

# ¿Los Estados como demandantes en el arbitraje de inversión basado en tratados? Comentario al laudo *Urbaser vs. Argentina*

## *States as Claimants in Treaty Based Investment Arbitration? A Comment about Urbaser vs. Argentina Award*

## *Les États en tant que plaignants dans l'arbitrage sur les investissements fondé sur les traités? Commentaire sur le sentence arbitrale Urbaser contre Argentine*

Yadira Castillo Meneses\*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Resumen general del caso*. III. *¿Los Estados como demandantes en el arbitraje inversionista-Estado?* IV. *La nueva generación de tratados de protección a la inversión extranjera*. V. *Las obligaciones de los inversionistas extranjeros y empresas transnacionales*. VI. *Conclusiones*. VII. *Bibliografía*.

\* Doctora en Derecho por la Universidad de los Andes, Bogotá; magíster en Derecho Administrativo por la Universidad Externado, Bogotá; especialista en arbitraje internacional de inversión extranjera, docente, investigadora y abogada.

Artículo recibido el 19 de noviembre de 2018  
Aprobado para publicación el 3 de octubre de 2019

*Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XX, 2020, pp. 443-457  
Ciudad de México, ISSN 1870-4654

RESUMEN: La desigualdad de ventajas y desventajas entre inversionistas y Estados en el arbitraje de inversión basado en tratados, ha conllevado a repensar la negociación de acuerdos internacionales. En ese sentido, los Estados están considerando, por ejemplo, la inclusión de compromisos para los inversionistas, la denegación de beneficios y la revisión en el alcance y contenido de las provisiones. En *Urbaser vs. Argentina*, el tribunal sostuvo la posibilidad de que los Estados actúen como demandantes en arbitrajes de inversión. Eso sugiere preguntarse qué tan viable es llegar a ese punto. Este comentario evalúa algunas de las instituciones angulares al arbitraje, así como la inclusión de compromisos para los inversionistas extranjeros en la nueva generación de tratados de protección a la inversión extranjera.

**Palabras clave:** consentimiento, acuerdo de arbitraje, oferta, obligaciones, responsabilidad, acuerdos internacionales de inversión

ABSTRACT: The inequity of advantages and disadvantages between the foreign investors and the States in treaty-based investment arbitration, has entailed to rethink the negotiation of international agreements. In that sense, States are considering the inclusion of commitments for foreign investors, the denial of benefits and the review of the scope and content of some core provisions. In *Urbaser vs. Argentine*, the tribunal held the possibility that States act as claimants in investment arbitration disputes. Such statement suggests asking the feasibility to reach that point. This comment assesses some core institutions of arbitration proceedings, as well as the inclusion of commitments for foreign investors in the new generation of investment treaties.

**Keywords:** consent, arbitration agreement, offer, obligations, liability, international investment agreements.

RÉSUMÉ: L'inégalité des avantages et des désavantages entre les investisseurs et les États dans l'arbitrage des investissements fondé sur des traités a conduit à repenser la négociation d'accords internationaux. Dans ce sens, les États envisagent, par exemple, l'inclusion d'engagements pour les investisseurs, le refus d'avantages et l'examen de l'envergure et du contenu des dispositions. Dans l'affaire *Urbaser vs. Argentine*, le tribunal a jugé la possibilité que les États agissent en tant que plaignants dans un arbitrage en matière d'investissement. Cela suggère de se demander s'il est viable d'atteindre ce point. Ce commentaire évalue certaines des institutions impliquées dans l'arbitrage, ainsi que l'inclusion d'engagements pour les investisseurs étrangers dans la nouvelle génération de traités sur la protection des investissements étrangers.

**Mots-clés:** consentement, convention d'arbitrage, offre, obligations, responsabilité, accords internationaux d'investissement.

