

NUEVO MODELO DE TBI DE LOS PAÍSES BAJOS Y SUS IMPLICACIONES EN LA PROTECCIÓN DE INVERSIONES

ANA MORALES RAMOS

Asociada Senior en De Brauw Blackstone Westbroek

Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones 1

Enero – Mayo 2022

Págs. 109-126

Resumen: El arbitraje de inversión se encuentra en el punto de mira de usuarios, grupos especializados y la opinión pública en general. El incremento exponencial de arbitrajes entre inversores y Estados, la atribución a la Unión Europea de la competencia exclusiva (con las excepciones establecidas en el Dictamen 2/15 de 16 de mayo de 2017 del Tribunal de Justicia europeo) para la firma de tratados de inversión con Estados no miembros de la Unión Europea a raíz del Tratado de Lisboa y las múltiples críticas al sistema, han llevado a los Estados a buscar nuevas fórmulas que protejan los derechos de los inversores extranjeros sin sacrificar sus atribuciones soberanas. En este contexto, el 22 de marzo de 2019, el gobierno neerlandés publicó un nuevo y novedoso modelo de tratado bilateral de inversión que servirá como base para la renegociación de los tratados de inversión vigentes con Estados no miembros de la Unión Europea.

Palabras clave: Arbitraje de inversión – TBI modelo – Jurisdicción – Estándares sustantivos – Tribunal multilateral de inversiones.

Abstract: Investment arbitration is in the spotlight of users, specialised groups and the public opinion in general. The exponential increase in investor-state arbitrations, the attribution to the European Union of exclusive competence (with the exceptions foreseen in Opinion 2/15 of the European Court of Justice dated 16 May 2017) to conclude investment treaties with non-EU countries since the Treaty of Lisbon, and the multiple criticisms to the system have led States to seek new formulas to protect the rights of foreign investors, without sacrificing their sovereign prerogatives. In this context, on 22 March 2019, the Dutch government published a new and novel model of bilateral investment treaty that will serve as a basis for the renegotiation of existing investment treaties with non-EU countries.

Keywords: Investment arbitration – Model BIT – Jurisdiction – Substantive protections – Multilateral investment court.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. ANÁLISIS DE LAS PRINCIPALES DISPOSICIONES DEL NUEVO TBI MODELO. 1. *Requisitos jurisdiccionales*. 1.1. Definición de «inversión». 1.2. Definición de «inversor». 2. *Protecciones sustantivas*. 2.1. Trato justo y equitativo. 2.2. Expropiación. 2.3. Cláusula de la nación más favorecida. 3. *Resolución de conflictos*. 3.1. Presentación de una reclamación. 3.2. Constitución y funcionamiento del tribunal arbitral. 3.3. Establecimiento de un tribunal multilateral de inversiones. 4. *Otros aspectos novedosos*. III. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

El incremento exponencial de los arbitrajes de inversión en los últimos quince años ha tenido un impacto significativo en el desarrollo normativo de la protección de las inversiones. La proliferación de casos ha traído como consecuencia un mayor escrutinio público del sistema, el surgimiento de importantes críticas y cierta percepción de que la balanza se ha inclinado excesivamente a favor de los inversores y en detrimento de los Estados¹. Cada vez más Estados han optado por fórmulas que garanticen un mayor equilibrio entre los derechos y las obligaciones de los Estados y de los inversores extranjeros, de tal forma que se garantice la protección de las inversiones extranjeras sin sacrificar las atribuciones soberanas de los Estados contratantes².

En este contexto, el 16 de mayo de 2018, el Ministerio de Asuntos Exteriores neerlandés publicó un borrador del nuevo modelo de tratado bilateral de inversión («TBI») de los Países Bajos (el «Nuevo TBI Modelo»), abriendo un plazo de consulta pública sobre el borrador de texto publica-

1. *European Federation for Investment Law and Arbitration (EFILA)*, «*A response to the criticism against ISDS*», 2015, disponible en: efila.org/wp-content/uploads/2015/05/EFILA_in_response_to_the-criticism_of_ISDS_final_draft.pdf; Paulsson, M. R. P., «*The 2019 Dutch Model BIT: Its Remarkable Traits and the Impact on FDI*», en *Kluwer Arbitration Blog*, 2020, disponible en: arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/05/18/the-2019-dutch-model-bit-its-remarkable-traits-and-the-impact-on-fdi/.
2. *Vid.*, por ejemplo, el Acuerdo transpacífico de cooperación económica (TPP, por sus siglas en inglés), disponible en: ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/trans-pacific-partnership/tpp-full-text; el Acuerdo económico y comercial global entre la Unión Europea y Canadá («CETA», por sus siglas en inglés), disponible en: ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ceta/ceta-chapter-by-chapter/index_es.htm; el Tratado de libre comercio («TLC») entre China y Corea de 2015, disponible en: fta.mofcom.gov.cn/topic/enkorea.shtml, o el TLC entre China y Australia, disponible en: www.dfat.gov.au/sites/default/files/chafta-agreement-text.pdf, y algunos TBIs modelos más recientes como, por ejemplo, el TBI modelo del Reino de Marruecos de 1 de junio de 2019 (disponible en: investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5895/download), el TBI modelo de la República de Eslovaquia de 2019 (disponible en: investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5917/download) o el borrador de TBI modelo de Noruega de 2015 (disponible en: investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/3350/download).

do³. Tras el debate parlamentario del texto modificado con base en las reacciones de la comunidad arbitral⁴, el 22 de marzo de 2019 se hizo público el texto definitivo del Nuevo TBI Modelo⁵. El Nuevo TBI Modelo sustituye al anterior modelo de 2004 de los Países Bajos («TBI Modelo de 2004»)⁶ y está encaminado a servir como base para la conclusión de nuevos tratados o la renegociación de los ya existentes, «aporta[ndo] un mayor equilibrio entre los derechos y obligaciones de los inversores y los Estados»⁷.

