se cumplen todas las condiciones de admisibilidad establecidas en el artículo 6, es posible que un inversor de una de las partes -en su propio nombre y en nombre de una empresa establecida en el país que posee o controla directa o indirectamente- presentar una solicitud de indemnización al Tribunal, iniciando así la fase del litigio.

Las normas procesales aplicables a esta solicitud no se encuentran directamente en el acuerdo UE/México: el art. 7, párrafo 2 de la Sección [X]: *Resolution Of Investment Disputes* del Acuerdo UE/México deja al solicitante la libertad de elegir entre las normas procesales del CIADI y las de la CNUDMI¹⁰³.

Cada parte está obligada a notificar a la otra parte el lugar de entrega de las notificaciones y otros documentos por parte de los inversores, debiendo además las partes hacer pública dicha información¹⁰⁴. En

¹⁰⁰ Ver art. 3, párrafo 4 letra. b) de la Sección [X]: *Resolution Of Investment Disputes* del Acuerdo UE/México en Principio.

¹⁰¹ Ver art. 3, párrafo 4 letra. c) de la Sección [X]: *Resolution Of Investment Disputes* del Acuerdo UE/México en Principio.

¹⁰² Ver art. 3, párrafo 4 letra. d) de la Sección [X]: *Resolution Of Investment Disputes* del Acuerdo UE/México en Principio.

¹⁰³ Ver art. 7, apartado 2 de la Sección [X]: *Resolution Of Investment Disputes* del Acuerdo de Principio UE/México: “A claim may be submitted under the following rules: (a) the ICSID Convention and Rules of Procedure for Arbitration Proceedings; (b) the ICSID Additional Facility Rules if the conditions for proceedings pursuant to paragraph (a) do not apply; (c) the UNCITRAL Arbitration Rules; or (d) any other rules on agreement of the disputing parties”.

¹⁰⁴ Ver art. 7, apartado 7 de la Sección [X]: *Resolution Of Investment Disputes* del Acuerdo UE/México en Principio.

conformidad con lo dispuesto en el art. 9 del Acuerdo, para iniciarse el procedimiento es necesario el consentimiento previo del demandado. Dentro de los 90 días siguientes a la presentación de la solicitud, el Presidente del Tribunal nombrará a los tres miembros (un ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea, un ciudadano de México y un ciudadano de un tercer país¹⁰⁵) - o, si las partes así lo acuerdan, un solo Miembro de un tercer país¹⁰⁶ - que conformarán la sala del Tribunal que conoce del caso. Para mejorar aún más respecto al sistema I.S.D.S. estándar, se establece que este nombramiento siga un criterio de rotación, además de garantizar que la composición de las divisiones sea aleatoria e impredecible¹⁰⁷. Estos mismos criterios deberá seguir el Presidente de la Corte de Apelación al designar la sala competente para pronunciarse sobre el recurso de apelación contra la sentencia dictada por el tribunal de primera instancia¹⁰⁸.

En cumplimiento del principio general de economía procesal, el demandado tiene la posibilidad de oponer una excepción preliminar encaminada a demostrar que una solicitud es manifiestamente infundada en un plazo máximo de 30 días desde el establecimiento de la sala del Tribunal o, en todo caso, antes de la convocatoria de la primera sesión del Tribunal. En este caso, el Tribunal debe suspender el procedimiento y adoptar un calendario para el examen de la excepción preliminar y de cualesquiera otras cuestiones preliminares que se consideren oportunas. El acuerdo UE/México, sin embargo, no indica los criterios que se tienen que adoptar para definir este calendario. El Tribunal entonces

