





**INTRODUCCIÓN AL DERECHO DE LAS  
INVERSIONES INTERNACIONALES**



*Volumen 111 Biblioteca de Arbitraje del*  
**ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE**

*Arbitraje*

**Introducción al Derecho de las  
Inversiones Internacionales**

Jorge Luis Collantes González  
Director

**ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE**

## **INTRODUCCIÓN AL DERECHO DE LAS INVERSIONES INTERNACIONALES**

© ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE, S.C.R.L.  
Av. Arequipa 2327, Lince, Lima, Perú  
Telfs. (511) 422-6152 / 441-4166  
estudio@castillofreyre.com - www.castillofreyre.com

Primera edición, octubre 2023

Tiraje: 500 ejemplares

Diagramación de interiores: F.M. Servicios Gráficos S.A.  
Imprenta: F.M. Servicios Gráficos S.A.  
Miguel Aljovín n.º 414, Miraflores, Lima

*Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o  
parcialmente, sin permiso expreso del autor.*

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú n.º 2023-09847

ISBN: 978-612-4400-65-0  
Impreso en el Perú - Printed in Peru

**Jorge Luis Collantes González**  
Barcelona (Director)  
*Docteur en droit public (UPVD, Francia)*

**Borja Álvarez Sanz**  
Barcelona  
*LL.M, International Business Regulation, Litigation, and Arbitration (IBRLA), New York University School of Law (Estados Unidos)*

**Clàudia Baró Huelmo**  
Ginebra  
*LL.M. Public International Law, London School of Economics and Political Science, LSE (Reino Unido)*

**María Solana Beserman**  
Buenos Aires  
*Magister Juris, University of Oxford (Reino Unido)*

**Luis Bravo Abolafia**  
Madrid  
*PhD, University of Bologna (Italia) / U. de Sevilla (España)*

**Orlando Cabrera Colorado**  
México  
*Master of Laws, New York University School of Law (Estados Unidos)*

**Hugo Cardona**  
Madrid  
*Master in International Business Law, U. Complutense de Madrid (España)*

**Ludovica Chiussi**  
Boloña  
*PhD, University of Bologna (Italia) / Universitetet i Oslo (Noruega)*

**Ana Isabel Fernández Alonso**  
Barcelona  
*Master in Human Rights & Humanitarian Action, Sciences Po (Francia)*

**Ricardo Padilla**  
Santiago de Chile  
*LLM, International Dispute Resolution, King's College London (Reino Unido)*

**María Florencia Sarmiento**  
Ginebra  
*PhD, Geneva Graduate Institute (Suiza)*

**Benjamín Silva**  
Santiago de Chile  
*LLM, International Dispute Resolution, King's College London (Reino Unido)*

**Laura Zinnerman**  
Ginebra  
*Master of Laws, International Dispute Settlement (MIDS) (Suiza)*



## ÍNDICE

Nota del editor	11
Capítulo 1	
El derecho internacional de las inversiones como un sector del derecho internacional público y en evolución	
<i>Jorge Luis Collantes González</i>	11
Capítulo 2	
Origen y evolución histórica del derecho internacional de protección de inversiones	41
<i>Borja Álvarez Sanz</i>	
<i>Ana Isabel Fernández Alonso</i>	
Capítulo 3	
Sujetos y fuentes del derecho internacional de inversiones	51
<i>Luis Bravo Abolafia</i>	
<i>Ludovica Chinssi Curzi</i>	
Capítulo 4	
La noción de «inversión» en el derecho internacional	73
<i>Hugo Cardona</i>	
Capítulo 5	
Naturaleza jurídica del arbitraje de inversión	97
<i>Orlando Federico Cabrera Colorado</i>	

## Capítulo 6

- El consentimiento del Estado anfitrión  
y del inversionista extranjero al arbitraje internacional de inversión 123  
*Ricardo Padilla Parot*  
*Benjamín Silva Aldana*

## Capítulo 7

- Las instituciones arbitrales, el árbitro  
y el principio *compétence de la compétence* 169  
*María Florencia Sarmiento*  
*Laura Zinnerman*

## Capítulo 8

- Transparencia en el arbitraje de las inversiones 193  
*María Solana Beserman Balco*

## Capítulo 9

- La responsabilidad internacional del Estado  
en el arbitraje de inversión 229  
*Clàudia Baró Huelmo*

## NOTA DEL EDITOR

En esta oportunidad, presentamos la obra colectiva titulada *Introducción al Derecho de las Inversiones Internacionales*, dirigida por Jorge Luis Collantes González.

Jorge Luis es un amigo de siempre en las aventuras académicas que emprendemos en la *Biblioteca de Arbitraje* desde el año 2006 y también es, sin duda, la persona que más obras colectivas ha dirigido en la colección, con su inagotable experiencia y conocimiento del mundo académico y profesional en Europa.

Este libro es otra de esas iniciativas, emprendida hace unos dos años, que ahora ve reflejados los esfuerzos de su director y autores con el libro que presentamos, cuyo título ilustra sobre el tema acerca del cual tratan los nueve capítulos de los trece expertos, aporte desinteresado que agradecemos a nombre de nuestros lectores, destinatarios, al fin de cuentas de todo esfuerzo editorial y de nuestro propio Estudio.

Los expertos cuyas contribuciones integran este libro son, en orden de aparición de los trabajos, Jorge Luis Collantes, Borja Álvarez Sanz, Ana Isabel Fernández Alonso, Luis Bravo Abolafia, Ludovica Chiussi, Hugo Cardona, Orlando Cabrera Colorado, Benjamín Silva, Ricardo Padilla, María Florencia Sarmiento, Laura Zinnerman, María Solana Beserman y Cláudia Baró Huelmo.

Es un privilegio para nuestra *Biblioteca de Arbitraje* publicar un volumen de tan alta calidad.

Lima, junio de 2023

Mario Castillo Freyre \*  
Director de la *Biblioteca de Arbitraje*

---

\* Abogado, magíster y doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú; socio del Estudio que lleva su nombre; miembro de Número y del Consejo Directivo de la Academia Peruana de Derecho; profesor principal en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Director de las colecciones *Biblioteca de Arbitraje* y *Biblioteca de Derecho* de su Estudio. Exdecano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica San Pablo de Arequipa. <[www.castillofreyre.com](http://www.castillofreyre.com)>.



# CAPÍTULO 1

## EL DERECHO INTERNACIONAL DE LAS INVERSIONES COMO UN SECTOR DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO Y EN EVOLUCIÓN

Jorge Luis Collantes González\*

**Sumario:** Introducción.— 1. El derecho de las inversiones internacionales en un mundo cambiante.— 1.1. La especialización no implica aislamiento ni desconexión respecto a otros ámbitos jurídicos.— 1.2. El ordenamiento aplicable a una diferencia entre el inversor y el Estado receptor de la inversión.— 1.3. La relación entre el derecho internacional de las inversiones y otros sectores jurídicos. Un enfoque desde el ordenamiento aplicable a las diferencias entre el inversor y el Estado.— 2. Decisiones políticas y actos administrativos como raíz de reclamaciones del inversor.— 3. La necesidad de identificar al inversor en la disciplina.— 4. La dificultad y la importancia de precisar lo que se entiende por «inversión».— 5. La solución de diferencias en el derecho de las inversiones internacionales.— 5.1. Generalidades.— 5.2. El arbitraje de inversión.— 5.3. La conciliación y la mediación.— 5.3.1. La conciliación.— 5.3.2. La mediación.— 6. El consentimiento al arbitraje por parte del Estado (a propósito de la diferente redacción de los tratados).— 6.1. La previsión de un acuerdo amistoso en el mismo acuerdo en el que el Estado da su consentimiento.— 6.2. La posibilidad de encontrar tratados que prevean tribunales del Estado como vía antes de instar a un arbitraje consentido por el Estado.— 6.3. El consentimiento para reclamaciones por cuenta propia y en representación de una empresa.— 6.4. El consentimiento en la Carta de la Energía.— 7. La irrupción del derecho y la jurisprudencia de la Unión Europea en el derecho de las inversiones internacionales.— Referencias bibliográficas.

### INTRODUCCIÓN

Incursionar en el derecho de las inversiones internacionales implica tener presente algunas cuestiones preliminares. En primer lugar, es importante haber comprendido previamente temas esenciales de Derecho internacional público, tales como sus fuentes, la subjetividad internacional, el régimen jurídico de los tratados internacionales, la solución de diferencias y la responsabilidad internacional del Estado, así como tener una visión panorámica de los distintos sectores del derecho internacional.

En segundo lugar, es necesario tener presente la existencia de alrededor de 3000 Acuerdos para la Promoción y la Protección de Inversiones (APPRI, o TBI),<sup>1</sup> así como las normas relativas a la protección de inversiones previstas dentro de los Acuerdos de Libre Comercio (ALC) y, en su caso, la Carta de la Energía. Estos tratados son relevantes en tanto que reconocen derechos a los inversores

\* Profesor de la Universidad Europea de Madrid. Doctor en Derecho, UPVD (Francia). Miembro del ICAB, Barcelona. La presente contribución fue redactada durante la estancia académica del autor en la Universidad de Lódz (Polonia). Se agradece la hospitalidad de esta casa de estudios.

<sup>1</sup> Estos tratados se caracterizan por su *bilateralidad*, al estar firmados por dos Estados. Los juristas Borja Álvarez y Ana Isabel Fernández Alonso describen que el Derecho internacional de las inversiones «está fuertemente descentralizado pues, actualmente, la disciplina «no cuenta ni se desarrolla hoy en día alrededor de una organización internacional o tratado multilateral central».

(o inversionistas) como, por ejemplo, un trato justo y equitativo<sup>2</sup>, una compensación por expropiación<sup>3</sup> y, asimismo, contienen normas relativas a transferencias,<sup>4</sup> daños y pérdidas,<sup>5</sup> entre otros aspectos. Se trata de *estándares de protección*. La violación de estos estándares de protección de inversiones puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado.

En tercer lugar, se trata de un sector del derecho internacional público en el cual el inversor podría reclamar directamente contra el Estado receptor de la inversión, existiendo la posibilidad de que solicite un arbitraje. De esta manera, el *arbitraje de inversiones* adquiere un especial protagonismo. En este contexto, el inversor adquiere *ius standi* en un procedimiento arbitral, pudiendo batallar con el Estado receptor de la inversión ante un tribunal arbitral.

En cuarto lugar, un arbitraje puede ser institucional o *ad hoc*. En el caso del arbitraje institucional, este puede ser administrado por instituciones como la Corte Permanente de Arbitraje, el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo o el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). Este último fue creado por el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados de 1965 (Convenio CIADI), en virtud del cual cuenta con personalidad jurídica internacional,<sup>6</sup> goza de inmunidad<sup>7</sup> y sus archivos son inviolables.<sup>8</sup>

En quinto lugar, es oportuno precisar que no hay una definición única, unívoca o absoluta, del término *inversión* y, asimismo, que el estatus de *inversor* depende de lo previsto en los tratados, pudiendo variar de un tratado a otro, como se verá más adelante.

En sexto lugar, es necesario tener presente que el derecho internacional de las inversiones no debe percibirse como un sector del derecho internacional que está desvinculado, ni aislado, de otros sectores del derecho internacional como, por ejemplo, el derecho internacional de los derechos humanos, un sector del derecho internacional que comprende los derechos civiles y políticos, los derechos económicos sociales y culturales y los derechos de solidaridad (dentro de los cuales quedan concernidos el derecho al desarrollo, el derecho a un ambiente sano, etc). Esta relación no siempre es pacífica. Los derechos humanos, en sentido amplio, suelen ser alegados en defensa de los Estados en diferentes casos y esto no es un tema menor.

Finalmente, se trata de una disciplina en constante evolución, la cual ha dado y sigue dando lugar a una densa jurisprudencia, a tratados internacionales y a otros textos como, por ejemplo, los modelos de tratados de protección de inversiones<sup>9</sup> o los textos que aparecen en el seno de la Comisión

<sup>2</sup> A modo de ejemplo, el artículo 2 del APPRI entre China y España (2005) lo reconoce: «1. A las inversiones de los inversores de cada Parte Contratante se les concederá, en todo momento, un tratamiento justo y equitativo en el territorio de la otra Parte Contratante».

<sup>3</sup> Al respecto, continuando con el APPRI entre China y España, el artículo 4 indica lo siguiente: «1. Ninguna de las Partes Contratantes podrá expropiar, nacionalizar o tomar otras medidas semejantes de efecto equivalente a la nacionalización o expropiación (en adelante denominadas «expropiación») contra las inversiones de inversores de la otra Parte Contratante en su territorio, a menos que se cumplan los requisitos siguientes: a) por causa de utilidad pública. b) con arreglo a un procedimiento legal interno. c) de manera no discriminatoria. d) y mediante indemnización.

<sup>4</sup> 2. La indemnización a que se refiere el apartado 1 del presente artículo [...].

<sup>4</sup> Al respecto, el artículo 6 del APPRI entre China y España señala lo siguiente: «1. Cada Parte Contratante garantizará a los inversores de la otra Parte Contratante la transferencia de las inversiones y rendimientos que mantengan en su territorio, incluidos, aunque no exclusivamente: a) los beneficios, dividendos, intereses y otros ingresos legítimos; b) el producto obtenido de la venta o liquidación, total o parcial, de las inversiones; c) los pagos con arreglo a contratos de préstamos relacionados con inversiones [...].»

<sup>5</sup> Por ejemplo, sobre esta materia, el artículo 5 del APPRI entre España y China estima lo siguiente: «1. A los inversores de una Parte Contratante cuyas inversiones en el territorio de la otra Parte Contratante sufran pérdidas debidas a guerra, estado de emergencia nacional, insurrección, disturbios u otros acontecimientos similares en el territorio de la última Parte Contratante, esta última les concederá, a título de restitución, indemnización, compensación u otro arreglo, un tratamiento no menos favorable que el que concede a sus propios inversores o a inversores de cualquier tercer Estado, según el que resulte más favorable para el inversor afectado. 2. No obstante lo dispuesto en el apartado 1, a los inversores [...].»

<sup>6</sup> Artículo 18 del Convenio CIADI.

<sup>7</sup> Artículos 19 al 22 del Convenio CIADI.

<sup>8</sup> Artículo 23 del Convenio CIADI.

<sup>9</sup> Ver <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/model-agreements>>.

de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL o CNUDMI). En este contexto introductorio, cabe hacer referencia a los APPRI de nueva generación, los cuales contienen cláusulas específicas sobre derechos humanos y sobre la potestad reguladora del Estado. Resumidamente, desde el texto del APPRI entre la República Federal Alemana y Pakistán (1959)<sup>10</sup> —el cual se entiende que fue el primer APPRI— al texto de los tratados recientes, pasando por los APPRI de los años noventa, una evolución es perceptible.

## 1. EL DERECHO DE LAS INVERSIONES INTERNACIONALES EN UN MUNDO CAMBIANTE

Décadas atrás, en los años setenta, cuando entre los contenciosos arbitrales en el marco del CIADI encontrábamos al caso Holiday Inns vs. Marruecos,<sup>11</sup> este arbitraje aparecía como un asunto curioso entre los contenciosos del derecho internacional.<sup>12</sup> Se estaba lejos de un derecho de las inversiones internacionales tan intenso como hoy. El panorama actual es distinto. Por un lado, existe una creciente cifra de ALC conteniendo normas relativas a la protección de inversiones, junto a una alta cifra de APPRI; y, por otro lado, existe un importante volumen de contenciosos arbitrales que conciernen a Estados de habla hispana en torno a inversiones internacionales. Nuevos tratados, contenciosos complejos y la jurisprudencia que ha aparecido, junto a las nuevas tecnologías y a diferentes puntos de vista de juristas sobre la amplia temática que implica el derecho internacional de las inversiones, han conducido a un enriquecimiento bibliográfico en esta disciplina. Y todo esto ha hecho de este sector del derecho internacional una verdadera especialización.

### 1.1. *La especialización no implica aislamiento ni desconexión respecto a otros ámbitos jurídicos*

Hemos anotado que el derecho internacional de las inversiones no es un sector aislado de otros sectores del derecho internacional. Más bien, ocurre todo lo contrario. Pues en algo tan simple, como la interpretación de un tratado conteniendo normas de protección de inversiones (se trate de APPRI, de ALC o de la Carta de la Energía), será necesario acudir al derecho internacional de los tratados y, más concretamente, a la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 y a sus *reglas de interpretación* de tratados internacionales.<sup>13</sup>

Más allá de la citada evidencia, en la relación entre el derecho de las inversiones internacionales y otros sectores jurídicos, podemos subrayar temas como los derechos humanos, el medio ambiente,

<sup>10</sup> Ver <<https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%20457/volume-457-I-6575-English.pdf>>.

<sup>11</sup> ARB/72/1.

<sup>12</sup> Ver, entre otros, GALLEGOS, J. «La expansión del sistema arbitral CIADI: desde el asunto solitario Holiday Inns c/Marruecos en el tribunal constituido en 1972 hasta nuestros días». En COLLANTES, J. L. (coordinador). *Estudios de arbitraje internacional (entre la práctica arbitral y la investigación científica)*. Lima: Thomson Reuters, 2015, vol. 31 de la Biblioteca de Arbitraje, pp. 87-134.

<sup>13</sup> «Artículo 31.- Regla general de interpretación.

1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:  
a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todos las partes con motivo de la celebración del tratado;  
b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado.

3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:

a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones;  
b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado;  
c) toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.

4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes.

Artículo 32. Medios de interpretación complementarios.

Se podrán acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31:

a) deje ambiguo u oscuro el sentido;  
b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable».

la sostenibilidad o la potestad de regular de los Estados, los cuales suelen entrar en escena en las diferencias entre un inversor y el Estado receptor de la inversión. Estos temas no estaban presentes en el tenor literal de los primeros tratados de protección de inversiones. Sin embargo, en el marco de los recientes modelos de tratados sobre protección de inversiones<sup>14</sup> y entre APPRI más contemporáneos, aparecen normas específicas al respecto. En este sentido, en materia reguladora podemos ilustrar el tema con el tenor del reciente APPRI entre España y Colombia (2021),<sup>15</sup> en cuyo artículo 14, bajo la rúbrica de *derecho a regular*, ambos Estados acordaron lo siguiente:

1. Las Partes Contratantes reconocen mutuamente su derecho a regular dentro de sus Territorios mediante medidas razonables para alcanzar objetivos legítimos de política pública, tales como la seguridad, el desarrollo sostenible, la seguridad social, la privacidad, la protección de datos, la promoción o la protección de la diversidad cultural, los derechos humanos, la salud, la educación, los servicios sociales, los consumidores, los recursos naturales o el medio ambiente.
2. El solo hecho de que la adopción, modificación o ejecución de una Medida afecte negativamente a una Inversión o interfiera con las expectativas del Inversionista, incluyendo su expectativa de ganancia, no constituye por sí mismo un incumplimiento de ninguna obligación bajo este Acuerdo.<sup>16</sup>

Este mismo APPRI, en su artículo 16, bajo el rótulo de *no disminución de estándares laborales, ambientales y de derechos humanos*, estima lo siguiente:

1. Las Partes Contratantes reconocen que no es adecuado fomentar la inversión debilitando o reduciendo las medidas de protección que proporciona su legislación medioambiental, laboral o de derechos humanos.
2. Ninguna de las Partes Contratantes podrá, a través de una acción sostenida, repetida o por inacción, dejar de aplicar de manera efectiva su legislación medioambiental, laboral o sobre derechos humanos como estímulo al establecimiento, la adquisición, la expansión o la retención de una Inversión en su Territorio.
3. Ninguna de las Partes Contratantes podrá aplicar su legislación medioambiental, laboral o de derechos humanos de forma que constituya una restricción encubierta a la Inversión o una discriminación injustificada entre las Partes Contratantes.

Entre los tratados que han contemplado directamente los derechos humanos en normas específicas dentro de sus articulado podemos también citar el Acuerdo de Cooperación y de Facilitación de las Inversiones entre México y Brasil (2015), en cuyo artículo 13.2, bajo el rótulo de *responsabilidad social corporativa*, ambos Estados acordaron lo siguiente:

- Los inversionistas y sus inversiones deberán desarrollar sus mejores esfuerzos para cumplir con los siguientes principios y normas voluntarias para una conducta empresarial responsable y coherente con las leyes vigentes aplicables por el Estado anfitrión receptor de la inversión:
- a) estimular el progreso económico, social y ambiental, con miras a lograr el desarrollo sostenible;
  - b) respetar los derechos humanos de las personas involucradas en las actividades de las empresas, de conformidad con las obligaciones y los compromisos internacionales del Estado anfitrión;

[...]

<sup>14</sup> Ver, entre otros, DUGGAI, K y DIAMOND, N. «Model Investment Agreements and Human Rights: What Can We Learn from Recent Efforts?». En *Columbia Journal of Transnational Law*, 2021. Recuperado de <<https://www.jtl.columbia.edu/bulletin-blog/model-investment-agreements-and-human-rights-what-can-we-learn-from-recent-efforts>>.

<sup>15</sup> Recuperado de <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/6373/download>>.

<sup>16</sup> Un tratado como este podría plantear la interrogante acerca de si promoverá inversiones o las dificultaría. Es muy temprano para pronunciarse al respecto, pero, en líneas generales, cabe anotar que muchas veces los inversionistas buscan oportunidades de negocio asumiendo riesgos. En todo caso, creer sin reparo alguno que en el mercado se busca ciegamente seguridad jurídica como tal, incluso más que oportunidades de negocios, podría, de alguna manera, apartarse de la realidad, pues las inversiones se realizan tras decisiones de personas, entrando, de esta manera, el factor humano (lo que para algunos puede ser un riesgo inasumible, para otros puede ser un riesgo que vale la pena asumir).

d) fomentar el desarrollo del capital humano, en especial mediante la creación de oportunidades de empleo, y facilitar el acceso de los trabajadores a la formación profesional

[...]

f) apoyar y mantener principios de buen gobierno corporativo, y desarrollar y aplicar las buenas prácticas de gobierno corporativo;

[...]

i) abstenerse de tomar medidas discriminatorias o disciplinarias contra los empleados que presenten informes de violaciones a la junta o, cuando proceda, a las autoridades públicas competentes, sobre las prácticas que violen la ley o que violan los estándares de gobernanza corporativa a que la sociedad está sometida.

La multiplicidad de materias y sectores jurídicos concernidos por las inversiones internacionales conducen a la necesidad de una coordinación entre los Estados Parte de tratados relativos a inversiones. En este contexto, es importante subrayar que algunos tratados prevén el establecimiento de Comités Conjuntos como instrumento de intercambio de información. En este contexto, es ilustrativo artículo 16 del citado tratado entre México y Brasil, el cual contempla un Comité Conjunto a través del cual ambos Estados se puedan mantener al tanto en las materias siguientes:

- a) condiciones reglamentarias para la inversión;
- b) incentivos específicos y programas gubernamentales relacionados;
- c) políticas públicas y marcos legales que puedan afectar a la inversión, incluyendo los relacionados con la expropiación;
- d) marco legal para la inversión, incluida la legislación relativa a la creación de empresas y negocios conjuntos;
- e) tratados internacionales relacionados;
- f) procedimientos aduaneros y régimen fiscales;
- g) información estadística sobre el mercado de bienes y servicios;
- h) infraestructura disponible y servicios públicos;
- i) compras gubernamentales y concesiones públicas;
- j) legislación social y laboral;
- k) legislación migratoria;
- l) legislación cambiaria;
- m) información sobre legislación de los sectores económicos específicos o segmentos previamente identificadas por las Partes, y
- n) proyectos regionales y acuerdos en materia de inversión.

Este listado de materias corrobora la relación entre el derecho internacional de las inversiones y otros sectores jurídicos, lo que, a su vez, desvela, por un lado, la necesidad de que los Estados tengan programas de formación para sus funcionarios en materia de inversión extranjera en la medida en que su labor en la Administración Pública pueda verse concernida y, por otro lado, la pertinencia de la *due diligence* por parte del inversor.

Por otro lado, si los derechos humanos suelen ser alegados en la defensa de los Estados en contenciosos arbitrales, los árbitros han de entrar al tema al resolver las reclamaciones internacionales. En este sentido, por ejemplo, en el conocido caso Urbaser vs. Argentina, el tribunal arbitral constituido en el ámbito CIADI, al abordar la prohibición de realizar actos que violen los derechos humanos, indicó que tal obligación recae sobre Estados y particulares. El citado tribunal arbitral indicó lo siguiente:

[...] garantizar el derecho humano al agua representa una obligación de hacer. Esa obligación recae en los Estados y no es posible imponerla a una empresa concedora del ámbito del suministro de servicios de agua y saneamiento. Para que esa obligación de hacer sea aplicable a un inversor particular, es necesario un contrato o una relación jurídica similar de derecho civil y comercial. En ese caso, la fuente de la obligación de hacer del inversor es el derecho local y no el derecho internacional general. La situación es diferente si lo que está en juego es una obligación de no hacer, como la prohibición de realizar actos que violen los derechos humanos. Dicha obligación puede ser de aplicación inmediata no sólo respecto de los Estados sino también respecto de las personas físicas y otros particulares.<sup>17</sup>

La temática de la disciplina es amplia. El tiempo ha ido desvelando contextos importantes para el derecho de las inversiones internacionales como, por ejemplo, la lucha contra la corrupción,<sup>18</sup> el derecho internacional de los pueblos indígenas<sup>19</sup> o la participación de la mujer.<sup>20</sup> Asimismo, diferentes sectores jurídicos y de la economía se pueden ver —y/o se han visto— concernidos en las diferencias entre un inversor y el Estado receptor de la inversión como, por ejemplo, en materia de propiedad intelectual,<sup>21</sup> de criptomonedas,<sup>22</sup> de fiscalidad,<sup>23</sup> de contratos del Estado o de explotación de los recursos naturales.

<sup>17</sup> ARB/07/26. Notificado a las partes el 8 de diciembre de 2016, párr. 1210.

<sup>18</sup> Los contratos del sector público pueden ser una modalidad de inversión en atención a los tratados. Un clásico entre la jurisprudencia arbitral, como el frecuentemente aludido laudo del árbitro Gunnar Lagergren de 1963, así como posterior jurisprudencia, permiten ver que la lucha contra la corrupción y el derecho internacional de las inversiones no son temas inconexos. La corrupción en la adjudicación de contratos del sector público puede producir el rechazo del derecho de las inversiones internacionales y, consecuentemente, las diferencias derivadas de estos contratos pueden no ser arbitrables. En este sentido, importa tener presente que el laudo del árbitro Lagergren indicó lo siguiente: «[...] it cannot be contested that there exists a general principle of law recognised by civilised nations that contracts which seriously violate bonos mores or international public policy are invalid or at least unenforceable and that they cannot be sanctioned by courts or arbitrators (cf. *Oscanyan v. Winchester Arm. Co.*, [...]). This principle is especially apt for use before international arbitration tribunals that lack a 'law of the forum' in the ordinary sense of the term», párrafo 16.

<sup>19</sup> Simplemente, como ejemplo, el laudo arbitral CIADI sobre el asunto Bear Creek Mining Corporation c. República del Perú, con fecha de envío a las partes de 30 de noviembre de 2017, indicó lo siguiente: «Aunque el concepto de "licencia social" no se define claramente en el derecho internacional, todos los instrumentos relevantes son claros al establecer que deben realizarse consultas con las comunidades indígenas» (caso CIADI n.º ARB/14/21, párr. 406).

<sup>20</sup> A modo de ejemplo, el Modelo de APPRI de Canadá reconoce en el «Preámbulo»: «the importance of encouraging investment promotion activities and to make these activities more accessible to underrepresented groups, including by encouraging investments by women, Indigenous peoples, and micro, small, or medium-sized enterprises». Este texto contiene cláusulas como las siguientes: artículo 13.3, en lo que respecta a directores de empresas: «A Party should encourage enterprises to consider greater diversity in senior management positions or on board of directors, which may include a requirement to nominate women»; artículo 30.1, en lo que respecta a los árbitros: «[...] The disputing parties are encouraged to consider greater diversity in arbitrator appointments, including through the appointment of women».

<sup>21</sup> Ver, entre otros: KLOPSCHINSKI, C. et al. *The Protection of Intellectual Property Rights under International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press 2021; YU, P. «The Investment-Related Aspects of Intellectual Property Rights». En *American University Law Review*, 2017, p. 829 y ss. Recuperado de <<https://scholarship.law.tamu.edu/facscholar/999>>.

<sup>22</sup> Ver, entre otros: CHAKRABORTY, A y RISHI, R. «Are Investments in Cryptocurrencies Protected under the BIT regime?». En *Georgetown Law*, 25 de marzo de 2022. Recuperado de <<https://www.law.georgetown.edu/transnational-business-center/blog/are-investments-in-cryptocurrencies-protected-under-the-bit-regime/>>; CHAKRAVATY, A. «Challenges to the Assessment of Damages Claims Involving Crypto-Assets in Investment Arbitration». En *De Gruyter*, 5 de julio de 2020. Recuperado de <<https://www.degruyter.com/document/doi/10.1515/gj-2019-0044/html>>. Asimismo, el tema de las criptomonedas en el arbitraje de inversiones empieza a ser tratado en eventos, ver en <<https://xtrategycenter.com/videos/investment-treaty-arbitration-in-the-digital-era-using-bits-to-protect-cryptocurrency-investments/>>.

<sup>23</sup> Ver: GILDEMEISTER, A. *L'arbitrage des différends fiscaux en droit international des investissements*. París: LGDJ, 2013; MARIAN, C. *The State's Power to Tax in the Investment Arbitration of Energy Disputes*. Wolters Kluwer International, 2020.

## 1.2. *El ordenamiento aplicable a una diferencia entre el inversor y el Estado receptor de la inversión*

La exposición hecha hasta el momento permite ver una disciplina amplia y en la que pueden discurrir diferencias, contexto en el cual será necesario determinar el ordenamiento aplicable. ¿Qué ordenamiento aplica un tribunal arbitral en la solución de diferencias entre un inversor y el Estado receptor de la inversión? La voluntad de las partes en el contencioso es importante en esta cuestión al tenor de tratados como el Convenio CIADI. Pero el tema no se cierra allí en la medida en que los APPRI hacen referencia a su propia aplicabilidad, pudiendo, de esta manera, un APPRI ser una fuente primaria en el derecho aplicable a la diferencia.<sup>24</sup>

Asimismo, al tratar el derecho de las inversiones internacionales como un sector del derecho internacional público no se puede dejar de lado las fuentes no convencionales como la costumbre internacional, los principios generales del derecho, y los principios del derecho internacional.

La costumbre puede estar prevista entre los APPRI de manera directa<sup>25</sup> y podría quedar concernida en atención al Derecho interno en determinadas circunstancias.<sup>26</sup>

<sup>24</sup> RIEGLER, S. «Applicable Law in Investment Treaty Arbitration». En *Global Arbitration Review*, 14 de enero de 2022. Recuperado de <<https://globalarbitrationreview.com/guide/the-guide-investment-treaty-protection-and-enforcement/first-edition/article/applicable-law-in-investment-treaty-arbitration>>.