## I. INTRODUCCIÓN

El consentimiento es la piedra fundamental de los mecanismos alternativos de solución de conflictos. Ese mismo pareciera limitar la defensa de los Estados en el arbitraje inversionista-Estado en punto a las demandas de reconvencción, pues su procedencia se ata a que la cláusula sobre solución de controversias del tratado así lo permita. No obstante, en *Urbaser vs. Argentina* el tribunal indicó, pero sin entrar en detalles, la posibilidad que tienen, tanto inversionistas como Estados, de iniciar un arbitraje internacional.<sup>1</sup> Este comentario toma como referente el laudo citado y tiene como propósito analizar las posibilidades reales para que los Estados actúen como demandantes en arbitrajes inversionista-Estado originados en tratados. Para ese propósito el comentario evalúa instituciones angulares al arbitraje, así como la inclusión de compromisos para los inversionistas extranjeros en la nueva generación de tratados de protección a la inversión extranjera.

## II. RESUMEN GENERAL DEL CASO

La controversia entre Urbaser S.A. y Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Ur Pasrzuergoa —CABB— y la República Argentina se sustenta en el tratado bilateral de inversión (TBI) entre España y Argentina de 1991. La diferencia se origina en un contrato de concesión para la prestación del servicio de agua y cloacas a fin de ser desarrollado en la provincia de Gran Buenos Aires. La concesión fue adjudicada a principios de 2000 a Aguas del Gran Buenos Aires S.A. —AGBA— filial creada por las reclamantes. En julio de 2006, la demandada decidió rescindir el contrato sobre la tesis de que las demandantes a través de la operación de AGBA no hicieron todas las inversiones a las que se comprometieron.<sup>2</sup> Los demandantes argumentan que la crisis económica de Argentina en 2001 exigía revisar de forma exhaustiva el contrato de concesión, dada la conversión uno a uno de dólares estadounidenses a pesos, pero no hubo voluntad por parte de la provincia.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> *Urbaser S. A. y Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Ur Pasrzuergoa —CABB— vs. la República Argentina*, Laudo, CIADI no. ARB/07/26, 8 de diciembre de 2016.

<sup>2</sup> *Ibidem*, párr. 1128.

<sup>3</sup> *Ibidem*, párr. 34.

En el transcurso del proceso, Argentina presentó demanda de reconvencción, argumentando la violación del derecho humano al agua por parte de la demandante. En su réplica, *Urbaser* arguyó: 1) la incompetencia del tribunal para conocer de una demanda de reconvencción por razón de la ausencia de conexión íntima entre la contrademanda y la demanda principal;<sup>4</sup> 2.) el carácter asimétrico de los TBI, pues no crean obligaciones para los inversionistas;<sup>5</sup> 3) la falta de aceptación de forma expresa de la demanda de reconvencción en la oferta de arbitraje; 4) la falta de jurisdicción del tribunal sobre las violaciones a los derechos humanos (DH),<sup>6</sup> y 5) el carácter contractual de la demanda de reconvencción, pues los reclamos se basaron en el derecho doméstico de Argentina con sustento en el contrato de concesión.<sup>7</sup>

Por su parte, la demandada sostuvo que el tribunal debía resolver la demanda de reconvencción, siempre que cumpla con los requisitos dispuestos por el artículo 46 de la Convención CIADI.<sup>8</sup> Agregó que, de acuerdo con lo dicho por la cláusula X(5) del tratado, una demanda no necesariamente debe fundarse en la violación exclusiva de un TBI.<sup>9</sup> Siguiendo tal artículo, indicó que la demanda de reconvencción debía resolverse sobre la base del TBI, el derecho argentino y los principios generales del derecho internacional.<sup>10</sup> Finalmente, adujo que la reconvencción se basa en los daños que la República de Argentina sufrió derivados de la gestión de las demandantes en la concesión, en lo principal, porque no invirtieron conforme con lo que se comprometieron.

### III. ¿LOS ESTADOS CÓMO DEMANDANTES EN EL ARBITRAJE INVERSIONISTA-ESTADO?

Para efectos de analizar la posibilidad de presentar demanda de reconvencción, el tribunal fue más allá del alcance del consentimiento de los Estados parte del tratado bilateral de protección de inversiones Argentina-España. En efecto, después de estudiar el artículo X(2)(3) concluyó que el acuerdo

<sup>4</sup> *Ibidem*, párr.1119.

<sup>5</sup> *Ibidem*, párr.1120.

<sup>6</sup> *Ibidem*, párr.1129.

<sup>7</sup> *Ibidem*, párr.1128.

<sup>8</sup> *Ibidem*, párr.1135.