105 Ver art. 11, párrafo 6 de la *Sección [X]: Resolution Of Investment Disputes* del Acuerdo UE/México en Principio.

106 Ver art. 11, párrafo 7 de la *Sección [X]: Resolution Of Investment Disputes* del Acuerdo UE/México en Principio.

107 Ver art. 11, párrafo 8 de la *Sección [X]: Resolution Of Investment Disputes* del Acuerdo UE/México en Principio.

108 Ver art. 12, párrafo 9 de la *Sección [X]: Resolution Of Investment Disputes* del Acuerdo UE/México en Principio.

emitirá una decisión sobre el asunto¹⁰⁹. Además, de conformidad con el artículo 18 del Acuerdo, el Tribunal está obligado a examinar y resolver, como cuestión preliminar, las excepciones planteadas por la parte demandada argumentando que la solicitud presentada no constituye fundamento para la emisión de una indemnización a favor del solicitante de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo por razones jurídicas, incluso si los hechos adjuntos se consideraran ciertos. Infelizmente, el acuerdo no dice nada sobre el plazo en el que el Tribunal deberá pronunciarse, lo que plantea el riesgo de que el procedimiento sea excesivamente largo¹¹⁰.

De conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo, también se contempla la posibilidad de interrumpir el procedimiento en el caso de que el solicitante, tras la presentación de una solicitud, no realice ninguna acción en el procedimiento durante un período continuo de 180 días (u otro plazo concordado por las partes en disputa). En tales circunstancias, el Tribunal, a petición del demandado y previa notificación a las partes en litigio, declarará desestimada la solicitud y decidirá sobre el

109 Ver art. 17 de la Sección [X]: *Resolution Of Investment Disputes* del Acuerdo UE/México en Principio.

110 En este sentido, el acuerdo sigue el modelo CETA, que tampoco dice nada sobre un límite de tiempo. Por el contrario, el Acuerdo UE-Vietnam establece, en el art. 3.44, que “*Después de ofrecer a las partes en la diferencia la posibilidad de presentar sus observaciones acerca de la objeción, el Tribunal dictará, en la primera reunión de la división del Tribunal o poco después de ella, una resolución o un laudo cautelar sobre la objeción que recoja los motivos de dicha objeción. Si se recibe la objeción después de la primera reunión de la división del Tribunal, este dictará una resolución o un laudo cautelar tan pronto como sea posible y, en cualquier caso, no más tarde de ciento veinte días después de haberse presentado la objeción. Al adoptar la resolución, el Tribunal asumirá que los hechos alegados son verdaderos, y podrá asimismo examinar cualquier hecho pertinente que no sea objeto de la diferencia*”. El mismo planteamiento seguido en el citado artículo del Acuerdo UE-Vietnam se sigue en el art. 10.41, párrafo 3 EU-Chile Advanced Framework Agreement.

eventual reembolso de los gastos judiciales incurridos. Una vez que se haya emitido dicha orden, el solicitante no podrá realizar más solicitudes relacionadas con el mismo asunto en el futuro¹¹¹, en aplicación del principio *ne bis in idem*.

Se presta especial atención a evitar que se produzcan procedimientos paralelos, uno de los problemas que, como se vio *supra*, se destacan en el sistema estándar de resolución de disputas entre inversionistas y Estados (I.S.D.S.). A tal efecto, el Acuerdo UE/México impone al solicitante, entre los requisitos fundamentales para poder presentar su solicitud, el desistimiento de cualquier procedimiento pendiente ante juzgados o tribunales nacionales o internacionales, con referencia a una medida que se alega constituye una infracción conforme a la solicitud formulada. Además, el reclamante debe renunciar por escrito al derecho de realizar solicitudes similares en el futuro¹¹². Además, el Acuerdo dedica un artículo específico, el artículo 8, a cualquier procedimiento concurrente. Esta disposición establece que el Tribunal, si identifica la presencia de una posible superposición de compensaciones en relación con una solicitud de compensación o constata la existencia de otra solicitud internacional que podría influir significativamente en la resolución de la controversia presentada, está obligado, previa audiencia a las partes, a suspender sus procedimientos o garantizar de otro modo que los procedimientos iniciados en virtud de otro acuerdo internacional sean debidamente considerados en sus decisiones, órdenes o sentencias¹¹³.