<sup>25</sup> En el artículo 4 del APPRI entre el Estado de Israel y Japón (2017), dedicado al *General Treatment*, se aprecia que ambos Estados acordaron lo siguiente: «Each Contracting Party shall in its Territory accord to investments of investors of the other Contracting Party treatment in accordance with customary international law, including fair and equitable treatment and full protection and security». Al hilo de lo que exponemos, el APPRI entre Armenia y Corea (2018) es oportuno de citar, cuyo artículo 2 indica lo siguiente:

«[...] 2. Each Contracting Party shall accord to investments of an investor of the other Contracting Party treatment in accordance with customary international law, including fair and equitable treatment and full protection and security. 3. For greater certainty, paragraph 2 of this Article prescribes the customary international law minimum standard of treatment of aliens as the minimum standard of treatment to be afforded to investments of an investor of the other Contracting Party. The concepts of “fair and equitable treatment” and “full protection and security” do not require treatment in addition to or beyond that which is required by that standard, and do not create additional substantive rights. The obligations in paragraph 2 to provide: (a) “fair and equitable treatment” includes the obligation not to deny justice in criminal, civil, or administrative adjudicatory proceedings, in accordance with the principle of due process embodied in the principal legal systems of the world; and (b) “full protection and security” requires each Contracting Party to provide the level of police protection required under customary international law».

El artículo 5 de este mismo APPRI, al tratar de las expropiaciones, aborda también el Derecho internacional consuetudinario. Concretamente indica lo siguiente:

«1. Neither Contracting Party may expropriate or nationalize an investment either directly or indirectly through measures equivalent to expropriation, or nationalization (hereinafter referred to as “expropriation”), except:

- (a) for a public purpose;
- (b) in a non-discriminatory manner;
- (c) on payment of prompt, adequate, and effective compensation when the expropriation or nationalization is carried out in the territory of the Republic of Korea and on prior, adequate and effective compensation when the expropriation or nationalization is carried out in the territory of the Republic of Armenia; and
- (d) in accordance with due process of law and Article 2 (Promotion and Protection of Investments) as they are understood under customary international law».

<sup>26</sup> Por ejemplo, el laudo de jurisdicción del tribunal arbitral CIADI sobre el asunto Cambodia Power Company c. Cambodia (ARB/09/18), notificado a las partes el 22 de marzo de 2011, expresó lo siguiente: «333. Secondly, and additionally, the express choice of English law itself has the effect of including (rather than displacing) at least a body of customary international law, since customary international law (i.e. general practices of states followed by them from a sense of legal obligation) constitutes part of the Common law by a well established doctrine of incorporation. When customary international law changes, the Common law also incorporates these changes, save to the extent that such changes conflict with domestic law».

334. Customary international law is inevitably relevant in the context of foreign investment (and ICSID arbitration), given that it comprises a body of norms that establish minimum standards of protection in this field. It is simply unrealistic to assume that the parties to a foreign investment contract such as those in question here would have intended to exclude such inherent protection by simply choosing an applicable national law.

335. Equally, parties can always consent to exclude customary international law from the scope of their dispute resolution clause. However, one would expect this to be done expressly and unequivocally. In the present case, the PPA, IA, DOG do not indicate that the Parties expressly excluded customary international law from the scope of their consent».

Por su parte, el derecho del Estado receptor de la inversión reclama un lugar especial en este contexto, en tanto que su aplicación está prevista en los mismos tratados internacionales y en cuanto que puede ser lo acordado por las partes en un contencioso.

**1.3. *La relación entre el derecho internacional de las inversiones y otros sectores jurídicos. Un enfoque desde el ordenamiento aplicable a las diferencias entre el inversor y el Estado***

En la relación del derecho internacional de las inversiones con otros sectores jurídicos, el Convenio de Washington sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados de 1965 (Convenio CIADI), los APPRI, los ALC y otros textos son importantes.

Al abordar el ordenamiento aplicable a una diferencia, el artículo 42 del Convenio CIADI indica lo siguiente:

1. El Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de Derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de Derecho internacional privado, y aquellas normas de Derecho internacional que pudieren ser aplicables.
2. El Tribunal no podrá eximirse de fallar so pretexto de silencio u oscuridad de la Ley.
3. Las disposiciones de los precedentes apartados de este artículo no impedirán al Tribunal, si las partes así lo acuerdan, decidir la diferencia ex aequo et bono.

La alusión a «aquellas normas de derecho internacional» implica tener presente, por un lado, al sistema de fuentes del derecho internacional público en el contexto de las inversiones internacionales y, por otro, a los demás sectores del derecho internacional que pudieran estar concernidos.

Intentando ilustrar la cuestión desde un tratado bilateral, anotaremos que, por ejemplo, el artículo 4 del APPRI entre España y Marruecos (1997) indica lo siguiente:

El tribunal arbitral fallará sobre la base del derecho nacional de la Parte Contratante que sea parte en la controversia en cuyo territorio o en cuya zona marítima esté situada la inversión, incluidas las normas relativas a los conflictos de leyes, las disposiciones del presente Acuerdo, las condiciones de los acuerdos particulares que se hayan concertado en relación a la inversión, así como los principios del derecho internacional.

Por tomar otro ejemplo, también el artículo XII.7 del APPRI entre Costa Rica y Canadá (1998) permite ver que la aplicabilidad del Derecho internacional y de la legislación estatal, los cuales abarcan amplios sectores. Al referirse al tribunal arbitral, señala lo siguiente:

El tribunal establecido en virtud de este Artículo decidirá las cuestiones objeto de la diferencia de acuerdo con lo estipulado en este Acuerdo, a las reglas aplicables del derecho internacional y a la legislación nacional del Estado receptor en la medida en que la legislación nacional no sea inconsistente con las disposiciones de este Acuerdo ni con los principios del derecho internacional.

En este libro, los juristas Luis Bravo y Ludovica Chiussi desarrollan los tratados internacionales, la costumbre, los principios generales del Derecho, la jurisprudencia, la doctrina y el *soft law*. Ambos juristas también tienen presente el carácter evolutivo de la disciplina y anotan que esta «evolución indica que los Estados están tomando conciencia de que tienen el deber, y no solamente el derecho, de regular» las inversiones «de tal manera que todos los derechos humanos reconocidos internacionalmente (así como el medio ambiente), estén debidamente protegidos», lo cual subraya la pertinencia de los derechos humanos en el derecho internacional de las inversiones. En realidad, los derechos humanos en el contexto de las inversiones internacionales debería ser un punto a tratar del temario al abordar los derechos humanos en la enseñanza universitaria, lo cual ampliaría el universo jurídico de

cada estudiante en materia de derechos humanos en nuevos escenarios y, también, sus horizontes profesionales en un mundo cambiante y en tiempos de la globalización.

Centrados en la relación entre el derecho internacional de las inversiones y otros sectores jurídicos, esta relación también concierne al derecho internacional privado. Este último puede entrar en juego en atención a la pertinencia de los ordenamientos estatales como parte del ordenamiento aplicable por el tribunal arbitral.

Por otro lado, entre los sectores jurídicos con los que el derecho de las inversiones internacionales puede guardar relación, el derecho de la Organización Mundial del Comercio (OMC) amerita no ser dejado de lado. Su pertinencia se refleja entre la jurisprudencia y el derecho internacional convencional. En este sentido, por ejemplo, el artículo 24 del APPRI entre el Estado de Israel y los Emiratos Árabes Unidos resulta ilustrativo. Cabe anotar, previamente, que este artículo está ubicado dentro de la «Sección C» de este tratado (sección dedicada a la solución de controversias entre el inversor y el Estado receptor de la inversión). Concretamente, el artículo 24 señala lo siguiente:

1. Subject to paragraph 3 of this Article, when a claim is submitted under this Section, the tribunal shall decide the issues in dispute in accordance with this Agreement and applicable rules of international law.
2. For greater certainty, the tribunal shall be bound by the interpretation given to the domestic law by the courts or authorities which are competent to interpret the relevant domestic law, and any meaning given to the relevant domestic law made by the tribunal shall not be binding upon the courts and the authorities of either Party. The tribunal does not have jurisdiction to determine the legality of a measure, alleged to constitute a breach of this Agreement, under the domestic laws and regulations of the disputing Party.
3. In cases where reference to the WTO Agreement is made in an arbitration procedure under this Section, the tribunal shall consider relevant interpretation in reports of panels and the WTO Appellate Body adopted by the WTO Dispute Settlement Body regarding substantially equivalent rights or obligations of the Parties under the WTO Agreement, or any other multilateral treaty that deals with the same subject matter.

Evidentemente, cláusulas como estas facilitan el diálogo jurisprudencial.

En cuanto a la jurisprudencia de la OMC, esta ha sido tenida aludida por tribunales arbitrales, dado que puede recoger experiencias y percepciones que los árbitros pueden sintonizar. Así, por ejemplo, el laudo del tribunal arbitral CIADI en el caso Occidental Petroleum Corporation vs. Ecuador, con fecha de envío a las partes de 5 de octubre de 2012, indica lo siguiente:

La aplicación del principio de proporcionalidad puede observarse en una gran variedad de escenarios de derecho internacional, inclusive en casos donde se discute la proporcionalidad de las contramedidas adoptadas en diferencias comerciales ante un Panel de la OMC con base en el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio («GATT»).<sup>27</sup>

Con anterioridad, el laudo del tribunal arbitral sobre el asunto Methanex Corporation c. Estados Unidos, de 3 de agosto de 2005, señalaba:

[...] the Tribunal may derive guidance from the way in which a similar phrase in the GATT has been interpreted in the past. Whilst such interpretations cannot be treated by this Tribunal as binding precedents, the Tribunal may remain open to persuasion based on legal reasoning developed in GATT and WTO jurisprudence, if relevant.<sup>28</sup>

<sup>27</sup> Párr. 402. ARB/06/11.

<sup>28</sup> Laudo de 3 de agosto de 2005, parte II, chapter B, p. 3, párr. 6. Recuperado de <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0529.pdf>>.

Por otro lado, se percibe una tendencia a incorporar cuestiones sociales en las normas relativas a las inversiones internacionales.<sup>29</sup> En este sentido, por ejemplo, el APPRI entre Marruecos y Nigeria (2016), entre otros tratados, puede facilitarnos ilustrar el tema. Concretamente, en el artículo 15, bajo el rótulo de «Investment, Labour and Human Rights Protection», ambos Estados acordaron lo siguiente:

1. The Parties reaffirm their respective obligations as members of the International Labour Organization (ILO) and their commitments under the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work and its Follow-up.
2. The parties recognize that it is inappropriate to encourage investment by weakening or reducing the protection accorded in domestic labour laws. Accordingly, each Party shall ensure that it does not waive or otherwise derogate from or offer to waive or otherwise derogate from its labour laws where the waiver or derogation would be inconsistent with the labour rights conferred by domestic laws and international labour instruments in which both are parties are signatories, or fail to effectively enforce its labour laws through a sustained or recurring course of action or inaction.
3. The Parties recognize that it is inappropriate to encourage investment by relaxing domestic labour, public health or safety. They shall not waive or otherwise derogate from, or offer to waive or otherwise derogate from, such measures as an encouragement for the establishment, acquisition, expansion, or retention in their territories, of an investment.
4. Each Party shall ensure that its laws and regulations provide for high levels of labour and human rights protection appropriate to its economic and social situation, and shall arrive to continue to improve these law and regulations.
5. All parties shall ensure that their laws, policies and actions are consistent with the international human rights agreements to which they are a Party.

Aunque la redacción de los primeros APPRI no fuera específica, citando otras áreas del derecho internacional como los recientes APPRI que hemos venido anotando, tal circunstancia no puede llevar al error de creer que las normas de los APPRI que no hacen mención a otras áreas del derecho internacional se deban interpretar aisladamente, o al margen de la Convención de Viena de Derecho de los Tratados de 1969. Pues ya el mismo artículo 31.3.c) de esta convención indica que en la interpretación de los tratados se ha de tener presente «toda forma pertinente de Derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes». Los tratados de protección de inversiones, las normas sobre protección de inversiones de los ALC, la Carta de la Energía y cualquier otro tratado contenido normas de protección de inversiones no escapan de esta convención.

Además, tampoco se debe creer que el reconocimiento de la aplicabilidad del derecho interno signifique que el derecho interno tenga primacía sobre el derecho internacional. Son los tratados internacionales los que tienen primacía sobre el derecho interno en atención a la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969.<sup>30</sup>

## 2. DECISIONES POLÍTICAS Y ACTOS ADMINISTRATIVOS COMO RAÍZ DE RECLAMACIONES DEL INVERSOR

Sabemos que el derecho administrativo es entendido como aquel sector del ordenamiento que tiene por objeto el funcionamiento de la Administración Pública y que se ocupa de temas como la función pública, las expropiaciones o la regulación de determinados sectores como, por ejemplo, la banca, las telecomunicaciones, la energía, el agua, la gestión de residuos, etc. Las inversiones internacionales

<sup>29</sup> Entre otros, ver: BOIF, B. «Labour related provisions in international investment agreements». En *Employment Sector, Employment Working Paper*, 2012, n.º 126.

<sup>30</sup> Téngase presente que el artículo 26 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, en cuanto a la relación entre el derecho interno y el derecho internacional, establece: «Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46».

pueden aparecer en estos ámbitos y las diferencias entre el inversores y, evidentemente, Estados también.

Por otro lado, en toda aproximación al derecho internacional de las inversiones es importante tener presente que el factor político no siempre es ajeno al derecho internacional, sobre todo si tenemos en cuenta que la emisión de una norma jurídica que afecta los derechos del inversor puede provenir, por ejemplo, de actos legislativos de un Parlamento o de decretos de un Gobierno.

En esta dirección, las diferencias entre el inversor y el Estado receptor de la inversión pueden surgir como consecuencia de decisiones políticas y/o administrativas que en la percepción del inversor implicarían una violación del derecho internacional. Tal sería, por ejemplo, el caso de una expropiación sin una indemnización razonable o el hecho de que una empresa no pueda ejecutar un contrato tras haber ganado una licitación debido a que la Administración competente no ha realizado las expropiaciones necesarias. Las pérdidas económicas aparecen en el horizonte y no es difícil intuir reclamaciones. Serán los árbitros, tras ser oídas las partes, quienes han de decidir sobre la diferencia, si bien estas podrían llegar a un acuerdo evitando el arbitraje.

No obstante, la posibilidad de reclamar directamente contra un Estado no siempre ha sido así, lo cual demanda abordar la disciplina partiendo del origen de la protección de inversiones internacionales. Por esta razón, los juristas Borja Álvarez y Ana Isabel Fenández desarrollan el tema de la protección de inversiones tratando en un primer momento a la *protección diplomática* para también abordar los tratados de amistad, comercio y navegación y la Convención Drago-Porter de 1907, sin dejar de lado la doctrina Calvo, la Revolución rusa o la nacionalización mexicana.

La protección diplomática —que implica la asunción de una reclamación por parte de un Estado contra otro Estado en razón de un hecho internacionalmente ilícito recaído en una persona de la nacionalidad del Estado que reclama— entraña también una decisión política. Tal decisión política es la que define si el Estado estará encaminado a proteger (o no) a uno de sus nacionales, se trate de una persona física o jurídica. Esta protección no es completamente ajena al derecho de las inversiones internacionales en la medida en que está vigente en el universo de las reclamaciones internacionales,<sup>31</sup> si bien ha caído en desuso en la práctica.

Asimismo, la protección diplomática ante decisiones políticas o administrativas que lesionen intereses del inversor plantea hoy ciertas interrogantes tanto de cara a las relaciones internacionales del Estado como de cara al gasto público.

En lo que concierne a las relaciones internacionales, cabe preguntarse lo siguiente: ¿por qué un Estado debería asumir el riesgo, en mayor o menor medida, de deteriorar sus relaciones con otros Estados en la defensa de intereses privados al asumir una protección diplomática?

Desde el punto de vista del gasto público, cabe preguntarse lo siguiente: ¿por qué un Estado debería destinar recursos humanos y recursos públicos a la defensa de los intereses privados cuando las mismas empresas podrían defender sus derechos ante un tribunal arbitral batallando directamente contra el Estado del cual provendría un hecho internacionalmente ilícito que afecta sus inversiones?

La posibilidad de que los inversores puedan solucionar sus diferencias directamente con el Estado receptor de la inversión puede, en algunos casos, aparecer como un mecanismo que salvaguarda los intereses del Estado de la nacionalidad del inversor, pues dicho Estado, al no ejercer la protección diplomática, no entraría en una disputa contra otro Estado, evitando el consiguiente riesgo de un deterioro de las relaciones bilaterales, toda vez que, al reclamarle, tendría que atribuirle un hecho internacionalmente ilícito nacido desde su Administración Pública o desde el poder político (nada raro

<sup>31</sup> El no ejercicio de la protección diplomática puede llevar al derecho administrativo del Estado que se niega a ejercerla en la medida que la persona desprotegida podría demandar la responsabilidad patrimonial del Estado en el marco del ordenamiento estatal de su nacionalidad.

en el caso de la violación de una norma de protección de inversiones prevista en un tratado que le reconoce derechos al inversor).

Las reclamaciones directas contra un Estado ante un tribunal internacional no son algo exclusivo del derecho internacional de las inversiones si se tiene en cuenta que en el derecho internacional contemporáneo se permiten las reclamaciones de individuos y personas jurídicas contra Estados ante instancias internacionales, como ocurre en materia de derechos humanos.<sup>32</sup> Esta circunstancia nos lleva al poco pacífico terreno de la subjetividad internacional. ¿Serían las personas físicas y jurídicas sujetos de derecho internacional?

En el ámbito académico, la determinación de los sujetos de derecho internacional no es un tema sobre el cual la doctrina llegue al mayor acuerdo. La doctrina mantiene unanimidad a la hora de asumir que los Estados y las organizaciones internacionales son sujetos de Derecho internacional, pero, conforme se vayan enumerando otros sujetos, las discusiones entre los autores no se hacen esperar: ¿quiénes son verdaderamente los sujetos de derecho internacional?; ¿lo son los inversores de alguna manera?

La participación del inversor en contenciosos arbitrales internacionales batallando contra Estados no permite ocultar la pertinencia del análisis de la *subjetividad internacional de los inversores* en un contexto determinado en tanto que, por un lado, el inversor es destinatario de normas (por ejemplo, las normas relativas al trato justo y equitativo y otros estándares de protección) y, por otro lado, este puede ser parte de un litigio en el marco de un arbitraje internacional. De esta manera, el inversor adquiere una subjetividad internacional, ciertamente limitada y en razón de los mismos tratados internacionales que le permiten hacer reclamaciones directas.

En conexión con lo expuesto, es oportuno anotar que el escenario jurídico internacional puede ser distinto al escenario del derecho interno. En efecto, quien ante un acto administrativo puede ser visto como un *administrado* en el marco del derecho administrativo frente a una *Administración determinada* (municipal, regional, etc), en el derecho de las inversiones internacionales puede ser visto como un *inversor* ante un *Estado*. Esto puede ocurrir, por ejemplo, con un *contratista*, quien podría ser también un *inversor* a la luz del derecho internacional. Esto no es una ficción. Pues, como es sabido, la contratación del Estado se ha internacionalizado en atención a la apertura de las licitaciones a los mercados internacionales, sea a través del Acuerdo Plurilateral sobre la Contratación Pública en el ámbito de la Organización Mundial del Comercio y/o sea a través de los ALC. En este contexto, cabe anotar que si una licitación se internacionaliza, una empresa extranjera puede ganarla y si esto es así, las diferencias entre el contratista y el Estado que puedan aparecer en el marco de la ejecución de un contrato pueden entrar al escenario del derecho de las inversiones internacionales: el *contratista* podría ser un *inversor*. Dicho de otra manera, un contratista sería solamente eso en el derecho interno ni más ni menos; pero también puede ser un *inversor* en el marco del derecho internacional y, como tal, un titular de derechos en virtud de los tratados internacionales.

En este escenario, cabe anotar que no sería raro pensar en que los Estados deban contar con funcionarios cualificados en prevención de riesgos de responsabilidad internacional del Estado, toda vez que las decisiones de los poderes públicos pueden llevar a indemnizaciones significativas con los consecuentes pagos y/o embargos a los bienes del Estado. En paralelo, la comunicación constante entre el Estado y los inversores, y entre los Estados que han acordado elevar la protección y la promoción de inversiones a un rango de derecho internacional convencional se torna relevante para evitar conflictos que puedan llevar a contenciosos.

<sup>32</sup> En el marco del Consejo de Europa, las personas físicas y jurídicas pueden demandar a Estados ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

### 3. LA NECESIDAD DE IDENTIFICAR AL INVERSOR EN LA DISCIPLINA

Resumidamente, *inversor* será aquella persona física o jurídica a la cual los tratados internacionales le reconocen como tal.

En principio, la nacionalidad es relevante para determinar la condición de inversor en el marco de un tratado y, como tal, opera como título habilitante para emprender una reclamación. No obstante, cabe precisar que no todos los APPRI presentan el mismo tenor literal. Por ejemplo, en el APPRI entre Perú y España (1996), la residencia puede determinar quién puede ser considerado un inversor;<sup>33</sup> mientras que en el APPRI entre España y Chile la residencia no es relevante para determinar la condición de inversor, sino únicamente su nacionalidad.<sup>34</sup> Y si esto es así, el derecho civil entra en juego en este tema.

Asimismo, conviene anotar que los tratados pueden excluir a determinadas personas del ámbito de protección que estos mismos ofrecen. Por ejemplo, el artículo 2 del APPRI entre España y Colombia (2021) establece que «se excluye del concepto de Inversionista las sociedades de mera tenencia de participaciones financieras». Al hilo de las exclusiones, cabe decir que el artículo 18 del mismo tratado permite excluir a diferentes personas de los beneficios de este APPRI, tales como aquellas que hayan sido sentenciadas por la Corte Penal Internacional. Una conexión entre el Derecho internacional de las inversiones y el Derecho internacional penal asoma.

Por otro lado, en el análisis del derecho de las inversiones internacionales no debería dejarse de lado las resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas emitidas sobre la base del capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas. Estas, versando sobre la paz y seguridad de la humanidad, son obligatorias y podrían incidir sobre personas físicas y/o jurídicas y en el ámbito de la protección de inversiones. Puede parecer un tema forzado en un primer momento, pero no lo sería si se tiene en cuenta que el Consejo de Seguridad ha dictado medidas contra personas<sup>35</sup> y, sobre todo, si tenemos presente que el artículo 41 de la Carta prevé lo siguiente:

El Consejo de Seguridad podrá decidir qué medidas que no impliquen el uso de la fuerza armada han de emplearse para hacer efectivas sus decisiones, y podrá instar a los Miembros de las Naciones Unidas a que apliquen dichas medidas, que podrán comprender la interrupción total o parcial de las relaciones económicas y de las comunicaciones ferroviarias, marítimas, aéreas, postales, telegráficas, radioeléctricas, y otros medios de comunicación, así como la ruptura de relaciones diplomáticas.

En este sentido, las medidas que podrían recaer sobre una persona física o sobre sociedades mercantiles podrían conducir a que los Estados apliquen tales medidas, las cuales podrían dar lugar a situaciones interesantes —en términos jurídicos— de cara a la aplicabilidad de los APPRI, como podría ser el caso, por ejemplo, de un impedimento de transferencias bancarias, una inmovilización de activos, etc.

En todo caso, al introducirnos en las reclamaciones en el marco del derecho de las inversiones internacionales se ha de tener presente que un hecho internacionalmente ilícito puede provenir de cualquier órgano o institución del Estado, incluyendo organismos autónomos o subdivisiones territoriales, pues una noción básica de derecho internacional permite asumir que el Estado responde por estos. Y si esto es así, conviene hacer hincapié en que al producirse la transgresión de un APPRI el

<sup>33</sup> En lo que concierne a personas físicas, el artículo 1 indica lo siguiente:

«A los efectos del presente acuerdo:

1.- Por “inversores” se entenderá:

Personas físicas que, en el caso de la República del Perú, tengan la nacionalidad peruana de conformidad con su legislación, y en el caso del reino de España, sean residentes en España con arreglo al derecho español».

<sup>34</sup> En lo que concierne a las personas físicas, el artículo 1 estima lo siguiente:

«1. Por “inversionistas o inversores” se entenderán: Las personas físicas o naturales nacionales, según el derecho de la Parte correspondiente [...]» Comparamos la presente nota al pie con la anterior.

<sup>35</sup> Ver: COMELLAS, M. «Las sanciones económicas en el marco de las Naciones Unidas». En COLLANTES J. L. (director). *Derecho internacional económico y de las inversiones internacionales*. Biblioteca de Arbitraje, Lima: Palestra, 2009, p. 57 y ss.

demandado en un contencioso arbitral no sería el órgano estatal, organismo autónomo o subdivisión territorial de la cual proviene el hecho internacionalmente ilícito, sino el *Estado*, un sujeto de derecho internacional cuya subjetividad internacional nadie discute.

Resumidamente, es importante tener presente que el hecho internacionalmente ilícito recaído en un inversor puede conducir a la responsabilidad internacional del Estado, un tema complejo, a la vez que inevitable en las reclamaciones internacionales. La jurista Clàudia Baró subraya que este tema constituye una de las bases del derecho internacional, a la vez que alude la compensación en tanto que «la forma de reparación más solicitada y concedida en los casos de daños a los inversores extranjeros».

#### 4. LA DIFICULTAD Y LA IMPORTANCIA DE PRECISAR LO QUE SE ENTIENDE POR «INVERSIÓN»

Es importante retener que cada APPRI y cada ALC tiene su propia definición de inversión, definición que puede coincidir en mayor o menor medida con lo establecido en otro tratado. Sin embargo, es difícil dar un conceptoívoco e invariable de la palabra *inversión* en el derecho internacional. Esta descripción está corroborada por la doctrina. En este sentido, por ejemplo, es interesante la conclusión a la que llega el profesor Andrés Rigo Sureda al describir el término *inversión* en la *Enciclopedia del arbitraje*, quien anota que «la experiencia acumulada por los tribunales arbitrales hasta la fecha, demuestra la dificultad de llegar a una definición general de inversión, dada la gran variedad de situaciones de hecho [...]».<sup>36</sup>

Posiblemente haya quien perciba aquí —en la dificultad para definir el término *inversión* y en conceptos jurídicos indeterminados en torno a la disciplina—<sup>37</sup> un argumento para considerar que se habla de la existencia de un derecho internacional de las inversiones cuando este ni siquiera puede definir su objeto. Tal percepción parecería más bien un indicio de desconocimiento del derecho internacional. En el derecho internacional, como en cualquier otra área del derecho, se puede discutir y debatir alrededor de los conceptos jurídicos indeterminados porque, precisamente, distintos contenciosos muchas veces pueden girar en torno a conceptos jurídicos indeterminados, los cuales no son pocos, como, por ejemplo, el *interés superior del menor* que se reconoce en la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño de 1989<sup>38</sup> o la *utilidad pública* que se recoge expresamente en el marco del Protocolo adicional al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales a la hora de establecer límites a la propiedad.<sup>39</sup> Incluso, los ordenamientos nacionales están llenos de conceptos jurídicos indeterminados, lo cual nos recuerda que el derecho no una ciencia exacta, sino una ciencia que admite valoraciones. Como coincidiremos, el hecho de que el interés superior del niño y la utilidad pública sean conceptos jurídicos indeterminados no significa que el derecho internacional de los derechos del niño y las limitaciones al derecho a la propiedad no existan en términos jurídicos. En esta línea, la eventual indefinición, o indeterminación, del término *inversión* no deslegitima una disciplina que presenta una multiplicidad de fuentes convencionales y una abundante jurisprudencia que refleja un alto índice de contenciosos.

Al hilo de lo expuesto, es oportuno tener en cuenta, en perspectiva histórica, que los tratados que determinan actualmente lo que se debe entender como una inversión, lo hacen de manera previa a las reclamaciones del inversor. En este sentido, al tratar la naturaleza jurídica del Derecho de las inversiones y los principios que la rigen, el jurista Orlando Cabrera Colorado anota lo siguiente:

<sup>36</sup> RIGO SUREDA, Andrés «Inversión». En *Enciclopedia del arbitraje, Segunda Parte*. Lima: Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, 2018, vol. 48, p. 81.

<sup>37</sup> Ver: KUBE, V. y PETERSMANN, E. «Human Rights Law in International Investment Arbitration». En GATTINI, A. *et al. General Principles of Law and International Investment Arbitration*. Leiden, Boston: Brill Nijhoff, 2018, p. 226.

<sup>38</sup> Artículo 3.1: «En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño».

<sup>39</sup> «Artículo 1.- Toda persona física o jurídica tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad sino por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas [...]».

[...] ciertamente tribunales constituidos por tratados como los Jay Treaty, las comisiones de reclamaciones mixtas o el Tribunal de Reclamaciones Irán-EE. UU. resolvieron controversias de forma retrospectiva, no de forma generalizada. En este contexto, primero ocurría un hecho y después los Estados otorgaban competencia al tribunal arbitral de forma limitada a controversias que derivaban de esos hechos o una determinada serie de hechos. En el arbitraje de inversión acontece lo contrario. Al consentir al arbitraje en un tratado de inversión, el Estado se expone a sí mismo a reclamaciones de cualquier persona física o moral con un interés que puede ser afectado por el ejercicio de la función pública que afecta a la inversión extranjera.

Y aquí volvemos a un ya citado escenario: el choque entre, de un lado, el derecho a regular de los Estados y otras potestades y obligaciones jurídicas del Estado, y, de otro lado, las obligaciones del Estado y los derechos del inversor derivados de un APPRI o de cualquier otro tratado que le otorgue el estatuto de inversor. Este escenario entraña riesgo de contenciosos. Para llegar al escenario de un contencioso arbitral, el Estado ha debido dar previamente su consentimiento al arbitraje.

## 5. LA SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS EN EL DERECHO DE LAS INVERSIONES INTERNACIONALES

### 5.1. Generalidades

A la luz de los tratados pertinentes en el derecho internacional de las inversiones, no es posible afirmar que toda diferencia entre un particular y el Estado implica un asunto exclusivo de derecho interno, con la salvedad de algunos casos que podrían ser llevados a instancias internacionales una vez agotada la vía interna o los cauces procesales que el Estado ofrece para poner fin a la diferencia (*local remedies*). Pues en virtud de cláusulas previstas en diferentes tratados, como las que veremos más adelante, un inversor puede buscar un acuerdo amistoso y elegir a un arbitraje internacional sin haber agotado la vía interna.

Asimismo, el auge del arbitraje de inversiones no debe hacer creer que no existen otros mecanismos de solución de diferencias entre el inversor y el Estado receptor de la inversión.

### 5.2. El arbitraje de inversión

En pocas palabras, el arbitraje es un mecanismo de solución de diferencias que implica un procedimiento ante un tribunal arbitral, el cual debe resolver las cuestiones planteadas emitiendo un laudo arbitral.

El tribunal arbitral se constituye por árbitros, normalmente tres, los cuales son nombrados uno por cada una de las partes en el arbitraje, y el presidente del tribunal es nombrado entre las partes.

El hecho de que cada parte pueda nombrar un árbitro del tribunal arbitral no significa que el árbitro nombrado por una parte deba lealtad u obediencia a la parte que le haya nombrado (sea el inversor o el Estado), pues los árbitros deben ser independientes e imparciales, así como tener disponibilidad para resolver la diferencia. Resumidamente, el árbitro nombrado por una parte no es su abogado.