<sup>9</sup> *Ibidem*, párr.1142.

<sup>10</sup> *Ibidem*, párr.1136.

no tiene restricción *ratione personae*. De un lado, indicó que los Estados no condicionaron la oferta de arbitraje, por lo tanto, el demandado podría presentar demanda de reconvencción. Del otro, el tribunal señaló que “tanto el inversor como el Estado Parte pueden ser quien someta a arbitraje una controversia en relación con inversiones”.<sup>11</sup> Sí bien no es errónea, pues la cláusula X(3) dispone que “la controversia podrá ser sometida a un tribunal arbitral internacional... a petición de una de las partes en la controversia”, lo cierto es que el tribunal no entró a explicar los desafíos que surgen con relación al consentimiento como regla angular del arbitraje.

El arbitraje inversionista-Estado es particularmente distinto del arbitraje clásico en lo que tiene que ver con el acuerdo de arbitraje, pero no por ello desconoce el consentimiento como su regla angular. En el arbitraje tradicional las partes celebran un contrato principal y deciden en ese mismo contrato o en otro celebrado, una vez que, surge la controversia, resolver las diferencias relacionadas con ese contrato principal mediante un arbitraje (cláusula compromisoria o compromiso). Sumado a ello, cualquiera de las partes puede iniciar la controversia, por ende, el demandado puede presentar una demanda de reconvencción. En contraste, en el arbitraje de inversión basado en tratados no suele mediar un contrato principal celebrado entre el inversionista y el Estado receptor de la inversión.<sup>12</sup> Aquí, el consentimiento como el elemento esencial que da lugar al acuerdo de arbitraje entre las partes de la controversia surge de una manera diferente.

En efecto, los Estados mediante la celebración de tratados internacionales de protección a la inversión consienten de forma general y prospectiva en arbitrar las diferencias sobre inversión, que el tratado incluya, con los inversionistas extranjeros. Es decir, ese consentimiento manifestado por los Estados vía tratado se traduce en una oferta de arbitraje que nace a la vida jurídica cuando el tratado entra en vigor. Ahora bien, es preciso indicar que esa regla general puede sufrir variaciones, existen tratados en los cuales los Estados prometen que darán su consentimiento en el futuro, mediante un acuerdo entre el inversionista y el Estado receptor, por ejemplo. En otros casos, esa garantía a la que los Estados se obligan con el inver-

<sup>11</sup> *Ibidem*, párrs. 1143 y 1144.

<sup>12</sup> Paulsson, Jan, “Arbitration without Privity, ICSID Review,” *Foreign Investment Law Journal*, 1995, p. 232.

sionista condiciona el consentimiento a que la disputa sea llevada ante un centro especial.<sup>13</sup>

En lo que tiene que ver con los inversionistas, el consentimiento surge cuando ellos notifican, por escrito, su intención de llevar una diferencia basada en el tratado a un tribunal de arbitramento. Tal aceptación debe ser por escrito porque ese es un requisito de la validez del acuerdo de arbitraje.<sup>14</sup> Por ello, ese acuerdo está consolidado cuando el inversionista acepta la oferta de arbitraje hecha por el Estado, bien sea mediante una carta, en la cual manifiesta, si el acuerdo lo exige, su intención de iniciar la fase de consultas (*cooling-off period*) como requisito para iniciar una reclamación internacional, o iniciando el procedimiento arbitral ante el respectivo centro de arbitraje (solicitud de arbitraje).<sup>15</sup> Es también posible que el tratado ate el consentimiento del inversionista al agotamiento de los recursos internos del Estado receptor.<sup>16</sup>

De esa manera, las limitaciones que los Estados tienen para iniciar arbitrajes contra el inversionista de cara a la postura del tribunal en *Urbaser vs. Argentina*, según la cual, un Estado podría iniciar un arbitraje contra el inversionista, siempre que, la provisión de solución de controversias en el tratado así lo permita, sugiere preguntarnos si el consentimiento por parte del inversionista, como elemento esencial del acuerdo de arbitraje, puede ser obviado en el arbitraje de inversión. Si pensamos en las diferencias entre los Estados firmantes del tratado, no hay alteración alguna, pues tanto el Estado receptor como el Estado matriz pueden iniciar la reclamación, a fin de cuentas, ambos presentaron su consentimiento frente a la cláusula de controversias entre Estados. No ocurre lo mismo con relación al inversionista, pues el Estado no podrá iniciar la reclamación internacional sin su consentimiento, manifestado de forma expresa,<sup>17</sup> siempre que la

<sup>13</sup> UNCTAD, “Dispute Settlement”, International Centre for Settlement of Investment Disputes, 2.3 Consent to Arbitration, Nueva York-Ginebra, 2003, pp. 18 y 19.