111 Ver art. 21 de la *Sección [X]: Resolution Of Investment Disputes* del Acuerdo UE/México en Principio.

112 Ver art. 6, apartado 1, letras f) y g) de la *Sección [X]: Resolution Of Investment Disputes* del Acuerdo UE/México en Principio.

113 Ver art. 8 de la *Sección [X]: Resolution Of Investment Disputes* del Acuerdo UE/México en Principio.

En el Acuerdo existe además una norma específica que prevé que el Tribunal puede declarar su incompetencia en supuestos de potencial abuso de los procedimientos de arbitraje previstos en el mismo¹¹⁴.

Un aspecto importante es que el Tribunal tiene la facultad de dictar medidas cautelares encaminadas a salvaguardar los derechos de las partes involucradas en la controversia y garantizar la plena efectividad de su jurisdicción. Esta prerrogativa incluye la capacidad de dictar órdenes para proteger las pruebas en poder o controladas por una parte o para preservar la integridad de la jurisdicción del propio tribunal¹¹⁵.

En cuanto a las fuentes de derecho aplicables para resolver la disputa, el Acuerdo UE-México establece (al igual que otros acuerdos de inversión de la UE de nueva generación) que al examinar el caso y tomar sus decisiones, el Tribunal y la Corte de Apelación aplicarán en primer lugar las disposiciones del propio Acuerdo y, cuando sea necesario, las normas y principios del derecho internacional aplicables entre las Partes. Por otra parte, el derecho interno de las Partes sólo puede tomarse en consideración, si es pertinente, como una cuestión de hecho. Al interpretar el Acuerdo, el tribunal y la Corte de Apelaciones deben seguir las reglas habituales de interpretación del derecho internacional público, codificadas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. Sin embargo, en caso de que surjan problemas de interpretación, el consejo conjunto (compuesto por representantes de la UE y México) podrá adoptar interpretaciones vinculantes de las disposiciones del acuerdo¹¹⁶.

114 Artículo 21 de la *Sección [X]: Resolution Of Investment Disputes* del Acuerdo UE/México en Principio.

115 Artículo 20 de la *Sección [X]: Resolution Of Investment Disputes* del Acuerdo UE/México en Principio.

116 Ver art. 15 de la *Sección [X]: Resolution Of Investment Disputes* del Acuerdo UE/México en Principio.

El Tribunal también podrá recurrir, a petición de una de las dos partes en litigio o después de haber consultado a las partes en litigio por propia iniciativa, a uno o más peritos designados por el propio Tribunal que informen por escrito sobre cualquier cuestión de hecho de naturaleza científica, como cuestiones ambientales, de salud o de seguridad, u otras cuestiones planteadas por una parte en un procedimiento, bajo los términos y condiciones que las partes puedan acordar¹¹⁷. También se prevé la posible intervención de terceros en la controversia: de hecho, el Tribunal, después de haber consultado a las partes, puede aceptar y tomar en consideración comunicaciones escritas de un tercero en calidad de *amicus curiae* y relativas a una cuestión de hecho o de derecho en el alcance de la disputa¹¹⁸. En comparación con esta última disposición, el acuerdo UE-México está más avanzado (como el reciente acuerdo UE/Chile¹¹⁹) con respecto al acuerdo CETA y al acuerdo con Vietnam, que no prevén en absoluto tal posibilidad, pero también con respecto al acuerdo con Singapur, que impone condiciones mucho más estrictas para la aceptación de una comunicación escrita de terceros¹²⁰.

Para superar una de las críticas más relevantes al sistema I.S.D.S., el Acuerdo señala la necesidad de garantizar la transparencia de todo el

117 Ver art. 25 de la *Sección [X]: Resolution Of Investment Disputes* del Acuerdo UE/México en Principio. Esta norma replica lo dispuesto en el art. 3.52 del Acuerdo UE-Vietnam y este mismo enfoque también se siguió en el art. 10.49 del reciente EU-Chile Advanced Framework Agreement. Por el contrario, el Acuerdo CETA no prevé en absoluto esta posibilidad, mientras que el Acuerdo con Singapur establece en su artículo 3.41, párrafo 1, que el Tribunal debe consultar primero con las Partes para la elección del experto (o expertos) que será designado para luego remitirles la información obtenida para que puedan comentarla.