Según la última lista de TBIs publicada por el Diario Oficial de la Unión Europea («DOUE») en el marco del Reglamento (UE) núm. 1219/2012, en la actualidad los Países Bajos cuentan con 88 TBIs en vigor y cinco tratados que han sido firmados pero que aún no han entrado en vigor⁸. Después de los TBIs suscritos por Estados Unidos⁹, los TBIs neerlandeses son los segundos más invocados en arbitrajes de inversión, casi siempre por demandantes neerlandeses contra terceros Estados¹⁰. Por

3. El texto del borrador del TBI sometido a consulta pública está disponible en: www.internetconsultatie.nl/investeringsakkoorden.
4. Durante el mes que duró la consulta pública, el Ministerio de Asuntos Exteriores recibió 1.657 comentarios de particulares y grupos interesados. Los comentarios están disponibles en www.internetconsultatie.nl/investeringsakkoorden/reacties/datum/2.
5. El texto del Nuevo TBI Modelo está disponible en: inglés en: www.rijksoverheid.nl/ministeries/ministerie-van-buitenlandse-zaken/documenten/publicaties/2019/03/22/nieuwe-modeltekst-investeringsakkoorden.
6. El TBI Modelo de 2004 está disponible en: www.internetconsultatie.nl/investeringsakkoorden.
7. Carta del Ministro de Comercio Exterior y Cooperación para el Desarrollo al Parlamento en relación con la adopción del Nuevo TBI Modelo de 26 de octubre de 2018, disponible en: zoek.officielebekendmakingen.nl/kst-34952-32.html.
8. Vid. la lista de los acuerdos bilaterales de inversión contemplados en el art. 4, apartado 1, del Reglamento (UE) núm. 1219/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se establecen disposiciones transitorias sobre los acuerdos bilaterales de inversión entre Estados miembros y terceros países (2021/C 142/01) de fecha 11 de abril de 2021, DOUE núm. 351, de 20 de diciembre de 2012, pp. 40-46. Nótese que el 31 de marzo de 2021 entró en vigor para los Países Bajos el Acuerdo para la terminación de los Tratados Bilaterales de Inversión entre los Estados miembros de la Unión Europea firmado en Bruselas el 5 de mayo de 2020 (DOUE núm. 169, de 29 de mayo de 2020). Los Países Bajos no habían optado por la aplicación provisional del mismo pero sí realizaron una reserva indicando la no aplicabilidad del Acuerdo a los territorios no europeos del Reino de los Países Bajos (vid., www.consilium.europa.eu/es/documents-publications/treaties-agreements/agreement/?id=2019049&DocLanguage=en).
9. Marsman, A. et al., *Investment Treaty Arbitration: Netherlands*, 2020, respuesta a pregunta 13, disponible en: globalarbitrationreview.com/insight/know-how/investment-treaty-arbitration/report/netherlands; Duggal, K. y L. H. Van de Ven, L. H., «The 2019 Netherlands Model BIT: riding the new investment treaty waves», en *Arbitration International*, vol. 35 (2019), pp. 350-351.
10. Hasta el año 2021, los Países Bajos nunca habían sido parte demandada en un arbitraje de inversión. En la actualidad, los Países Bajos tienen pendientes dos procedimientos arbitrales ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (el «CIADI») sobre la base del Tratado sobre la Carta de la Energía («TCE»). Vid. Uniper SE, Uniper Benelux Holding B. V. and Uniper Benelux N. V. c. el Reino de los Países Bajos,

la abundancia de TBIs suscritos¹¹ y la frecuencia con la que se invocan, la adopción del Nuevo TBI Modelo neerlandés puede acarrear importantes consecuencias en el desarrollo del arbitraje de inversión.

La renegociación de todos los TBIs de los Países Bajos con Estados no Miembros de la Unión Europea en vigor y la firma de nuevos tratados llevará un tiempo, estando en todo caso condicionadas tales negociaciones a la obtención por parte de los Países Bajos de una autorización previa de la Comisión Europea¹². Asimismo, cualquier acuerdo tendrá que ser ratificado por el Parlamento neerlandés tras haber recibido la preceptiva autorización por parte de la Comisión¹³.

En este contexto, en mayo de 2019, la Comisión Europea autorizó a los Países Bajos a iniciar negociaciones formales para la conclusión de TBIs con Iraq y Catar, así como a modificar sus TBIs con Argentina, Burkina Faso, Ecuador, Nigeria, Tanzania, Turquía, los Emiratos Árabes y Uganda¹⁴. Se desconoce el estado actual y progreso de estas negociaciones, así como cuáles serán los siguientes TBIs que los Países Bajos renegociarán¹⁵.

II. ANÁLISIS DE LAS PRINCIPALES DISPOSICIONES DEL NUEVO TBI MODELO

En líneas generales, frente al carácter amplio e inclusivo del TBI Modelo de 2004, el Nuevo TBI Modelo limita de forma significativa su ámbito de aplicación. En línea con la corriente actual, establece requisitos más precisos y estrictos para poder acogerse a su protección. Los principales cambios introducidos en el Nuevo TBI Modelo se refieren a su ámbito de aplicación, a las protecciones sustantivas en él contenidas y al mecanismo de resolución de disputas. También incorpora, de forma novedosa, normas progresivas sobre el desarrollo sostenible y la diversidad de género.

Caso CIADI núm. ARB/21/22 y RWE AG and RWE Eemshaven Holding II BV c. el Reino de los Países Bajos, Caso CIADI núm. ARB/21/4, información disponible en: icsid.worldbank.org/es/cases/search-cases.

11. Los Países Bajos son uno de los países con mayor número de TBIs. *Vid.* la lista de los acuerdos bilaterales de inversión de fecha 11 de abril de 2021, *cit.* (cita 8); UNCTAD, «*Treaty-Based ISDS Cases Brought under Dutch IIAs: An Overview*» (2015), p. 14, disponible en: investmentpolicy.unctad.org/uploaded-files/document/treaty-based-isds-cases-brought-under-dutch-iias-an-overview.pdf.
12. *Vid.* Reglamento núm. 1219/2012, *cit.* (cita 8), capítulo III.
13. *Vid.* Reglamento núm. 1219/2012, *cit.* (cita 8), art. 11.
14. UNCTAD, *Investment Policy Monitor*, 2019, vol. 22, p. 8, disponible en: unctad.org/system/files/official-document/diaepcbinf2019d8_en.pdf.
15. *Vid.* Marsman *et al.*, *op. cit.* (cita 9), respuesta a la pregunta 13.

1. REQUISITOS JURISDICCIONALES

La posibilidad de que un inversor goce de protección bajo el Nuevo TBI Modelo depende de varios factores y, en particular, de: (i) el carácter de la «inversión»; (ii) la naturaleza de la actividad económica que lleve a cabo en su país de origen; (iii) la invocación tempestiva de sus derechos¹⁶, y (iv) su propio comportamiento.

1.1. Definición de «inversión»

Si bien el art. 1(a) del Nuevo TBI Modelo define el concepto de inversión en términos amplios («todo tipo de activo»), a diferencia del art. 1(a) del TBI Modelo de 2004, el Nuevo TBI Modelo requiere que, para acceder a la protección del Nuevo TBI Modelo, la «inversión» debe incluir ciertos elementos, y en particular: (i) una cierta duración, (ii) un compromiso de capital u otros recursos, (iii) la expectativa de ganancia o beneficio, y (iv) la asunción de riesgos.