<sup>14</sup> Blackaby, Nigel *et al.*, *International Arbitration*, 6a. ed., Oxford, Oxford University Press, 2015, pp. 75 y 76.

<sup>15</sup> UNCTAD, *op. cit.*, p. 20; Briercliffe, Naomi y Owczarek, Olg, “Human-Rights-Based Claims by States and New Generation International Investment Agreements”, *Kluwer Arbitration Blog*, 1o. de agosto de 2018. Disponible en: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/08/01/human-rights-based-claims-by-states-and-new-generation-international-investment-agreements/>.

<sup>16</sup> Blackaby, Nigel *et al.*, *op. cit.* p. 458.

<sup>17</sup> UNCTAD, *op. cit.*, p. 20.

cláusula sobre solución de controversias entre inversionista-Estado faculte a cualquiera de las partes en la controversia a iniciar la reclamación internacional, pues la regla general indica que son los inversionistas quienes mantienen esa facultad.

En la medida que el arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de diferencias, el consentimiento de ambas partes se convierte en la causa de su existencia. Ese consentimiento es factible de ser omitido cuando el Estado en el ámbito doméstico, en virtud de su poder soberano y ante una situación que lo amerite, ejerce sus poderes judiciales a través de las autoridades competentes. En efecto, las cortes domésticas pueden iniciar una investigación contra un inversionista sin pedir su consentimiento, precisamente, porque los extranjeros, bajo el principio de territorialidad, están sujetos al ordenamiento legal del Estado donde se encuentran.

El escenario anterior permite inferir que los Estados en su condición de soberanos pueden definir el alcance y contenido de las cláusulas de un tratado, más no pueden entrar a omitir el consentimiento del inversionista en el arbitraje de inversión. En el derecho internacional público no hay arbitrabilidad, en principio todas las disputas son arbitrables. Los Estados como soberanos son libres de negociar lo que deseen, siempre que sus acuerdos no vayan contra normas de *ius cogens*. No obstante, el carácter particularmente diferente de este tipo de arbitraje en comparación con el clásico no puede entrar a desconocer que el consentimiento es un elemento esencial del arbitraje que no puede ser deducido o presumido.<sup>18</sup> Es decir, la libertad de los Estados para iniciar un arbitraje contra un inversionista está atada a la manifestación solemne de voluntad del inversionista de aceptación de la oferta de arbitraje. De hecho, el Estado receptor no puede asumir tal existencia por el hecho de que el inversionista hizo su inversión en un Estado donde existe un tratado celebrado entre el Estado del cual es nacional y el Estado receptor, y ese incluye una cláusula de solución de controversias. La oferta hecha por el Estado es vinculante para quien la hace; es decir, el Estado, más no para el inversionista, para éste lo será cuando lo acepte por escrito.<sup>19</sup>

<sup>18</sup> Paulsson, refiriéndose al carácter novedoso y particular del arbitraje inversionista-Estado dice que “lo que ya es claro, sin embargo, es que esto no es un subgénero de una disciplina existente. Es dramáticamente diferente de cualquier área del derecho internacional previamente conocida.” Paulsson, Jan, *op. cit.*, p. 25.

<sup>19</sup> *Lanco International Inc vs. Argentina*, ICSID Case no. ARB/97/6. Decisión preliminar sobre jurisdicción, 8 de diciembre de 1998, párr. 43.