118 Ver art. 24 de la *Sección [X]: Resolution Of Investment Disputes* del Acuerdo UE/México en Principio.

119 Ver art. 10.48, párrafo 5 Acuerdo Marco Avanzado UE-Chile.

120 Ver Anexo 8, art. 3, párr. 1 y 3 Acuerdo de Protección de las Inversiones UE Singapur.

procedimiento. En efecto, el artículo 19 establece que las alegaciones, escritos procesales y cualquier otra comunicación presentada por las partes en litigio se harán públicos, con excepción de la información protegida enumerada en el apartado 1 del citado artículo¹²¹. Las partes deben proporcionar al Tribunal versiones redactadas de sus presentaciones escritas dentro de los 30 días siguientes a su presentación o en cualquier otro momento que el Tribunal determine. También se espera que las audiencias estén abiertas al público, con excepción de cualquier parte de la audiencia que contenga información protegida¹²².

El Tribunal deberá pronunciarse en el plazo de 30 meses a partir de la fecha de presentación de la demanda¹²³. El hecho de que se señale un plazo preciso, aunque no muy breve, puede valorarse positivamente, teniendo en cuenta que los acuerdos con Singapur y Vietnam no especifican ningún plazo dentro del cual emitir la decisión arbitral. Este plazo es, sin embargo, superior al previsto en el CETA en el acuerdo UE/Chile, que es de 24 meses¹²⁴.

121 Art. 19, apartado 1 de la Sección [X]: *Resolution Of Investment Disputes* del Acuerdo UE/México en Principio: “*The Tribunal shall promptly make available to the public all written submissions submitted by the disputing parties to the Tribunal as well as all procedural orders, decisions and awards issued or rendered by the Tribunal, or, where applicable, by the President of the Tribunal, with the exception of protected information consisting of: (a) confidential business information; (b) privileged information that is protected from disclosure by law; or (c) information the disclosure of which would impede law enforcement*”.

122 Ver art. 19, párrafo 2 de la Sección [X]: *Resolution Of Investment Disputes* del Acuerdo UE/México en Principio.

123 Ver art. 29, párrafo 7 de la Sección [X]: *Resolution Of Investment Disputes* del Acuerdo UE/México en Principio.

124 Ver art. 8.39, apartado 7 del CETA; arte. 10.53, párrafo 10 EU-Chile Advanced Framework Agreement.

En caso de que se compruebe una violación de las disposiciones de protección de inversiones, el Tribunal, a solicitud del apelante y después de escuchar a las partes, podrá dictar una medida provisional que prevea exclusivamente una compensación pecuniaria y la restitución de los activos, con derecho del demandado a optar por el pago de una indemnización pecuniaria. Sin embargo, en el caso de una acción a favor de una empresa local, la compensación y los intereses se pagan a la misma empresa local, mientras que los reembolsos se realizan a favor de la empresa demandante. El acuerdo especifica que la compensación económica debe ser proporcional al daño sufrido por el recurrente o su empresa local, deduciendo cualquier indemnización o compensación ya pagada. Sin embargo, se excluye la posibilidad de que el Tribunal conceda *punitive damages*¹²⁵. Esta elección parece comprensible tanto desde un punto de vista político general (ya que no se desea atribuir al tribunal el poder de castigar a Estados soberanos) como desde un punto de vista jurídico, si consideramos que esta institución es específica de los sistemas de *common law*, mientras que la gran mayoría de los países cubiertos por el acuerdo UE/México adoptan sistemas legales de *civil law*.