Asimismo, es importante diferenciar entre el arbitraje *ad hoc* y el arbitraje institucional. El arbitraje institucional, desarrollado más adelante por las juristas María Florencia Sarmiento y Laura Zinerman, es aquel administrado por una institución arbitral, como el CIADI o la Corte Permanente de Arbitraje. En este tipo de arbitraje, los reglamentos arbitrales o las reglas de procedimiento de cada institución arbitral son un aspecto muy importante en tanto contienen normas relativas al desarrollo del arbitraje y se ocupan de temas como el nombramiento de árbitros, el establecimiento y funcionamiento del tribunal arbitral, las actuaciones de las partes, las medidas provisionales, las excepciones preliminares, los recursos al laudo, entre otros aspectos.

En conexión con estos aspectos, cabe indicar que nada impide que los Estados puedan acordar normas sobre tales temas en el marco de un tratado. En este sentido, por ejemplo, el APPRI entre Israel y los Emiratos Árabes Unidos (2020) contiene normas relativas a la selección de los árbitros (artículo 20), a la conducta de los mismos (artículo 21) y al desarrollo del procedimiento (artículo 23).

Importa anotar que bajo el principio *kompetenz-kompetenz*, los árbitros tienen la facultad de decidir su propia competencia sobre un asunto planteado.

Otro aspecto importante a considerar en el arbitraje de inversiones es la transparencia. La transparencia es una tendencia en el tiempo que nos ha tocado vivir. El arbitraje de inversión no escapa de esta tendencia. En lo que concierne a la transparencia en el arbitraje, la jurista María Solana Beserman la describe como:

[...] un conjunto de elementos —obligaciones y mecanismos— aplicables principalmente a las partes y al tribunal arbitral, tendientes a reducir la confidencialidad que suele caracterizar al arbitraje como método de resolución de conflictos, en atención al interés público suscitado por el objeto litigioso y a la participación de una parte estatal.

En este contexto, importa anotar la pertinencia del Reglamento de la CNUDMI sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado<sup>40</sup> y la Convención de las Naciones Unidas sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado de 1 de abril de 2014. El recurso a este tratado se empieza a percibir entre los APPRI. Por ejemplo, en el marco del APPRI entre Australia y Uruguay (2019), el artículo 14.19 indica:

Toda controversia sometida a arbitraje conforme [...] se llevará a cabo en conformidad con el reglamento de la CNUDMI sobre Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco del Tratado de 1 de abril de 2014.

El *interés público* que suscitan las materias que discurren en el arbitraje de inversión —como los temas ambientales, sociales o relativos a adjudicaciones de contratos del Estado que llegan a una diferencia— entra en juego. En este contexto, la transparencia no es un tema menor. Sin embargo, puede haber circunstancias donde la confidencialidad tenga un peso específico como podría ser el caso, por ejemplo, de un arbitraje que demande discreción por estar implicada la seguridad nacional.<sup>41</sup>

Asimismo, es importante anotar que la transparencia demanda reafirmar algo tan básico como la publicidad de las leyes. En este sentido, por ejemplo, el APPRI entre Uruguay y Australia (2019) trasluce, en su artículo 6 (*Transparency of laws*), que la legislación debe ser pública y accesible:

<sup>40</sup> El artículo 1 del citado Reglamento prevé lo siguiente:

«1. El Reglamento de la CNUDMI sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado (“Reglamento sobre la Transparencia”) se aplicará a los arbitrajes entre inversionistas y Estados entablados, en virtud del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, de conformidad con un tratado que establezca la protección de las inversiones o los inversionistas (“el tratado”) celebrado el 1 de abril de 2014 o después de esa fecha, a menos que las partes en el tratado hayan acordado otra cosa.

2. Con respecto a los arbitrajes entre inversionistas y Estados entablados, en virtud del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, de conformidad con un tratado celebrado antes del 1 de abril de 2014, este Reglamento solamente se aplicará si:

a) las partes en un arbitraje (las “partes litigantes”) convienen en su aplicación respecto de ese arbitraje; o  
b) las partes en el tratado o, en el caso de un tratado multilateral, el Estado del demandante y el Estado demandado han convenido en su aplicación después del 1 de abril de 2014.

3. En todo arbitraje en que sea aplicable el Reglamento sobre la Transparencia de conformidad con un tratado o con un acuerdo concertado por las partes en ese tratado:

a) las partes litigantes no podrán apartarse de este Reglamento, ni mediante acuerdo ni de ningún otro modo, a menos que el tratado se lo permita;

b) el tribunal arbitral, al margen de las facultades discrecionales que le confieren algunas disposiciones de este Reglamento, estará facultado para adaptar los requisitos de cualquiera de sus disposiciones concretas a las circunstancias del caso, tras celebrar consultas con las partes litigantes, si esa adaptación resulta necesaria para que el arbitraje se lleve a cabo de una forma práctica y si es coherente con el objetivo de transparencia de este Reglamento.

<sup>41</sup> El Reglamento de la CNUDMI sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado, en su artículo 7.5 establece lo siguiente: «Nada de lo dispuesto en este Reglamento obligará al Estado demandado a poner a disposición del público información cuya divulgación considere contraria a sus intereses de seguridad esenciales».

Each Party shall, with a view to promoting the understanding of its laws, regulations and investment policies that pertain to or affect investments in its territory by investors of the other Party, make such laws public and readily accessible.

Parecería una cláusula lírica a simple lectura. Sin embargo, no lo es. Por el contrario, otros textos, como en Modelo de APPRI de Canadá,<sup>42</sup> prevén cláusulas que van en esta dirección. De lo que se trata, más bien, es de una manifestación de la asunción de la transparencia en el derecho internacional de las inversiones.

### 5.3. *La conciliación y la mediación*

Si bien el arbitraje es el mecanismo de solución de diferencias más conocido entre un inversor y un Estado, es necesario anotar que ni la mediación ni la conciliación deben ser postergadas en la enseñanza ni en el análisis de la solución de diferencias en el derecho internacional de las inversiones.

#### 5.3.1. *La conciliación*

El artículo 1 del Convenio CIADI, mediante el cual se creó el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, asume la pertinencia de la conciliación en los siguientes términos:

El Centro tendrá por objeto 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.<sup>43</sup>

Continuando con el marco del CIADI, en la web de esta organización internacional se identifica la conciliación como «un proceso de resolución de controversias cooperativo y no contencioso».<sup>44</sup> El Convenio CIADI dedica el capítulo III a la conciliación, la cual puede ser incoada tanto por el inversor como por el Estado, tras lo cual se procede a constituir una comisión conciliadora.

Cada comisión conciliadora intenta lograr la avenencia del inversor y el Estado en un caso concreto, teniendo esta un rol activo para hacer propuestas en torno a la solución de la diferencia y tanto el inversor como el Estado receptor de la inversión deben colaborar con la comisión conciliadora de buena fe.<sup>45</sup> El desarrollo de la conciliación no solo debe producirse dentro de la buena fe de las partes,

<sup>42</sup> El artículo 7.5 indica lo siguiente:

«1. Each Party shall ensure that its laws, regulations, procedures, and administrative rulings of general application respecting a matter covered by this Agreement are promptly published or otherwise made available in such a manner as to enable interested persons and the other Party to become acquainted with them.  
2. To the extent possible, each Party shall:  
(a) publish in advance any measure referred to in paragraph 1 that it proposes to adopt;  
(b) provide interested persons and the other Party a reasonable opportunity to comment on that proposed measure; and  
(c) allow reasonable time between publication of the measure referred to in paragraph 1 and the date on which investors of a Party must comply with the measure.»

<sup>43</sup> Téngase presente que, previamente, ya el Preámbulo de citado convenio ya reconoce la conciliación:

«Reconociendo que el consentimiento mutuo de las partes en someter dichas diferencias a conciliación o a arbitraje a través de dichos medios constituye un acuerdo obligatorio, lo que exige particularmente que se preste la debida consideración a las recomendaciones de los conciliadores y que se cumplan los laudos arbitrales;  
y Declarando que la mera ratificación, aceptación o aprobación de este Convenio por parte del Estado Contratante, no se reputará que constituye una obligación de someter ninguna diferencia determinada a conciliación o arbitraje, a no ser que medie el consentimiento de dicho Estado.»

<sup>44</sup> Ver <<https://icsid.worldbank.org/es/servicios/mediacion-conciliacion>>.

<sup>45</sup> El artículo 34 del Convenio CIADI) indica lo siguiente:

«1.La comisión deberá dilucidar los puntos controvertidos por las partes y esforzarse por lograr la avenencia entre ellas, en condiciones aceptables para ambas. A este fin, la Comisión podrá, en cualquier estado del procedimiento y tantas veces como sea oportuno, proponer a las partes fórmulas de avenencia. Las partes colaborarán de buena fe con la Comisión al objeto de posibilitarle el cumplimiento de sus fines y prestarán a sus recomendaciones, la máxima consideración.  
2. Si las partes llegaren a un acuerdo, la Comisión levantará un acta haciéndolo constar y anotando los puntos controvertidos. Si en cualquier estado del procedimiento la Comisión estima que no hay probabilidades de lograr un acuerdo entre las partes, declarará concluso el procedimiento y redactará un acta, haciendo constar que la controversia fue sometida a conciliación sin lograrse la avenencia. Si una parte no compareciere o no participe en el procedimiento, la Comisión lo hará constar así en el acta, declarando igualmente concluso el procedimiento.»

sino, igualmente, dentro de contextos que, a la larga, no hagan que la conciliación se convierta en un mecanismo a evitar. En este sentido, el artículo 35 del Convenio CIADI es interesante en tanto que establece lo siguiente:

Salvo que las partes acuerden otra cosa, ninguna de ellas podrá invocar, en cualquier otro procedimiento, ya sea arbitral o judicial o ante cualquier otra autoridad, las consideraciones, declaraciones, admisión de hechos u ofertas de avencencia, hechas por la otra parte dentro del procedimiento de conciliación, o el informe o las recomendaciones propuestas por la Comisión.

### 5.3.2. *La mediación*

Distinta a la conciliación, la mediación es otro mecanismo que no debe perderse de vista en el marco de la solución de diferencias.<sup>46</sup> Como se lee en la web del CIADI:

La mediación ofrece al arreglo de diferencias un enfoque impulsado por las partes. El rol del mediador consiste en facilitar las negociaciones de las partes, por ejemplo, ayudando a cada parte a identificar sus intereses, superar los obstáculos al arreglo de diferencias y desarrollar con las partes posibles opciones de acuerdo. La mediación es totalmente voluntaria y, por lo común, se basa en un acuerdo por escrito de mediación entre las partes contendientes.<sup>47</sup>

Los tratados internacionales la facilitan y/o la prevén. En este contexto, el documento *Overview of Investment Treaty Clauses on Mediation* del CIADI<sup>48</sup> aparece útil para distinguir cinco tipos de cláusulas de mediación entre los tratados internacionales, a saber:

- Las cláusulas con un periodo de solución amistosa y, potencialmente, una *simple dirección para buscar* un «arreglo amistoso» antes de acudir al arbitraje.
- Las cláusulas que *permiten* expresamente la mediación u otra solución amistosa específica de disputas como mecanismo previo al arbitraje.
- Las cláusulas que *fomentan* firmemente el uso de la mediación u otros mecanismos en el periodo de solución amistosa / «*cooling off*».
- Las cláusulas que *ordenan* la mediación u otros mecanismos amistosos de solución de disputas *antes del arbitraje*.
- Las cláusulas que permiten la mediación *en cualquier momento*.

<sup>46</sup> Interesantemente, el documento *Background Paper on Investment Mediation* (CIADI, 2021), permite diferenciar entre «conciliación» y «mediación». Dice lo siguiente: «Si bien los términos “conciliación” y “mediación” a veces se usan indistintamente (ver ejemplo, la Convención de Singapur o las Reglas de Mediación de la CNUDMI), diferencias significativas existen entre la conciliación y la mediación del CIADI. Las diferencias clave incluyen:

- 1) La mediación del CIADI está abierta a todos los Estados y es ampliamente accesible, sin limitaciones de nacionalidad o requisitos de membresía del CIADI;
- 2) La mediación del CIADI prevé el nombramiento de 1 mediador o 2 co-mediadores por acuerdo de las partes, siendo su defecto un mediador designado por acuerdo de partes. Por el contrario, la conciliación del CIADI prevé una comisión de conciliación de 3 miembros con cada parte nombrar un conciliador y el tercero, conciliador presidente designado por acuerdo; 3) no hay determinación jurisdiccional por parte del mediador y, por lo tanto, no hay objeción durante el proceso;
- 4) el papel de la comisión de conciliación es aclarar las cuestiones en disputa, mientras que el papel del mediador es únicamente ayudar a las partes a llegar a una solución de mutuo acuerdo;
- 5) el mediador no puede emitir ninguna recomendación sin el acuerdo de las partes;
- 6) el proceso de mediación es más informal; por ejemplo, el mediador no emite ninguna órdenes o decisiones y no hay “deliberaciones” en la mediación;
- 7) una parte de una mediación puede retirarse del proceso en cualquier momento, como “consentimiento continuo” se requiere durante todo el proceso de mediación». ICSID. *Background Paper Investment Mediation. July 2021*. Recuperado de <[https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/Background\\_Paper\\_on\\_Invment\\_Mediation.pdf](https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/Background_Paper_on_Invment_Mediation.pdf)>.

<sup>47</sup> <<https://icsid.worldbank.org/es/servicios/mediacion-conciliacion/proceso/mediacion-entre-inversionistas>>.

<sup>48</sup> Ver <[https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/Overview\\_Mediation\\_in\\_Treaties.pdf](https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/Overview_Mediation_in_Treaties.pdf)>.

Con relación al acuerdo al que se puede llegar a través de una mediación, es importante retener el papel de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación de 2018, conocida igualmente como la Convención de Singapur. En su artículo 3.1 establece que los Estados Parte de este tratado ordenarán «la ejecución de los acuerdos de transacción de conformidad con sus normas procesales y en las condiciones establecidas en la presente Convención».

## 6. EL CONSENTIMIENTO AL ARBITRAJE POR PARTE DEL ESTADO (A PROPÓSITO DE LA DIFERENTE REDACCIÓN DE LOS TRATADOS)

Como indican los juristas Benjamín Silva y Ricardo Padilla: «el consentimiento constituye la manera en que el Estado y el inversionista deciden y acuerdan someter una o más disputas a arbitraje internacional».

En lo que concierne al consentimiento del Estado, es aceptado que tal consentimiento puede darse a través de los tratados internacionales (como los APPRI), a través de un contrato o a través de la legislación estatal. En consecuencia, no existe una única modalidad de consentir.

En el marco de los tratados internacionales, el arbitraje de inversión no se impone *automáticamente* desplazando, siempre y desde un primer momento, a otros mecanismos de solución de diferencias. Para explicarnos mejor, expondremos algunos tratados bilaterales con diferentes maneras de aceptar el arbitraje de inversión por parte del Estado y, luego, expondremos en consentimiento del Estado en la Carta de la Energía. En estos tratados está presente la oportunidad de lograr a un acuerdo, como veremos. Debemos retener esto.

### 6.1. *La previsión de un acuerdo amistoso en el mismo acuerdo en el que el Estado da su consentimiento*

No es raro que el consentimiento del Estado al arbitraje en los tratados internacionales pueda estar supeditado a un intento de acuerdo amistoso.

Únicamente por poner un ejemplo de la consideración de un acuerdo amistoso en el marco del consentimiento del Estado al arbitraje, citaremos uno de tantos tratados: el APPRI entre España y Costa Rica (1997). Su artículo XI (dedicado a las controversias entre una parte contratante e inversores de la otra parte contratante) indica lo siguiente:

1. Toda controversia relativa a las inversiones que surja entre una de las Partes Contratantes y un inversor de la otra Parte Contratante respecto a cuestiones reguladas por el presente Acuerdo será notificada por escrito, incluyendo una información detallada, por el inversor a la Parte Contratante receptora de la inversión. En la medida de lo posible, las partes en controversia tratarán de arreglar estas diferencias mediante un acuerdo amistoso.
2. Si la controversia no pudiera ser resuelta de esta forma en un plazo de seis meses a contar desde la fecha de notificación escrita mencionada en el párrafo 1, el inversor podrá remitir la controversia:
  - a) a los Tribunales competentes de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión;
  - b) a un tribunal de arbitraje internacional de los que se citan a continuación:
    - i) al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) creado por el «Convenio sobre el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados», abierto a la firma en Washington el 18 de marzo de 1965, cuando cada Estado parte en el presente Acuerdo se haya adherido a aquél;

- ii) en caso de que una de las Partes Contratantes no fuera Estado Contratante del CIADI, la controversia se resolverá conforme al Mecanismo Complementario para la Administración de Procedimientos de Conciliación, Arbitraje y Comprobación de Hechos por la Secretaría del CIADI.
  - iii) a un tribunal de arbitraje ad hoc establecido de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Comercial Internacional (CNUDMI), cuando ninguna de las Partes Contratantes sea parte de CIADI.
3. Una vez que el inversor haya remitido la controversia a un tribunal arbitral, esta decisión será definitiva. Si el inversor hubiera sometido la controversia al tribunal competente de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión, éste podrá, asimismo, recurrir a los tribunales de arbitraje mencionados en el presente artículo, siempre y cuando dicho tribunal nacional no hubiera emitido sentencia. En este último caso el inversor deberá adoptar las medidas que se requieran a fin de desistir definitivamente de la instancia judicial en curso.

Evidentemente, la mediación ya anteriormente aludida cobra importancia.

## **6.2. *La posibilidad de encontrar tratados que prevean tribunales del Estado como vía antes de instar a un arbitraje consentido por el Estado***

El consentimiento del Estado al arbitraje puede estar dado de distintas maneras y en distintas redacciones y la mención a los tribunales del Estado no siempre es la misma, como veremos. En este sentido, el artículo 10 del APPRI entre Suiza y Uruguay puede servir para ilustrar el tema, si lo comparamos con el anteriormente expuesto APPRI entre España y Costa Rica.

El artículo 10 del APPRI entre Suiza y Uruguay (dedicado a las *controversias entre una parte contratante y un inversor de la otra parte contratante*) también prevé la solución amistosa (una «forma amigable»), pero impone someter la diferencia a un tribunal estatal, postergando el arbitraje al caso en el que el tribunal estatal no hubiera resuelto la diferencia en dieciocho meses. Concretamente, indica lo siguiente:

1. Las controversias que surgieren entre una Parte Contratante y un inversor de la otra Parte Contratante con relación a inversiones comprendidas en el presente Acuerdo se resolverán, en lo posible, en forma amigable entre las partes interesadas.
2. Si una controversia en el sentido previsto en el parágrafo (1) no pudiera ser resuelta en un plazo de seis meses a partir de la fecha en que fuera promovida, la misma será sometida, a solicitud de cualquiera de las partes involucradas en ella, a los Tribunales competentes de la Parte Contratante en cuyo territorio se ha realizado la inversión. Si dentro de un plazo de 18 (dieciocho) meses, contados desde el inicio del proceso legal, no se dictara sentencia, el inversor involucrado podrá recurrir a un Tribunal Arbitral que tendrá competencia para decidir la controversia en todos sus aspectos.
3. [...].

Nótese que hay semejanzas y diferencias entre los dos APPRI que hemos citado en este punto. En primer lugar, en ambos textos se menciona la posibilidad de un acuerdo de «forma amigable» o un «acuerdo amistoso» que evite un contencioso.

En segundo lugar, en el APPRI entre Suiza y Uruguay se indica que si no se llega a un acuerdo, entonces la diferencia se someterá a los tribunales del Estado receptor de la inversión. El APPRI entre España y Costa Rica no presenta este detalle, sino que más bien ofrece —tras la no llegada a un acuerdo— la *vía arbitral directamente* y sin necesidad de que el inversor deba acudir a los tribunales del Estado receptor de la inversión, siendo ésta una opción, mas no una imposición («el inversor podrá remitir la controversia», leemos en el APPRI entre España y Costa Rica). Entre el verbo *podrá* y el

verbo *será* hay una diferencia significativa («será sometida, a solicitud de cualquiera de las partes involucradas en ella, a los Tribunales competentes de la Parte Contratante en cuyo territorio se ha realizado la inversión» dice el APPRI entre Uruguay y Suiza).<sup>49</sup>

En tercer lugar, el consentimiento estatal dado en el marco del APPRI entre España y Costa Rica es un consentimiento para un arbitraje institucional y para un arbitraje *ad hoc*. Al prever una institución arbitral, este tratado alude al CIADI: tanto Costa Rica como España dan un consentimiento expreso en ello en el APPRI. A diferencia de este APPRI, en el APPRI entre Uruguay y Suiza se habla de un «Tribunal Arbitral que tendrá competencia para decidir» en abstracto.

### **6.3. *El consentimiento para reclamaciones por cuenta propia y en representación de una empresa***

Hay tratados que pueden presentar cláusulas contemplando el consentimiento en distintos contextos. Por ejemplo, en el ámbito del ALC entre Chile y México, el consentimiento es dado en, o para, dos contextos diferentes. Tal redacción no aparece en ninguno de los dos APPRI antes expuestos. En este sentido, el artículo 9-21 del citado ALC, dedicado al «sometimiento de la reclamación a arbitraje», establece lo siguiente:

1. Siempre que hayan transcurrido seis meses desde que tuvieron lugar los actos que motivan la reclamación y sujeto a lo dispuesto en los párrafos 2 o 3, un inversionista contendiente podrá someter la reclamación a arbitraje de acuerdo con:
  - a. el Convenio del CIADI, siempre que [...]
  - b. las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI [...]
  - c. las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI.
2. En el caso de una reclamación en conformidad con el artículo 9-17, el inversionista y la empresa, cuando sea una persona jurídica de su propiedad o que esté bajo su control directo o indirecto, no hayan sometido la misma reclamación ante un tribunal judicial o administrativo de la Parte contendiente.
3. En el caso de una reclamación en conformidad con el artículo 9-18, tanto dicho inversionista como la empresa que sea una persona jurídica de su propiedad o que esté bajo su control directo o indirecto, no hayan sometido la misma reclamación ante un tribunal judicial o administrativo de la Parte contendiente.
4. [...].

<sup>49</sup> Ver el laudo relativo a la jurisdicción del Tribunal arbitral constituido en el ámbito CIADI en el caso Philip Morris vs. Uruguay (ARB/10/07). En este laudo, notificado a las partes en 2 de julio de 2013 se desestima la pretensión de Uruguay, párrs. 40, 133, 143, y 148.

Para una lectura completa del consentimiento del Estado en este tratado, hemos de tener presente que el artículo 9-17 trata de la reclamación de un *inversor por cuenta propia*,<sup>50</sup> mientras que el artículo 9-18 trata de la reclamación en *representación de una empresa*.<sup>51</sup> Si vamos a tales artículos, encontraremos nuevas remisiones a otros preceptos de este tratado (que conciernen a empresas del Estado, y monopólios y empresas del Estado).<sup>52</sup>

#### 6.4. *El consentimiento en la Carta de la Energía*

El artículo 26 de la Carta de la Energía permite ver el consentimiento del Estado en un texto complejo. Se establecen unas remisiones a la «Parte III» de la misma Carta, dedicada a la «Promoción y protección de las inversiones» y en el marco de la cual se torna importante el artículo 10.1.<sup>53</sup> Asimismo, se establece un *anexo ID* y un *anexo AI* que puede matizar el consentimiento del Estado.

Centrados en el artículo 26, este establece lo siguiente:

1. En la medida de lo posible, se resolverán amigablemente las controversias entre una Parte Contratante y un inversor de otra Parte Contratante respecto al supuesto incumplimiento por parte de aquella de una obligación derivada de la Parte III relativa a una inversión de éste en el territorio de la primera.
2. Si dichas controversias no pueden resolverse con arreglo a lo dispuesto en el apartado 1 en un plazo de tres meses a partir de la fecha en la que cualquiera de las partes en conflicto hubiera solicitado una solución amigable, el inversor afectado podrá optar por someter una controversia para su solución:
  - a) Ante los Tribunales ordinarios o administrativos de la Parte Contratante implicada en la controversia, o

<sup>50</sup> El artículo 9-17, dedicado a las *reclamaciones de un inversionista por cuenta propia*, indica lo siguiente:

«1. De conformidad con esta sección un inversionista de una Parte podrá someter a arbitraje una reclamación en el sentido de que la otra Parte ha violado una obligación establecida en [...]»

2. Un inversionista no podrá presentar una reclamación si han transcurrido más de tres años a partir de la fecha en la cual tuvo conocimiento por primera vez o debió haber tenido conocimiento de la presunta violación, así como conocimiento de que sufrió pérdidas o daños.

<sup>51</sup> El artículo 9-18, dedicado a la *reclamación de un inversionista de una Parte, en representación de una empresa*, indica lo siguiente:

«1. Un inversionista de una Parte, en representación de una empresa de la otra Parte que sea una persona jurídica propiedad del inversionista o que esté bajo su control directo o indirecto, podrá someter a arbitraje de conformidad con esta sección, una reclamación en el sentido de que la otra Parte ha violado una obligación establecida en:

a) la sección B o el artículo 14-04(2) (Empresas del Estado); o  
b) el artículo 14-03(4)(a) (Monopólios y empresas del Estado), cuando el monopólio haya actuado de manera incompatible con las obligaciones de la Parte de conformidad con la sección B; y que la empresa ha sufrido pérdidas o daños en virtud de esa violación o a consecuencia de ella.

2. Un inversionista no podrá presentar una reclamación en representación de la empresa a la que se refiere el párrafo 1, si han transcurrido más de tres años a partir de la fecha en la cual la empresa tuvo conocimiento por primera vez, o debió tener conocimiento de la presunta violación, así como conocimiento de que sufrió pérdidas o daños.

3. Cuando un inversionista presente una reclamación de conformidad con este artículo y, de manera paralela el inversionista o un inversionista que no tenga el control de una empresa, presente una reclamación en los términos del artículo 9-17 como consecuencia de los mismos actos que dieron lugar a la presentación de una reclamación de acuerdo con este artículo, y dos o más reclamaciones se someten a arbitraje en los términos del artículo 9-21, el Tribunal establecido conforme al artículo 9-27, examinará conjuntamente dichas reclamaciones, salvo que el Tribunal determine que los intereses de una parte contendiente se verían perjudicados.

4. Una inversión no podrá presentar una reclamación conforme a esta sección.

<sup>52</sup> Al hilo de lo expuesto, ver el artículo 8.23 del Acuerdo Económico y Comercial Global (CETA) entre Canadá, por una parte, y la Unión Europea y sus Estados miembros. Este artículo, al tratar la presentación de una demanda, distingue entre la demanda presentada por un inversor en su propio nombre y la presentada en nombre de una empresa.

<sup>53</sup> El artículo 10.1 indica lo siguiente:

«De conformidad con las disposiciones del presente Tratado, las Partes Contratantes fomentarán y crearán condiciones estables, equitativas, favorables y transparentes para que los inversores de otras Partes Contratantes realicen inversiones en su territorio. Entre dichas condiciones se contará el compromiso de conceder, en todo momento, a las inversiones de los inversores de otras Partes Contratantes un trato justo y equitativo.

Estas inversiones gozarán, asimismo, de una protección y seguridad completas y ninguna Parte Contratante perjudicará, en modo alguno, mediante medidas exorbitantes o discriminatorias, la gestión, mantenimiento, uso, disfrute o liquidación de las mismas.

En ningún caso podrá concederse a estas inversiones un trato menos favorable que el exigido por el derecho internacional, incluidas las obligaciones en virtud de los tratados. Toda Parte Contratante cumplirá las obligaciones que haya contraído con los inversores o con las inversiones de los inversores de cualquier otra Parte Contratante».

- b) De acuerdo con un procedimiento de solución de controversias previamente acordado, o
- c) De acuerdo con los siguientes apartados del presente artículo.
  - 3. a) Salvo lo establecido en las letras b) y c), las Partes Contratantes consienten incondicionalmente en someter sus controversias a arbitraje o conciliación internacional, de conformidad con lo dispuesto en el presente artículo.
  - b) i) Las Partes Contratantes incluidas en el anexo ID no darán su consentimiento incondicional en el caso de que el inversor haya recurrido previamente a los procedimientos indicados en las letras a) o b) del apartado 2.
    - ii) En aras de una mayor transparencia, las Partes Contratantes incluidas en el anexo ID deben especificar por escrito a la Secretaría, no más tarde de la fecha en que se deposite su instrumento de ratificación, aceptación o aprobación con arreglo al artículo 39, sus políticas, prácticas y condiciones que se apliquen al respecto o depositará su instrumento de adhesión con arreglo al artículo 41.
  - c) Las Partes Contratantes incluidas en el anexo IA no darán su consentimiento incondicional con respecto a una controversia suscitada en torno a la última frase del apartado 1 del artículo 10.
- 4. En el caso de que un inversor opte por someter la controversia para su solución con arreglo a la letra c) del apartado 2, dicho inversor deberá, asimismo, presentar su consentimiento por escrito...
- 5. a) El consentimiento dado con arreglo al apartado 3, junto con el consentimiento escrito del inversor en relación con el apartado 4, se considerará que cumple lo prescrito para:
  - i) El consentimiento escrito de las Partes en una controversia, según el capítulo II del Convenio del CIADI y según las Normas del Mecanismo Adicional;
  - ii) El «acuerdo por escrito», según lo dispuesto en el artículo II del Convenio de las Naciones Unidas sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Extranjeras de Arbitraje, hecho en Nueva York, el 10 de junio de 1958 (en adelante denominado «Convenio de Nueva York»); y
  - iii) «Que las Parte en un contrato hayan acordado por escrito» para los fines del artículo 1 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI;
- b) Cualquier arbitraje que se lleve a cabo con arreglo al presente artículo tendrá lugar, a petición de cualquiera de las partes en la controversia, en un Estado que sea Parte en el Convenio de Nueva York. Se considerará que las demandas que se presenten a arbitraje con arreglo a este artículo se derivan de una relación o transacción comercial, conforme a lo dispuesto en el artículo 1 de dicho Convenio.

[...].

De todo lo expuesto en este punto podemos comprender que el consentimiento no es un tema baladí, sino que puede estar condicionado a diferentes factores. Incluso, cabe anotar que puede entrar en juego la aplicabilidad de la cláusula de la nación más favorecida (NMF), un tema que, en lo que concierne al consentimiento del Estado al arbitraje, no cuenta con la absoluta unanimidad de los expertos. El debate aparece sobre la mesa.

## 7. LA IRRUPCIÓN DEL DERECHO Y LA JURISPRUDENCIA DE LA UNIÓN EUROPEA EN EL DERECHO DE LAS INVERSIONES INTERNACIONALES

En el año 2009, la Unión Europea (UE) entró en el escenario del Derecho de las inversiones internacionales en atención a las competencias asumidas por el Tratado de Lisboa.

Posteriormente, al parecer, a la UE no le terminó de gustar el arbitraje de inversiones existente y comenzó a emitir una normativa y una jurisprudencia que incidía en los APPRI, los cuales empezaron a ser percibidos como incompatibles con el derecho de la UE.

En un intento de hacer una exposición lineal en el tiempo, anotaremos que el Reglamento (UE) 1219/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012 por el que se establecen disposiciones transitorias sobre los acuerdos bilaterales de inversión entre Estados miembros y terceros países, supuso una normativa importante, una incursión directa en el derecho de la inversiones internacionales, pues ya su primer considerando expone lo siguiente:

Después de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, las inversiones extranjeras directas figuran en la lista de materias que forman parte de la política comercial común. De acuerdo con el artículo 3, apartado 1, letra c), del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea («el TFUE»), la Unión Europea tiene competencia exclusiva en materia de política comercial común. Por consiguiente, solo la Unión puede legislar y adoptar actos jurídicamente vinculantes en este ámbito. Los Estados miembros solo pueden hacerlo si son facultados por la Unión [...].