De ese modo, el consentimiento del inversionista no es un asunto de libre disposición por las partes contratantes de un tratado. Por el contrario, es un elemento de la esencia de cualquier tipo de arbitraje. Así las cosas, si los Estados quieren iniciar un arbitraje internacional contra el inversionista, deben conseguir su consentimiento antes de hacerlo. Una forma de lograrlo puede ser firmando contratos de inversión con la inclusión de la cláusula compromisoria o condicionar el ingreso del inversionista al país a la celebración de un acuerdo de arbitraje.<sup>20</sup>

A continuación, entraré a analizar si en los tratados de última generación, los avances con relación a los compromisos asumidos por los inversionistas extranjeros en asuntos como derechos humanos y medio ambiente cambian la lógica en el binomio inversionista-Estado a la luz del arbitraje de inversiones.

#### IV. LA NUEVA GENERACIÓN DE TRATADOS DE PROTECCIÓN A LA INVERSIÓN EXTRANJERA

Lo dicho por el tribunal en *Urbaser vs. Argentina* sobre la posibilidad de que los Estados inicien arbitrajes (internacionales) contra los inversionistas extranjeros, vale la pena analizarlo a partir de la nueva generación de tratados de protección a la inversión extranjera. Los tratados de protección y regulación de la inversión extranjera de primera generación fueron concebidos con el propósito de imponer obligaciones para el Estado, mas no para el tercer sujeto no parte del tratado, esto es, el inversionista, quien puede iniciar un arbitraje internacional contra el Estado receptor de la inversión, dada la personalidad jurídica internacional limitada con la que cuenta. Bajo esa lógica de negociación no se introducen obligaciones internacionales exigibles para los inversionistas, como tampoco se regulan consecuencias por incumplir con compromisos catalogados como de interés nacional. La redacción de ese tipo de tratados suele caracterizarse por ser onerosa para los Estados, pues estos negocian estándares de tratamiento para el inversionista, como el trato nacional, el trato justo y equitativo, la compensación por expropiación y la solución de controversias, de forma muy abierta o ambigua.

<sup>20</sup> Laborde, Gustavo, "The Case for Host State Claims in Investment Arbitration", *Journal of International Dispute Settlement*, 2010, p. 111.

En últimas, bajo esa arquitectura jurídica los Estados, en especial, receptores de la inversión, son los únicos sujetos con obligaciones internacionales en beneficio del inversionista extranjero. En vista de esa falta de correspondencia, las partes contratantes se han visto más cuidadosos al momento de definir el alcance y contenido de ciertas provisiones, de igual manera, incluyen compromisos para el inversionista con respecto a los derechos humanos y medio ambiente, entre otros. No obstante, los límites para imponerle al inversionista extranjero una responsabilidad internacional en el arbitraje inversionista-Estado aún se mantienen.

De esa manera, en la nueva generación de tratados, los Estados intentan proteger de reclamaciones internacionales el ejercicio regulatorio de ciertas áreas. Así, algunos tratados —tal es el caso del Acuerdo Económico y Comercial Global (CETA)<sup>21</sup> y del TBI Marruecos-Nigeria—,<sup>22</sup> indican que el mero efecto adverso o negativo de las medidas que adopten los Estados para lograr objetivos legítimos de política pública, en asuntos relacionados con la salud, seguridad, el medio ambiente, etcétera, no pueden equivaler a una violación de alguna obligación bajo el acuerdo a menos que, exista un trato arbitrario o discriminatorio contra el inversionista extranjero. Por otro lado, los compromisos para el inversionista que se incluyen en estos tratados en temas de derechos humanos o medio ambiente no se traducen en obligaciones exigibles bajo el escenario internacional. Algunos tratados consideran la posibilidad de que el Estado demandado deniegue al inversionista demandante los beneficios del tratado o que se inicien acciones judiciales de tipo doméstico en contra del inversionista extranjero.

<sup>21</sup> “1. Para los propósitos de este Capítulo, las Partes reafirman su derecho a regular en sus territorios para el logro de objetivos legítimos públicos, tales como la protección de la salud pública, seguridad, el medio ambiente, la moral pública o social, o la protección de los consumidores o la promoción y protección de la diversidad cultural.

2. Para mayor certidumbre, el mero hecho que una Parte regule, incluyendo una modificación a su legislación, en una manera la cual afecte negativamente la inversión o interfiera con las expectativas de un inversionista, incluyendo sus expectativas de utilidad, no equivale a una violación de una obligación bajo esta Sección” (traducción libre). Acuerdo CETA, artículo 8.9. “Inversión y medidas regulatorias”.