Dentro de los 90 días siguientes al fallo del Tribunal, las partes podrán apelar. Para identificar los motivos de apelación, el acuerdo remite al artículo 52 del Convenio del CIADI, pero menciona expresamente el error en la interpretación o aplicación del derecho aplicable y el error manifiesto en la valoración de los hechos por parte del Tribunal. La sentencia adquiere firmeza si las Partes no apelan dentro de los plazos establecidos, o si la Corte de Apelaciones considera infundado el recurso de apelación.

Sin embargo, si la Corte de Apelaciones estima válidos los fundamentos del recurso, tiene la facultad, mediante su decisión, de modificar o anular, parcial o totalmente, las conclusiones e interpretaciones

125 Ver art. 29 de la *Sección [X]: Resolution Of Investment Disputes* del Acuerdo UE/México en Principio.

jurídicas expresadas en la sentencia provisional. También en este caso se establece un plazo máximo para la resolución de la Corte de Apelaciones, el cual no debe exceder los 180 días. Sin embargo, si la Corte considera necesario ampliar este plazo, podrá hacerlo hasta por un máximo de 270 días¹²⁶.

Finalmente, el acuerdo establece que las decisiones finales serán vinculantes para las partes involucradas y no estarán sujetas a apelación, revisión, anulación o cualquier otra forma de procedimiento de apelación. Siguiendo la solución adoptada en el artículo 54, párrafo 1 del Convenio del CIADI (que, como se vio *supra*, constituye una excepción a la norma de derecho internacional general) se establece que una sentencia dictada de conformidad con el Acuerdo tendrá el mismo valor que una cosa juzgada de una decisión firme dictada por un tribunal del interesado, que luego estará obligado a cumplir la obligación pecuniaria establecida en su territorio¹²⁷.

Cabe hacer una última observación en relación con el hecho de que, en materia de costas judiciales, el acuerdo adopta el principio de pérdida del caso, estableciendo que las costas del proceso corren a cargo del litigante perdedor y, sólo en circunstancias excepcionales, prevé para la posibilidad de que el Tribunal pueda dividir estas costas entre las partes en disputa¹²⁸.

126 Ver art. 30 de la *Sección [X]: Resolution Of Investment Disputes* del Acuerdo UE/México en Principio.

127 Ver art. 31 de la *Sección [X]: Resolution Of Investment Disputes* del Acuerdo UE/México en Principio.

128 Ver art. 29, párrafo 5 de la *Sección [X]: Resolution Of Investment Disputes* del Acuerdo UE/México en Principio.

Conclusiones:

Actualmente, el sistema de resolución de disputas sobre inversiones I.S.D.S. se ha consolidado como predominante, siendo más favorable para los inversores que la clásica institución de protección diplomática, que originalmente representaba la única opción disponible para sancionar las violaciones de los derechos de los inversores por parte de los Estados anfitriones. Sin embargo, el sistema I.S.D.S. también pone de relieve algunas cuestiones críticas - entre ellas la falta de transparencia, la escasa previsibilidad de las decisiones, los costes excesivos y el riesgo del llamado "*chilling effect*" - que imponen la necesidad de repensarlo.

En la práctica, a pesar de los intentos de reformar el sistema I.S.D.S. llevados a cabo por el Grupo de Trabajo III de la CNUDMI y las enmiendas al Convenio del CIADI, esto aún no se ha verificado plenamente.

En este marco general de referencia, es posible apreciar el aporte que la Unión Europea está tratando de brindar a través de sus acuerdos comerciales de nueva generación, incluido el nuevo acuerdo entre la Unión Europea y México que es objeto de este análisis.

De hecho, la Unión Europea ha revisado el enfoque del sistema de resolución de disputas entre inversores y Estados, centrándose en aspectos problemáticos como la falta de independencia judicial, la falta de transparencia, los casos de procedimientos paralelos, la falta de coherencia y la falta de previsibilidad en las decisiones. Estos esfuerzos son loables, ya que han introducido importantes innovaciones que aún no se han logrado a nivel multilateral. En particular: la creación de un Tribunal de Apelación; compromisos más estrictos para los jueces; un mayor grado de especialización de los jueces; la definición de plazos precisos para (algunas) etapas del procedimiento y requisitos claros de transparencia.