Por su parte, el considerando 11 de este Reglamento ya avanzaba que los Estados miembros «deben adoptar las medidas necesarias para eliminar las posibles incompatibilidades con el Derecho de la Unión que contengan los acuerdos bilaterales de inversión celebrados entre ellos y terceros países».

Este Reglamento —cuya eficacia es directa para los Estados miembros— introdujo la necesidad de una autorización previa a los Estados de la UE para que estos puedan celebrar nuevos APPRI y/o para modificar los ya existentes, para lo cual estos Estados deberían notificar tales intenciones a la Comisión de la UE, la cual actualmente puede autorizar que se entablen negociaciones, intervenir en las mismas y, finalmente, autorizar la celebración de un APPRI tras las negociaciones.

Por su parte, el Reglamento (UE) 912/2014 del Parlamento y del Consejo de 23 de julio de 2014, por el que se establece un marco para gestionar la responsabilidad financiera relacionada con los tribunales de resolución de litigios entre inversores y Estados establecido por acuerdos internacionales en los que la Unión Europea sea parte —como se deduce de su propio nombre— se centró en el pago de indemnizaciones ante eventuales litigios. En su segundo considerando asume lo siguiente:

Los acuerdos que prevén la protección de las inversiones pueden incluir un mecanismo de resolución de litigios entre inversores y Estados que permita a un inversor de un tercer país formular una reclamación contra un Estado en el que haya realizado una inversión. La resolución de litigios entre inversores y Estados puede dar lugar a la concesión de indemnizaciones económicas. Además, en tales casos se incurrirá inevitablemente en costes importantes relacionados con la gestión del arbitraje y la defensa en un asunto.

El capítulo III del Reglamento (UE) 912/2014, dedicado al desarrollo de los litigios, legisla sobre diferentes aspectos.<sup>54</sup> En este contexto, en lo referido a la actuación de un Estado miembro de la UE en un procedimiento arbitral, el artículo 10 establece una serie de normas en virtud de las cuales cada Estado debería entregar a la Comisión de la UE los documentos pertinentes acerca de los procedimientos arbitrales en los que fuera parte e informarle sobre el mismo, así como consultarle sobre «cualquier cuestión de Derecho o cualquier otro elemento de interés para la Unión que se suscite en el marco del litigio y expuestos por la Comisión en un análisis escrito no vinculante facilitado al Estado miembro afectado», debiendo permitir también cada Estado «a los representantes de la Comisión, cuando esta lo solicite y a sus expensas, formar parte de la delegación que represente al Estado miembro».

<sup>54</sup> Aborda los siguientes temas: «Estatuto de la parte demandada» en un arbitraje, en referencia a los Estados de la UE que puedan ser demandados (artículo 9); sobre la «actuación de un Estado miembro en un procedimiento de arbitraje» (artículo 10); sobre la «actuación de la Unión en un procedimiento de arbitraje» (artículo 11) y sobre la «aceptación de la posible responsabilidad financiera por el Estado miembro afectado cuando la Unión sea la parte demandada» (artículo 12).

Por otro lado, otra normativa importante en la irrupción de la UE en el arbitraje de inversiones apareció con el Acuerdo para la terminación de los tratados bilaterales de inversión entre los Estados miembros de la Unión Europea de 29 de mayo de 2020, el cual se entiende como el fin del arbitraje inversor-Estado *intra* UE. Si bien el propio nombre del acuerdo es claro en lo que se refiere a su finalidad, importa citar que el «Preámbulo» estima lo siguiente:

[...] las cláusulas de arbitraje entre inversores y Estados en los tratados bilaterales de inversión entre Estados miembros de la Unión Europea (tratados bilaterales de inversión *intra* UE) son contrarias a los Tratados de la UE y, debido a esta incompatibilidad, no pueden aplicarse después de la fecha en que la última de las Partes en un tratado bilateral de inversión *intra* UE se haya convertido en Estado miembro de la Unión Europea.

Al hilo de lo expuesto, una decisión de la Comisión de la UE entendió —y estableció— que el cumplimiento de un laudo arbitral era una ayuda incompatible con el derecho de la UE. Concretamente, se refería a un laudo emitido desde un tribunal arbitral constituido en el ámbito del CIADI (Asunto Micula). La sentencia del Tribunal General de 18 de junio de 2019 se pronunció en contra de lo establecido en esta decisión de la Comisión de la UE (en nota al pie se reproduce literalmente la decisión, para ilustrar de la mejor manera el tema).<sup>55</sup> Sin embargo, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 25 de enero de 2022 anuló la citada sentencia de 2019 y confirmó la decisión de la Comisión. Resumidamente, se puede percibir que lo que en otra parte del planeta sería un laudo arbitral internacional, en el ámbito de la UE pasaría a ser la fuente de una *ayuda de Estado* incompatible con el mercado interior ¿Se está ordenando no cumplir un laudo arbitral?

<sup>55</sup> La Decisión (UE) 2015/1470 de la Comisión, de 30 de marzo de 2015, relativa a la ayuda estatal SA.38517 (2014/C) (ex 2014/NN) ejecutada por Rumanía Laudo arbitral Micula/Rumanía de 11 de diciembre de 2013, legisla de la siguiente manera:

Artículo 1:

«El pago de la indemnización concedida por el tribunal arbitral establecido bajo los auspicios del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) mediante laudo arbitral de 11 de diciembre de 2013 en el asunto no ARB/05/20 Micula y otros/Rumanía a la única unidad económica compuesta por Viorel Micula, Ioan Micula, S.C. European Food S.A., S.C. Starmill S.R.L., S.C. Multipack, European Drinks S.A., Rieni Dranks S.A., Scandic Distilleries S.A., Transilvania General Import-Export S.R.L. y West Leasing S.R.L. es constitutiva de ayuda estatal incompatible con el mercado interior con arreglo al artículo 107, apartado 1, del Tratado».

Artículo 2:

«1. Rumanía no abonará ninguna ayuda incompatible a la que se hace referencia en el artículo 1 y recuperará cualquier ayuda incompatible mencionada en el artículo 1 que ya haya sido abonada a cualquiera de las entidades que constituyen la única unidad económica beneficiaria de dicha ayuda en aplicación o ejecución parcial del laudo arbitral de 11 de diciembre de 2013, así como cualquier ayuda abonada a cualquiera de las entidades que constituyen la única unidad económica beneficiaria de dicha ayuda en aplicación posterior del laudo arbitral de 11 de diciembre de 2013 de la que la Comisión no tenga conocimiento o que sea abonada tras la fecha de la presente Decisión.

2. Viorel Micula, Ioan Micula, S.C. European Food S.A., S.C. Starmill S.R.L., S.C. Multipack, European Drinks S.A., Rieni Dranks S.A., Scandic Distilleries S.A., Transilvania General Import-Export S.R.L. y West Leasing S.R.L. serán responsables de manera solidaria de devolver la ayuda estatal recibida por cada uno de ellos.

3. Las cantidades pendientes de recuperación son aquellas resultantes de la aplicación o ejecución del laudo arbitral de 11 de diciembre de 2013 (capital principal e intereses).

4. Las cantidades pendientes de recuperación devengarán intereses desde la fecha en que se pusieron a disposición de los beneficiarios hasta la fecha de su recuperación efectiva.

5. Rumanía facilitará las fechas exactas en las que la ayuda proporcionada por el Estado fue puesta a disposición de los respectivos beneficiarios.

6. Los intereses se calcularán sobre una base compuesta de conformidad con el capítulo V del Reglamento (CE) no 794/2004 de la Comisión (102).

7. Rumanía garantizará que no se efectuará ningún pago adicional de la ayuda mencionada en el artículo 1 con efecto a partir de la fecha de adopción de la presente Decisión.

Artículo 3:

«1. La recuperación de la ayuda mencionada en el artículo 1 será inmediata y efectiva.

2. Rumanía garantizará la ejecución de la presente Decisión en el plazo de cuatro meses a partir de la fecha de su notificación».

Artículo 4:

«1. En el plazo de dos meses a partir de la notificación de la presente Decisión, Rumanía presentará la siguiente información:

- el importe total de la ayuda recibida por cada entidad mencionada en el artículo 1 de la presente Decisión;
- una descripción detallada de las medidas ya adoptadas y previstas para el cumplimiento de la presente Decisión;
- documentos que demuestren que se ha ordenado a los beneficiarios que reembolsen la ayuda.

2. Rumanía mantendrá informada a la Comisión del curso de las medidas nacionales adoptadas para la ejecución de la presente Decisión hasta la conclusión de la recuperación de la ayuda mencionada en el artículo 1. Presentará inmediatamente, a petición de la Comisión, información sobre las medidas ya adoptadas y previstas para el cumplimiento de la presente Decisión. También proporcionará información detallada sobre los importes de las ayudas y los intereses ya recuperados de los beneficiarios».

Artículo 5:

«El destinatario de la presente Decisión será Rumanía».

Anteriormente, otra sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) en el conocido caso Achmea, de 6 de marzo de 2018, había puesto ya sobre la mesa una suerte de desencuentro entre el derecho de la UE y el derecho internacional público. Asimismo, la reciente sentencia sobre el Asunto Komstroy de 2 de septiembre de 2021 no pasa desapercibida en tanto que se apreciaría que un arbitraje sobre la base de la Carta de la Energía no siempre sería válido para la solución de diferencias, aun cuando los laudos emitidos en su razón sean obligatorios de acuerdo con el artículo 26.8 de la Carta de la Energía.<sup>56</sup>

A la luz de lo expuesto, se llega a un escenario que era quizás impredecible entre los *practitioner* de décadas atrás, pero —sea como fuere— el rigor académico no permite eludir el tema a la hora de abordar el derecho de las inversiones internacionales, en tanto que se ha generado un escenario jurídico en el cual el ordenamiento de una organización internacional como la UE y el derecho internacional de las inversiones entran en contradicción.<sup>57</sup>

En efecto, si bien hay juristas de prestigio en el derecho de la UE que consideran que la apuesta de la UE por la superación de un derecho internacional de las inversiones basado en la bilateralidad no debe ser visto como algo negativo (sobre todo si se piensa en un mecanismo multilateral de solución de diferencias entre inversores y Estados, comentan), el mismo rigor académico que no permite omitir la irrupción del derecho de la UE en el derecho internacional de las inversiones nos plantea ahora interrogantes a la luz del derecho internacional público. En este contexto, la obligatoriedad de los laudos arbitrales<sup>58</sup> es un tema que aparece sobre la mesa si tenemos presente algunos aspectos de derecho internacional público como, por ejemplo, que el derecho internacional habilita a los Estados a ejercer la protección diplomática ante el incumplimiento del laudo de un tribunal arbitral. En esta línea, es ilustrativo el artículo 27.1 del Convenio CIADI en tanto proscribe la protección diplomática en favor del arbitraje, al mismo tiempo que la permite como un caso excepcional. Concretamente, indica lo siguiente:

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.

Ante el desacato del laudo arbitral previsto en el citado artículo, el Estado de la nacionalidad del inversor podría ejercer la protección diplomática. Uno de los modos de ejercerla es acudir a la Corte Internacional de Justicia (CIJ).<sup>59</sup> En el supuesto de que un Estado de la nacionalidad del inversor pueda acudir a la CIJ demandando al Estado que no acate un laudo, una pregunta cae por sí misma: ¿qué argumentos se podrían dar ante una instancia como la CIJ para justificar el desacato de la ejecución de un laudo? A la luz de las circunstancias que eximen de la responsabilidad internacional, nos parece difícil encontrar, a voz de pronto, una eximente adecuada —al menos hoy por hoy—, y si eso es así, tampoco podemos evitar preguntarnos si es que desde las organizaciones internacionales se puede promover o imponer que los Estados comentan hechos internacionalmente ilícitos al incitar, u obligar, a no cumplir laudos arbitrales emitidos al amparo de otra organización internacional o de un tratado multilateral preexistente. En todo caso, conviene recordar que el ejercicio de la protección

<sup>56</sup> El cual indica lo siguiente: «Los laudos arbitrales, que pueden incluir laudos de intereses, serán firmes y vinculantes para las partes en litigio [...] Las Partes Contratantes deberán ejecutar sin demora los laudos, y adoptar las medidas necesarias para que se imponga el efectivo cumplimiento de estos en su territorio».

<sup>57</sup> Ver: IGLESIAS, A. y RUEDA, J. A. «La protección de las inversiones exteriores a y desde España: nuevos reveses en el ámbito intracomunitario». En *Annuario de Arbitraje* 2022. Navarra: Aranzadi, 2022.

<sup>58</sup> En el ámbito CIADI, el artículo 54.1 del Convenio CIADI reconoce el grado de *sentencia firme* a los laudos, en los siguientes términos: «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 se tratara 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».

<sup>59</sup> El artículo 36.1 de su Estatuto establece lo siguiente: «La competencia de la Corte se extiende a todos los litigios que las partes le sometan y a todos los asuntos especialmente previstos en la Carta de las Naciones Unidas o en los tratados y convenciones vigentes».

diplomática aparece como una discrecionalidad del Estado que puede ejercerla y, en este escenario, es difícil olvidar que el factor político estaría siempre presente a la hora de decidir ejercerla o no.

Sea cual fuere la opinión de unos u otros juristas sobre el tema, la irrupción del derecho de la UE es una novedad en el ámbito del derecho de las inversiones internacionales en un mundo cambiante, pues este tema estaba ausente hace poco más de una década y hoy es ineludible al analizar el derecho internacional de las inversiones, el cual como objeto de estudio no es estático. En este contexto, cabe anotar que el rigor académico —tan presente en la universidad y tan necesario en las distintas disciplinas jurídicas— siempre invita a cuestionarlo todo. Y, antes y después de todo en el derecho internacional de las inversiones, la *necesidad de mantener un alto rigor en el análisis* siempre tendrá consenso entre la comunidad jurídica, aun cuando unos y otros juristas tengan diferentes puntos de vista alrededor de la multiplicidad de temas, laudos y textos que han venido apareciendo.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOIE, B. «Labour related provisions in international investment agreements». En *Employment Sector, Employment Working Paper*, 2012, n.º 126.

CHAKRABORTY, A y RISHI, R. «Are Investments in Cryptocurrencies Protected under the BIT regime?». En: *Georgetown Law*, 25 de marzo de 2022. Recuperado de <<https://www.law.georgetown.edu/transnational-business-center/blog/are-investments-in-cryptocurrencies-protected-under-the-bit-regime/>>.

CHAKRAVATY, A. «Challenges to the Assessment of Damages Claims Involving Crypto-Assets in Investment Arbitration». En *De Gruyter*, 5 de julio de 2020. Recuperado de <<https://www.degruyter.com/document/doi/10.1515/gj-2019-0044/html>>.

COMELLAS, M. «Las sanciones económicas en el marco de las Naciones Unidas». En COLLANTES J. L (director). *Derecho internacional económico y de las inversiones internacionales*. Biblioteca de Arbitraje, Lima: Palestra, 2009.

DUGGAL, K y DIAMOND, N. «Model Investment Agreements and Human Rights: What Can We Learn from Recent Efforts?». En *Columbia Journal of Transnational Law*, 2021. Recuperado de <<https://www.jtl.columbia.edu/bulletin-blog/model-investment-agreements-and-human-rights-what-can-we-learn-from-recent-efforts>>.

GALLEGOS, J. «La expansión del sistema arbitral CIADI: desde el asunto solitario Holiday Inns c/Marruecos en el tribunal constituido en 1972 hasta nuestros días». En COLLANTES, J. L. (coordinador). *Estudios de arbitraje internacional (entre la práctica arbitral y la investigación científica)*. Lima: Thomson Reuters, 2015, vol. 31 de la Biblioteca de Arbitraje.

GILDEMEISTER, A. *L'arbitrage des différends fiscaux en droit international des investissements*. París: LGDJ, 2013.

ICSID. *Background Paper Investment Mediation. July 2021*. Recuperado de <[https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/Background\\_Paper\\_on\\_Investment\\_Mediation.pdf](https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/Background_Paper_on_Investment_Mediation.pdf)>.

IGLESIAS, A. y RUEDA, J. A. «La protección de las inversiones exteriores a y desde España: nuevos revéses en el ámbito intracomunitario». En *Anuario de Arbitraje* 2022. Navarra: Aranzadi, 2022.

KLOPSCHINSKI, C. et al. *The Protection of Intellectual Property Rights under International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press 2021.

KUBE, V. y PETERSMANN, E. «Human Rights Law in International Investment Arbitration». En GATTINI, A. *et al. General Principles of Law and International Investment Arbitration*. Leiden, Boston: Brill Nijhoff, 2018.

MARIAN, C. *The State's Power to Tax in the Investment Arbitration of Energy Disputes*. Wolters Kluwer International, 2020.

RIEGLER, S. «Applicable Law in Investment Treaty Arbitration». En *Global Arbitration Review*, 14 de enero de 2022. Recuperado de <<https://globalarbitrationreview.com/guide/the-guide-investment-treaty-protection-and-enforcement/first-edition/article/applicable-law-in-investment-treaty-arbitration>>.

RIGO SUREDA, Andrés «Inversión». En *Enciclopedia del arbitraje, Segunda Parte*. Lima: Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, 2018, vol. 48.

ROWLEY, J. William F.; REISMAN, W. Michael; VEEDER, V. V. (The Tribunal). *In the matter of an international arbitration under Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement and the UNCITRAL Arbitration rules between: Methanex Corporation Claimant/Investor and United States Of America Respondent/NAFTA Party. Final award of the tribunal on jurisdiction and merits*. 3 de agosto de 2005. Recuperado de <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0529.pdf>>.

YU, P. «The Investment-Related Aspects of Intellectual Property Rights». En *American University Law Review*, 2017. Recuperado de <<https://scholarship.law.tamu.edu/facscholar/999>>.

## CAPÍTULO 2

### ORIGEN Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO INTERNACIONAL DE PROTECCIÓN DE INVERSIONES

*Borja Álvarez Sanz*<sup>\*</sup>  
*Ana Isabel Fernández Alonso*<sup>\*\*</sup>

**Sumario:** 1. Introducción.— 2. Antecedentes remotos en materia de protección internacional de sujetos y bienes extranjeros.— a. Normas de origen consuetudinario: derecho de protección diplomática y estándar mínimo de trato.— b. Tratados internacionales de amistad, comercio y navegación.— c. Convención Drago-Porter de 1907.— d. Fenómenos «reactivos»: doctrina Calvo, Revolución rusa y nacionalización mexicana.— e. Primeras decisiones jurisprudenciales (comisiones mixtas y tribunales y PCIJ).— 3. Surgimiento del derecho internacional de protección de inversiones (segunda mitad del siglo XX).— a. Progresivo reconocimiento de un sujeto sui generis de derecho internacional: evolución desde el «nuevo orden económico internacional» al Consenso de Washington.— b. IIA de Primera Generación (1950 en adelante).— c. Primeros desarrollos de la vía multilateral.— 4. Tres notas distintivas sobre el derecho internacional de protección de inversiones.— a. Composición descentralizada.— b. Desarrollo orgánico y evolutivo.— c. Una disciplina que es fruto de (i) una cierta estabilidad de sus elementos fundamentales y (ii) el dinamismo de sus contornos.

#### 1. INTRODUCCIÓN

La tensión existente entre, por un lado, la seguridad jurídica e intereses del Estado de la nacionalidad de un inversor; y, por otro, la afirmación de la soberanía regulatoria del Estado anfitrión ha sido una constante a lo largo de la historia. Esta tensión explica y condiciona la evolución del sistema moderno de protección de las inversiones extranjeras.

Solo a través de un análisis de los diferentes acontecimientos históricos y tesis que subyacen a dicha tensión es posible entender el crisol que hoy conforma esta disciplina. En gran medida, la falta de consenso y relativa inestabilidad del orden geopolítico mundial se ven reflejados en los cambios que el sistema de protección de inversiones extranjeras ha experimentado en cada época, y en su resistencia por ofrecer un instrumento firme, útil y duradero.

Este capítulo explora los antecedentes históricos en materia de protección internacional de inversiones, los cuales se remontan al desarrollo del derecho de protección diplomática y su —no siempre excluyente— relación con el uso de la fuerza, así como a los esfuerzos normativos y jurisprudenciales que rodearon ambos fenómenos y que explican sus actuales características.

#### 2. ANTECEDENTES REMOTOS EN MATERIA DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE SUJETOS Y BIENES EXTRANJEROS

Este primer apartado analiza (i) el origen y base doctrinal del derecho de protección diplomática y el consecuente desarrollo de un estándar mínimo de trato; (ii) la cristalización normativa de este último

---

\* LL.M., New York University/Cuatrecasas.

\*\* Sciences Po/Cuatrecasas.

en los tratados internacionales de amistad, comercio y navegación, precursores de los tratados de inversión; (iii) el consecuente choque ideológico y las diferentes teorías a las que ello dio pie; y (iv) las primeras decisiones jurisprudenciales al respecto.

*a. Normas de origen consuetudinario: derecho de protección diplomática y estándar mínimo de trato*

El ejercicio de la protección diplomática tiene su antecedente histórico remoto en las denominadas «cartas de marca y represalia» de origen medieval.<sup>1</sup> Se trataba de licencias concedidas por el rey o príncipe del Estado de origen a un nacional cuando este sufría un perjuicio en otro Estado, legitimándolo para que tomase la justicia por su mano.<sup>2</sup> Su uso decayó a partir del siglo XVI con la aparición del Estado moderno y el triunfo del mercantilismo,<sup>3</sup> dado que uno de sus efectos fue la consideración de las pérdidas de un individuo o comerciante en el extranjero como un perjuicio para el Estado.<sup>4</sup>

Durante los siglos XVIII y XIX, en un contexto histórico marcado por el colonialismo e imperialismo económico, se desarrolló esta institución de derecho internacional, dando lugar a la noción que hoy en día se conoce como protección diplomática. En 1758 el jurista suizo Emmerich de Vattel en su obra *Derecho de gentes* sentó su base doctrinal: un perjuicio para el nacional de un Estado o su propiedad en el extranjero acarrea un perjuicio indirecto para el propio Estado de origen, lo que faculta y legitima a este último para prestar amparo estatal y económico y entablar acciones en el plano internacional para procurar la reparación de los daños y perjuicios que sufran sus súbditos fuera de sus fronteras.<sup>5</sup>

Este principio se configuró como un elemento central en las relaciones entre los Estados Unidos de América y Europa occidental, por un lado; y, principalmente, los Estados latinoamericanos, por otro. La participación de los nacionales de las potencias occidentales en la explotación de los recursos naturales y el desarrollo industrial en el extranjero dio lugar a innumerables fricciones.<sup>6</sup> En ese contexto, resultó relativamente frecuente que aquellos ciudadanos que se vieron envueltos en ese tipo de situaciones en el exterior, solicitaran la protección del Estado de su nacionalidad y que este la otorgase interviniendo a su favor ante el Estado anfitrión.<sup>7</sup>

Sin ánimo de realizar un análisis exhaustivo y, dada su influencia en la configuración del derecho internacional de inversiones, cabe recordar que el derecho consuetudinario exige tres elementos para que prospere la acción de protección diplomática: (i) que la persona que sufre el perjuicio tenga la nacionalidad del Estado que le otorga la protección o que «patrocina» su reclamación; (ii) que se agoten los recursos internos que, de acuerdo con cada sistema jurídico, procedan contra el hecho dañoso en el Estado anfitrión correspondiente;<sup>8</sup> y (iii) que el afectado haya actuado de manera transparente y no se haya visto involucrado en conductas que pudieran justificar la actuación del Estado contra sus derechos como extranjero, es decir, que haya actuado con «manos limpias» (o como se conoce dicho principio en inglés, *with clean hands*).<sup>9</sup>

Junto a ello, es importante tener presente que no cualquier perjuicio legitima la intervención de un Estado en los asuntos internos de otro. Es necesario que se haya producido un incumplimiento de las normas más básicas de protección que protegen a los nacionales extranjeros (y/o a su propiedad) en el Estado anfitrión. Por ejemplo, la denegación del acceso a la justicia, supuesto que actualmente

<sup>1</sup> VERZIJL, Jan H. W. *International Law in Historical Perspective: Nationality and Other Matters Relating to Individuals*. Brill, 1972, p. 275.

<sup>2</sup> En este sentido, ver los minutos 4:24 a 29:16 del siguiente video de la Cámara de Comercio de Bogotá en colaboración con el CIADI: <https://www.youtube.com/watch?v=DelXFdZYXms>

<sup>3</sup> LILLICH, Richard B. *The Human Rights of Aliens in Contemporary International Law*. Manchester University Press, 1984, pp. 8 y 9.

<sup>4</sup> DUGARD, John. «Artículos sobre protección diplomática». *United Nations Audiovisual Library of International Law*, 2013, p. 1.

<sup>5</sup> DE VATTEL, Emer. «The Law of Nations», *Classics of International Law*, 1797, Libro II, Capítulo VI, en especial, p. 136.

<sup>6</sup> DUGARD, John. *Op. cit.*, p. 1.

<sup>7</sup> ORTEGA VELÁZQUEZ, Elisa. *Op. cit.*, p. 2.

<sup>8</sup> NEWCOMBE, Andrew y Lluís PARADELL. *Law and Practice of Investment Treaties Standards of Treatment*. Kluwer Law International, 2009, pp. 6-8.

<sup>9</sup> En este sentido, ver los minutos 4:24 a 29:16 del siguiente video de la Cámara de Comercio de Bogotá en colaboración con el CIADI: <https://www.youtube.com/watch?v=DelXFdZYXms>

está comprendido en el principio de trato justo y equitativo (o como se conoce dicho principio en inglés, *fair and equitable principle*).<sup>10</sup> Es decir, la protección diplomática presupone la obligación del Estado anfitrión de otorgar al extranjero lo que en derecho consuetudinario se conoce como «estándar mínimo de trato».<sup>11</sup>

#### *b. Tratados internacionales de amistad, comercio y navegación*

El estándar mínimo de trato cristalizó en los denominados tratados internacionales de amistad, comercio y navegación, precursores de los tratados de inversión.<sup>12</sup> Dichos textos perseguían normativizar estándares de trato y, con ello, evitar recurrir a la fuerza o a medios coercitivos en las relaciones entre Estados y abandonar con ello la práctica que ha sido gráficamente denominada como «diplomacia de las cañoneras» (en inglés, *gunboat diplomacy*). A tal fin (y entre otros objetivos), los tratados de amistad, comercio y navegación incluían disposiciones tendentes a la protección de la propiedad de titularidad extranjera.<sup>13</sup>

Con todo, no podemos dejar de advertir que la red de tratados internacionales vigente durante el siglo XIX protegía la propiedad extranjera por referencia o remisión a las leyes internas del Estado anfitrión. Es decir, no recogían un derecho o estándar internacional autónomo que dispensara la protección en cuestión.<sup>14</sup> Ejemplo de ello es el tratado suscrito por Suiza y Estados Unidos en 1850, cuyo artículo 2(3) contemplaba la igualdad de los ciudadanos de los dos países en caso de expropiación por utilidad pública.<sup>15</sup> Se ha afirmado que esa remisión a las protecciones propias del derecho doméstico parte de la asunción de que la ampliación del régimen nacional de protección ofrecerá garantías suficientes para el inversor extranjero.<sup>16</sup>

Asimismo, en virtud de dichos tratados, se establecieron comisiones *ad hoc* y tribunales de arbitraje para resolver reclamaciones específicas en relación, principalmente, con el trato de un Estado anfitrión a los ciudadanos extranjeros y a sus bienes. Como ejemplo de ello, cabe citar el tratado de amistad comercio y navegación suscrito por Gran Bretaña y Estados Unidos en 1794, a través del cual se estableció una comisión para decidir sobre las reclamaciones relativas al trato de los nacionales británicos y estadounidenses durante y después de la Revolución Americana.<sup>17</sup>

La práctica de los Estados y las decisiones de estas comisiones y tribunales conformaron una incipiente jurisprudencia sobre la responsabilidad del Estado por los daños causados a los extranjeros. Sin embargo, el sistema se basaba en el modelo de protección diplomática, lo que significa que en los correspondientes procesos se ventilaba el derecho del Estado de la nacionalidad (el cual era *parte* del procedimiento), y no un derecho cuya titularidad ostentaran los individuos afectados.<sup>18</sup>

#### *c. Convención Drago-Porter de 1907*

Durante el siglo XIX y principios del XX, no era infrecuente que el ejercicio de la protección diplomática fuera acompañado de la amenaza o el uso de la fuerza. Recordemos que, hasta 1945 con la firma de la Carta de las Naciones Unidas (en concreto, de su artículo 2.4), el uso de la fuerza en el

<sup>10</sup> ÁLVAREZ, Borja y Anastasiya UGALE (ed.). *Minimum Standard of Treatment (MST)*. Jus Mundi, 2020. Disponible en: <https://jusmundi.com/en/document/wiki/en-minimum-standard-of-treatment-mst>

<sup>11</sup> COTULA, Lorenzo. «Democracy and International Investment Law». *Leiden Journal of International Law*, 2017, n.º 30, pp. 351-382. En el mismo sentido, DOLZER, Rudolf y Christoph SCHREUER. *Principles of International Investment Law*. Oxford University Press, 2012, pp. 1-5.

<sup>12</sup> VANDEVELDE, Kenneth J. «The Bilateral Investment Treaty Program of the United States». *Cornell International Law Journal*, 1998, n.º 21.

<sup>13</sup> LAIRD, Ian; Giovanna GISMONDI y Borzu SABAH. «International Investment Law and Arbitration: History, Modern Practice, and Future Prospects». *International Investment Law and Arbitration* 1.1, 2017, pp. 18-20.

<sup>14</sup> DOLZER, Rudolf y Christoph SCHREUER. *Op. cit.*, p. 1.

<sup>15</sup> WILSON, Robert R. *United States Commercial Treaties and International Law*. The Hauser Press, 1960.

<sup>16</sup> DOLZER, Rudolf y Christoph SCHREUER. *Op. cit.*, p. 1.

<sup>17</sup> *Ibid.*

<sup>18</sup> LAIRD, Ian, Giovanna GISMONDI, y Borzu SABAH. *Op. cit.*, pp. 18-20.

ejercicio de la protección diplomática no resultaba incompatible con el derecho internacional.<sup>19</sup> En consecuencia, ciertas potencias europeas recurrieron en ocasiones a medios coercitivos para respaldar y hacer cumplir sus reclamaciones de protección diplomática.