Si bien esta definición de «inversión» parece codificar algunos de los criterios del denominado «test Salini»¹⁷ y, en términos generales, no afectará a formas tradicionales de inversión (tales como la titularidad de acciones en una empresa filial), podría dejar sin protección otras inversiones menos tradicionales (como por ejemplo, una reclamación pendiente ante un tribunal local)¹⁸. Además, la inclusión de una expectativa de ganancia o beneficio constituye un

16. En relación con las limitaciones temporales contenidas en el Nuevo TBI Modelo, *vid.* apartado 3.1 *infra*.

17. El denominado «test Salini» define el concepto de «inversión» bajo el Convenio CIADI con base en la concurrencia de cuatro elementos: (i) contribución de dinero u otros activos, (ii) existencia de un riesgo, (iii) cierta duración, y (iv) contribución a la economía del Estado anfitrión. El *test* fue aplicado por primera vez por el tribunal en el caso de Salini Costruttori S.p.A. y Italstrade S.p.A. c. el Reino de Marruecos (*vid.* caso CIADI núm. ARB/00/4, Decisión sobre jurisdicción, 23 de julio de 2001, párr. 52) y fue utilizado posteriormente por muchos otros tribunales arbitrales. No obstante lo anterior, ni la existencia de una definición objetiva del término «inversión» bajo el art. 25 del Convenio CIADI, ni las características concretas que habrían de conformar tal definición están exentas de críticas. *Vid.* Grabowski, A., «*The Definition of Investment under the ICSID Convention: A Defense of Salini*», en *Chicago Journal of International Law*, vol. 15 (2014), art. 13, disponible en: chicagounbound.uchicago.edu/cjil/vol15/iss1/13.

18. Existen numerosos ejemplos de casos sometidos a TBIs neerlandeses (o con partes de nacionalidad neerlandesa) en los que los tribunales arbitrales han aplicado alguna formulación del *test* Salini al determinar la existencia de una inversión protegida. *Vid.*, por ejemplo, Saba Fakes c. la República de Turquía, Caso CIADI núm. ARB/07/20, Laudo, 14 de julio de 2020; Lundin Tunisia B. V. c. la República de Túnez, Caso CIADI núm. ARB/12/30, Laudo, 22 de diciembre de 2015; KT Asia Investment Group B. V. c. la República de Kazakstán (Caso CIADI núm. ARB/09/8), Laudo, 17 de octubre de 2013; OI European Group B. V. c. la República Bolivariana de Venezuela, Caso CIADI núm. ARB/11/25, Laudo, 10 de marzo de 2015; Longreef A. V. V. c. la República Bolivariana de Venezuela, Caso CIADI núm. ARB/11/5, Decisión sobre jurisdicción, 12 de febrero de 2014.

requisito adicional que excluiría de protección toda actividad económica sin ánimo de lucro¹⁹.

La inclusión de estos requisitos como parte de la definición de «inversión» no es novedosa: figura ya en algunos de los tratados concluidos más recientemente²⁰.

Además, el nuevo texto excluye expresamente otras formas de inversión, como las reclamaciones de dinero derivadas de contratos comerciales de venta de bienes o servicios y sentencias y laudos arbitrales. Igualmente, introduce limitaciones específicas en relación con la reestructuración de la deuda pública, que conforma el objeto de un protocolo separado.

1.2. Definición de «inversor»

En relación con la definición de «inversor» referida a personas físicas con doble nacionalidad, el Nuevo TBI Modelo establece que una persona física que tenga la nacionalidad de ambas partes contratantes se considera como persona natural exclusivamente del Estado de su «nacionalidad dominante y efectiva». Así pues, los dobles nacionales que ostenten la nacionalidad del Estado receptor podrán optar a la protección del Nuevo TBI Modelo siempre y cuando su nacionalidad dominante sea la del otro Estado contratante²¹. A este

19. Nótese que la característica más controvertida del *test Salini* (la existencia de una contribución a la economía del Estado anfitrión) no ha sido incluida dentro de las características de una inversión protegida al amparo del Nuevo TBI Modelo. Sobre ese elemento del *test*, *vid.* *İçkale İnşaat Limited Şirketi c. Turkmenistán*, Caso CIADI núm. ARB/10/24, Laudo, 8 de marzo de 2016, paras. 290-291; *Saba Fakes c. la República de Turquía*, Caso CIADI núm. ARB/07/20, Laudo, 14 de julio de 2020, párr. 110; *Krederi Ltd. c. Ucrania*, Caso CIADI núm. ARB/14/17, Extractos del laudo final, 2 de julio de 2018, párr. 237).

20. *Vid.*, por ejemplo, el TBI entre el Gobierno del Reino de Marruecos y el Gobierno de la República Federal de Nigeria (firmado el 3 de diciembre de 2016), art. 1 (disponible en: investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5409/download); el TBI entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de los Emiratos Árabes Unidos (firmado el 12 de noviembre de 2017), art. 1 (disponible en: investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5727/download) o el TBI entre la República de Ruanda y los Emiratos Árabes Unidos (firmado el 1 de noviembre de 2017), art. 1 (disponible en: investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5722/download).

21. Un enfoque similar se ha adoptado, por ejemplo, en el CETA, *cit.* (cita 2), art. 8.1 («Una persona física que es ciudadana de Canadá y tiene la nacionalidad de uno de los Estados miembros de la Unión Europea se considera exclusivamente una persona física de la parte de su propia nacionalidad dominante y efectiva»).

En sentido contrario, otros tratados han optado por excluir expresamente a nacionales personas físicas que ostenten la nacionalidad de ambos Estados contratantes. *Vid.*, por ejemplo, el TBI entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República de Turquía (firmado el 28 de julio de 2014) (disponible en: investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/3249/download), art. 1(5): «El presente acuerdo no se aplicará a las inversiones realizadas por personas físicas que sean nacionales de ambas Partes Contratantes»; el TBI entre el Gobierno de Rumanía y el Gobierno de Canadá

respecto, es preciso recordar que el art. 25(2)(a) del Convenio CIADI excluye expresamente de la jurisdicción del Centro a todas aquellas personas físicas que posean la nacionalidad del Estado receptor, aun ostentando a un tiempo la nacionalidad de un tercer Estado²². No obstante, la nueva definición de «inversor» en el Nuevo TBI Modelo permitiría a esos dobles nacionales reclamar según las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional («CNUDMI»)²³.