<sup>22</sup> “4) Nada en este acuerdo deberá ser entendido que impide a una Parte adoptar o ejecutar, en una manera no discriminatoria, cualquier medida consistente con este Acuerdo que considere apropiada para asegurar que la actividad de inversión en su territorio sea emprendida de una manera sensible con el medio ambiente y los intereses sociales” (traducción libre). TBI Marruecos-Nigeria 2016, artículo 13 “Inversión y medio ambiente”.

En ese sentido, el modelo de Acuerdo Internacional de Inversiones presentado por Colombia en 2017, dispone que los “Inversionistas demandantes deberán respetar las prohibiciones establecidas en instrumentos internacionales relacionados con derechos humanos y medio ambiente”. Seguidamente, agrega que el inversionista debe asumir esas prohibiciones como “obligatorias” durante la realización y operación de su inversión en el territorio de la parte receptora para someter una demanda a una corte o tribunal arbitral. En otra disposición agrega que, una parte podrá denegar los beneficios ofrecidos por el Acuerdo si el inversionista de forma directa o indirecta incurrió en prohibiciones como violaciones a los derechos humanos, daño ambiental en el territorio de la parte receptora, actos de corrupción, entre otros. Por último, en ese modelo se reafirma que los Estados receptores de la inversión, por regla general, no están facultados para iniciar un arbitraje en contra del inversionista extranjero, pero esa limitación es contrarrestada con la denegación de los beneficios ofrecidos por el acuerdo.

Asimismo, el tratado bilateral de inversión celebrado entre Marruecos-Nigeria (2016) pese a que incluye compromisos para el inversionista deja claro quién es la parte que puede iniciar un arbitraje internacional. Así, en el artículo 27, sobre solución de diferencias, señala que, es el inversionista quien puede demandar al Estado si las controversias no pueden ser resueltas bajo el mecanismo preventivo (consultas y negociaciones), el inversionista interesado puede presentar a su preferencia la controversia a los centros de arbitraje incluidos en la disposición o al que las partes acuerden. Con respecto a los compromisos en el artículo 18 se incluye el deber del inversionista e inversiones de preservar los derechos humanos en el Estado receptor, así como, respetar los estándares requeridos por la Organización Internacional del Trabajo contenidos en la Declaración sobre Principios Fundamentales y Derecho al Trabajo de 1998. Igualmente, el artículo 24 del tratado agrega el compromiso del inversionista con el desarrollo sostenible del Estado receptor. Sin embargo, la falta de compromiso del inversionista con los derechos humanos y el desarrollo sostenible no implica la denegación de beneficios del tratado, esto ocurre por diferentes causas (artículo 22), esta misma situación se aprecia en el acuerdo CETA.<sup>23</sup>

<sup>23</sup> “Una parte puede denegar los beneficios de este capítulo a un inversionista de la otra Parte que, es una Empresa de esa Parte y a las inversiones de ese inversionista si: a) un inversionista de un tercer país posee o controla la empresa; y b) la Parte que niega adopta o mantiene una medida con respecto al tercer país que: (i) se relaciona con el mantenimiento

En ambos casos la denegación de beneficios no tiene que ver con falta de compromisos en asuntos de derechos humanos.

Lo visto permite indicar que, en muchos de los tratados de nueva generación la dinámica asimétrica del binomio inversionista-Estado se reproduce. En efecto, las facultades de naturaleza procesal se conservan intactas, pues los Estados se mantienen como los sujetos que hacen la oferta de arbitraje y los inversionistas quienes la aceptan, además de ser los únicos facultados para iniciar la reclamación internacional. La salida para los Estados es denegar los beneficios del tratado, si esto fue incluido, como una sanción para el inversionista frente a su comportamiento inconsistente con la protección de los derechos y/o el medio ambiente. Asimismo, los Estados pueden iniciar acciones judiciales de tipo doméstico o presentar demandas de reconvencción si hay una manifestación en el tratado en ese sentido. Sin embargo, en este último contexto será tarea del Estado demostrar la existencia de una violación bajo los estándares del derecho internacional.