Ello provocó un fuerte rechazo por parte de los Estados latinoamericanos a la protección diplomática, especialmente, en sus formas más intervencionistas. Dicha oposición se consolidó tras el bloqueo naval impuesto a Venezuela, a finales de 1902, por parte de Reino Unido, Alemania e Italia quienes reclamaban la satisfacción de la deuda contraída por mandatarios venezolanos anteriores, deuda externa que el recién nombrado presidente J. Cipriano Castro rehusaba liquidar.<sup>20</sup>

En relación con dicho bloqueo, el presidente T. Roosevelt de los Estados Unidos de América se pronunció negando la aplicación de la doctrina Monroe (sintetizada frecuentemente a través del conocido aforismo, «América para los americanos») en defensa de Venezuela alegando que dicha doctrina debía aplicarse únicamente frente a intervenciones realizadas por las potencias europeas en territorios americanos para su recuperación o colonización.<sup>21</sup>

Fue, precisamente, en respuesta a los Estados Unidos de América que el Ministro de Asuntos Exteriores de la República Argentina, Luis María Drago, emitió su conocida nota abogando por que la deuda pública de los Estados latinoamericanos no debía dar lugar a un derecho de intervención armada de potencias extranjeras.<sup>22</sup> Ello condujo, en último término, al fin de las hostilidades bajo la presión del país norteamericano y la invocación venezolana de la doctrina Drago que se incorporó a la «Convención sobre la prohibición del uso de la fuerza para el cobro de las deudas contractuales», que fue adoptada en la Segunda Conferencia de Paz de La Haya de 1907, también denominada Convención Drago-Porter (versión modificada por el diplomático norteamericano Horace Porter).<sup>23</sup>

La Convención Drago-Porter proclamaba en su artículo I que «las potencias contratantes convienen en no recurrir a la fuerza armada para el cobro de deudas contractuales reclamadas al Gobierno de un país por el Gobierno de otro, como debidas a nacionales suyos». No obstante, a continuación, establece como excepción que «el Estado deudor rehúse o deje sin respuesta una proposición de arbitraje, o en caso de aceptación, haga imposible la celebración del compromiso o, después del arbitraje, no se conforme con la sentencia dictada».<sup>24</sup>

En consecuencia, el arbitraje se vio refrendado como alternativa al uso de la fuerza en apoyo del ejercicio de la protección diplomática.

#### *d. Fenómenos «reactivos»: doctrina Calvo, Revolución rusa y nacionalización mexicana*

También en respuesta a la teoría del estándar mínimo de trato y al ejercicio —y marcado carácter coercitivo— de la protección diplomática, el jurista argentino Carlos Calvo ideó a mediados del siglo XIX, lo que más tarde fue conocido como la doctrina Calvo.

En concreto, Carlos Calvo desarrolló en su libro *Derecho internacional teórico y práctico* (1896) la tesis de que los Estados no son responsables por las pérdidas causadas a los extranjeros por insurrecciones armadas, guerras civiles o alteraciones del orden público. Según la doctrina Calvo, debe prevalecer una igualdad de trato entre los nacionales de un Estado y los extranjeros, debiendo someterse ambos —y este es el elemento central de la doctrina— a las normas y sistemas de protección que existan en el Estado anfitrión. Como derivada de esta tesis, se extendió el uso convencional de la denominada «cláusula Calvo», a través de la cual el inversor extranjero renunciaba expresamente a la posibilidad de

<sup>19</sup> *Ibid.*, pp. 9-10.

<sup>20</sup> NEWCOMBE, Andrew y Lluís PARADELL. *Op. cit.*, pp. 9 y 10.

<sup>21</sup> BORCHARD, Edwin. *Limitations on Coercive Protection*. AJII, 1927, n.º 303.

<sup>22</sup> ROOT, Elihu. «The Basis of Protection to Citizens Residing Abroad». *American Journal of International Law*, n.º 4, pp. 517-519.

<sup>23</sup> *Ibid.*

<sup>24</sup> *Hague Convention ii of 1907 Respecting the Limitations of the Employment of Force for the Recovery of Contract Debts*, 18 oct. 1907 [Drago-Porter Convention], 1907, art. 1.

instar cualquier reclamación de daños y perjuicios en el momento de formalizar una relación contractual con un Estado.<sup>25</sup>

El objetivo de la teoría Calvo fue preservar la soberanía de los Estados receptores de inversión extranjera ante presiones e injerencias en sus asuntos internos procedentes de los países de origen de tales inversores. Frente a la tesis tradicional que se limitaba a considerar que el Estado anfitrión era responsable de la debilidad de la organización estatal y de la incapacidad para mantener el orden público, por lo que este debía resarcir los daños sufridos, en consecuencia, por los ciudadanos extranjeros, la doctrina Calvo enfatizaba que esa situación restringía (e incluso perpetuaba) una situación de privilegio y desigualdad de los extranjeros frente a los propios ciudadanos nacionales.<sup>26</sup>

Ciertamente, a principios del siglo XX, la doctrina Calvo perdió parte de su justificación con la adopción de la Convención Drago-Porter. La posición dominante pasó a ser que los Estados estaban obligados por las normas del derecho internacional, separadas e independientes del derecho nacional de los Estados receptores de inversión.<sup>27</sup> Con todo, tras la Revolución rusa de 1917 se hizo presente nuevamente esta doctrina en el contexto de masivas expropiaciones llevadas a cabo por la Unión Soviética, quien las justificó amparándose en el trato nacional, pues las expropiaciones se llevaron a cabo frente a nacionales y extranjeros sin reconocimiento de derecho a compensación. Uno de los exponentes de dicha controversia fue el arbitraje de Lena Goldfields de 1930, en el que el tribunal exigió a la Unión Soviética el pago de una indemnización al demandante extranjero, basándose en el concepto de enriquecimiento injusto.<sup>28</sup>

En las décadas siguientes, México se hizo igualmente eco de la doctrina Calvo tras la nacionalización de intereses estadounidenses en el negocio agrario y petrolero mexicano, que se produjo en 1938. Esta disputa dio lugar a un intercambio diplomático en el que el Secretario de Estado de los Estados Unidos de América, Cordell Hull, escribió una famosa carta a su homólogo mexicano. En esta carta explicaba que las normas del derecho internacional permitían la expropiación de propiedades extranjeras, pero exigían una compensación rápida, adecuada y efectiva, lo que se conoce como «cláusula Hull» (*prompt, adequate and effective compensation*), actualmente presente en una gran parte de los tratados de protección de inversiones. En respuesta al Secretario de Estado, Hull, el Ministro de Asuntos Exteriores de México invocó la doctrina Calvo.<sup>29</sup> La posición mexicana presagió los duros conflictos que tuvieron lugar entre los países industrializados y los países en vías de desarrollo en las décadas posteriores a la descolonización.

#### e. *Primeras decisiones jurisprudenciales (comisiones mixtas, tribunales y PCIJ)*

Los conflictos mencionados pusieron de relieve la importancia del desarrollo de medios pacíficos de resolución de conflictos, incluido el recurso a los mecanismos de arbitraje internacional. Dichos mecanismos, enfocados —en un principio— en resolver exclusivamente las disputas entre Estados, evolucionaron para dar respuesta a las disputas que surgían de las relaciones entre particulares (personas físicas y jurídicas) nacionales de un Estado y el Estado receptor o anfitrión de la inversión, lo que se justificó, además, en los estrechos límites de la vía de la protección diplomática.

Con base en los tratados de amistad, comercio y negociación, los Estados empezaron a constituir las conocidas como «comisiones de reclamaciones mixtas», a las que cabía presentar reclamaciones tanto por parte de los Estados contratantes (entre sí), como por parte de los nacionales de estos.<sup>30</sup> Estas comisiones contemplaban, incluso, la presentación masiva de reclamaciones de particulares. Sin

<sup>25</sup> CREMDES, Bernardo M. «Disputes Arising Out of Foreign Direct Investment in Latin America: A New Look at the Calvo Doctrine and Other Jurisdictional Issues», 7 *BLI*, pp. 53-44.

<sup>26</sup> *Ibid.*

<sup>27</sup> LAIRD, Ian, Giovanna GISMONTI y Borzu SABAH. *Op. cit.*, pp. 13-14.

<sup>28</sup> VEEDER, John van Vechten. «The Lena Goldfields Arbitration: The Historical Roots of Three Ideas». *International and Comparative Law Quarterly*, nº 47/718, 1998.

<sup>29</sup> DOLZER, Rudolf y Christoph SCHREUER. *Op. cit.*, pp. 3-4.

<sup>30</sup> DOLZER, Rudolf y Christoph SCHREUER. *Op. cit.*, p. 3.

embargo, en esta etapa, la regla convencional imperante continuaba siendo la de que los particulares no gozaban de legitimación directa para accionar contra el Estado receptor de la inversión. La excepción la encontramos en ciertos arbitrajes directos entre inversores y Estados, por ejemplo, el de *La Compagnie Universelle du Canal de Suez*, una empresa turca, y Egipto en 1864 (caso decidido, no sobre la base de una cláusula arbitral inserta en el acuerdo original, sino a través de un acuerdo compromisorio *ex post*, en que las partes nombraron como árbitro a Napoleón III).<sup>31</sup>

También en el seno de una convención mixta de reclamaciones, en concreto de la firmada entre los Estados Unidos Mexicanos y los Estados Unidos de América el 8 de septiembre de 1923, fue resuelto uno de los primeros casos en relación con el estándar mínimo de trato, estableciendo por primera vez criterios para la aplicación del estándar de denegación de justicia. Dicho caso, resuelto en 1926, se refería a la obligación del Estado anfitrión, México, de investigar adecuadamente las circunstancias de la muerte de un ciudadano estadounidense, Paul Neer. El Gobierno de los Estados Unidos presentó, en nombre de la viuda y la hija del señor Neer contra los Estados Unidos Mexicanos, una reclamación de daños y perjuicios que fue rechazada por la Comisión al considerar que el demandante no había satisfecho la carga de la prueba.<sup>32</sup>

La comisión estableció un estándar de tratamiento con respecto a la denegación de justicia, trato justo y equitativo y el nivel mínimo de trato en derecho internacional, que todavía es relevante y se aplica y utiliza en gran medida en los arbitrajes de inversión.

A principios del siglo XX, en el seno de las conferencias de paz de La Haya de 1899 y 1907, se creó la Corte Permanente de Arbitraje, que constituyó uno de los primeros exponentes de un sistema que, posteriormente, se adaptó, en gran medida, para ser utilizado en disputas entre Estados y ciudadanos extranjeros. A la creación de dicho tribunal siguió la primera ola de procedimientos arbitrales internacionales *ad hoc* iniciados sobre la base de cláusulas arbitrales que se siguió, principalmente, contra la Unión Soviética a principios de la década de 1920.<sup>33</sup>

Tras de la Primera Guerra Mundial, se creó la Corte Permanente de Justicia Internacional («PCIJ») en el contexto de la creación de la Sociedad de Naciones. Se sometieron a dicha Corte ciertas disputas sobre inversiones, entre las que destacan el caso de la Fábrica de Chorzów y el de la Concesión de Palestina de Mavrommatis.<sup>34</sup>

Igualmente, con el fin de la Segunda Guerra Mundial, la PCIJ fue sucedida por la Corte Internacional de Justicia («CIJ»). Desde entonces esta se ha pronunciado sobre un número limitado de casos relacionados con la inversión extranjera, entre ellos, el caso Anglo-Iranian Oil Co. Case de 1953, el caso Barcelona Traction de 1970 y el caso de 1987 sobre Elettronica Sicula S.P.A. Sin embargo, cabe clarificar que todos los casos mencionados fueron sometidos a la CIJ por adhesión del Estado.<sup>35</sup>

### 3. SURGIMIENTO DEL DERECHO INTERNACIONAL DE PROTECCIÓN DE INVERSIONES (SEGUNDA MITAD DEL SIGLO XX)

Este segundo apartado analiza: (i) la incertidumbre provocada por la descolonización y las demandas de un «nuevo orden mundial», así como la influencia de su silencio en la percepción de la inversión extranjera como un vehículo para el desarrollo; (ii) la proliferación a partir de los años 1950 de los tratados de inversión de primera generación; y (iii) los posteriores esfuerzos por alcanzar una solución multilateral encabezados por instituciones como la OCDE y el Banco Mundial y que resultaron, a medio camino, en la creación del CIADI.

<sup>31</sup> LAIRD, Ian; Giovanna GISMONDI; y SABAHI, Borzu. *Op. cit.*, p. 8.

<sup>32</sup> *Neer c/ United Mexican States*. 4 R. Int'l Arb. Awards 60 (Mex-U.S. Cl. Comm'n Oct. 15, 1926).

<sup>33</sup> VEEDER, John Van Vechten. *Op. cit.*

<sup>34</sup> LAIRD, Ian, Giovanna GISMONDI; y Borzu SABAHI. *Op. cit.*, p. 12.

<sup>35</sup> DOLZER, Rudolf y Christoph SCHREUER. *Op. cit.*, p. 7.

a. *Progresivo reconocimiento de un sujeto sui generis de derecho internacional: evolución desde el «nuevo orden económico internacional» al Consenso de Washington*

En 1960, la Asamblea General aprobó la Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales (Resolución n.º 1514 (XV) de la Asamblea General), conocida también como la Declaración sobre la Descolonización. Dicha década estuvo marcada por la descolonización de África y la incorporación de los nuevos Estados independientes a las Naciones Unidas. Esta etapa coincidió, además, con el comienzo de la Guerra Fría y se tradujo en un aumento generalizado de la nacionalización de la propiedad extranjera en diversas partes del mundo.<sup>36</sup>

Dicha realidad enfrentó a los países exportadores e importadores de capital, abogando los primeros por la necesidad de una compensación adecuada, efectiva y rápida en los casos de expropiación y/o nacionalización (fórmula Hull) y por una compensación más relajada los segundos. El debate se trasladó a las Asamblea General de las Naciones Unidas, foro en el que los países en vías de desarrollo contaban con una clara superioridad numérica (el Grupo de los 77),<sup>37</sup> y llevó a la adopción de la resolución n.º 1803 (1962) y la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados («CERDS», 1974).<sup>38</sup> Dicha batalla llegó a su culminación en 1974, cuando los países en vías de desarrollo, alentados por el «éxito» de la crisis del petróleo iniciada un año antes y por el espíritu de independencia económica entonces imperante en América Latina, consiguieron aprobar varias resoluciones que reclamaban un «Nuevo Orden Económico Internacional». Uno de los reclamos de este «nuevo orden» era la abolición de las normas de derecho internacional de aplicación a los supuestos de expropiación de la propiedad ajena, y su sustitución por normas internas dictadas por las autoridades nacionales.<sup>39</sup>

Este periodo de confrontación provocó inseguridad sobre las normas consuetudinarias que regían las inversiones extrajeras. Sin embargo, llegó a su fin con el colapso de la Unión Soviética —que ofrecía un muy importante apoyo ideológico y material al citado movimiento— y con la importante crisis financiera en la que se tradujo la reivindicación de la independencia económica.

A partir de entonces, los Estados latinoamericanos empezaron a firmar tratados bilaterales de inversión dejando a un lado los principios inspiradores de la doctrina Calvo, incluyendo protecciones a la inversión similares, si no idénticas, a la fórmula Hull. En consecuencia, se diluyó la relevancia de los principios del Nuevo Orden Económico Internacional, quedando estos relegados fundamentalmente al ámbito académico.<sup>40</sup>

Dichos cambios provocaron que instituciones financieras internacionales como el Fondo Monetario Internacional o el Banco Mundial comenzarán a percibir la inversión extranjera privada como el principal vehículo para el desarrollo de la economía mundial, en general, y de las economías de los países en desarrollo, en particular. Ello resultó en una serie de medidas de marcada naturaleza neoliberal que fueron acuñadas como el Consenso de Washington. En 1992, este nuevo enfoque cristalizó en el preámbulo de las Directrices del Banco Mundial sobre el tratamiento de la inversión extranjera directa.<sup>41</sup>

<sup>36</sup> ELKINS, Zachary, Andrew T. GUZMÁN y Beth A. SIMMONS, «Competing for Capital: The Diffusion of Bilateral Investment Treaties, 1960-2000», *U. Ill. L. Rev.* 265, 2008. Ver también BROWER, Charles N. y John B. TEPE, «The Charter of Economic Rights and Duties of States: A Reflection or Rejection of International Law», *International Lawyer*, vol. 9, n.º 2, 1975.

<sup>37</sup> En este sentido ver el siguiente artículo de las Naciones Unidas: <https://www.un.org/es/chronicle/article/la-importancia-historica-del-grupo-de-los-77>

<sup>38</sup> Resolución de la Asamblea General 3201 (S-vi), U.N. Doc. A/RES/S-6/3201, 1974.

<sup>39</sup> LAIRD, Ian, Giovanna GISMONDI y Borzu SABAH. *Op. cit.*, pp. 16-18.

<sup>40</sup> *Ibid.*

<sup>41</sup> En este sentido, ver el informe del Banco Mundial *Report to the Development Committee and Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment*, 1992. Disponible en: <https://documents1.worldbank.org/curated/en/955221468766167766/pdf/multi-page.pdf>

*b. ILA de Primera Generación (1950 en adelante)*

Con el fin de la Segunda Guerra Mundial, las cuestiones comerciales empezaron a perder relevancia en los tratados de amistad, comercio y navegación, y empezaron a surgir progresivamente tratados bilaterales que regulaban en mayor detalle la protección de la inversión extranjera. No obstante, dichos tratados ya incluían disposiciones paralelas a los tratados bilaterales modernos.

Dichos tratados de primera generación comenzaron a surgir en la década de los 1950 bajo el impulso y auspicios de Alemania, que concluyó una serie de tratados bilaterales que buscaban proteger las inversiones extranjeras de sus empresas realizadas de acuerdo con las leyes del Estado anfitrión. Uno de los primeros tratados adoptados fue el suscrito entre Alemania y Pakistán en 1959. A Alemania siguieron otras potencias europeas como Suiza y Francia.<sup>42</sup>

No obstante, no fue hasta 1969, a partir del Tratado Bilateral firmado entre Chad e Italia que los Tratados Bilaterales de Inversión introdujeron decididamente el arbitraje como un método de resolución de conflictos directos entre los inversores extranjeros y los Estados anfitriones.<sup>43</sup>

La iniciativa europea fue seguida, tras un breve periodo de vacilación política, por los Estados Unidos de América, quien centró sus esfuerzos en concluir sus tratados principalmente con países en vías de desarrollo, y por los países asiáticos entre 1982 y 2011.<sup>44</sup> Asimismo, a dicha tendencia se han sumado países con mercados emergentes y potenciales exportadores de inversiones, que desean proteger a sus nacionales mediante acuerdos de inversión, ante la preocupación e inseguridad que genera en ciertas regiones el derecho consuetudinario.

*c. Primeros desarrollos de la vía multilateral*

Un primer intento de desarrollo de un tratado multilateral de inversiones fue el encabezado por el alemán Herman Josef Abs, director del departamento exterior del Deutsche Bank y consejero financiero del canciller Konrad Adenauer, y el británico Hartly Shawcross, fiscal jefe en los juicios de Núremberg contra la cúpula del régimen nazi. En un principio, Abs aspiraba a la adopción de un tratado multilateral que no solo estableciese normas específicas de protección, sino también un tribunal de arbitraje permanente con la facultad de imponer sanciones económicas a los Estados infractores, incluidos los no signatarios. Sin embargo, la división del panorama geopolítico hizo que este optase junto con Shawcross por una iniciativa multilateral más modesta. Ambos redactaron una serie de borradores que culminaron en el Proyecto Abs-Shawcross. Aunque el proyecto no obtuvo, finalmente, un amplio apoyo gubernamental, sí que condujo al primer esfuerzo de la OCDE por preparar un tratado multilateral, el Proyecto de Convenio de la OCDE sobre la protección de la propiedad extranjera de 1967. Con todo, dicho intento también fracasó, pues, se consideró que solamente reflejaba los intereses de los Estados miembros de la OCDE.<sup>45</sup>

Sobre la base de tales intentos y tomando en consideración la división presente en las Naciones Unidas, el Banco Mundial tomó entonces la iniciativa de redactar un convenio multilateral sobre inversiones. Su consejero general por aquel entonces, Aran Broches, llegó a la acertada conclusión de que, por el momento, la mejor contribución que podía hacer el Banco era desarrollar procedimientos eficaces para la resolución imparcial de controversias, sin intentar buscar un acuerdo sobre normas sustantivas. Ello se transformó en lo que se convertiría en 1965 en el Convenio por el que se crea el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) (o Convenio de Washington), una de las cinco organizaciones del grupo Banco Mundial. Dicho Convenio entró en vigor en 1966 e inmediatamente se multiplicaron las referencias al mismo como foro para la resolución de controversias en los tratados bilaterales de inversión. Una de sus principales ventajas es que éste

42 LAIRD, Ian, Giovanna GISMONDI y Borzu SABAH. *Op. cit.*, p. 20

43 NEWCOMBE, Andrew y Lluís PARADELL. *Op. cit.*, p. 45.

44 DOLZER, Rudolf y Christoph SCHREUER. *Op. cit.*, pp. 6 y 7.

45 *Ibid.*, pp. 8-9.

ofrecía un foro políticamente neutro ajeno al Estado de origen y anfitrión que se adaptaba a la perfección a las necesidades de la época. En consecuencia, en 1990 el CIADI se había convertido en el principal foro de resolución de disputas inversor-Estado.<sup>46</sup>

A pesar de que existieron ulteriores esfuerzos por alcanzar una solución multilateral global (por ejemplo, por parte de la OCDE y de OMS), en la actualidad no se vislumbra una solución multilateral global para las cuestiones de inversión. Queda por saber si la comunidad internacional seguirá su enfoque de mosaico o si finalmente se consolidará la alternativa multilateral.

#### 4. TRES NOTAS DISTINTIVAS SOBRE EL DERECHO INTERNACIONAL DE PROTECCIÓN DE INVERSIONES

A resultados del desarrollo histórico analizado y siguiendo a Joost Pauwelyn, este tercer apartado resalta tres características singulares del derecho internacional de protección de inversiones como rama específica del derecho internacional.<sup>47</sup> Estas permiten trazar paralelismos entre la evolución histórica y el desarrollo normativo e institucional de esta disciplina.

##### a. *Composición descentralizada*

La primera característica es que el derecho internacional de protección de inversiones está fuertemente descentralizado. A pesar de los esfuerzos de uniformización antes descritos, esta disciplina no cuenta ni se desarrolla hoy en día alrededor de una organización internacional o tratado multilateral central. Su composición es de un marcado carácter híbrido y aúna, entre otros instrumentos, el derecho internacional general y consuetudinario, leyes nacionales y contratos, una densa red de tratados bilaterales, regionales y multilaterales, y un elevado número de instituciones arbitrales.

La inexistencia de una autoridad central o un acuerdo marco es una consecuencia directa de su evolución y refleja una falta de consenso global sobre conceptos claves, tales como el de trato justo y equitativo. Sin embargo, la multiplicidad de sus elementos hace que estemos ante una rama jurídica de contornos flexibles y permeable al cambio.

Dentro del continuo que supone el derecho internacional de las inversiones, cabe clarificar que existe una clara diferenciación o bifurcación entre, por un lado, las normas sustantivas de protección y promoción de las inversiones establecidas especialmente en el derecho internacional consuetudinario y los tratados (de carácter principalmente bilateral); y, por otro lado, las instituciones de solución de controversias como el CIADI (que cuenta, obviamente, con sus propias reglas de procedimiento, recientemente revisadas en 2022) o las reglas de procedimiento como las Reglas de Arbitraje *ad hoc* UNCITRAL.

En consecuencia, al igual que no existe un tribunal u órgano global que resuelva todo tipo de controversias, tampoco existe ningún tribunal de inversiones u órgano de apelación a nivel mundial. Por ello, la posibilidad de obtener laudos contradictorios en asuntos de naturaleza muy similar o casi idéntica es una realidad.

Finalmente, la inexistencia de un único punto de referencia conlleva que el derecho internacional de protección de las inversiones comparta raíces y se nutra de derechos tan dispares como los regímenes de protección diplomática, aspectos propios de los sistemas de conflictos de leyes, derecho administrativo de sectores regulados, derecho constitucional y derechos humanos o derecho mercantil.

<sup>46</sup> DOLZER, Rudolf y Margrete STEVENS. *Bilateral Investment Treaties*. Kluwer Law International, 1995.

<sup>47</sup> En este sentido, ver en apoyo de las siguientes conclusiones: PAUWELYN, Joost. «Rational Design or Accidental Evolution? The Emergence of International Investment Law», Capítulo 1 de Ed. DOUGLAS, Zachary, Joost PAUWELYN y Jorge E. VINUELES. *The Foundations of International Investment Law: Bringing Theory into Practice*. Oxford University Press, 2014, pp. 11-14.

*b. Desarrollo orgánico y evolutivo*

El derecho internacional de protección de inversiones no surgió a raíz de un único momento histórico y no es fruto tampoco de un diseño intencionado por parte de los Estados. Es el resultado de un proceso evolutivo, de concatenación de determinados acontecimientos históricos con importantes repercusiones en el momento presente. Estamos ante un desarrollo orgánico construido sobre hitos históricos de naturaleza diversa: normas centenarias sobre la protección diplomática y el tratamiento de ciudadanos extranjeros y sus bienes, tratados de amistad, comercio y navegación y generaciones de tratados bilaterales, multilaterales y regionales de inversión, entre otros. Así, esta rama del derecho internacional es resultado de una constante evolución. Una evolución en la que a su vez intervienen una infinidad de actores —entre ellos, Estados, organizaciones internacionales, árbitros, académicos, litigantes, grandes corporaciones o diplomáticos— y altamente influenciada por los acontecimientos históricos y la realidad geopolítica del momento. Ejemplo de ello es el impacto que fenómenos como la descolonización han tenido en el desarrollo de esta materia.

En definitiva, el derecho internacional de protección de inversiones es el resultado de una realidad cambiante influenciada por la proliferación de conflictos que, a su vez, justifican su existencia.

*c. Una disciplina que es fruto de (i) una cierta estabilidad de sus elementos fundamentales y (ii) el dinamismo de sus contornos*

En tercer lugar, el derecho internacional de inversiones contraviene el paradigma clásico de la evolución hacia la eficiencia, siendo un campo del derecho que resulta hoy en día fuertemente criticado, dada su falta de transparencia, el aparente desequilibrio entre los intereses de los inversores y los Estados, el elevado coste de los litigios o a la dificultad de hacer cumplir y ejecutar un laudo dictado contra un Estado soberano.

Algunos estudios incluso han cuestionado si los tratados bilaterales de inversión atraen realmente la inversión extranjera mediante una mayor protección. Sin embargo, cabe preguntarse si parte de esta crítica es también reflejo de su efectividad en términos prácticos, así como de su capacidad de adaptación y permeabilidad. Ejemplo de ello es la reciente reforma en 2022 de las reglas procedimentales del CIADI, así como la adopción de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados, denominada «Convención de Mauricio sobre la Transparencia», reformas (ambas) que aportan mayor transparencia al arbitraje de inversiones.

En resumen, el derecho internacional de inversiones: (i) carece de un control global o estructura centralizada; (ii) surgió de forma orgánica y sin grandes momentos constitucionales; y (iii) a pesar de percibirse como profundamente subóptimo, ha continuado su perfeccionamiento y evolución. En consecuencia, el derecho internacional de protección de las inversiones constituye un fenómeno singular y relativamente imperfecto. Proyecta una imagen fiel de la realidad geopolítica y económica de cada etapa histórica.

## CAPÍTULO 3

### SUJETOS Y FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL DE INVERSIONES

*Luis Bravo Abolafia (PhD) \**  
*Ludovica Chiussi Curzi (PhD) \*\* \*\*\**

**Sumario:** 1. Introducción.— 2. Sujetos del derecho internacional de las inversiones.— 2.1. Estados.— 2.1.1. Órganos estatales.— 2.1.2. Entidades estatales.— 2.1.3. Particulares.— 2.2. Inversores.— a) Nacionalidad del inversor persona física.— b) Nacionalidad del inversor persona jurídica.— 2.3. Otros actores.— 2.3.1. Instituciones arbitrales.— 2.3.2. Árbitros.— 2.3.3. Organizaciones internacionales.— 2.3.4. ONG (*amici curiae*).— 3. Fuentes del derecho internacional de inversiones.— 3.1. Tratados.— 3.1.1. Tratados bilaterales de inversión.— 3.1.2. Tratados multilaterales.— 3.1.3. El marco para la solución de controversias en materia de inversión.— 3.2. Derecho internacional consuetudinario.— 3.3. Principios generales de derecho.— 3.4. Fuentes subsidiarias.— 3.4.1. Decisiones.— 3.4.2. Doctrina.— 3.5. *Soft law*.

#### 1. INTRODUCCIÓN

El estudio del derecho de las inversiones extranjeras requiere, como paso previo, abordar el marco jurídico dentro del que se encuadra esta rama del derecho internacional.

En efecto, el examen de las diversas cuestiones que afectan a esta materia —esto es, por ejemplo, la validez del consentimiento del Estado y el inversor, los estándares de protección de inversiones o las reclamaciones basadas en un contrato o en un tratado, la legitimidad del sistema, entre otras muchas— exige que, previamente, se delimiten los actores participantes en esta disciplina, así como las fuentes del derecho que lo sustentan y regulan. Así, en el presente capítulo se analizarán los sujetos que participan en este ámbito del derecho, y las fuentes del derecho internacional de inversiones.

#### 2. SUJETOS DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LAS INVERSIONES

En síntesis, podemos decir que el derecho internacional de las inversiones extranjeras (DII) involucra como actores protagonistas a (i) un Estado soberano, es decir, el Estado anfitrión; y (ii) a un inversor extranjero, que entra en conflicto en relación con una determinada inversión.

Además, entre los actores que actúan en el marco del derecho internacional, encontramos también otros «sujetos», que son típicamente externos a la relación jurídica litigiosa regulada por el derecho de las inversiones internacionales. Entre estos otros sujetos destacan las instituciones arbitrales, los árbitros, las organizaciones internacionales y las organizaciones no gubernamentales.

---

\* PhD, socio de Gamero & Bravo Abogados, Madrid.

\*\* Investigadora y profesora adjunta de derecho internacional. Universidad de Bolonia.

\*\*\* Luis Bravo Abolafia ha redactado los epígrafes 2, 2.1, 2.2. y 2.3; Ludovica Chiussi Curzi ha redactado los epígrafes 3, 3.1, 3.2, 3.3., 3.4, 3.5.

## 2.1. Estados

Dada la historia y el propósito del DII, los Estados, así como definidos por el derecho internacional,<sup>1</sup> ocupan inevitablemente un papel protagonista en esta materia.<sup>2</sup> Esto vale no solamente para el Estado anfitrión (*home State*), sino también para el Estado de nacionalidad del inversor (*host State*). De hecho, aunque el papel del *home State* se ha visto eclipsado por la rápida evolución de derechos procesales y sustantivos autónomos del inversor, los acontecimientos recientes muestran que el Estado de nacionalidad del inversor mantiene un papel importante en la facilitación de los tratados de inversión, así como en la regulación del comportamiento de las personas jurídicas que invierten en el extranjero.<sup>3</sup>

En general, los Estados pueden optar, dentro del ejercicio de su soberanía, por suscribir tratados internacionales sobre protección recíproca de inversiones con otros Estados. Como veremos, estos tratados introducen determinados derechos y obligaciones en relación con las inversiones realizadas por inversores de los Estados parte. En el caso de que se suscriba un tratado de protección recíproca de inversiones, el Estado anfitrión se encontrará obligado a cumplir con las obligaciones previstas en el tratado en cuestión.

Debe notarse que los Estados no se encuentran obligados a admitir inversiones extranjeras en su territorio, es decir, se encuentran facultados para aceptar o rechazar las inversiones extranjeras. Esta aceptación o rechazo constituye un ejercicio de la soberanía estatal. Sin perjuicio de lo anterior, con independencia de que un Estado suscriba o no un tratado de protección recíproca de inversiones, este se encuentra obligado a cumplir con los estándares mínimos previstos en las normas del derecho internacional consuetudinario desde el momento en que admite una inversión extranjera en su territorio.<sup>4</sup>

Sin perjuicio de cuál sea la fuente de obligaciones aplicable a una determinada inversión, la conducta de los Estados y sus organismos puede dar lugar a responsabilidad internacional por incumplimiento de las normas aplicables a la inversión. Lógicamente, la determinación de, si una conducta incurre, efectivamente, en responsabilidad es una cuestión que debe ser enjuiciada con base en el marco jurídico que resulte aplicable en cada caso concreto; es decir, un tratado internacional, el derecho consuetudinario, y los principios generales del derecho.