Uno de los aspectos más novedosos es la exclusión del ámbito de aplicación del Nuevo TBI Modelo de las denominadas empresas buzón (*shell* o *mailbox companies*). Para que una persona jurídica pueda considerarse inversor en virtud del Nuevo TBI Modelo debe tener «actividades comerciales sustanciales» («*substantial business activities*») en su Estado de origen²⁴. El art. 1(c) del Nuevo TBI Modelo proporciona una serie de indicaciones sobre lo que pueden constituir tales «actividades sustanciales», entre ellas: que la sede social, la administración, la sede central o la dirección de una empresa se establezcan en los Países Bajos; que la mayoría de sus empleados estén asimismo en los Países Bajos; que se genere cierto volumen de negocio en los Países Bajos; y que se disponga de una oficina, una instalación de producción o un laboratorio de investigación en los Países Bajos²⁵. Se trata de una lista no exhaustiva que requiere de valoración caso por caso, teniendo en cuenta el número total de empleados y el volumen de negoci, así como la naturaleza y madurez de las actividades realizadas por la empresa en cuestión²⁶.

Además, el art. 16(3) establece que el tribunal arbitral carecerá de jurisdicción si el inversor modifica su estructura empresarial con el único propósito de obtener protección bajo el TBI, una vez surgida –o siendo ya previsible– la disputa²⁷. Esto constituye una codificación de la postura adoptada

(en vigor desde el 23 de noviembre de 2011) (disponible en: investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/3503/download), art. 1(g)(i); el TBI entre el Gobierno de la República Árabe de Egipto y el Gobierno de Mauricio (en vigor desde el 17 de octubre de 2014) (disponible en: investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/3249/download), art. 1(3)(a).

22. C. Schreuer *et al.*, *The ICSID Convention. A Commentary*, 2.^a ed., 2009, paras. 664-668; World Bank, «*Report of the Executive Directors on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*», Washington D.C., 1965, disponible en: www.worldbank.org/icsid.
23. Vid. Sección 3.1 *infra*.
24. Nuevo TBI Modelo, *cit.* (cita 5), art. 1(b)(ii) y (iii).
25. Nuevo TBI Modelo, *cit.* (cita 5), art. 1(c).
26. Si una persona jurídica no desarrolla «actividades comerciales sustanciales» en los Países Bajos, aún puede ser considerada como un inversor de los Países Bajos si es propiedad o está controlada directa o indirectamente por una persona jurídica que sí tiene actividades comerciales sustanciales en los Países Bajos o por una persona física de nacionalidad neerlandesa.
27. Nuevo TBI Modelo, *cit.* (cita 5), art. 16.3: «*The Tribunal shall decline jurisdiction if an in-*

comúnmente por tribunales arbitrales al analizar reestructuraciones empresariales: la reestructuración empresarial no afectará a la jurisdicción del tribunal siempre y cuando se realice con independencia del surgimiento de la disputa y por otros motivos²⁸.

A diferencia de los TBIs suscritos por los Países Bajos hasta la fecha²⁹, el art. 16(2) del Nuevo TBI Modelo incluye una cláusula de denegación de beneficios en el supuesto de que la inversión se haya realizado a través de «falsedad, ocultación, corrupción o conducta de mala fe similar que equivalga a un abuso del proceso»³⁰. En tal caso, el art. 16(2) preceptúa que el tribunal deberá denegar su jurisdicción.

El requisito de actividad comercial sustancial puede limitar de forma significativa la cantidad de inversores que podrán invocar las protecciones de los nuevos tratados suscritos con base en el Nuevo TBI Modelo. Hasta la fecha, la protección ofrecida por los TBIs neerlandeses, en combinación con un régimen de impuesto de sociedades muy favorable y una importante red de tratados de doble imposición fiscal, presentaba un atractivo marco normativo para inversores extranjeros. Esto ha contribuido a que muchas multinacionales

vestor within the meaning of Article 1(b) of this Agreement, which has changed its corporate structure with a main purpose to gain the protection of this Agreement at a point in time where a dispute had arisen or was foreseeable. This particularly includes situations where an investor has changed its corporate structure with a main purpose to submit a claim to its original home state».

28. Philip Morris Asia Limited c. Australia, Caso CPA núm. 2012-12, Laudo sobre jurisdicción, 17 de diciembre de 2015, párr. 570 (traducción libre): «Habiendo sostenido que la controversia era previsible antes de la reestructuración, el Tribunal pasa a analizar las razones de la Demandante para la reestructuración. En este contexto, las Partes han discutido si la reestructuración estaba motivada únicamente por el deseo de obtener la protección del tratado o si dicha protección era simplemente una consecuencia accesoria de la reestructuración. El Tribunal considera que el mero hecho de que una empresa se prepare para "el peor de los casos" buscando asesoramiento legal sobre una reclamación bajo el TBI no es inusual; tal conducta podría ser simplemente un comportamiento empresarial normal y prudente. En opinión del Tribunal, normalmente no sería un abuso de derecho presentar una reclamación en virtud de un TBI tras una reestructuración empresarial, si la reestructuración estaba justificada independientemente de la posibilidad de presentar dicha reclamación. El Tribunal reconoce la realidad de que grupos empresariales –y en particular multinacionales– son reestructurados de forma rutinaria por muchas razones». *Vid.* también David R. Aven *et al.* c. la República de Costa Rica, Caso CIADI núm. UNCT/15/3, Laudo Final, 18 de septiembre de 2018, párr. 237; Gold Reserve c. la República Bolivariana de Venezuela, Caso. CIADI núm. ARB(AF)/09/1, Laudo, 22 de septiembre de 2014, párr. 270.
29. Marsman *et al.*, *op. cit.* (cita 9), respuesta a la pregunta 10. La única excepción es el art. 17 del TCE (del que es parte los Países Bajos), cuya cláusula de denegación de beneficios no se refiere a inversiones realizadas con «falsedad, ocultación, corrupción o conducta de mala fe similar que equivalga a un abuso del proceso».
30. Nuevo TBI Modelo, *cit.* (cita 5), art. 16.2: «*The Tribunal shall decline jurisdiction if the investment has been made through fraudulent misrepresentation, concealment, corruption, or similar bad faith conduct amounting to an abuse of process*».