Sin embargo, el sistema introducido en el Acuerdo también presenta cuestiones críticas. Primero, al ser un tratado bilateral entre la Unión Europea y México, su impacto se limita a estos dos actores. A nivel multilateral sólo podrá tener impacto como posible modelo para futu-

ras evoluciones. Este aspecto también es conocido por los dos socios ya que existe un artículo del Acuerdo que requiere la cooperación de las Partes para el establecimiento de un mecanismo multilateral para la resolución de disputas relativas a inversiones, suspendiendo las partes pertinentes del Acuerdo tras su adopción¹²⁹. En segundo lugar, durante el debate surgieron aspectos del Acuerdo que muestran cómo aún no ha logrado superar algunas de las limitaciones del sistema de resolución de disputas I.S.D.S., como la posibilidad de que los jueces realicen otras actividades laborales y el hecho que algunas fases de los procedimientos que no están bien definidas (lo que podría dar lugar a un retraso en el tiempo).

Teniendo en cuenta lo anterior, se puede decir que la Unión Europea, a través de sus acuerdos comerciales, se esté perfilando como un nuevo protagonista en la protección de las inversiones a escala internacional, realizando cambios significativos que podrían hacer más eficiente el sistema. Sin embargo, para obtener resultados más eficaces, estos esfuerzos deberían ir acompañados de un compromiso más fuerte a nivel multilateral y del deseo de introducir innovaciones capaces de abordar de manera más decisiva las deficiencias del sistema actual.

Bibliografía:

- P. Acconci, *Investimenti stranieri sostenibili: diritto e governance internazionale e dell'Unione europea*, Napoli, 2023.
- G. Adinolfi (ed.), *Gli accordi preferenziali di nuova generazione dell'Unione europea*, Torino, 2021.
- C. F. Amerasinghe, *Diplomatic Protection*, Oxford, 2008.
- Y. Banifatemi, *Consistency in the Interpretation of Substantive Investment Rules: Is It Achievable?*, en R. Echandi, P. Sauvé (eds.), *Prospects in International Investment Law and Policy: World Trade Forum*, Cambridge, 2013.

129 Ver art. 14 de la Sección [X]: *Resolution Of Investment Disputes* del Acuerdo UE/México en Principio.

- I. Barthesaghi, N. De Maria Calvelo, N. Melgar Alassio, M.E. Pereira, *La nueva generación de acuerdos de la Unión Europea y sus implicancias en el sistema internacional*, en E. Tremolada Álvarez (ed.), *Gobernanza, cooperación internacional y valores democráticos comunes*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2019.
- G. Battaglini, *La protezione diplomatica delle società*, Padova, 1957.
- C. De Visscher, *La protection diplomatique des personnes morales*, en *Recueil de Courses*, vol. 102, Leiden, 1961.
- D. Behn, O. K. Fauchald, M. Langford, *Introduction: The Legitimacy Crisis and the Empirical Turn*, en *The Legitimacy of Investment Arbitration Empirical Perspectives*, Cambridge, 2022, pp. 1 – 38.
- N. Blackaby, C. Partasides, A. Redfern, *Redfern and Hunter on International Arbitration (Seventh Edition)*, Oxford, 2023.
- A. Blanc (dir.), *La Unión Europea, promotora del libre comercio. Análisis e impacto de los principales acuerdos comerciales*, Cizur Menor (Navarra), 2020.
- A. Bonfanti, *Diritti umani e politiche dell'Unione europea in materia commerciale e di investimenti stranieri: la comunicazione 'Commercio per tutti', tra regionalismo e multilateralismo economico*, en *Diritti umani e diritto internazionale*, 2016, pp. 233 y ss.
- E. Borchard, *Diplomatic Protection of Citizens Abroad: or the Law of International Claims*, New York, 1915.
- M. Bronckers, G. Gruni, *Retooling the Sustainability Standards in EU Free Trade Agreements*, en *Journal of International Economic Law*, 2021, pp. 25 y ss.
- C. N. Brower, S. W. Schill, *Is Arbitration a Threat or a Boom to the Legitimacy of International Investment Law?*, en *Chicago Journal of International Law*, 2008, pp. 471 y ss.
- L. Caflisch, *La protection des sociétés commerciales et des intérêts indirects en droit international public*, L'Aia, 1969.
- L. Condorelli, *La protection diplomatique et l'évolution de son domaine d'application actuelle*, en *Rivista di Diritto Internazionale*, 2003, pp. 5 y ss.
- E. De Vattel, *Le droit des gens, ou principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, Londra, 1758.