Bajo el derecho de la responsabilidad internacional, todo Estado que realice un hecho ilícito en perjuicio de otro sujeto de derecho internacional tiene la obligación de reparar el daño causado. Así, toda violación de derecho internacional imputable al Estado sea una omisión o una acción, conlleva que este incurra en responsabilidad internacional.<sup>5</sup> Lo mismo ocurre con el derecho internacional de inversiones, donde se aplican las normas generales sobre responsabilidad del Estado.

En este epígrafe se tratará de delimitar qué organismos estatales son susceptibles de llevar a cabo una conducta que pueda, en su caso, hacer incurrir al Estado en responsabilidad bajo el derecho de las inversiones.

<sup>1</sup> Véase, entre otros, CRAWFORD, J. *Brownlie's Principles of Public International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2019, 8.<sup>º</sup> ed., pp. 117 y ss.; TANZI A. *Introduzione al diritto internazionale contemporaneo*. Padua: CEDAM, 2022, 6.<sup>a</sup> ed., pp. 66 y ss; JIMÉNEZ PIERNAS, C. *Introducción al derecho internacional público. Práctica de España y de la Unión Europea*. Madrid: Tecnos, 2011.

<sup>2</sup> MILES, K. *The Origins of International Investment Law: Empire, Environment and the Safeguarding of Capital*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

<sup>3</sup> GAZZINI, T. «Beyond Protection: The Role of the Home State in Modern Foreign Investment Law». En *Public Actors in International Investment Law*. TÍTI, C. (coord.). European Yearbook of International Economic Law. Springer, 2021, pp.19-36.

<sup>4</sup> DOLZER R., U. KRIEBAUM y C. SCHREUER. *Principles of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, 2022, p. 5.

<sup>5</sup> NACIONES UNIDAS. «Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos». *Anuario de la Comisión de Derecho Internacionab*, 2001, vol. II, parte 2, 2004.

### 2.1.1. Órganos estatales

Un Estado es responsable por todos sus órganos y unidades territoriales sin importar el nivel o posición de dicho órgano en la organización administrativa de dicho Estado. En este sentido, el artículo 4 del Proyecto de la CDI reza:

1. Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de todo órgano del Estado, ya sea que ejerza funciones legislativas, ejecutivas, judiciales o de otra índole, cualquiera que sea su posición en la organización del Estado y tanto si pertenece al gobierno central como a una división territorial del Estado.
2. Se entenderá que «órgano» incluye toda persona o entidad que tenga esa condición según el derecho interno del Estado».

El artículo 4 del Proyecto de la CDI establece un criterio estructural, de acuerdo con el cual la violación de una obligación internacional será atribuida al Estado, cuyos órganos hayan cometido dicha violación, con independencia de la función desempeñada por ellos —es decir, ya tenga carácter legislativa, ejecutiva o judicial—. Además, el término «órgano del Estado» comprende todas las entidades individuales o colectivas que integran la organización del Estado y actúan en su nombre.<sup>6</sup>

Esta regla de responsabilidad estatal por las conductas llevadas a cabo por sus órganos ha sido adoptada en diversas decisiones arbitrales. En este sentido, un tribunal arbitral abordó esta cuestión expresándolo en los siguientes términos: «la responsabilidad de los Estados por los actos de sus órganos y subdivisiones políticas está aceptada en el derecho internacional». Además, el laudo dictado por el tribunal señaló que el Proyecto de la CDI constituye la mejor prueba de esa aceptación.<sup>7</sup>

Otros tribunales arbitrales han insistido en esta cuestión al sostener que la conducta de un órgano de un Estado debe ser considerada como un acto de dicho Estado bajo el derecho internacional, cualquiera que sea la posición que tenga el organismo en la organización del Estado.<sup>8</sup>

Por otro lado, también se ha debatido si un Estado es responsable por la conducta cometida por organismos públicos sobre los que pueda no tener un control directo, debido a la organización constitucional de dicho Estado. A este respecto, en el caso *Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. y Vivendi Universal, S.A. c/ República de Argentina*, el tribunal arbitral afirmó también que «abajo el derecho internacional [...] es una regla bien establecida que las acciones de una subdivisión política de un estado federal [...] son atribuibles al gobierno central. Queda, igualmente, claro que la estructura constitucional interna de un país no puede alterar estas obligaciones».<sup>9</sup>

Es más, el primer informe sobre responsabilidad de los Estados emitido por el relator especial de la Comisión de Derecho Internacional también confirmó este criterio al sostener que un Estado «no puede basarse en el carácter federal o descentralizado de su constitución para limitar el alcance de sus responsabilidades internacionales». En consecuencia, los actos de provincias, Estados federales y municipalidades también podrán ser atribuidos al Estado de acuerdo con el Proyecto de la CDI.<sup>10</sup>

Nótese que el comportamiento de los órganos del Estado, entendidos de acuerdo con lo establecido por el artículo 4 del Proyecto de la CDI, es considerado como una conducta del Estado si dicho órgano actúa en esa condición, aunque exceda de sus competencias o, incluso, si contraviene

<sup>6</sup> *Ibid.* Artículo 4, párrafo (1); véase CRAWFORD, J. «Investment Arbitration and the ILC Articles on State Responsibility». ICSID Review, 2010, vol. 25, n.º 1, pp. 127-199; OLLESON, S. «Attribution in Investment Treaty Arbitration». ICSID Review, 2016, vol. 31, pp. 457-483; DE STEFANO, C. *Attribution in International Law and Arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 2020.

<sup>7</sup> *Azurix Corp. c/ República de Argentina*, 14 de julio de 2006, laudo Caso CIADI n.º ARB/01/12, § 50.

<sup>8</sup> *Loewen Group, Inc. y Raymond L. Loewen c/ Estados Unidos de América*, decisión sobre la objeción de competencia y jurisdicción por parte del demandado, 5 de enero de 2001, laudo Caso CIADI n.º ARB(AF)/98/3, § 47.

<sup>9</sup> *Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. y Vivendi Universal, S.A. c/ República de Argentina*, 21 noviembre de 2000, laudo Caso CIADI n.º ARB/97/3, § 49.

<sup>10</sup> NACIONES UNIDAS. «Primer informe sobre responsabilidad de los Estados». UNDOC A/CN.4/490/Add. 5, 1998, p. 19.

sus instrucciones.<sup>11</sup> Por lo tanto, los Estados no pueden oponer como defensa frente a una reclamación que las acciones u omisiones cometidas por sus organismos no deberían haberse producido o deberían haber adoptado una forma diferente si dichas entidades hubieran cumplido con las disposiciones de su derecho interno, o si hubieran actuado de acuerdo con las instrucciones recibidas de la administración central del Estado.<sup>12</sup>

### 2.1.2. *Entidades estatales*

En algunos países, las cuestiones normativas y operacionales relativas a las inversiones internacionales no están a cargo del gobierno central, sino de entidades estatales creadas con el propósito de lidiar con inversores extranjeros o con todos los inversores en dicho Estado.

En principio, estas entidades estatales están «separadas» y sus actos no son atribuibles al Estado. Sin embargo, en caso de que concurran ciertos requisitos, resulta posible excluir esta defensa y considerar que el Estado es responsable por la conducta de las referidas entidades.<sup>13</sup>

La posibilidad de que un Estado incurra en responsabilidad por las acciones llevadas a cabo por estas entidades ha sido recogida de forma expresa en el artículo 5 del Proyecto de la CDI, que reza:

Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de una persona o entidad que no sea órgano del Estado según el artículo 4 pero esté facultada por el derecho de ese Estado para ejercer atribuciones del poder público, siempre que, en el caso de que se trate, la persona o entidad actúe en esa capacidad.

El artículo 5 del Proyecto de la CDI establece un criterio funcional por el cual la violación cometida por una persona o entidad que ejerza el poder público —que no tenga la consideración de órgano estatal— será atribuida al Estado que haya facultado el ejercicio de dicha autoridad estatal.

Esta cuestión ha sido abordada en el caso *Jan de Nul NV y Dredging International NV c/ República Árabe de Egipto*. En dicha controversia, los reclamantes solicitaban que se declarara la responsabilidad estatal por la actividad de una compañía pública egipcia. El tribunal arbitral afirmó que, para atribuir responsabilidad al Estado por la conducta de una entidad estatal deben concurrir necesariamente las dos siguientes condiciones: primero, el acto debe ser realizado por una entidad facultada para ejercer elementos de autoridad gubernamental; y, segundo, el acto en sí debe realizarse en el ejercicio de esa autoridad gubernamental. Sobre esta base, el tribunal arbitral concluyó que, aunque la compañía estatal estaba facultada para ejercer elementos de autoridad gubernamental, sus actos frente a los reclamantes no fueron ejecutados en el ejercicio de esa autoridad.<sup>14</sup>

Por último, al igual que sucede con los órganos del Estado, el comportamiento de una entidad facultada para ejercer atribuciones del poder público que actúe en esa capacidad es atribuible al Estado aun si la entidad se ha excedido en sus atribuciones o ha contravenido las instrucciones recibidas.<sup>15</sup> Este criterio fue aplicado en el caso *Ioannis Kardassopoulos c/ República Democrática de Georgia*, donde el tribunal arbitral estableció que era indiferente si las entidades estatales actuaron más allá de su autoridad bajo la legislación de Georgia, ya que el artículo 7 del Proyecto de la CDI dicta que, incluso, en los casos en que una entidad estatal actúe *ultra vires*, la conducta en cuestión será imputable al Estado.<sup>16</sup>

<sup>11</sup> Artículo 7 del Proyecto de la CDI; Comentarios al texto del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hecho Internacionalmente Ilícitos: artículo 7(1).

<sup>12</sup> NACIONES UNIDAS. «Responsabilidad de los Estados». *Op. cit.*, artículo 7(2).

<sup>13</sup> DOLZER R., U. KRIEBUAM y C. SCHREUER. *Op. cit.*, pp. 322 ss.

<sup>14</sup> *Jan de Nul NV y Dredging International NV c/ República Árabe de Egipto*, decisión sobre jurisdicción, 16 de junio de 2006, Caso CIADI n.º ARB/04/13.

<sup>15</sup> NACIONES UNIDAS. «Responsabilidad de los Estados». *Op. cit.*, artículo 7, párrafo (1).

<sup>16</sup> *Ioannis Kardassopoulos c/ República Democrática de Georgia*, decisión sobre jurisdicción, 6 de julio de 2007, Caso CIADI n.º ARB/05/18, § 190.

### 2.1.3. Particulares

Junto con las actuaciones que puedan realizar los diferentes órganos del Estado o entidades estatales que se encuentren jurídicamente separadas, también resulta relevante tomar en consideración las actuaciones realizadas por individuos bajo las instrucciones de un Estado. En efecto, también existen situaciones en las que una o varias personas naturales realizan, por la vía de hecho o valiéndose de su posición, actos de naturaleza ilícita bajo la dirección de un Estado. En estos casos, surge la incógnita de si estas actuaciones pueden también dar lugar a responsabilidad estatal.

Al igual que en el caso de las entidades estatales, con carácter general el comportamiento de particulares no es atribuible al Estado de acuerdo con el derecho internacional. Sin embargo, puede haber circunstancias en las que ese comportamiento pueda ser atribuible al Estado. Esta posibilidad de atribución viene determinada por la existencia de una relación de hecho específica entre la persona que realiza la conducta y el Estado.

Este problema ha sido también abordado por el Proyecto de la CDI, cuyo el artículo 8 establece que:

Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de una persona o de un grupo de personas si esa persona o ese grupo de personas actúa de hecho por instrucciones o bajo la dirección o el control de ese Estado al observar ese comportamiento.

El artículo 8 del Proyecto de la CDI distingue entre dos conductas similares: (i) aquellas realizadas por particulares que actúan bajo las instrucciones del Estado;<sup>17</sup> y (ii) las llevadas a cabo por particulares bajo la dirección y el control del Estado. En cualquiera de estos casos la actuación de uno o varios individuos podrá ser considerada como un hecho del Estado susceptible de generar responsabilidad.

No obstante, para la adecuada determinación de la responsabilidad estatal originada por particulares resulta necesario delimitar los requisitos que deben ser acreditados. Así, con carácter general, tanto si se trata de un particular que actúa por instrucciones del Estado o bajo su dirección y el control, resulta imprescindible probar la existencia de un vínculo real entre la persona o el grupo de personas que realiza el acto y el aparato del Estado.<sup>18</sup> Por otra parte, a la hora de interpretar los dos supuestos previstos en el artículo 8, debe tenerse en cuenta que la delimitación en cada caso presenta niveles de complejidad diferentes:

El primer supuesto del artículo 8 —es decir, los actos de particulares instruidos por el Estado— es el que ha dado lugar a menores problemas en la práctica. En estos casos, la jurisprudencia internacional ha reconocido que resulta posible atribuir al Estado los actos que han sido, efectivamente, instigados o autorizados por él, sin importar que sean llevados a cabo por particulares.<sup>19</sup>

En cambio, la determinación de si el comportamiento del particular ha tenido lugar «bajo la dirección o el control del Estado» ha planteado mayores problemas. Así, el segundo supuesto de responsabilidad del artículo 8 del Proyecto de la CDI solo será atribuible al Estado, si este dirigió o controló la operación y si el comportamiento denunciado era una parte integrante de esa operación. En cambio, la responsabilidad bajo este supuesto no se genera si la conducta se relacionaba de forma incidental con la operación y queda fuera de la dirección o control del Estado.<sup>20</sup> En este sentido, no basta con que el individuo que realiza la conducta esté controlado por el Estado en términos generales,

<sup>17</sup> NACIONES UNIDAS. «Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su quincuagésimo tercer período de sesiones». *Annuario de la Comisión de Derecho Internacional*, vol. II, 2001, p. 49.

<sup>18</sup> «Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos». *Op. cit.*, artículo 8, párrafo (1).

<sup>19</sup> *Ibid.* Artículo 8, párrafo (2).

<sup>20</sup> ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. «Responsabilidad de los Estados». *Op. cit.*, p. 49.

sino que debe acreditarse que la operación individualmente considerada, estaba controlada por el Estado y que el acto específico forme parte de la meritada operación.<sup>21</sup>

Los criterios expuestos han sido aplicados en diversos arbitrajes de inversión, como en los casos *Saipem S.p.A. c/ República Popular de Bangladés*<sup>22</sup> o *Jan de Nul NV y Dredging International NV c/ República Árabe de Egipto*,<sup>23</sup> en los cuales los tribunales arbitrales establecieron como base para el análisis del fondo de las disputas los criterios contenidos en los artículos 4, 5 y 8 del Proyecto de la CDI. En la práctica, los tribunales han utilizado una combinación de los criterios de estructura, función y control, a los efectos de analizar las conductas llevadas a cabo por entidades estatales que desarrollan diversas funciones.

Por otra parte, además de los criterios de atribución que se han explicado, un Estado también puede ser responsable por actos de entidades si estas tenían la obligación de proteger al inversionista de acciones adversas o lesivas, habiendo omitido esta obligación. En esta situación, la responsabilidad del Estado no surge de la atribución de una conducta, sino, como consecuencia de ignorar una obligación de proteger al inversor que puede surgir como parte de un estándar mínimo internacional en virtud del derecho internacional consuetudinario o sobre la base de una obligación contenida en un tratado de protección de inversiones.<sup>24</sup>

## 2.2. Inversores

El derecho de las inversiones internacionales se originó y diseñó con el objeto de proteger a las actividades de los inversores extranjeros.<sup>25</sup> Los tratados bilaterales de inversión y los otros instrumentos internacionales que se ocupan de la inversión brindan definiciones de a quiénes consideran inversores.<sup>26</sup> El término «inversores» identifica tanto a individuos como a empresas cuyo rasgo común es la presencia del elemento de extranjería respecto del Estado anfitrión.<sup>27</sup> En otras palabras, el Estado de origen de un inversor debe ser diferente al Estado anfitrión. En consecuencia, el elemento de extranjería de un inversor viene determinado por su nacionalidad.

Esta cuestión es de gran relevancia, ya que la nacionalidad del inversor determina los tratados internacionales de los que puede beneficiarse. Así, si un inversor desea invocar un determinado tratado de protección de inversiones, debe cerciorarse que su nacionalidad es la de uno de los Estados parte en dicho tratado.

En términos generales, la nacionalidad puede definirse como el vínculo que une a una persona con un determinado Estado. Así considerada, la nacionalidad conlleva un aspecto jurídico-público, esto es, se configura como un título jurídico de una persona —natural o jurídica— por el que se determina su pertenencia a una organización estatal. Esta circunstancia comporta el ejercicio de los derechos políticos y el goce de determinados privilegios.

La nacionalidad también presenta un aspecto jurídico-privado, siendo uno de los «estados civiles» de la persona. Desde esta perspectiva, se configura como una cualidad de la persona que opera como presupuesto de derechos y obligaciones de derecho privado.<sup>28</sup>

<sup>21</sup> DOLZER R., KRIEBUAM U. y SCHREUER C. *Op. cit.*, p. 201.

<sup>22</sup> *Saipem S.p.A. c/ República Popular de Bangladés*, 30 de junio 2009, laudo Caso CIADI n.º ARB/05/07.

<sup>23</sup> *Jan de Nul NV y Dredging International NV c/ República Árabe de Egipto*, decisión sobre jurisdicción, 16 de junio de 2006, Caso CIADI n.º ARB/04/13.

<sup>24</sup> DOLZER R., U. KRIEBUAM y C. SCHREUER. *Op. cit.*, p. 204.

<sup>25</sup> SALACUSE, J. *The Law of Investment Treaties*. Oxford: Oxford University Press, 2021, 3.<sup>a</sup> ed.

<sup>26</sup> SCHLEMMER, E. «Investment, Investor, Nationality, and Shareholders». En *The Oxford Handbook of International Investment Law*. MUCHINSKI, P. (coord.). Oxford: Oxford University Press, 2008, pp. 49-88, p. 50.

<sup>27</sup> ROMANETTI, A. «Defining Investors». *ICSID Review*, vol. 29, pp. 231-254; DI PIETRO, D y K. CHEUNG. «The Definition of Investors in Investment Treaty Arbitration». En *Handbook of International Investment Treaty Arbitration*, 2021 CHAISSE, J *et al* (coords.). Springer, pp. 45-79.

<sup>28</sup> BLANCO LÓPEZ, J. «La Nacionalidad Española». En *Los 25 temas más frecuentes en la vida práctica del derecho de familia*. Parte sustantiva, tomo I. MONJE, O. (coord.). Dykinson, 2011, pp. 661-673.

En este sentido, la nacionalidad en el ámbito del derecho de las inversiones tiene relevancia como vínculo tradicionalmente utilizado por las normas internacionales, destinado a proteger las inversiones realizadas en países extranjeros por personas o empresas.<sup>29</sup>

Vista la importancia de la nacionalidad a los efectos de determinar las normas internacionales de protección de inversiones a las que puede acogerse un inversor, resulta esencial establecer los criterios para su determinación en cada supuesto.

#### a) *Nacionalidad del inversor persona física*

No existen principios de derecho internacional aplicables a la determinación de la nacionalidad de un individuo. Esta depende de la legislación nacional del Estado cuya nacionalidad se reclama.<sup>30</sup> Así, para establecer la nacionalidad de una persona física habrá de acudirse, ante todo, a las normas internas de dicho Estado.

No obstante, a la vista de que se trata de una cuestión de derecho nacional, en la mayoría de los casos, el tribunal internacional que enjuicie una controversia de derecho de inversión se verá obligado a valorar si la prueba presentada acredita el cumplimiento de los requisitos sobre nacionalidad previstos en el derecho nacional en cuestión.

A este respecto, un certificado de nacionalidad constituye prueba sólida de la nacionalidad de la persona natural, pero no establece una presunción *iure et de iure*.<sup>31</sup>

El caso *Soufraki c/ UAE* proporciona un ejemplo de un caso en el que el tribunal tuvo que valorar la importancia de un certificado de nacionalidad. En esta controversia, el inversor aportó diversos certificados de nacionalidad italiana como forma de acreditar su nacionalidad. Sin embargo, el tribunal determinó que *Soufraki* había perdido dicha nacionalidad al haber adquirido posteriormente la nacionalidad canadiense, lo que era un hecho desconocido para las autoridades italianas. Por este motivo, el inversor no podía invocar el Tratado de Protección Recíproca de Inversiones suscrito entre Italia y UAE.<sup>32</sup>

En vista de lo anterior, debe tenerse presente que la nacionalidad de un inversor se determina de forma objetiva. Así, aunque existan pruebas que establezcan una presunción en favor de una determinada nacionalidad, ello no constituye una prueba definitiva.<sup>33</sup>

Por otra parte, no puede olvidarse que los inversores que poseen la nacionalidad del Estado anfitrión se ven impedidos de presentar reclamaciones contra ese Estado mediante el mecanismo del arbitraje de inversión, ya que no se cumple el requisito de extranjería previsto en el ámbito de aplicación de los tratados de protección de inversiones. Es importante tener en cuenta que esta condición también se aplica a los inversores con doble nacionalidad cuando una de las dos nacionalidades es la del Estado anfitrión, incluso, si no es su nacionalidad principal.

Esta situación fue enjuiciada en el caso *Champion Trading c/ Egipto*, donde el tribunal concluyó que los inversores tenían tanto la nacionalidad estadounidense como la egipcia. Por este motivo, resolvió que el Convenio de CIADI no podían ser invocado por los inversores demandantes frente a Egipto.<sup>34</sup>

<sup>29</sup> ACCONCI, P. «Determining the Internationally Relevant Link Between a State and a Corporate Investor: Recent Trends Concerning the Application of the Genuine Link Test», *Journal of World Investment & Trade*, 2004, vol. 5, n.º 1, pp. 139-175.

<sup>30</sup> Artículo 1 del Convenio concerniente a determinadas cuestiones relativas a conflictos de leyes de nacionalidad. La Haya, 12 de abril de 1930.

<sup>31</sup> DOLZER R., U. KRIEBUAM y C. SCHREUER. *Op. cit.*, p. 62.

<sup>32</sup> *Soufraki c/ Emiratos Árabes Unidos*, 7 de julio de 2004, laudo Caso CIADI ARB/02/7.

<sup>33</sup> DOLZER, R., U. KRIEBUAM y C. SCHREUER. *Op. cit.*, p. 237.

<sup>34</sup> *Champion Trading c/ Egipto*, decisión sobre jurisdicción, 21 de octubre de 2003, Caso CIADI ARB/02/9, p. 17.

b) *Nacionalidad del inversor persona jurídica*

La cuestión de la determinación de la nacionalidad de las personas jurídicas resulta mucho más compleja que la de las personas físicas. Esto se debe, fundamentalmente, a la diversidad de criterios aplicables que pueden encontrarse en los tratados de protección de inversiones. En efecto, mientras que el criterio de determinación de la nacionalidad de las personas físicas resulta bastante estable y previsible, no sucede lo mismo con las personas jurídicas. Así, para determinar la nacionalidad del inversor persona jurídica, resulta necesario atender a la definición específica estipulada en el Tratado de Protección de inversiones que resulte aplicable.

La dificultad, en este caso, deriva de la disparidad y heterogeneidad de los criterios fijados en cada tratado para determinar la nacionalidad de los inversores. Es más, varios tratados, incluso, regulan la aplicación combinada de varios criterios —cumulativos o alternativos— para establecer la nacionalidad de un inversor persona jurídica.

Dicho lo anterior, la mayoría de los convenios de protección de inversiones estipulan que el lugar de constitución de la persona jurídica y el lugar de la sede principal del negocio son los criterios más utilizados para atribuir la nacionalidad a un inversor.<sup>35</sup> Así, algunos tratados se inclinan a favor del criterio del lugar en el que fue constituida la sociedad mientras que otros requieren que la sede del negocio se encuentre en uno de los Estados parte del tratado en cuestión. Por su parte, otros convenios requieren ambos requisitos de forma conjunta.

Además de los dos criterios más habituales indicados, algunos tratados exigen la existencia de un vínculo de «importancia económica» entre la sociedad inversora y el Estado cuya nacionalidad se reclama. Este vínculo puede consistir en el control efectivo de la sociedad por parte de los nacionales del Estado o en que la actividad económica de la empresa se realice de forma efectiva en el Estado en cuestión.

Así, ante la diversidad de criterios aplicables para determinar la nacionalidad de un inversor persona jurídica, podemos concluir que, a los efectos de determinar el criterio de conexión aplicable, se hace imprescindible atender en cada caso a lo expresamente previsto en el Tratado de Protección de Inversiones que se pretenda invocar.

Por último, debe tenerse en cuenta que la nacionalidad presupone la existencia de personalidad jurídica. Por tanto, y en principio, las entidades y agrupaciones que no tengan personalidad jurídica no gozarán de protección en los tratados. No obstante, no puede obviarse que también resulta posible que un tratado establezca una regla diferente. Así sucede, por ejemplo, en el caso del Tratado para la Protección de Inversiones entre Argentina y Alemania, cuyo artículo 1.4 establece que el término «sociedades» «designa todas las personas jurídicas, así como todas las sociedades comerciales y demás sociedades o asociaciones con o sin personería jurídica [...].»<sup>36</sup>

### 2.3. *Otros actores*

Si bien los sujetos principales en el derecho de las inversiones son los Estados y los inversores, debe tenerse en cuenta que existen otros actores que también juegan un papel importante en este ámbito. Entre estos participantes pueden citarse (i) las instituciones arbitrales, (ii) los árbitros, (iii) las organizaciones internacionales, o (iv) la figura del *amicus curiae*.

<sup>35</sup> DOLZER R., U. KRIEBUAM y C. SCHREUER, *Op. cit.*, p. 63.

<sup>36</sup> Tratado entre la República Argentina y la República Federal de Alemania sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, adoptado el 9 abril 1991, entrado en vigor el 8 noviembre 1993.

### 2.3.1. *Instituciones arbitrales*

En función de la forma en la que se administran, los procedimientos arbitrales pueden ser divididos en arbitrajes *ad hoc* y arbitrajes institucionales. Los arbitrajes *ad hoc* son procedimientos íntegramente administrados por las partes —contando con apoyo judicial, de ser necesario— y, tras la designación de la formación arbitral, por los árbitros. En cambio, en los arbitrajes institucionales es un centro de arbitraje designado por las partes quien se encarga de las tareas de administración el procedimiento.

El papel de las instituciones arbitrales puede variar en función del reglamento arbitral que resulte aplicable para la tramitación de las disputas que se susciten. No obstante, la institución arbitral no tiene potestad decisoria alguna en lo que respecta al fondo de la controversia, que siempre recaerá sobre la formación arbitral.

La función de las instituciones arbitrales consiste, fundamentalmente, en facilitar la conducción eficiente del procedimiento y en solventar las posibles situaciones de bloqueo que puedan sobrevenir a falta de acuerdo de las partes. En particular, su papel resulta especialmente útil en lo referido al emplazamiento y notificación de las partes, la asistencia en la constitución del tribunal arbitral, la sustitución o recusación de los árbitros o la supervisión del correcto desarrollo del proceso arbitral.

Entre las principales instituciones arbitrales existentes en el ámbito del derecho de las inversiones internacionales pueden destacarse el *Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones* del Banco Mundial («CIADIs», en sus siglas en español) y la *Corte Permanente de Arbitraje* («CPA»). Estas instituciones son designadas de forma habitual en diversos tratados de protección de inversiones extranjeras como los centros arbitrales encargados de administrar los arbitrajes que se susciten.

El arbitraje es utilizado a menudo como el método preferente de resolución de las controversias en las relaciones entre inversores y Estados debido a que pone en manos de un tercero independiente la resolución del conflicto. En efecto, siendo el objetivo del derecho de las inversiones internacionales crear un conjunto de garantías que proporcionen seguridad jurídica a los inversores internacionales, resultaría paradójico dejar la resolución de una disputa inversionista-Estado a los tribunales estatales.<sup>37</sup>

### 2.3.2. *Árbitros*

Los árbitros son personas físicas a los que las partes acuerdan someter el enjuiciamiento y decisión de las controversias derivadas de una determinada relación jurídica. Las partes gozan de libertad para fijar el número de árbitros encargados de resolver la controversia y participan normalmente en el nombramiento de las personas que ocuparán tal posición.

Los árbitros se encuentran obligados a cumplir con ciertas obligaciones, entre las que se encuentran, lógicamente, las de cumplir el encargo con la debida diligencia y de buena fe. Además, una de sus obligaciones centrales es la de ser y permanecer independientes e imparciales hasta su cese. Así, el hecho de que las partes puedan participar en su nombramiento no afecta en modo alguno al cumplimiento de este requisito, que se erige como la condición fundamental que todo árbitro debe cumplir para poder realizar su encargo.<sup>38</sup>

Ante la importancia de garantizar el cumplimiento de estas obligaciones, las instituciones arbitrales cuentan con procedimientos y mecanismos previstos en sus reglamentos que permiten a las partes recusar a los árbitros que no cumplen con los estándares exigidos de imparcialidad e independencia.

<sup>37</sup> GLADSTONE J. y A. KIRKPATRICK. «The Contribution of International Organizations to Investment Arbitration: Responding in Times of Crisis». *Manchester Journal of International Economic Law*, 2016, vol. 13, n.º 3, pp. 293-313, p. 295.

<sup>38</sup> ALONSO, J.M. «Árbitros, nombramiento y recusación». En *Memento Arbitraje 2020-2021*, ALONSO, J.M. y V. BONNIN (coords.). Lefebvre, 2020.

Es importante tener en cuenta que, en el desarrollo de sus funciones, los árbitros no solamente son susceptibles de incurrir en responsabilidad civil, sino que su actuación también puede dar lugar a responsabilidades en los ámbitos penal, administrativo o disciplinario.<sup>39</sup>

### 2.3.3. *Organizaciones internacionales*

Las organizaciones internacionales (las «OIs») no se definirían *strictu sensu* como un sujeto del derecho de las inversiones internacionales, dado que su participación podría ser descrita como «*indirecta*». Las OI no forman parte de los procedimientos de resolución de disputas ni en el rol de parte —actora o demandada— ni en el de administrador del procedimiento o de órgano decisor. En cambio, su papel sí tiene un impacto relevante en el ámbito del derecho de las inversiones internacionales en la medida en la que pueden establecer normas especiales que favorezcan o restrinjan determinados estándares de protección o mecanismos de resolución de disputas. Un caso especial dentro de esta categoría es el de la Unión Europea.

De conformidad con los Tratados UE, la Unión cuenta con un derecho propio promulgado de acuerdo con las normas establecidas en los dos tratados internaciones mencionados. Así, este ordenamiento jurídico propio es autónomo e independiente del derecho de los Estados miembros. Bajo el «principio de primacía», las normas aprobadas por las instituciones de la Unión Europea en las materias atribuidas en los tratados fundacionales gozan de superioridad sobre los derechos nacionales de sus Estados miembros.