trasladasen su domicilio social a los Países Bajos o hayan constituido empresas buzón en el país³¹. Es un hecho conocido que una mayoría de los inversores que solicitan un arbitraje a través de un tratado de inversión neerlandés son extranjeros, accediendo a tal protección a través de empresas buzón carentes siquiera de empleados en los Países Bajos³². De conformidad con el criterio del lugar de incorporación predominante hasta el momento en los TBIs neerlandeses, esas empresas buzón permitían a sus accionistas beneficiarse de la protección otorgada por los TBIs neerlandeses; múltiples tribunales rechazaron argumentos de Estados demandados en el sentido de tener en cuenta la realidad existente tras esas sociedades fantasma incorporadas con el único fin de acceder a la protección de un tratado internacional (sin que la disputa fuera previsible). Así, por ejemplo, el tribunal del caso *Saluka c. la República Checa*, si bien mostró cierta simpatía por el argumento de la demandada a este respecto, terminó concluyendo que lo único relevante era la definición de «inversor» pactada por las partes contratantes en el TBI³³. En consecuencia, cabe prever que la regulación contenida en el Nuevo TBI Modelo excluirá de su ámbito

31. Según un estudio realizado en 2015 por la UNCTAD, aproximadamente en tres cuartas partes de los arbitrajes iniciados por un inversor de los Países Bajos, los propietarios últimos del inversor no eran neerlandeses. La constitución de una entidad en los Países Bajos ha sido tradicionalmente suficiente para beneficiarse de la protección de los TBIs neerlandeses, sin que existiera –a excepción del Convenio entre el Reino de los Países Bajos y la República Argentina para la promoción y la protección recíproca de inversiones (firmado el 20 de octubre de 1992), art. 1(b)(ii)– un requisito de desarrollar actividades económicas sustanciales en el país. *Vid.* UNCTAD, *op. cit.* (cita 11), p. 15.
32. Van Os, R., Knottnerus, R., *Dutch Bilateral Investment Treaties. A Gateway to «Treaty Shopping» for Investment Protection by Multinational Companies*, SOMO, octubre 2011, p. 29, disponible en: www.somo.nl/wp-content/uploads/2011/10/Dutch-Bilateral-Investment-Treaties.pdf.
33. *Saluka Investments B. V. c. la República Checa*, Caso CPA núm. 2001-04, Laudo parcial, 17 de marzo de 2006, paras. 240-241 (traducción libre del inglés): «El Tribunal comprende el argumento de que una empresa que no tiene una conexión real con un Estado conexión con un Estado parte de un TBI, y que en realidad es una mera sociedad ficticia controlada por otra sociedad que no está constituida bajo las leyes de ese Estado, no debería tener derecho a invocar las disposiciones de ese tratado. Tal posibilidad se presta a abusos del procedimiento arbitral y a prácticas de "treaty shopping" que pueden compartir muchos de las desventajas de la ampliamente criticada práctica del "forum shopping". Sea como fuere, el factor predominante que debe guiar el ejercicio de las funciones del Tribunal del Tribunal son los términos en los que las partes del Tratado ahora en cuestión han acordaron establecer la jurisdicción del Tribunal. En el presente contexto, esto significa los términos en los que han acordado quién es un inversor que puede convertirse en demandante con derecho a invocar los procedimientos de arbitraje del Tratado. Las partes tenían total libertad de elección en de elegir en esta materia, y optaron por limitar los "inversores" con derecho a ello a los que satisfacen la definición establecida en el art. 1 del Tratado. El Tribunal no puede, en efecto, imponer a las partes una definición de "inversor" distinta de la que ellas mismas acordaron. Esa definición acordada solo requería que el demandante-inversor se constituyera bajo las leyes de (en el presente caso) los Países

de protección muchas de esas entidades que, hasta el momento, gozaban de protección bajo la mayoría de los TBIs neerlandeses en vigor.

2. PROTECCIONES SUSTANTIVAS

En relación con los estándares de protección sustantivos, el Nuevo TBI Modelo (Sección 4) propone definiciones más matizadas de normas clave como el trato justo y equitativo y la expropiación (arts. 9 y 12), y hace hincapié en el derecho de los Estados contratantes a legislar para alcanzar «objetivos políticos legítimos» (art. 2). También prevé una disposición de tratamiento fiscal más matizada, que permite expresamente al Estado anfitrión adoptar medidas fiscales particulares (art. 10).

2.1. Trato justo y equitativo

El art. 9(1) del Nuevo TBI Modelo contiene la obligación del Estado receptor de otorgar a las inversiones extranjeras un trato justo y equitativo, así como protección y seguridad física plena³⁴. El apartado segundo de dicho precepto contiene una lista exhaustiva de medidas que constituyen una violación del trato justo y equitativo³⁵.

El apartado cuarto, por su parte, indica expresamente que, «al aplicar el apartado segundo de este artículo, un Tribunal puede tener en cuenta si una Parte Contratante hizo una declaración específica a un inversor para inducir una inversión que creó una expectativa legítima, y en la que el inversor se basó en la que el inversor se basó para decidir realizar o mantener esa inversión, pero que la Parte Contratante frustró posteriormente»³⁶. Lo anterior ha sido

Bajos, y el Tribunal no puede añadir otros requisitos que las propias partes podrían haber añadido pero que omitieron».

Vid., en el mismo sentido, *The Rompetrol Group N. V. c. Rumanía*, Caso CIADI núm. ARB/06/3, Decisión sobre Jurisdicción, 18 de abril 2008, párrs. 75-93; *Longreef A. V. V. c. la República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI núm. ARB/11/5, Decisión sobre jurisdicción, 12 de febrero de 2014, paras. 198-199; *Venezuela Holdings, B.V., et al. c. la República Bolivariana de Venezuela* (antes denominado *Mobil Corporation, Venezuela Holdings, B.V., et al. c. la República Bolivariana de Venezuela*), Caso CIADI núm. ARB/07/27, Decisión sobre jurisdicción, 10 de junio de 2010, paras. 150-161; *Saba Fakes c. la República de Turquía*, Caso CIADI núm. ARB/07/20, Laudo, 14 de julio de 2010, párr. 70.

34. Nuevo TBI Modelo, *cit.* (cita 5), art. 9.1.

35. Las medidas contempladas son: (i) denegación de justicia en procedimientos penales, civiles o administrativos, (ii) violación fundamental de las garantías procesales, incluida una violación fundamental de la transparencia en los procedimientos judiciales y administrativos, (iii) la arbitrariedad manifiesta, (iv) discriminación directa o indirecta selectiva por motivos ilícitos, como género, raza, nacionalidad, orientación sexual o creencia religiosa, (v) el tratamiento abusivo de los inversores, como el acoso, la coacción, el abuso de poder, prácticas corruptas o conductas similares de mala fe, o (vi) el incumplimiento de cualquier otro elemento de la obligación de trato justo y equitativo adoptada por las partes contratantes de conformidad con el párrafo 3 de este precepto. *Vid.* Nuevo TBI Modelo, *cit.* (cita 5), art. 9.2.