## V. LAS OBLIGACIONES DE LOS INVERSIONISTAS EXTRANJEROS Y EMPRESAS TRANSNACIONALES

Las complejidades alrededor del rol de los Estados como demandantes en el arbitraje de inversión no solo se resuelven con el consentimiento del inversionista. Uno de los grandes desafíos que enfrenta la responsabilidad internacional del inversionista tiene que ver con las obligaciones. En el derecho internacional no existen obligaciones claras, expresas y exigibles en contra de los inversionistas extranjeros que puedan ser litigadas ante un tribunal internacional. Luego, no solo importa resolver una facultad de naturaleza procesal de los Estados en punto a si pueden presentar una demanda de reconvencción o actuar como demandantes. Sirve de poco tener un derecho procesal si se carece del derecho sustancial, esto es, de obligaciones exigibles bajo el derecho internacional, que no solo funcionen con un efecto disuasivo. De allí, que el escenario doméstico se perfila como la opción más efectiva para pretender una responsabilidad en contra del inversionista extranjero.

de la paz y seguridad internacionales; (ii) prohíbe transacciones con la empresa o que serían violadas o eludidas si los beneficios de este Capítulo se otorgaran a la empresa o a sus inversiones” (traducción libre). CETA Artículo 8.16 “Denegación de beneficios”.

En el caso *Urbaser vs. Argentina*, el tribunal una vez determinó que la oferta de arbitraje (cláusula de controversias) incluyó la posibilidad de presentar demanda de reconvencción, entró a estudiar el derecho aplicable. Con fundamento en la cláusula X(5) del TBI España-Argentina manifestó que ese instrumento no debe ser interpretado como una norma aislada, sino como una que hace parte del sistema general del derecho internacional.<sup>24</sup> Agregó que “el TBI debe interpretarse en armonía con otras normas de derecho internacional de las que forma parte, incluidas aquellas relativas a los derechos humanos”.<sup>25</sup> Dicho eso, señaló que no existe en el TBI obligaciones relacionadas con el derecho al agua, “para que una obligación exista y sea relevante en el marco del TBI, debería ser parte de otro tratado (no aplicable al presente caso) o debería representar un principio general de derecho internacional”.<sup>26</sup> Sobre este punto enfatizó que, la referencia a los principios generales del derecho no puede dar lugar a obligaciones que no existían para los inversionistas antes de haber realizado la inversión en la República de Argentina.<sup>27</sup>

El análisis hecho por el tribunal pone de presente que, incluir en un tratado la facultad de cualquiera de las partes en la controversia para iniciar una reclamación internacional no cobra mucho valor, si no existen obligaciones claras, expresas y exigibles con respecto al inversionista extranjero. En el tratado entre Argentina y España pese a la facultad que tienen las partes contratantes de llevar la controversia a un tribunal internacional, lo cierto es que las obligaciones están dirigidas a los Estados y no al tercer sujeto no parte del tratado. De ese modo, no es claro cuáles son las obligaciones que asumen los inversionistas y por ende su exigibilidad.

Ese panorama permeado por la ausencia de obligaciones internacionales vinculantes para las empresas transnacionales, incluidas en los tratados de protección a la inversión o en otros instrumentos, ha pretendido ser mitigado en la nueva ola de tratados de protección a la inversión extranjera. No obstante, pese a los significativos avances, aún se mantiene esa asimetría entre Estados e inversionistas en cuanto a derechos, obligaciones y sus consecuencias.

<sup>24</sup> *Urbaser vs. Argentina*, cit., párr. 1201.

<sup>25</sup> *Ibidem*, párr. 1200.

<sup>26</sup> *Ibidem*, párr. 1207.

<sup>27</sup> *Ibidem*, párr. 1212.

Es así como, en el nuevo modelo de acuerdo internacional presentado por Colombia, se indica que los inversionistas deben asumir como obligatorias las prohibiciones establecidas en instrumentos internacionales relacionadas con derechos humanos y medio ambiente, so pena de que los beneficios del acuerdo le sean denegados al inversionista demandante. En el tratado bilateral de inversión celebrado entre Marruecos y Nigeria los compromisos para el inversionista con relación a los derechos humanos, el desarrollo sostenible y el cumplimiento de unos lineamientos de la OIT no se traducen en obligaciones exigibles bajo el derecho internacional. Incluso no se traducen en la denegación de beneficios.