En el año 2018, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea emitió una decisión en el llamado caso *Achmea* que ha alterado radicalmente el funcionamiento del arbitraje de inversión en el ámbito intra-europeo. En esta sentencia, el TJUE concluyó en primer lugar que, en la resolución de arbitrajes de inversión entre partes europeas, podía suceder que los tribunales arbitrales interpretaran o aplicaran el derecho europeo. En segundo lugar, el TJUE consideró también que los árbitros no estaban facultados para plantear cuestiones prejudiciales al TJUE a los efectos de solicitar una interpretación del derecho europeo por parte de este tribunal debido a que estos no tenían la condición de órganos jurisdiccionales.

En tercer lugar, y como consecuencia de lo anterior, el TJUE resolvió que existía riesgo de que los tribunales arbitrales interpretaran el derecho europeo de forma no uniforme. Por todo ello, el TJUE concluyó que el arbitraje de inversiones en el ámbito intra-europeo resultaba contrario al derecho de la Unión Europea.<sup>40</sup> A esta decisión le ha seguido otra sobre la incompatibilidad entre la legislación de la UE y los litigios intracomunitarios en virtud del Tratado de la Energía.<sup>41</sup>

Aunque los pormenores de estas sentencias del TJUE y el impacto en el ámbito del arbitraje de inversión requieren de un estudio en profundidad, a los efectos de este capítulo resulta suficiente destacar el papel que juegan o pueden jugar las OI en el ámbito del derecho de las inversiones internacionales. A este respecto, cabe destacar que la Comisión Europea sigue presentando *amicus curiae* en los arbitrajes de inversión entre los Estados miembros de la UE, destacando la incompatibilidad del arbitraje intracomunitario con la legislación de la UE.

### 2.3.4. *ONG (amicus curiae)*

En general, el *amicus curiae*, como herramienta de grande utilidad en el proceso jurisdiccional y arbitral, ayuda a mejorar el nivel de transparencia en los procesos judiciales y arbitrales, especialmente, en

<sup>39</sup> DE BRABANDERE, E. «Investment Treaty Arbitration as Public International Law». Cambridge: Cambridge University Press, pp. 73-121; GONZÁLEZ-SORIA, J. y M. DE LA SANTA. «Las responsabilidades de los árbitros». *Revista de Derecho UNED*, 2015, n.º 17, p. 869.

<sup>40</sup> *República Eslovaca c/ Achmea BV*, Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 6 de marzo de 2018, Asunto C-284/16, EU:C:2018:158.

<sup>41</sup> *República de Moldova c/ Komstroy LLC*, Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 2 de septiembre 2021, Asunto C-741/19, EU:C:2021:655.

aquellos casos donde se encuentra comprometido el interés público o exista una trascendencia social que supere las particularidades del caso concreto.<sup>42</sup>

El arbitraje ha sido tradicionalmente un método de resolución de conflictos de carácter privado y confidencial, fruto de su naturaleza *inter partes*. No obstante, la utilización del arbitraje en el ámbito del derecho de las inversiones —donde los Estados tienen el papel de actores principales— ha tenido como consecuencia que las controversias que se resuelven mediante este sistema afecten o puedan afectar eventualmente a intereses públicos que se extienden más allá de las partes en contienda.<sup>43</sup>

Así, el arbitraje de inversión ha contribuido a fomentar la participación de terceros que tengan un interés legítimo en la disputa como participantes en el procedimiento arbitral. Esta participación se ha introducido mediante la figura del *amicus curiae*, permitiendo que estos terceros presenten opiniones de trascendencia para el enjuiciamiento de la controversia durante la tramitación del procedimiento.<sup>44</sup>

La admisión del *amicus curiae* en el arbitraje de inversión ha tenido lugar mediante la clarificación del alcance del mandato de los árbitros en los reglamentos de arbitraje y en tratados de protección de inversiones. Estos textos también han regulado las condiciones necesarias para la admisión de esta figura. La cuestión de la admisión o no del *amicus curiae* ha sido discutida en diversas decisiones que se han pronunciado a favor y en contra de la figura. De un lado, en el caso *Aguas del Tunari, S.A. c/ República de Bolivia*,<sup>45</sup> el tribunal arbitral decidió que no tenía competencia para autorizar la participación de una ONG en el procedimiento debido a que las partes no habían mostrado su consentimiento a este respecto.

Por otro lado, otras decisiones arbitrales se han mostrado favorables a permitir la intervención de estos terceros en el proceso. En el caso *Aguas Provinciales de Santa Fe, S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. e InterAguas Servicios Integrales del Agua, S.A. c/ República Argentina* el tribunal arbitral sostuvo que, de acuerdo con el artículo 44 del Convenio del CIADI, el tribunal arbitral estaba facultado para resolver «cuestiones de procedimientos» que no se abordan en dicho Convenio o en las reglas aplicables. Así, el tribunal concluyó que la admisión de un *amicus curiae* «estaría comprendida en esta definición de cuestión de procedimiento, pues puede considerarse que es una medida tendiente a ayudar al tribunal a cumplir su labor fundamental de adoptar una decisión correcta en el presente caso».<sup>46</sup> Además, en el caso *United Parcel Service of America Inc. c/ Gobierno de Canadá* la formación arbitral admitió también la participación del *amicus curiae*, debido a que consideró acreditado la existencia de un interés público.<sup>47</sup> Por su parte, otras decisiones relevantes, como la acontecida en el caso *Aguas Argentinas, S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. y Vivendi Universal, S.A. c/ República Argentina* han admitido la figura del *amicus curiae* debido a los efectos beneficiosos que provoca por el incremento de la transparencia en el procedimiento.<sup>48</sup>

Algunos reglamentos de arbitraje de inversión han admitido expresamente la figura del *amicus curiae*, regulando las condiciones para su participación. El ejemplo más destacable, probablemente, se encuentre en el artículo 37(2) de las Reglas de Arbitraje del CIADI, las cuales establecen que, tras consultar a las partes, tribunal arbitral puede permitir que una parte no contendiente en el procedi-

<sup>42</sup> SANDS, P. y MACKANZIE R. «International Courts and Tribunals: *Amici Curiae*». *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2008.

<sup>43</sup> BORNE, G. y S. FORREST. «Amicus Curiae Participation in Investment Arbitration». *ICSID Review*, 2019, vol. 34, n.º 3, pp. 626-665.

<sup>44</sup> EL HOSENEN, F. *Civil Society in Investment Treaty Arbitration; Status and Prospects*. Leiden-Boston: Brill Nijhoff, 2018; BALTAG, C. «The Role of *Amici Curiae* in Light of Recent Developments in Investment Treaty Arbitration: Legitimizing the System?». *ICSID Review*, 2020, vol. 35, n.º 1-2, pp. 279-310.

<sup>45</sup> *Aguas del Tunari, S.A. c/ República de Bolivia*, decisión sobre jurisdicción, 21 de octubre 2005. Caso CIADI n.º ARB/02/3.

<sup>46</sup> *Aguas Provinciales de Santa Fe, S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. e InterAguas Servicios Integrales del Agua, S.A. c/ República Argentina*. Caso CIADI n.º ARB/03/17, laudo de 17 de marzo de 2006.

<sup>47</sup> *United Parcel Service of America Inc. vs. Gobierno de Canadá*, decisión del Tribunal sobre Peticiones de Intervenciones y Participación como *Amici Curiae*. Caso CIADI UNCT/02/01, § 70.

<sup>48</sup> *Aguas Argentinas, S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. y Vivendi Universal, S.A. c/ República Argentina*, resolución en respuesta a la Petición de Transparencia y Participación en Calidad de *Amici Curiae*. Caso CIADI n.º ARB/03/19, § 22.

miento formule una presentación escrita ante el tribunal relativa a cuestiones vinculadas con la controversia, considerando si esta presentación (i) ayudaría al tribunal en la determinación de las cuestiones de hecho o de derecho, (ii) contiene una cuestión dentro del ámbito del procedimiento, y (iii) si la parte no contendiente tiene un interés significativo en el procedimiento.

Por otro lado, el artículo 4.1 del Reglamento de la CNUDMI sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un tratado también prevé que, tras consultar con las partes litigantes, el tribunal arbitral podrá permitir que una persona que no sea parte litigante presente al tribunal un escrito relativo a cuestiones que sean objeto del litigio.

### 3. FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL DE INVERSIONES

El DII, como subcampo del derecho internacional público, se compone del derecho internacional general, de normas más específicas del derecho internacional de la economía, y de normas distintas propias de la protección de las inversiones.<sup>49</sup>

Además, el derecho del Estado anfitrión puede ser relevante, en función de las circunstancias de cada caso. A pesar de las peculiaridades del DII,<sup>50</sup> esta rama del derecho se basa en las fuentes del derecho internacional, tal como se establece en el artículo 38(1) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, es decir, los tratados, la costumbre y los principios generales del derecho.<sup>51</sup> Las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, en cuanto fuentes auxiliares bajo el artículo 38(2), juegan también un papel en este sector del derecho internacional.<sup>52</sup> Por último, el *soft law*, a pesar de no ser formalmente fuente del derecho internacional, representa una herramienta importante tanto a nivel procesal, como en la relación entre el DII y otras ramas del derecho internacional, es decir, los derechos humanos y el derecho del medio ambiente.

#### 3.1. Tratados

La protección jurídica de la inversión extranjera directa en el marco del derecho internacional público está garantizada principalmente por los Acuerdos Internacionales de Inversión (AII). Dado que todavía no existe un tratado global único en materia de inversiones,<sup>53</sup> el DII se define principalmente en más de 3.000 AII adoptados por dos o más Estados, y que se rigen por el derecho internacional público.<sup>54</sup> Los AII son tratados celebrados entre Estados, que rigen su conducta respectiva en su calidad de Estados receptores, frente a los inversores de otros Estados parte. Aunque los tratados son adoptados por los Estados, son los inversores nacionales de cada parte en el tratado, los destinatarios finales de los derechos contenidos en dichos instrumentos. Estos últimos, que sean bilaterales o multilaterales, crean un marco en el que el Estado puede ejercer sus poderes, garantizando que no los utilizará de manera abusiva, discriminatoria o arbitraria.

De hecho, en virtud de los AII, los Estados parte se comprometen a proporcionar un cierto grado de protección a los inversores que son nacionales de los Estados contratantes, y a sus inversiones.

<sup>49</sup> ÁLVAREZ, J. «The Public International Law Regime Governing International Investments». *Réveil des cours de l'Academie de droit international de la Haye*, 2011, vol. 344; HIRSCH, M. «Sources of International Investment Law». En *International Investment Law and Soft Law*. BJORKLUND, A y A. REINISCH (coords.). Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2012, pp. 9-38; COLLANTES GONZALEZ, J. L. «Orígenes, desarrollo y fuentes del derecho internacional económico y de las inversiones internacionales». En *Derecho internacional económico y de las inversiones internacionales*. COLLANTES GONZALES, J. L. (coord.). Lima: Mario Castillo Freyre, 2009, pp. 39 ss; RADÍ, Y. *Rules and Practices of International Investment Law and Arbitration*. Cambridge: Cambridge University Press, 2020.

<sup>50</sup> VADI, V. *Analogy in International Investment Law and Arbitration*. Cambridge: Cambridge University Press, 2016.

<sup>51</sup> BARBERIS, J. *Fuentes del derecho internacional*. La Plata: Editoria Platense, 1973; THIRLWAY, H. *The Sources of International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2019, 2.<sup>a</sup> ed.

<sup>52</sup> GRISÉL, F. «The Sources of Foreign Investment Law». En *The Foundations of International Investment Law. Bridging Theory into Practice*. DOUGLAS, Z. et al. (coord.). Oxford: Oxford University Press, 2014, pp. 212-233.

<sup>53</sup> MUCHINSKI, P. «The Rise and Fall of Multilateral Agreement on Investment: Where Now?». *The International Lawyer*, vol. 34, n.<sup>o</sup> 3, pp. 1033-1053.

<sup>54</sup> UNCTAD. «World Investment Report», 2022, p. 65.

nes. Dicha protección suele incluir la indemnización en caso de expropiación, un trato justo y equitativo, la no discriminación y plena protección y seguridad. Además, los AII brindan tanto protección sustantiva como el derecho a recurrir al arbitraje internacional.

Cabe destacar que los Acuerdos de Protección de Inversiones de última generación incluyen disposiciones sobre transparencia, responsabilidad social corporativa (RSC), derechos humanos y laborales, y protección medioambiental, a fin de progresar en los derechos sociales y de avanzar hacia el objetivo de una economía sostenible. Esto refleja la urgente necesidad de reconciliar los derechos y obligaciones de los inversores, y de asegurarse de que estos últimos cumplen con las normas internacionales de derechos humanos y medioambientales.<sup>55</sup>

### 3.1.1. *Tratados bilaterales de inversión*

Los orígenes del derecho internacional de las inversiones se encuentran en los Tratados de Amistad, Comercio y Navegación, adoptados ya a finales del siglo XVIII para regular las relaciones comerciales entre dos Estados, con una parte dedicada a la protección de las inversiones.<sup>56</sup> Los años 1950, con la adopción del tratado bilateral entre Alemania y Pakistán,<sup>57</sup> marcan el rápido desarrollo de los tratados bilaterales de inversión (TBI).

Un TBI puede definirse como un acuerdo entre dos Estados para la promoción y protección de las inversiones de los inversores de un Estado («Estado de origen») en el territorio del otro Estado («Estado anfitrión»). En el pasado, los TBI solían celebrarse entre Estados exportadores de capital, o países desarrollados y Estados importadores de capital, o países en desarrollo. El paradigma de los TBI de exportación/importación de capital ha cambiado drásticamente en los últimos años y los Estados en desarrollo están negociando cada vez más tratados entre ellos.

Los TBI constituyen una de las principales herramientas para establecer un compendio más o menos uniforme de reglas destinadas a la protección de los inversores nacionales de un Estado contrayente en otro Estado contrayente.<sup>58</sup> Una serie de países han adoptado modelos de TBI, que son esencialmente modelos de los tipos de disposiciones que estos países tratan de incluir en sus TBI. La mayoría de los TBI contienen disposiciones similares y suelen constar de tres partes. La primera parte, que contiene el ámbito de aplicación del tratado, ofrece definiciones importantes, como las de «inversión» e «inversor», con el objeto de aclarar la naturaleza de la actividad comercial que pretende cubrir.<sup>59</sup> El inversor es normalmente definido como nacional de cualquiera de los Estados parte contratantes, algunos de ellos incluyen también otros aspectos como la residencia permanente en un Estado parte contratante en relación con las personas físicas.

La segunda parte consiste en normas sustantivas para la protección de las inversiones y los inversores. Los TBI suelen contener una disposición sobre la admisión de inversiones, una garantía de trato justo y equitativo (TJE), una garantía de protección y seguridad plenas (PSP), una garantía contra el trato arbitrario y discriminatorio, una garantía de trato nacional y una garantía de trato de

<sup>55</sup> DHANANJAY, R. y S. JOSHI GURPUR. «The Silent Spring of Human Rights in Investment Arbitration: Jurisprudence Constante through Case-Law Trajectory». *Arbitration International*, 2020, vol. 35, n.º 4, pp. 557-570; BALCERZAK, F. *Investor-State Arbitration and Human Rights*. Leiden-Boston: Brill Nijhoff, 2017; DE BRABANDERE, E. «Human rights and international investment law». En *Research Handbook on Foreign Direct Investment*. KRAJEWSKI, M. y R.T. HOFFMANN (coords.). Cheltenham, Edward Elgar, 2019.

<sup>56</sup> PAULUS, A. «*Treaties of Friendship, Commerce and Navigation*». Max Planck Encyclopaedia of Public International Law, 2011; ALSHARANI, S. «What should we know about the Origins of International Investment Law». *International Journal of Legal Information* 2020, vol. 48, n.º 3, pp. 121-131; BRAY, H. «Understanding Change: Evolution from International Claims Commissions to Investment Treaty Arbitration». En *International Investment Law and History*. SCHILI, S. et al. (coord.). Cheltenham: Edward Elgar, pp. 102-136.

<sup>57</sup> Tratado entre Pakistán y República Federal de Alemania para la Promoción y la Protección de Inversiones, adoptado el 25 de noviembre de 1959, entrado en vigor el 28 de abril de 1962; véase ALSHARANI, S. «What should we know about the Origins of International Investment Law?». *International Journal of Legal Information*, 2020, vol. 4, n.º 3, pp. 122-131.

<sup>58</sup> Véase GAZZINI, T. «Bilateral Investment Treaties». En *International Investment Law: The Sources of Rights and Obligations*. GAZZINI T. y E. DE BRABANDERE (coords.). Leiden-Boston: Brill Nijhoff, pp. 99-132.

<sup>59</sup> *Vid.* MAURO, M. R. *Gli accordi bilaterali sulla promozione e la protezione degli investimenti*. Torino: Giappichelli, 2003.

nación más favorecida (cláusula NMF), garantías en caso de expropiación y garantías relativas a la libre transferencia de pagos.

La tercera parte trata de la solución de controversias. Los TBI comprenden dos disposiciones separadas sobre la resolución de controversias. Una prevé el arbitraje en caso de controversias entre el Estado anfitrión y los inversores extranjeros (arbitraje inversor-Estado). La mayor parte de los TBI contienen el consentimiento previo de los dos Estados para el arbitraje internacional con los inversores del otro Estado parte, ya sea ante un tribunal del CIADI o mediante alguna otra forma de arbitraje. La otra disposición sobre solución de controversias en los TBI prevé el arbitraje entre los dos Estados parte del tratado (arbitraje Estado-Estado). Mientras que el arbitraje inversor-Estado en el marco de los TBI es muy común, el arbitraje Estado-Estado es menos frecuente.

### 3.1.2. Tratados multilaterales

A la red actual de más de 3000 TBI, se suman una serie de tratados multilaterales de libre comercio a nivel regional y tratados sectoriales. A partir del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN),<sup>60</sup> los Estados han celebrado amplios acuerdos de cooperación económica. Los capítulos de estos tratados sobre la regulación y protección de las inversiones extranjeras suelen ser más elaborados que los TBI; y, a menudo, contienen disposiciones más innovadoras. En la actualidad, los tratados de libre comercio se están llevando a cabo a un ritmo más rápido que los TBI, lo que posiblemente refleja la tendencia a una integración económica en ámbitos como el comercio, la propiedad intelectual y las inversiones.<sup>61</sup>

El TLCAN, celebrado en 1994 entre Canadá, Estados Unidos y México, abordaba el comercio y la inversión, en general, con el objetivo de alcanzar la libre circulación de bienes, servicios, personas e inversiones extranjeras. El capítulo de inversiones del TLCAN pretendía establecer un entorno seguro para las inversiones mediante normas sobre el trato justo, la eliminación o liberalización de las restricciones existentes en materia de inversión, y un medio eficaz para la resolución de controversias. En la práctica, las normas sobre expropiación y sobre el «nivel mínimo de trato» han recibido la mayor atención. En materia de solución de controversias, bajo el capítulo 11 del TLCAN un inversionista podía iniciar arbitraje contra el Estado parte conforme a las Reglas de Arbitraje CIADI o de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).

La entrada en vigor del TLCAN coincidió con la creación de la Organización Mundial del Comercio (OMC), que, por primera vez, incorporó al régimen comercial internacional el comercio de servicios y las medidas de inversión que podían obstaculizar el comercio, mediante el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS) y el Acuerdo sobre las Medidas en materia de Inversiones relacionadas con el Comercio (ADMIC). El AGCS proporcionaba el marco legal para que los miembros de la OMC se comprometan en la liberalización preferencial del comercio de servicios, en particular mediante el establecimiento de presencia comercial en el país socio (modo 3) con el objetivo de prestar servicios. El TRIMS no regulaba la inversión, sino que abordaba las medidas de inversión que podían distorsionar el comercio.

Tras la negociación del TLCAN y la entrada en vigor del AGCS, los Estados empezaron a incorporar cada vez más en sus acuerdos un amplio conjunto de disposiciones sobre inversiones. Muchos acuerdos que liberalizan el comercio de servicios tienen un capítulo de inversión distinto que amplía la cobertura de la inversión y regula un marco de inversión más amplio que se aplica a los bienes, los servicios y la propiedad intelectual y, según de cómo se defina la inversión, a la inversión de cartera.

<sup>60</sup> Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), adoptado el 19 diciembre de 1992 y entrado en vigor el 1 de enero de 1994.

<sup>61</sup> Véase *Handbook of Deep Trade Agreements*. Washington: World Bank, 2020.

El desarrollo de grandes negociaciones «mega-regionales» describe una tendencia del derecho comercial internacional a negociar acuerdos de libre comercio entre países que abarcan una parte considerable del comercio mundial. Un ejemplo es la Asociación Transatlántica de Comercio e Inversión («TTIP») entre Estados Unidos y la Unión Europea, aunque las negociaciones relativas a ella han estado inactivas desde 2017. Otros ejemplos incluyen la Asociación Económica Integral Regional entre los miembros de la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático (ASEAN) y de Asia y el Pacífico (es decir, Australia, China, India, Japón, Corea y Nueva Zelanda),<sup>62</sup> y el Acuerdo Económico y Comercial Global entre Canadá y la UE («CETA»).<sup>63</sup>

En 2020, el TLCAN fue sustituido por el Tratado Estados Unidos-México-Canadá (T-MEC).<sup>64</sup> El T-MEC cubre los estándares habituales de protección, con exclusión de la violación de la norma FET y la expropiación indirecta. Canadá no es parte del mecanismo de resolución de controversias entre inversionista y Estado contemplado por el T-MEC. Esto significa que toda disputa respecto a una inversión de empresas canadienses en México o Estados Unidos, así como de empresas mexicanas o estadounidenses en Canadá, tendrá que ser resuelta mediante otros mecanismos. Entre Canadá y Estados Unidos las controversias tendrán que ser llevadas ante las cortes judiciales de dichos países. Las controversias entre México y Canadá están sujetas a las disposiciones de arbitraje de inversión del Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico.<sup>65</sup> Dicho acuerdo comercial involucra a 11 países, y entre sus objetivos se cuenta promover la integración económica, establecer marcos legales predecibles para el comercio, facilitar el comercio regional o promover el desarrollo sostenible.

Entre los tratados multilaterales se destaca también el Tratado de la Carta de la Energía (TCE).<sup>66</sup> El TCE surgió de una iniciativa europea al final de la Guerra Fría, con el objetivo de facilitar la cooperación en el sector energético entre los Estados europeos, por un lado; y Rusia y los nuevos Estados de Europa del Este y Asia Central, por otro, en el sector energético. El TCE cuenta con 53 signatarios, incluida la Unión Europea.

La tercera parte del TCE se dedica específicamente a las inversiones en el sector energético. Los derechos sustantivos protegidos por el TCE incluyen el trato justo y equitativo, el estándar de protección, el trato nacional y trato de nación más favorecida y la protección contra la expropiación. Bajo el artículo 26 TCE, las partes contratantes dan su consentimiento a someter las controversias que surjan entre una parte contratante y un inversor de otra parte contratante a un arbitraje internacional. Un inversor que opte por acudir a un arbitraje internacional puede someter su controversia a un tribunal constituido en virtud del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, del CIADI o del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo.

Con el paso del tiempo y el creciente uso del TCE como base para el arbitraje internacional, las partes y el objeto de los arbitrajes del TCE han evolucionado. Mientras que en los primeros casos se presentaban frecuentemente reclamaciones contra Estados de Europa central y oriental, en los últimos años el enfoque ha cambiado y se han iniciado un gran número de casos contra Estados de Europa occidental. Los casos más recientes han tenido origen en supuestos defectos o cambios en los marcos normativos que fomentan el desarrollo de las energías renovables.

Actualmente, se está negociando una versión «modernizada» del TCE, con el objetivo de aclarar el papel de la solución de diferencias entre inversores y Estados dentro de la UE (ISDS), a la luz de las decisiones de la CJUE en *Achmea* y *Komstroy*, e introducir una mayor transparencia en los procedimientos ISDS. Además, una de las principales finalidades es garantizar que el TCE refleje los objetivos

<sup>62</sup> Asociación Económica Integral Regional, adoptado el 15 de noviembre 2020, entrado en vigor el 1 de enero 2022.

<sup>63</sup> BURGENBERG, M. y REINISCH A. *CETA Investment Law*. Londres: Bloomsbury, 2018.

<sup>64</sup> Tratado entre los Estados Unidos de América, los Estados Unidos Mexicanos y Canadá, adoptado el 30 de noviembre 2018 y entrado en vigor 1 de julio de 2020.

<sup>65</sup> Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico, adoptado el 8 de marzo de 2018, entrado en vigor el 30 de diciembre de 2018.

<sup>66</sup> Tratado sobre la Carta de la Energía, adoptado el 17 de diciembre de 1994, entrado en vigor el 16 de abril de 1998. Véase HOBER, K. *The Energy Charter Treaty*. Oxford: Oxford University Press, 2020.

del cambio climático y de la transición hacia una energía limpia y que contribuya a los objetivos del Acuerdo de París.

En el marco del Mercado Común del Sur (Mercosur), en los años 1990 se adoptaron el Protocolo de Colonia para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones en el Mercosur<sup>67</sup> y el Protocolo sobre Promoción y Protección de Inversiones Provenientes de Estados No Partes del Mercosur.<sup>68</sup> Estos instrumentos jurídicos nunca entraron en vigor. El Protocolo de Cooperación y Facilitación de Inversiones Intra-Mercosur de 2017, que entró en vigor en 2019, ofrece un bajo nivel de protección de las inversiones.<sup>69</sup> Tiene una definición limitante de la inversión que, por ejemplo, excluye explícitamente la inversión de cartera y no ofrece protección contra la expropiación indirecta. Además, excluye explícitamente la obligación del Estado de conceder al inversor un trato justo y equitativo, plena protección y seguridad, así como cualquier protección en la fase previa al establecimiento.

Por último, se está desarrollando una nueva tendencia con los tratados de inversión de países de diferentes regiones. Un ejemplo reciente es el Acuerdo General y Progresivo de Asociación Transpacífico (CPTPP), que es un acuerdo de libre comercio (ALC) entre Canadá y otros diez países de la región Asia-Pacífico (Australia, Brunéi, Chile, Japón, Malasia, México, Nueva Zelanda, Perú, Singapur y Vietnam).<sup>70</sup> El CPTPP se inspira en el Modelo de TBI de EE. UU. y contiene las normas típicas de protección de las inversiones. Al igual que en el Modelo de TBI de EE. UU., la FET y la plena protección y seguridad solo se garantizan de acuerdo con el derecho internacional consuetudinario. Además, el mero incumplimiento de las expectativas de un inversor que dé lugar a pérdidas o daños no equivale a una violación del trato justo y equitativo.

Existe una definición detallada de lo que constituye una expropiación indirecta, que incluye una excepción para las regulaciones de buena fe destinadas a promover objetivos públicos.

### ***3.1.3. El marco para la solución de controversias en materia de inversión***

La mayoría de AII y acuerdos de libre comercio que incluyen normas sobre inversiones, prevén el arbitraje internacional bajo las normas del CIADI o de la CNUDMI.

El Convenio del CIADI, ratificado por 158 Estados, proporciona un marco procesal para la solución de controversias entre los Estados anfitriones y los inversores extranjeros a través de la conciliación o el arbitraje.<sup>71</sup> El Convenio no contiene normas sustantivas de protección de las inversiones. Asimismo, la participación en el Convenio del CIADI no equivale a un consentimiento al arbitraje.

El arbitraje, según las normas del Convenio del CIADI, puede basarse en una cláusula de solución de controversias de un tratado de inversión o en un acuerdo *ad hoc* celebrado entre las partes después de que haya surgido la controversia. Para el Estado que es parte en una controversia de inversión, la cláusula del CIADI en un tratado de inversión constituye un consentimiento por escrito, tal como lo exige el artículo 25(1) del Convenio del CIADI. Al presentar una solicitud de arbitraje, el inversor privado acepta la oferta de arbitraje del Estado.

El artículo 27(1) impide que el Estado de origen del inversor extranjero ejerza la protección diplomática con respecto a otro Estado contratante «a menos que ese otro Estado contratante no haya

<sup>67</sup> Protocolo de Colonia para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones en el Mercosur, adoptado el 17 de enero 1994.

<sup>68</sup> Protocolo sobre Promoción y Protección de Inversiones Provenientes de Estados No Partes del Mercosur, adoptado el 5 de agosto de 1994.

<sup>69</sup> El Protocolo de Cooperación y Facilitación de Inversiones Intra-Mercosur, adoptado el 8 de abril de 2017, entrado en vigor en 2019.

<sup>70</sup> Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership, adoptado el 8 de marzo de 2018, entrado en vigor para Australia, Canadá, Japón, México, Nueva Zelanda y Singapur el 30 de diciembre de 2018; para Vietnam el 14 de enero de 2019 y para Perú el 19 de septiembre de 2021.

<sup>71</sup> International Convention for Settlement of Investment Disputes, adoptada el 18 de marzo de 1965, entrada en vigor el 14 de octubre de 1966. Véase *The ICSID Convention, Regulations and Rules*. FOURET, J. et al. (coord.). Cheltenham: Edward Elgar, 2019.

acatado y cumplido el laudo dictado en dicha controversia». La jurisdicción se extiende «a cualquier controversia jurídica que surja directamente de una diferencia relativa a una inversión» (artículo 25).

En virtud del Convenio del CIADI, cada parte puede solicitar la interpretación del laudo (artículo 50), la revisión del laudo a la luz del descubrimiento de un nuevo hecho material (artículo 51) y la anulación del laudo (artículo 52). En virtud del artículo 52, las causas de anulación se limitan a la constitución incorrecta del tribunal arbitral, la extralimitación manifiesta de sus facultades, la corrupción de un miembro del tribunal arbitral, la desviación grave de una norma fundamental de procedimiento, y la falta de motivación del laudo. Las solicitudes de anulación son resueltas por un comité *ad hoc* de tres miembros.

El Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, aprobado por primera vez en 1976, comprende normas procesales en las que las partes pueden convenir para la sustanciación de procedimientos arbitrales que se entablen a raíz de sus relaciones comerciales. Los artículos del reglamento rigen todos los aspectos del proceso arbitral, contienen una cláusula modelo de arbitraje, regulan el nombramiento de los árbitros y la sustanciación de los procedimientos arbitrales y establecen normas sobre la forma, el efecto y la interpretación del laudo.<sup>72</sup>

El reglamento se ha aplicado a la solución de una amplia gama de controversias, como las surgidas entre entidades comerciales privadas en las que no interviene ninguna institución arbitral, así como en las controversias entre inversionistas y Estados, en las controversias entre Estados y en las controversias comerciales administradas por instituciones arbitrales.<sup>73</sup>

### 3.2. *Derecho internacional consuetudinario*

El DII moderno está claramente dominado por los tratados, aunque las cláusulas de los AII puedan reflejar o aclarar normas consuetudinarias.<sup>74</sup> Como destacado por la Corte Internacional de Justicia, «en el derecho internacional contemporáneo, la protección de los derechos de las empresas y los derechos de sus accionistas, así como la solución de los litigios correspondientes, se rigen esencialmente por acuerdos bilaterales o multilaterales».<sup>75</sup> De hecho, la falta de consenso sobre el nivel de protección de las inversiones bajo derecho internacional consuetudinario empujó progresivamente a los Estados a suscribir acuerdos internacionales.<sup>76</sup>

A pesar de la *treatification* del DII,<sup>77</sup> la costumbre sigue manteniendo un papel importante en esta rama del derecho internacional.<sup>78</sup> Bajo la costumbre internacional, los Estados no tienen ninguna obligación relativa a la promoción de las inversiones (ya sea en el territorio de un Estado, ya sea en las inversiones de los nacionales de un Estado en otros Estados). Es decir, los Estados son libres de decidir si permiten o no las inversiones extranjeras en su territorio. Sin embargo, una vez admitida y establecida, la inversión extranjera goza de cierta protección básica según las normas consuetudinarias.