- M. Díez de Velasco, *Reflexiones sobre la protección diplomática*, en *Pensamiento jurídico y sociedad internacional. Estudios en honor del profesor D. Antonio Truyol Serra*, Madrid, 1986, tomo I, pp. y 377 ss.
- N. Febles Pozo, *Un análisis crítico de las normas sobre transparencia en los reglamentos de arbitraje internacional: La CCI, el CIADI y la CNUDMI*, en *CADERNOS de Direito Actual*, 2019, pp. 57 y ss.
- M. Feldman, *Investment Arbitration Appellate Mechanism Options: Consistency, Accuracy, and Balance of Power*, en *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 2017, pp. 528 y ss.
- D.P. Fernández Arroyo, *La transparencia como paradigma del arbitraje de inversiones*, en A. Tanzi, A. Asteriti, R. Polanco Lazo, P. Turrini, *International Investment Law in Latin America / Derecho Internacional de las Inversiones en América Latina*, Leiden-Boston, Brill-Nijhoff International Investment Law Series, Volume 5, 2016, pp. 244 y ss.
- J.C. Fernández Rozas, *Permanencia y expansión del bilateralismo: Los acuerdos comerciales de “Nueva Generación” entre la Unión Europea y terceros países*, en *La Ley Unión Europea*, 2019, pp. 1 y ss.
- J.F. Flauss (dir.), *La protection diplomatique. Mutation contemporaine et pratique internationales*, Bruxelles, 2003.
- S.D. Franck, *The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions*, en *Fordham Law Review*, 2005, pp. 1521 y ss.
- S.D. Franck, *Rationalizing Costs in Investment Treaty Arbitration*, en *Washington University Law Review*, 2011, pp. 769 y ss.
- S.D. Franck, J. Freda, K. Lavin, T. Lehmann, A. Van Aaken, *The Diversity Challenge: Exploring the “Invisible College” of International Arbitration*, en *Columbia Journal of Transnational Law*, 2015, pp. 429 y ss.
- S.D. Franck, *Arbitration Costs: Myths and Realities in Investment Treaty Arbitration*, Oxford, 2019.
- A. Gianelli, *La protezione diplomatica di società dopo la sentenza concernente la Barcelona Traction*, en *Rivista di diritto internazionale*, 1986, pp. 762 y ss.
- E.M. Hafner-Burton, D.G. Victor, *Secrecy in International Investment Arbitration: An Empirical Analysis*, en *Journal of International Dispute Settlement*, 2016, pp. 161 y ss.