36. Nuevo TBI Modelo, *cit.* (cita 5), art. 9.4.

interpretado en el sentido de limitar la protección de las expectativas legítimas de un inversor de que no se implementen modificaciones fundamentales a la normativa vigente en el momento de realizarse la inversión, solo a casos en los que exista una representación específica por parte del Estado receptor al inversor que motive la realización de la inversión³⁷.

2.2. Expropiación

Por primera vez, el Nuevo TBI Modelo contempla expresamente las expropiaciones indirectas. Para tener derecho a una indemnización por una expropiación indirecta –definida como aquella medida o serie de medidas adoptadas por el Estado receptor que tiene un efecto equivalente al de una expropiación directa– se requiere que se arrebaten «atributos fundamentales de la propiedad»³⁸. El Nuevo TBI modelo anticipa la necesidad de analizar caso por caso los hechos de cada disputa, teniéndose en cuenta, entre otros, los siguientes factores: (i) el impacto económico, (ii) la duración y (iii) el objeto y contexto de la medida en cuestión.

Nuevamente, algunos de los TBIs suscritos de forma más reciente en la práctica internacional contienen un *test* similar³⁹.

Se considera que solo se da este tipo de expropiación en la «rara circunstancia» de que el impacto de una medida sea tan grave, considerado su propósito, que parezca ser «manifestamente excesivo»⁴⁰. El Nuevo TBI Modelo aclara que no constituirá una expropiación indirecta una medida no discriminatoria «diseñada y aplicada de buena fe para proteger intereses públicos legítimos, como la protección de la salud pública, la seguridad, el medio ambiente o la moral pública, la protección social o del consumidor o la promoción y protección de la diversidad cultural». Se codifica así la doctrina de Derecho internacional consuetudinario de los poderes de policía⁴¹, como se ha hecho ya en otros tratados de inversión y comercio recientes⁴².

37. Marsman *et al.*, *op. cit.* (cita 9), respuesta a la pregunta 4.

38. Nuevo TBI Modelo, *cit.* (cita 5), art. 12.3.

39. Duggal, *op. cit.* (cita 9), p. 361, nota al pie 84, menciona, entre otros, el TBI entre el Gobierno del Reino de Marruecos y el Gobierno de la República Federal de Nigeria (firmado el 3 de diciembre de 2016), art. 8(b); el TBI entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de los Emiratos Árabes Unidos (firmado el 12 de noviembre de 2017), art. 7(2); el TBI entre la República de Ruanda y los Emiratos Árabes Unidos (firmado el 1 de noviembre de 2017), art. 8(8), o el CETA, *cit.* (cita 2), anexo 9-A(2).

40. Nuevo TBI Modelo, *cit.* (cita 5), art. 12.8.

41. *Vid.*, por ejemplo, Philip Morris Brands Sàrl *et al.* c. la República Oriental de Uruguay, Caso CIADI núm. ARB/10/7, Laudo, 8 de julio de 2016, párr. 301; Eco Oro Minerals Corp. c. la República de Colombia, Caso CIADI núm. ARB/16/41, Decisión sobre jurisdicción, responsabilidad y *quantum*, 9 de septiembre de 2021, párrs. 537-543.

42. *Vid.*, por ejemplo, TBI Modelo de EE.UU. de 2012, anexo B, párr. 4(b), disponible en: ustr.gov/sites/default/files/BIT%20text%20for%20ACIEP%20Meeting.pdf; TBI Modelo de

Estos hechos deben darse con cierta intensidad: un efecto adverso sobre el valor económico de la inversión no equivale a una expropiación y los Estados siempre pueden recurrir a la defensa de política pública para justificar las medidas adoptadas. Esta disposición tiene por objeto, sin duda, conceder más deferencia a los Estados a la hora de sopesar objetivos políticos legítimos.

2.3. Cláusula de la nación más favorecida

Por otro lado, los inversores deben tener especialmente en cuenta la limitación de la cláusula de la nación más favorecida contenida en el art. 8 del Nuevo TBI Modelo. En este sentido, las obligaciones sustantivas de otros tratados ya no se considerarán «trato» y no podrán dar lugar a una violación de dicha cláusula a menos que el Estado receptor haya adoptado o mantenido medidas de conformidad con esas obligaciones⁴³. Además, los inversores ya no podrán usar la cláusula para importar cláusulas de resolución de controversias de otros tratados.

3. RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Como se verá a continuación, el Nuevo TBI Modelo introduce una serie de cambios importantes en las protecciones de procedimiento y de resolución de controversias, incluyendo, entre otros, requisitos relativos a la presentación de una reclamación, la eliminación del derecho individual de las partes a designar a un árbitro y la disposición de que las controversias se resuelvan por un tribunal multilateral de inversiones en lugar de mediante arbitraje⁴⁴.

3.1. Presentación de una reclamación

En relación con la resolución de disputas entre un inversor de un Estado contratante y el otro Estado contratante, el art. 9 del TBI Modelo 2004 preveía el sometimiento de disputas a arbitraje ante el CIADI sin contemplar requisi-

Canadá de 2012, Anexo B.13(1), párr. (c), disponible en: investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2820/download; CETA, *op. cit.* (cita 2), anexo 8-A, Expropiación, art. 3.

43. Nuevo TBI Modelo, *cit.* (cita 5), art. 8.3.

44. El Nuevo TBI Modelo introduce otras novedades, tales como disposiciones específicas sobre: (i) consolidación de arbitrajes y acciones colectivas, especialmente cuando los demandantes sean pequeñas o medianas empresas (art. 19.7); (ii) bifurcación, con una preferencia por la no bifurcación de los procedimientos entre jurisdicción y fondo (art. 20.11); (iii) incremento de la transparencia mediante la publicación por parte de la autoridad nominadora de ciertos datos del caso (art. 20.4); (iv) obligación de revelar el uso de terceros financiadores (art. 19.8); (v) plazo para dictar laudo, estableciéndose la obligación del tribunal de dictar laudo en un plazo de veinticuatro meses desde la presentación de la demanda por el inversor (art. 22.1); y (vi) imposición de costas (art. 22.5).

to previo alguno⁴⁵. Sin embargo, el Nuevo TBI Modelo contiene una extensa regulación de los pasos previos a seguir antes de poder referir la disputa a arbitraje⁴⁶.

De este modo, si los intentos de resolver la disputa amistosamente previstos en el art. 17 no llegasen a buen puerto, se abrirá un período de consultas. A estos efectos, el inversor habrá de presentar una solicitud escrita que reúna la información contenida en el art. 18(2) del Nuevo TBI Modelo. Esta solicitud marca el comiendo de los sesenta días previstos en el art. 18(3) para esta fase.