Ese marco muestra que, en los tratados de nueva generación los Estados reconocen la importancia de que los inversionistas extranjeros se comprometan con la protección del medio ambiente y los derechos humanos, más ello no significa un consenso sobre la responsabilidad internacional de los inversionistas extranjeros. Ello sugiere que, las cortes domésticas son la alternativa más eficaz para pretender atribuir obligaciones a las empresas transnacionales. En efecto, existe una iniciativa liderada por el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas con la que se pretende crear una convención internacional que arrope violaciones a los derechos humanos en el contexto de actividades empresariales de carácter transnacional. De acuerdo con el proyecto, los Estados deben adecuar y garantizar su marco jurídico doméstico para que las personas naturales y jurídicas puedan ser declaradas civil, penal o administrativamente responsables por violación a los derechos humanos en el contexto de actividades empresariales de carácter transnacional.<sup>28</sup>

En línea con el anterior proyecto, en el tratado de Marruecos-Nigeria los Estados dejan claro que la responsabilidad del inversionista es de carácter doméstico. Así, el artículo 20 indica que los inversionistas estarán sujetos a la jurisdicción del Estado del cual son nacionales por “aquellos actos o decisiones tomadas en relación con la inversión donde tales actos o decisiones condujeron a un daño significativo, injurias personales o pérdida de vida en el Estado receptor”.

<sup>28</sup> Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. “Legally Binding Instrument to Regulate, in International Human Rights Law, the Activities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises”, 17 de julio de 2018. Disponible en: <https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session3/DraftLBI.pdf>.

En últimas, la creación de obligaciones internacionales para el inversionista extranjero con su consecuente exigibilidad es un problema de voluntad de los Estados. El derecho internacional público es un derecho Estado-centrista que liga a la voluntad estatal los avances con relación a los sujetos que ingresan a la esfera internacional y la medida de su personalidad, esto es, sus derechos y obligaciones. Sin esa voluntad clara y decidida seguramente las decisiones serán como las de Urbaser, en la cual el tribunal consideró que la obligación del inversionista de proporcionar agua se encontraba en el marco del contrato de concesión mas no bajo el derecho internacional.

## VI. CONCLUSIONES

Pese a las particularidades del arbitraje inversionista-Estado, el consentimiento como piedra angular del arbitraje no puede entrar a ser sustituido o inferido en ese tipo de disputas. Incluso si los Estados parte del tratado acuerdan la facultad para que cualquiera de las partes en la controversia inicie la reclamación internacional, es claro que, la manifestación solemne por parte del inversionista con respecto a la aceptación de la oferta de arbitraje hecha por el Estado es un requisito imprescindible.

Los avances que trae la nueva generación de tratados y la iniciativa liderada por el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, con la que se pretende crear una convención internacional que arrope violaciones a los derechos humanos en el contexto de actividades empresariales de carácter transnacional, son valiosas, pero dado su alcance sugieren que el derecho doméstico se mantiene como un escenario ideal para adelantar acciones judiciales en contra del inversionista.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

BLACKABY, Nigel *et al.*, *International Arbitration*, 6a. ed., Oxford, Oxford University Press, 2015.

BRIERCLIFFE, Naomi y OWCZAREK, Olg, “Human-Rights-Based Claims by States and New Generation International Investment Agreements”, *Kluwer Arbitration Blog*, 1o. de agosto de 2018. Disponible en: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/08/01/human-rights-based-claims-by-states-and-new-generation-international-investment-agreements/>.

**DOI: <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24487872e.2020.20.14482>**

LABORDE, Gustavo, “The Case for Host State Claims in Investment Arbitration”, *Journal of International Dispute Settlement*, 2010.

PAULSSON, Jan, “Arbitration without Privity, ICSID Review”, *Foreign Investment Law Journal*, 1995.

UNCTAD, “Dispute Settlement”, International Centre for Settlement of Investment Disputes, 2.3 Consent to Arbitration, Nueva York-Ginebra, 2003.