- A. Henke, *La crisi del sistema ISDS e il progetto di una nuova corte internazionale permanente, ovvero della fine dell'arbitrato in materia di investimenti*, en *Diritto del Commercio Internazionale*, 2017, pp. 133 y ss.
- J. Maillou, *Acuerdos comerciales UE de "Nueva Generación": origen, rasgos y valoración*, Fundación Universitaria San Pablo CEU, 2021.
- A.N. Makarov, *Consideraciones sobre el ejercicio de la protección diplomática*, en *Revista Española de Derecho Internacional*, 1955, pp. 511 y ss.
- S. Meunier, J.F. Morini, *The European Union and the space-time continuum of investment agreements*, en *Journal of European Integration*, 2017, pp. 891 y ss.
- J.A. Moreno Rodríguez, *Private (And Public) International Law In Investment Arbitration*, en *Recueil de Courses*, Leiden-Boston, 2023.
- P. Nilo Donoso, *Crisis de legitimidad en el arbitraje inversionista-estado: ¿apariciencia o realidad? ACHMEA, CNUDMI y UNASUR como distintos caminos con rumbo común*, en *Anuario de Derecho Público*, 2018, pp. 227 y ss.
- E. Ortega Velázquez, *Naturaleza jurídica de la protección diplomática a la luz del desarrollo progresivo del derecho internacional: ¿derecho del Estado o de la persona humana?*, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 2016, pp. 3 y ss.
- M. I. Papa, *Protezione diplomatica, diritti umani e obblighi erga omnes*, en *Rivista di Diritto Internazionale*, 2008, pp. 669 y ss.
- L. Pasquali, *Il contributo dell'accordo UE - Mercosur alla governance internazionale dell'ambiente*, en *NOMOS*, 2020, pp. 179-200.
- P. Pustorino, *Recenti sviluppi in tema di protezione diplomatica*, en *Rivista di Diritto Internazionale*, 2006, pp. 68 y ss.
- G.M. Ruotolo, *Gli accordi commerciali di ultima generazione dell'Unione europea e i loro rapporti col sistema multilaterale degli scambi*, en *Studi sull'integrazione europea*, 2016, pp. 329 y ss.
- S. Salinas Alcega, *La Unión Europea, promotora del libre comercio. Análisis e impacto de los principales Acuerdos comerciales*, en *Revista española de derecho internacional*, 2021, pp. 370 y ss.
- T. Schultz, *Against Consistency in Investment Arbitration*, en Z. Douglas, J. Pauwelyn, J. Viñuales (eds.), *The Foundations of International Investment Law: Bringing Theory into Practice*, Oxford, 2014.

- E. Sciso, R. Baratta, C. Morviducci (a cura di), *I valori dell'Unione europea e l'azione esterna*, Torino, 2016.
- D. C. Suciú Gavriłoae, *El marco jurídico de las inversiones en la nueva generación de acuerdos de comercio e inversión de la Unión Europea*, Navarra, 2023.
- K. Tienhaara, *Regulatory Chill in a Warming World: The Threat to Climate Policy Posed by Investor-State Dispute Settlement*, en *Transnational Environmental Law*. 2018, pp. 229 y ss.
- C. Titi, *International Investment Law and the European Union: Towards a New Generation of International Investment Agreements*, en *European Journal of International Law*, 2015, pp. 639 y ss.
- G. Van Harten, *The European Union's Emerging Approach to ISDS: a Review of the Canada-Europe CETA, Europe-Singapore FTA, and European-Vietnam FTA*, en *University of Bologna Law Review*, 2016, pp. 139 y ss.
- A. Vermeer-Künzli, *As If: The Legal Fiction in Diplomatic Protection*, en *European Journal of International Law*, 2007, pp. 37 y ss.
- A. Vermeer-Künzli, *Diplomatic Protection as a Source of Human Rights Law*, en Dinah Shelton (ed.), *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*, Oxford, 2013, pp. 250 y ss.
- P. Vincent, *Les nouveaux accords commerciaux conclus par l'Union Européenne*, en *Cahiers de Science Politique de l'Université de Liège*, 2021, pp. 54 y ss.
- M. Waibel, A. Kaushal, K.-H. Chung, C. Balchin, *The Backlash against Investment Arbitration: Perceptions and Reality*, Alphen aan den Rijn, 2010.
- G. Zarra, *Procedimenti paralleli*, en D. Mantucci (dir.), *L'arbitrato negli investimenti internazionali - Trattato di Diritto dell'arbitrato - Vol. XIII*, Napoli, 2021, pp. 421 y ss.

Sexta Parte: Derecho Civil