Además, el Nuevo TBI Modelo contiene una serie de períodos de prescripción de acciones⁴⁷. La demanda ha de presentarse a más tardar cinco años a partir de la fecha en que el inversor tuvo o debió haber tenido conocimiento por primera vez del trato presuntamente incompatible con las protecciones sustantivas del tratado, y de los daños presuntamente producidos por ello. Alternativamente, la demanda ha de presentarse dentro de los dos años siguientes a la fecha en que el inversor agote o cese de presentar reclamaciones o procedimientos ante un tribunal o corte de conformidad con la legislación nacional de una parte contratante; y, en cualquier caso, a más tardar diez años después de la fecha en que el inversor haya adquirido o debiera haber adquirido conocimiento por primera vez del trato presuntamente incompatible con una disposición de la Sección 4, y de la pérdida o daño presuntamente sufrido por ello⁴⁸.

Si las consultas no conducen a la resolución de la controversia, el inversor podrá, transcurridos seis meses, presentar una reclamación conforme a (i) el Convenio del CIADI (o su Mecanismo Complementario), o (ii) las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI, en cuyo caso se prevé expresamente que la Corte Permanente de Arbitraje («CPA») administrará el arbitraje.

Además, el art. 19(5) del Nuevo TBI Modelo introduce una obligación de desistimiento: al demandar, el inversor debe haber retirado o interrumpido cualquier otro procedimiento existente, sea en virtud del Derecho nacional o internacional. Con la presentación de la demanda de arbitraje, el inversor renuncia a su derecho a iniciar en el futuro cualquier reclamación con respecto a la medida en cuestión ante otro juzgado o tribunal en virtud del Derecho nacional o internacional.

45. TBI Modelo 2004, *cit.* (cita 6), art. 9.

46. *Id.* Nuevo TBI Modelo, *cit.* (cita 5), arts. 17-19.

47. Hasta el momento, a excepción del TBI entre los Países Bajos y los Estados Unidos Mexicanos, ningún TBI suscrito por los Países Bajos contenía plazo alguno de prescripción. Marsman *et al.*, *op. cit.* (cita 9), respuesta a la pregunta 11.

48. Nuevo TBI Modelo, *cit.* (cita 5), art. 18.4.

3.2. Constitución y funcionamiento del tribunal arbitral

Una de las novedades más significativas del Nuevo TBI modelo radica en que la designación de todos los miembros del tribunal arbitral corresponderá a la autoridad administradora del procedimiento, esto es, al Secretario General de la CPA o del CIADI, según el caso⁴⁹. No obstante, se requiere que estas instituciones consulten «exhaustivamente» a las partes antes de realizar los nombramientos (art. 20.2), sugiriéndose el uso de un procedimiento de «lista» (según el cual las partes pueden vetar las propuestas de candidatos a árbitros e indicar su preferencia por otros), como es práctica actual, en ciertos casos, bajo el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI.

El Nuevo TBI modelo es el primero que no contempla la designación unilateral de los árbitros por las partes, siendo esta una característica clave del arbitraje internacional desde su creación. Este nuevo enfoque, ya propuesto por Paulsson en 2010⁵⁰, pretende dar respuesta a la percepción generalizada de falta de independencia de los árbitros de parte que ha sido objeto de debate y crítica durante años⁵¹. A este respecto, el Ministro neerlandés de Comercio Exterior y Cooperación para el Desarrollo señaló que el Nuevo TBI Modelo «garantiza una jurisdicción independiente e imparcial»⁵².

El Nuevo TBI Modelo también impone ciertos requisitos que han de cumplir los árbitros nombrados por la autoridad nominadora. Los árbitros deben tener cualificaciones suficientes para poder optar a cargos judiciales en sus jurisdicciones de origen, o ser juristas de reconocido prestigio; si bien, en el caso de arbitrajes CIADI, la autoridad nominadora no está vinculada por la Lista de Árbitros del CIADI para la selección de los candidatos (art. 20.2). El mismo precepto añade que, «al nombrar a los miembros del Tribunal, la autoridad nominadora se esforzará por lograr la diversidad de género y geográfica».

El art. 20.5 establece que la autoridad nominadora debe asegurar que «los miembros del Tribunal, ya sea individualmente o en conjunto, posean la experiencia necesaria en Derecho internacional público, incluyendo De-

49. Nuevo TBI Modelo, *cit.* (cita 5), art. 20(1).

50. Paulsson, J., «*Moral Hazard in International Dispute Resolution*», en *ICSID Review*, vol. 25, p. 348.

51. Schneider, M. E., «*Forbidding Unilateral Appointments of Arbitrators – A Case of Vicarious Hypochondria?*», en *ASA Bulletin*, vol. 29 (2011), pp. 273-276; Mourre, A., «*Are Unilateral Appointments Defensible? On Jan Paulsson's Moral Hazard in International Arbitration*», en *Kluwer Arbitration Blog*, 2010, disponible en: arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2010/10/05/are-unilateral-appointments-defensible-on-jan-paulssons-moral-hazard-in-international-arbitration/.

52. Carta al Parlamento neerlandés, *cit.* (cita 7).

recho ambiental y de los derechos humanos, el Derecho internacional de las inversiones, así como en la resolución de controversias derivadas de acuerdos internacionales».

El Nuevo TBI Modelo también da respuesta a una de las críticas más frecuentes al arbitraje de inversión: el fenómeno del *double-hatting*, esto es, la actuación simultánea de profesionales del Derecho como abogados de parte en unos casos y árbitros en otros⁵³.

El art. 20.5 introduce ciertos requisitos de naturaleza temporal: en particular, que los árbitros no puedan actuar simultáneamente como asesores legales o haber actuado como asesores legales en disputas de inversión en los últimos cinco años. Además, el art. 20.6 establece reglas adicionales para salvaguardar aún más la independencia de los árbitros (ausencia de afiliación con las partes de la disputa). Estas salvaguardas resultan también de aplicación a la participación como perito o testigo designado por las partes.

3.3. Establecimiento de un tribunal multilateral de inversiones

El art. 15 del Nuevo TBI Modelo establece que en el supuesto de que se cree un tribunal multilateral de inversiones, las disposiciones relativas al arbitraje entre un inversor y un Estado contratante dejarán de ser aplicables desde el momento en que ambos Estados contratantes suscriban el acuerdo por el que se establezca dicho tribunal⁵⁴.

En la actualidad, la Unión Europea está llevando a cabo negociaciones para el establecimiento de un tribunal multilateral de inversiones⁵⁵, por lo que esta disposición estaría anticipándose al momento en que dicho tribunal sea

53. Acomb, F. A., y Jones, N. J., «*Double-Hatting in International Arbitration*», en *Global Litigator*, 2017, vol. 43, pp. 15-16, disponible en: globaldisputesdotcom.files.wordpress.com/2017/08/fredrick-a-acomb-nicholas-j-jones-double-hatting-in-international-arbitration-litigation-summer-2017-at-15-16.pdf; Crook, J. R., «*Symposium: A Focus on Ethics in International Courts and Tribunals. Dual Hats and Arbitrator Diversity: Goals in Tension*», en *AJIL Unbound*, 2019, pp. 284-289, disponible en: www.cambridge.org/core/services/aop-cambridge-core/content/view/FC6538AE5CBDF495577F94D8F51AFA0F/S2398772319000369a.pdf/dual_hats_and_arbitrator_diversity_goals_in_tension.pdf.

54. Otros tratados que contienen una disposición similar son el TBI entre la Unión Europea y Vietnam (en vigor desde el 1 de agosto de 2020), el TLC entre la Unión Europea y Singapur (en vigor desde el 21 de noviembre de 2019) (*vid.* Dictamen 2/15 de 16 de mayo de 2017 del Tribunal de Justicia europeo) o el CETA, *cit.* (cita 2).

55. El 1 de marzo de 2018, el Consejo de la Unión Europea dio directrices de negociación a la Comisión Europea para llevar a cabo negociaciones bajo los auspicios de la CNUDMI para un convenio relativo al establecimiento de un tribunal multilateral permanente de inversiones (*vid.* Consejo de la Unión Europea, «Directrices de negociación para un Convenio relativo al establecimiento de un tribunal multilateral para la solución de diferencias en materia de inversiones», Documento 12981/17 ADD 1, de 1 de marzo de 2018, disponible en: data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-12981-2017-ADD-1-DCL-1/es/pdf). Estas negociaciones se están llevando a cabo dentro de un Grupo de trabajo

una realidad. No se trata del primer tratado que contiene este tipo de cláusula, si bien sí que es el primero que contiene lenguaje imperativo frente a las cláusulas de adhesión contenidas en otros tratados⁵⁶.

4. OTROS ASPECTOS NOVEDOSOS

El Nuevo TBI Modelo contiene disposiciones específicas relativas al desarrollo sostenible (haciendo hincapié en la protección laboral y del medio ambiente), la diversidad y empoderamiento de género (arts. 6.3, 9.2)⁵⁷ y los derechos humanos. Además, incorpora por referencia otros instrumentos internacionales o códigos de buenas prácticas como, por ejemplo, el Acuerdo de París, los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo, la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 6.6) o los Principios rectores del G20 para la formulación de políticas de inversión (art. 3.3), así como estándares internacionales relativos a la responsabilidad social corporativa [incluyendo las Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales, los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos y la Recomendación CM/REC(206) del Comité de Ministros de Estados miembros sobre derechos humanos y negocios (arts. 7.2 y 7.5)]. Bajo el Nuevo TBI Modelo, se incentiva a los inversores a «realizar una *due diligence* para identificar, prevenir, mitigar y dar cuenta de los riesgos e impactos ambientales y sociales de su inversión» (art. 7.3). si bien no queda claro cuáles serían las consecuencias en caso de que no se realice tal *due diligence*.

especial de la CNUDMI (el Grupo de trabajo III: Reforma del Sistema de Solución de Controversias entre Inversionistas y Estados).

56. Duggal, *op. cit.* (cita 9), p. 373.

57. Resulta poco habitual encontrar consideraciones de género en los TBIs y menos como parte de sus disposiciones y no una mera mención en el preámbulo. No obstante, esta inclusión no es totalmente novedosa ya que, por ejemplo, la modificación de 2019 al TLC entre Canadá y Chile incluye un capítulo independiente sobre comercio y género, en el que se establecen numerosos compromisos de ambas partes contratantes para promover la igualdad de género y la inclusión de la mujer en el crecimiento económico (*vid.* TLC entre Canadá y Chile (en vigor desde el 5 de febrero de 2019), Apéndice II, Capítulo N bis, disponible en: www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/chile-chili/fta-ale/2017_Amend_Modif-App2-Chap-N.aspx?lang=eng&_ga=2.268495921.1707673970.1642084525-1785918046.1642084525).

De manera similar, el TLC entre Canadá e Israel de 2018 contiene una disposición específica relativa a la equidad de género (*vid.* TLC entre Canadá e Israel (CITA), art. 13(1), disponible en: www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/israel/fta-ale/text-texte/13.aspx?lang=eng) y el TLC entre Chile y Uruguay contiene normativa sobre empoderamiento e igualdad de género, *vid.* TLC Chile – Uruguay (en vigor desde el 13 de diciembre de 2018), capítulo 14, disponible en: www.aduana.cl/aduana/site/docs/20190415/20190415165133/texto_alc_chile_uruguay.pdf.

III. CONCLUSIÓN

A la vista de lo anterior, parece evidente que el Nuevo TBI Modelo introduce requisitos más estrictos para que los inversores tengan derecho a la protección; circunscribe los estándares de protección de las inversiones a través de definiciones más elaboradas que son, en cierto modo, más restrictivas; e impone limitaciones temporales a la capacidad de los inversores para presentar demandas arbitrales contra un Estado receptor. Al mismo tiempo, el Nuevo TBI Modelo aborda algunas preocupaciones legítimas de los inversores sobre la eficacia de los procedimientos arbitrales e introduce otras características innovadoras que tienen el potencial de convertirse en la norma del futuro.

Las modificaciones introducidas parecen apuntar hacia una mayor protección y deferencia hacia las atribuciones soberanas de los Estados contratantes, en detrimento de las tradicionales fórmulas de protección más amplias de las inversiones internacionales. Teniendo en cuenta que, en las relaciones con la mayoría de los Estados, los Países Bajos siguen siendo un país principalmente exportador de capital más que importador, cabe preguntarse si resulta prudente limitar la atención a los intereses legítimos de los inversores neerlandeses ante la improbable perspectiva de reclamaciones por parte de los inversores de esos Estados. Esto es particularmente cierto en relación con los Estados que serían objeto de los TBI renegociados (con la mayoría de los países de África, América Latina y algunas partes de Asia), que excluyen a las principales potencias económicas como EE.UU., China, Japón, Canadá y Singapur, ya que los tratados con estos Estados son objeto de negociaciones (en curso o fallidas) por parte de la Comisión Europea.

En todo caso, la renegociación de todos los TBIs de los Países Bajos con Estados no Miembros de la Unión Europea en vigor y la firma de nuevos tratados llevará aún un tiempo, supeditada como está a la previa autorización de la Comisión Europea.