Dado que el origen del DII se encuentra en el derecho de la responsabilidad del Estado con respecto al trato de los extranjeros, una de las normas consuetudinarias claves es representada por la norma mínima de trato, que otorga a los extranjeros un grado de protección mínimo. Dicha norma se

<sup>72</sup> Actualmente existen tres versiones distintas del Reglamento de Arbitraje: i) la versión de 1976; ii) la versión revisada en 2010; y iii) la versión de 2013, que incluye el Reglamento de la CNUDMI sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado y (iv) la versión de 2021 que incorpora el Reglamento de Arbitraje Acelerado de la CNUDMI.

<sup>73</sup> Véase CAPLAN, L. M., «Arbitration Rules: United Nations Commission on International Trade Law», Max Planck Encyclopaedia of International Law, 2020.

<sup>74</sup> HERDEGEN, M. *Principles of International Economic Law*. Oxford: Oxford University Press, 2016, 2<sup>nd</sup> ed., pp. 411 y ss.; VICUÑA, F. «Foreign Investment Law: How Customary is Custom?» *Estudios Internacionales*, 2005, vol. 38, pp. 79-86; GAZZINI, T. «The Role of Customary International Law in the Field of Foreign Investment», *The Journal of World Investment & Trade*, 2007, vol. 8, n.º 15, pp. 691-715.

<sup>75</sup> *Abmudou Sadio Diallo (Guinea c/ República Democrática del Congo)*. Objecciones Preliminares, 2007, ICJ Rep 582, para. 88.

<sup>76</sup> D'ASPREMONT, J. «International Customary Investment Law: Story of a Paradox». En *International Investment Law: The Sources of Rights and Obligations*. Op. cit., pp. 6-28.

<sup>77</sup> ÁLVAREZ, J. *The Public International Law Regime Governing International Investment*. Op. cit., p. 407.

<sup>78</sup> DUMBERRY, P. *The Formation and Identification of Rules of Customary International Law in International Investment Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2016.

basá en la obligación de diligencia debida que corresponde al Estado de respetar los derechos de los extranjeros en su jurisdicción<sup>79</sup> y pertenece al derecho consuetudinario.<sup>80</sup> Los tribunales también consideran que se trata de una norma «flexible», que debe adaptarse a las circunstancias de cada caso. En general, se ha entendido que la norma comprende derechos y obligaciones relativos a la administración de justicia en los casos que afectan a extranjeros, a la protección de los extranjeros y sus bienes en el territorio del Estado anfitrión, y a las garantías procesales.

La norma de trato mínimo está intrínsecamente ligada a los estándares del TJE y PSP contenidos en los modernos tratados de inversión. La relación exacta entre estas dos normas sigue siendo una cuestión controvertida.<sup>81</sup>

En cuanto a la norma TJE, su desarrollo y reconocimiento en una cláusula independiente plantea la cuestión de si debería considerarse en sí misma como una norma de derecho internacional consuetudinario. Sin embargo, esta sugerencia ha sido rechazada en el contexto del TLCAN. Además, varios tribunales han dictaminado que, incluso, si la norma FET es una norma autónoma, su contenido es similar o idéntico al de la norma mínima de trato del derecho internacional consuetudinario.<sup>82</sup>

En general, es inevitable la incorporación de normas a los tratados ha llevado a su articulación y desarrollo más detallados. Sin embargo, la relación entre los tratados y la costumbre en este ámbito sigue siendo complementaria. De hecho, los AII hacen a menudo referencia expresa al derecho internacional general. Por ejemplo, el modelo de TBI francés garantiza «el trato justo, conformemente a los principios de derecho internacional».<sup>83</sup> El modelo de TBI de EE. UU. de 2012 exige que: «each Party shall accord to covered investments treatment in accordance with customary international law, including fair and equitable treatment and full protection and security».<sup>84</sup>

El derecho internacional consuetudinario también desempeña un papel en la interpretación de los AII y en el ámbito de la responsabilidad internacional. Las normas basadas de los AII deben entenderse e interpretarse, como todos los tratados, en el contexto de las normas generales del derecho internacional. Bajo el artículo 31(3)(c) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, junto con el contexto del Tratado, hay que tener en cuenta todas las normas pertinentes de derecho internacional aplicables en las relaciones entre las partes.

Los AII contienen únicamente normas primarias, sin disposiciones específicas sobre la determinación de los daños y perjuicios en caso de incumplimiento de sus obligaciones.<sup>85</sup> Por este motivo, a falta de una *lex specialis* sobre reparación, los tribunales arbitrales suelen remitirse a los principios del derecho internacional consuetudinario, codificado en el proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado.<sup>86</sup> Muchas decisiones también citan dos conocidos pasajes de las sentencias del Tribunal Permanente de Justicia Internacional en el caso de la *Fábrica de Chorzów*, que han inspirado a los redactores del artículo 31(5) del Proyecto.

Por último, los laudos sobre inversiones pueden contribuir al proceso de formación del derecho internacional consuetudinario. Los laudos arbitrales no constituyen una forma práctica de los Estados para formar normas consuetudinarias. Sin embargo, los laudos arbitrales pueden desempeñar un papel

<sup>79</sup> Estados Unidos (*LLF Neer* c/ México). Laudo, 15 de octubre de 1926, 4 UNRIAA, p. 60.

<sup>80</sup> *Vento Mortcycles c. Mexico*. Laudo, 6 de julio 2020, Caso CIADI n.º § 282.

<sup>81</sup> *Azurix c/ Argentina*. Laudo, 14 de Julio 2006, Caso CIADI n.º ARB/01/12, § 361; *Gosling et al. c/ Mauritius*. Laudo del 18 de febrero de 2020, Caso CIADI n.º ARB/16/32, § 243; PAPARINSKIS, M. *The International Minimum Standard and Fair and Equitable Treatment*. Oxford: Oxford University Press, 2013, pp. 39-83.

<sup>82</sup> *Gaspar c/ Costa Rica*. Laudo, 29 de junio de 2022, Caso CIADI n.º ARB/19/13, § 356.

<sup>83</sup> Modelo de TBI Francés, 2006, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/model-agreements>

<sup>84</sup> Modelo de TBI de Estados Unidos, 2012, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/model-agreements>.

<sup>85</sup> Véase CRISI REGHIZZI, Z. «General Rules and Principles on State Responsibility and Damages in Investment Arbitration: Some Critical Issues». En *General Principles of Law and International Investment Arbitration*. Op. cit., pp. 58-73.

<sup>86</sup> *Renergy c/ España*. Laudo, 6 de mayo de 2022. Caso CIADI n.º ARB/14/18, § 1029; *Hulley Enterprises c/ Rusia*. Laudo, CPA, 18 de julio de 2014, § 113; *Vivendi c/ Argentina*. Laudo, 20 de agosto de 2007. Caso CIADI n.º ARB/97/3, §8.2.7.

importante en el desarrollo del derecho internacional consuetudinario, especialmente cuando los Tribunales confirman o aclaran el contenido de dichas normas.<sup>87</sup>

### 3.3. *Principios generales del derecho*

Los tribunales arbitrales usan frecuentemente el término «principio». Sin embargo, no siempre está claro si el término se utiliza para indicar una regla consuetudinaria u otro conjunto de reglas, es decir, los «principios generales de derecho reconocidos por naciones civilizadas» bajo el artículo 38 del Estatuto de la CIJ.<sup>88</sup>

Los principios generales del derecho constituyen un conjunto de normas comunes a los ordenamientos jurídicos internos, así como a las diferentes tradiciones jurídicas. Estos principios se originan en el derecho interno, pero pueden penetrar en el orden jurídico internacional si son lo suficientemente comunes a los ordenamientos y si son compatibles con la estructura del derecho internacional.<sup>89</sup>

Aunque no se discute la existencia de tales principios en el derecho internacional, la cuestión de su alcance y relevancia en el DII es mucho más compleja.<sup>90</sup> De hecho, un principio general de derecho solo puede identificarse a través de un estudio comparativo de los sistemas jurídicos nacionales. A la hora de evaluar la existencia de un principio, debe tenerse en cuenta si dicho principio existe en los distintos ordenamientos jurídicos de las distintas regiones del mundo. Esta puede ser una ardua tarea para cualquier corte y tribunal internacional.

De cualquier modo, los principios generales pueden ejercer una función unificadora en la interpretación de las normas previstas en los AII, llenando sus lagunas. Principios como *pacta sunt servanda*, *estoppel* y buena fe son algunos de los principios que pueden guiar los tribunales arbitrales en la aplicación de los estándares contenidos en los tratados.

En los casos relativos a corrupción, por ejemplo, los tribunales se han basado a menudo en el principio de buena fe. Este último ha llevado a la adopción de decisiones coherentes por parte de distintos tribunales sobre la base de hechos similares.<sup>91</sup>

### 3.4. *Fuentes subsidiarias*

#### 3.4.1. *Decisiones*

De acuerdo con el artículo 38(1)(d) del Estatuto de la CIJ, las decisiones judiciales no son fuentes como tales, sino que tienen el carácter de «medios subsidiarios para la determinación de las normas de derecho». Lo mismo ocurre con las decisiones de los tribunales de los tratados de inversión, que no son propiamente una fuente normativa, sino, simplemente, medios para determinar el contenido del DII. Este principio fundamental está incluido en el artículo 53(1) del Convenio del CIADI, que establece que el laudo dictado por el tribunal arbitral es vinculante para las partes, lo que excluye

<sup>87</sup> DUMBERRY, P. «The Role and Relevance of Awards in the Formation, Identification and Evolution of Customary Rules in International Investment Law». *Journal of International Arbitration*, vol. 22, n.º 3, 2016, pp. 269-287.

<sup>88</sup> *General Principles of Law and International Investment Arbitration*. GATTINI A., TANZI, A. y F. FONTANELLI (coords.). London-Boston: Brill Nijhoff, 2018; DUMBERRY, P. *A Guide to General Principles of Law in International Investment Arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 2020.

<sup>89</sup> Véase GAIA, G. «General Principles of Law». En *Max Planck Encyclopedia Public International Law*, 2013; KOTUBY, J. y SOBOTA, L. *General Principles of Law and International Due Process*. Oxford: Oxford University Press, 2017; ANDENAS, A. y CHIUSI CURZI, L. «Cohesion, Convergence and Coherence of International Law». En *General Principles and the Coherence of International Law*. ANDENAS, M. et al. (coords.). Leiden-Boston: Brill Nijhoff, 2019, pp. 9-34.

<sup>90</sup> SCHILL, S. «General Principles of Law and International Investment Law». En *General Principles of Law and International Investment Arbitration*. Op. cit., pp. 133-182.

<sup>91</sup> *Incyesa Vallisoletana SL vs. Republic of El Salvador*. Laudo, 2 de agosto de 2006. Caso CIADI n.º ARB/03/26, § 227; *World Duty Free Company c/ Republic of Kenya*. Laudo, 4 de octubre de 2006. Caso CIADI n.º ARB/00/7, § 139.

implícitamente otorgar el valor de precedente a los laudos dictados en virtud del Convenio del CIADI.<sup>92</sup>

Sin embargo, el estatus subsidiario de las decisiones en las fuentes internacionales no impide que los tribunales arbitrales tengan en cuenta las decisiones dictadas en casos anteriores.<sup>93</sup> De hecho, los estándares en materia de DII, a menudo ambiguos, benefician de la interpretación y el desarrollo por los tribunales arbitrales. En otras palabras, los precedentes arbitrales se convierten en el principal punto de referencia para determinar el contenido de los AII. Obviamente, esto solamente sucede cuando las decisiones son suficientemente claras y se encuentran debidamente motivadas.<sup>94</sup>

Muchas decisiones arbitrales han mostrado un enfoque bastante equilibrado en este sentido, a pesar de la ausencia de la regla del precedente. De hecho, los árbitros a menudo consideran que, en ausencia de una obligación formal de ajustarse a lo establecido en decisiones pasadas, es deseable tener en consideración las decisiones emitidas por otros tribunales, siempre que no existan motivos sólidos en contra en el caso concreto. Así lo estableció el Tribunal Arbitral en *Saipem S.p.A. c/ Bangladesh*, que sostuvo:

The Tribunal considers that it is not bound by previous decisions. At the same time, it is of the opinion that it must pay due consideration to earlier decisions of international tribunals. It believes that, subject to compelling contrary grounds, it has a duty to adopt solutions established in a series of consistent cases. It also believes that, subject to the specifics of a given treaty and of the circumstances of the actual case, it has a duty to seek to contribute to the harmonious development of investment law and thereby to meet the legitimate expectations of the community of States and investors towards certainty of the rule of law.<sup>95</sup>

### 3.4.2. Doctrina

El artículo 38(1)(d) del Estatuto de la CIJ también se refiere a «las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones» como un medio auxiliar para identificar las normas de derecho internacional.<sup>96</sup>

Aunque de forma diferente a otras fuentes, es innegable que la doctrina tiene un papel que desempeñar en el arbitraje de inversiones.<sup>97</sup> Los tribunales arbitrales siguen dando una importancia considerable a algunas obras, como por ejemplo el Comentario a la Convención de Washington, bajo la supervisión de Christoph Schreuer.

El uso de la doctrina no está exento de problemas en el arbitraje de inversiones. Los académicos en materia de DII están a menudo involucrados en disputas de inversión como árbitros o como abogados. Esta interacción constante entre doctrina y práctica no garantiza necesariamente la objetividad de las opiniones en la literatura jurídica. Además, las barreras lingüísticas dejan a menudo fuera del debate a un gran número de autores.

<sup>92</sup> *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c/ República de Filipinas*. Decisión sobre jurisdicción, 29 de enero de 2004. Caso CIADI n.º ARB/02/6, § 97.

<sup>93</sup> DE BRABANDERE, E. «Arbitral Decisions as a Source of International Law». En *International Investment Law and Arbitration*. Op. cit., pp. 245-286; GRISEL, F. «The Sources of Foreign Investment Law». En *The Foundations of International Investment Law: Bringing Theory into Practice*. Douglas Z. et al., (coord.). Oxford: Oxford University Press, pp. 212-233.

<sup>94</sup> PAULSSON, J. «The Role of Precedent in International Investment Arbitration». En *Arbitration under International Investment Agreements. A Guide to Key Issues*. YANNACA SMALI, K. (coord.). Oxford: Oxford University Press, 2018, pp. 699-718.

<sup>95</sup> *Saipem S.p.A. c/ Bangladesh*. Decisión sobre jurisdicción, 21 de marzo 2007. Caso CIADI n.º ARB/05/07, § 67.

<sup>96</sup> Véanse SIVAKUMARAN, S. «The Influence of Teaching of Publicists on the Development of International Law». *International and Comparative Law Quarterly*, 2017, vol. 66, n.º 1, pp. 1-37.

<sup>97</sup> COLE, T. «Non-Binding Documents and Literature». En *International Investment Law: The Sources of Rights and Obligations*. Op. cit., p. 305.

### 3.5. Soft law

El *soft law*, tanto en su dimensión sustantiva como en la procesal, tiene un papel reconocido en el ámbito del DII.<sup>98</sup> A nivel procesal, los tribunales arbitrales recurren a menudo a instrumentos de *soft law* para tratar aspectos que, de otro modo, no se encontrarían regulados.<sup>99</sup> Este es el caso de lo que sucede con las Reglas de la IBA (International Bar Association) sobre la Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional,<sup>100</sup> y las Directrices IBA sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional.<sup>101</sup> Aunque los tribunales han confirmado que dichas normas no son vinculantes (salvo acuerdo de las partes), a menudo se han guiado por ellas.<sup>102</sup>

A nivel sustantivo, el *soft law* ha contribuido al objetivo más amplio de reequilibrar la protección de las inversiones y sus obligaciones, en respuesta a la crítica de que el derecho de las inversiones favorece unilateralmente la protección de las inversiones extranjeras a expensas de los intereses públicos. De hecho, la mayoría de los AII no contienen disposiciones que impongan responsabilidades u obligaciones en materia de derechos humanos a los inversionistas. En los últimos años ha comenzado a surgir una nueva generación de acuerdos internacionales de inversión más equilibrados, también gracias a instrumentos de *soft law* como los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos, adoptados por el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en junio de 2011, y las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales, adoptadas en 1976 y revisadas en 2011.

Varios Estados han adoptado enfoques alternativos a la protección de las inversiones, buscando alcanzar un mayor equilibrio entre la promoción y facilitación de las inversiones, y la necesidad de garantizar la protección de los derechos humanos y del desarrollo sostenible.<sup>103</sup> Bajo el artículo 15 del TBI entre Marruecos y Nigeria, se establece, por ejemplo, que «es inapropiado fomentar la inversión relajando las normas nacionales sobre trabajo, salud pública o seguridad», y «se asegurará de que sus leyes y reglamentos proporcionen altos niveles de protección laboral y de derechos humanos adecuados a su situación económica y social».<sup>104</sup>

En el artículo 18 del mismo TBI, impone a los inversionistas la obligación de defender los derechos humanos en el Estado anfitrión y actuar de conformidad con las normas laborales fundamentales. Además, de acuerdo con el artículo 20, los inversionistas «estarán sujetos a acciones civiles por responsabilidad en el proceso judicial de su Estado de origen por los actos o decisiones que se tomen en relación con la inversión cuando dichos actos o decisiones provoquen daños, lesiones personales o pérdidas importantes de la vida en el Estado anfitrión».

El modelo de BIT holandés incluye también algunas notables referencias a las responsabilidades de los inversionistas en materia de derechos humanos y a las obligaciones de los Estados, exigiendo a

<sup>98</sup> SCHILL, S. «Sources of International Investment Law: Multilateralization, Arbitral Precedent, Comparativism, Soft Law». En *The Oxford Handbook on the Sources of International Law*. D'ASPREMONT, J. et al. (coords.). Oxford: Oxford University Press, 2017; ADINOLFI, G. «Soft Law in International Investment Law and Arbitration». *The Italian Review of International and Comparative Law*, 2021, vol. 1, n.º 1, 2021, pp. 86-112; BJORKLUND, A. «Assessing the Effectiveness of Soft Law Instruments in International Investment Law». En *International Investment Law and Soft Law*. BJORKLUND, A. y A. REINISCH (coords.). Cheltenham: Edward Elgar, 2012.

<sup>99</sup> VEDER, V. «Procedural Soft Law in International Arbitration». *Max Planck Encyclopaedia of Public International Law*, 2019.

<sup>100</sup> Reglas de la IBA (International Bar Association) sobre la Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional, aprobadas el 19 de mayo de 2010, revisadas en 2022.

<sup>101</sup> Directrices IBA sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional, adoptadas el 23 de octubre de 2014.

<sup>102</sup> Total S.A. *cf. Argentina*. Decisión sobre la propuesta de Recusación de Teresa Cheng, 26 de agosto de 2015. Caso CIADI n.º ARB/04/1, § 98; *ipba Projektholding GmbH cf. Ucrania*. Decisión sobre la propuesta de Recusación de un Árbitro, 19 de marzo de 2010. Caso CIADI n.º ARB/07/16, § 56.

<sup>103</sup> CHIUSI CURZI, L. *General Principles for Business and Human Rights in International Law*. Leiden-Boston: Brill Nijhoff, 2020; COLEMAN, J. et al. «Human Rights Law and the Investment Treaty Regime». En *Research Handbook on Human Rights and Business*. DEVA, S. y D. BIRCHALL. (coords.). Cheltenham: Edward Elgar, 2020, pp. 290-314; STEININGER, S. «The Role of Human Rights in Investment Law and Arbitration, State Obligations, Corporate Responsibility and Community Empowerment». En *The Cambridge Companion to Business and Human Rights Law*. BANTEKAS I. et al. (coords.). Cambridge: Cambridge University Press, 2021, pp. 406-421; ZARRA, G. «International Investment Treaties as a Source of Human Rights Obligations for Investors». En *Legal Sources in Business and Human Rights*. BUSCEMI, M. et al. (coords.). Leiden-Boston: Brill Nijhoff, pp. 52-73.

<sup>104</sup> TBI Marruecos-Nigeria, adoptado el 3 de diciembre de 2016.

los futuros Estados parte que «adopten las medidas adecuadas» para garantizar que los afectados por abusos de los derechos humanos relacionados con las empresas tengan acceso a un recurso efectivo.<sup>105</sup>

Esta evolución indica que los Estados están tomando conciencia de que tienen el deber, y no solamente el derecho, de regular a los inversionistas y sus inversiones de tal manera que todos los derechos humanos reconocidos internacionalmente (así como el medio ambiente), estén debidamente protegidos.

---

<sup>105</sup> Modelo de TBI neerlandés, 2019, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/model-agreements>. Véase DE BRABANDERE, E. «The 2019 Dutch Model Bilateral Investment Treaty: Navigating the Turbulent Ocean of Investment Treaty Reform». *ICSID Review*, vol. 36, n.º 2, pp. 319-339.

## CAPÍTULO 4

### LA NOCIÓN DE «INVERSIÓN»

### EN EL DERECHO INTERNACIONAL

*Hugo Cardona \**

**Sumario:** Introducción.— 1. Aproximación al término «inversión».— 1.1. Inversión extranjera directa.— 1.2. Inversiones de portafolio.— 2. Aproximación a la noción de «inversión» en el derecho internacional.— 2.1. Enfoque subjetivo.— 2.2. Enfoque objetivo.— 3. La noción de «inversión» bajo los test del Convenio CIADI.— 3.1. El test Salini.— 3.1.1. Compromiso (sustancial) de recursos.— 3.1.2. Duración.— 3.1.3. Asunción de riesgo.— 3.1.4. Contribución al desarrollo del Estado receptor.— 4. Test ajenos al Convenio CIADI.— 5. El enfoque dual de las inversiones protegidas.— 6. Conclusiones.— 7. Referencias bibliográficas.

### INTRODUCCIÓN

La noción de «inversión» se encuentra en el corazón del derecho internacional de las inversiones extranjeras y es una cuestión jurisdiccional determinante en el arbitraje internacional. Desde los años noventa, su falta de definición ha generado un debate doctrinal incesante a causa de las diversas posiciones, a veces contrapuestas, en los precedentes arbitrales.<sup>1</sup>

El Convenio CIADI,<sup>2</sup> como el tratado multilateral más relevante en la materia,<sup>3</sup> no ofrece una descripción de lo que debe entenderse como una inversión a sus efectos y es evidente que esta omisión no es una coincidencia.<sup>4</sup> El concepto se habría dejado abierto intencionalmente<sup>5</sup> ante la imposibilidad de alcanzar un consenso en torno a su alcance, como reflejan los trabajos preparatorios del tratado.<sup>6</sup>

Pese a que la mayor parte de los APPRI<sup>7</sup> describen la inversión como una amplia serie de activos, los economistas y parte de la doctrina con frecuencia la asumen como una actividad, transacción o proceso, bajo criterios indicativos.<sup>8</sup> Esta diversidad semántica tiene consecuencias significativas en el

---

\* Profesor asociado de Arbitraje Internacional & ADR, Universidad CEU San Pablo. Asociado en JM Beneyto & Asociados, Madrid. Email: h.cardona@ceu.es

1 Ver: McLACHLAN, Campbell, Laurence SHORE y Matthew WEINIGER. *International Investment Arbitration; Substantive Principles*. Oxford: Oxford University Press, 2017, 2.<sup>a</sup> ed., pp. 217-263; DOUGLAS, Zachary. *The International Law of Investment Claims*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, pp. 161-224.

2 Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, en vigor a partir del 14 de octubre de 1966. En adelante, «Convenio CIADI».

3 Ver: BORN, Gary. *International Arbitration: Law and Practice*. La Haya: Kluwer Law International, 2012, p. 412.

4 Ver: UNCTAD. *Course on Dispute Settlement, Module 2.5. Requirements Rationae Materiae*. New York and Geneva: United Nations, 2003, p. 13.

5 DELAUME, Georges. «Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States». En *The International Lawyer*, American Bar Association, 1966, vol. 1, n.<sup>o</sup> 1, pp. 64-80. Disponible en <https://scholar.smu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4277&context=til>

6 Ver: SCHREUER, Christoph. *The ICSID Convention: A Commentary*. Londres: Cambridge University Press, 2001, p. 116, par. 119; REINISCH, August. *Advanced Introduction to International Investment Law*. Massachusetts: Edward Elgar Publishing, 2020, p. 106.

7 Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (APPRI). En este capítulo se utilizará el término junto a la categoría más amplia de «Acuerdos Internacionales de Inversión» (AII).

8 SALACUSE, Jeswald. *The Law of Investment Treaties*. Reino Unido: Oxford University Press, 2021, 3.<sup>a</sup> ed., p. 207.

contexto del arbitraje internacional, que refleja una división tripartita en entre los enfoques objetivo, subjetivo y dual de la noción de «inversiones protegidas» por el derecho internacional.<sup>9</sup>

A este respecto, si se pretende recorrer el vasto paisaje del derecho de las inversiones internacionales a lo largo de esta obra y obtener un panorama claro del régimen jurídico que regula el flujo transnacional de capitales en la actualidad, resulta pertinente detenerse en el presente capítulo para comprender, en primer lugar, lo que representa la sustancial noción de «inversión» y sus aristas, como posible puerta de ingreso al sistema arbitral de protección supranacional al capital extranjero.

El objetivo de este capítulo es trazar el desarrollo conceptual de la inversión en el lenguaje económico, a la luz del derecho dimanante de los tratados de inversión,<sup>10</sup> en el marco del Convenio CIADI, y en consideración a la doctrina y precedentes arbitrales más significativos, con el fin de extraer conclusiones en torno al actual entendimiento del término en el arbitraje de inversiones, como cuestión indispensable para aportar claridad a la relación jurídica inversor-Estado<sup>11</sup> ante al evolutivo derecho internacional económico.<sup>12</sup>

## 1. APROXIMACIÓN AL TÉRMINO «INVERSIÓN»

Definir «inversión» puede parecer trivial. La palabra forma parte del uso ordinario y podría considerarse que existe una comprensión común del término. No obstante, la *praxis* refleja que tiene acepciones distintas en su empleo ordinario, económico y jurídico. En particular, en el campo del derecho internacional, se trata de uno de los conceptos más debatidos desde hace tres décadas, momento en el cual comenzó a evidenciarse un desarrollo exponencial del arbitraje de protección de inversiones basado en tratados.<sup>13</sup>

Pero, antes de profundizar en el sentido jurídico, conviene conceptualizar lo que el lenguaje ordinario y económico consideran como inversión. El significado del término, en su nivel básico, es el compromiso de recursos por parte de una persona física o jurídica con un fin concreto, para obtener rédito.<sup>14</sup> El profesor Silva Romero, apelando al sentido ordinario de la palabra, subraya tres factores esenciales que compondrían a toda inversión: El esfuerzo en tiempo y/o dinero, la duración, y la probable obtención de un beneficio. Según el profesor, serían estos elementos provenientes del sentido común y del lenguaje ordinario los que, en definitiva, debieran ilustrar el cabal entendimiento de lo que es una «inversión», por encima de los posiblemente artificiales y normalmente confusos tecnicismos jurídicos.<sup>15</sup>

Desde la perspectiva económica, existen las siguientes categorías clásicas de inversiones en el ámbito transfronterizo: inversión extranjera directa (IED), e inversiones de portafolio.<sup>16</sup>

<sup>9</sup> Ver: LIM, Chin, Jean HO y Martina PAPARINSKIS. *International Investment Law and Arbitration; Commentary, awards and other materials*. Cambridge: Cambridge University Press, 2021, 2.<sup>a</sup> ed., pp. 276-298.

<sup>10</sup> SALACUSE, Jeswald. *Op. cit.*, p. 8.

<sup>11</sup> Ver: SCHILL, Stephan. *The Multilateralization of International Investment Law*. Nueva York: Cambridge University Press, 2013, p. 1. Traducción al español del autor: «En efecto, el derecho internacional se desarrolla, crece y se perfecciona a un ritmo sin precedentes, puesto que la necesidad de normas jurídicas internacionales abunda como reacción al fenómeno económico y social de la globalización».

<sup>12</sup> Como señala Fernández Rozas, anteponer el adjetivo «internacional» al «económico» no es fortuito, puesto que tiene como objetivo reducir el contenido del denominado «Derecho económico internacional», que rebasa al derecho internacional público e incluye ramas como el derecho de los movimientos de integración regional y el derecho administrativo económico de los Estados en la ordenación de sus transacciones. Ver: FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. *Sistema de derecho económico internacional*. Navarra: Thomson Reuters, 2010, p. 38.

<sup>13</sup> DOLZER, Rudolf, Ursula KRIEBAUM y Christoph SCHREUER. *Principles of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, 2021, 3.<sup>a</sup> ed., p. 13.

<sup>14</sup> SALACUSE, Jeswald. *Op. cit.*, p. 30.

<sup>15</sup> Recurriendo a una de las dos grandes tradiciones jurídico-filosóficas de la Modernidad (el iusnaturalismo y el iuspositivismo), el profesor aboga por un entendimiento del término basado en la razón, y ubica su posición en el «iusnaturalismo moderado». Ver: SILVA ROMERO, Eduardo. «Por un Regreso al sentido ordinario de la palabra “inversión”». En *Revista Peruana de Arbitraje*, 2010, vol. 10, pp. 25-52. Disponible en: <https://www.ipa.pe/pdf/RPA-2010-X.pdf>

<sup>16</sup> También conocidas como inversiones de cartera. Ver: BERMEJO, Felipe y Jaime ABELLA SANTAMARÍA. *Inversiones Extranjeras en España II. Directas, de Cartera, otras inversiones*. Madrid: Banco Exterior de España, 1983, pp. 43-44.

### 1.1. *Inversión extranjera directa*

De forma general, puede considerarse que las operaciones de IED son aquellas orientadas a adquirir el control o influencia permanente en la dirección y administración de una sociedad mercantil en territorio extranjero. La IED, en la mayoría de los casos, implica algo más que la transferencia internacional de capital o activos y tiene la virtud de crear capacidad productiva, posiblemente junto a la transferencia de conocimientos técnicos, habilidades de gestión y tecnología.<sup>17</sup>

En la misma línea, el profesor Herdegen añade el elemento de la asunción de riesgo y hace referencia a la definición proferida por el Fondo Monetario Internacional (FMI) que, en síntesis, determina que la IED comprendería no solo la transacción inicial entre el inversor directo y la empresa destinataria en el Estado receptor, sino también todas las transacciones de capital subsiguientes que tuvieran lugar entre ellos y sus filiales participadas,<sup>18</sup> se hallen estas constituidas o no como sociedades, incluyendo las operaciones de establecimiento, liquidación, ampliación o reducción de inversiones; como las variaciones en el capital social, los préstamos a largo plazo, la reinversión de utilidades y otras derivadas de deuda entre empresas afiliadas.<sup>19</sup>

Por su parte, el Banco Mundial ofrece un criterio cuantitativo de la IED para diferenciarla de las inversiones de portafolio, y establece:

Las inversiones extranjeras directas son las entradas netas de capital para adquirir una participación de gestión duradera (10 % o más de las acciones con derecho a voto) en una empresa que opera en una economía distinta a la del inversor. Es la suma del capital propio, la reinversión de beneficios, otros recursos económicos a largo plazo y el capital a corto plazo, tal y como figuran en la balanza de pagos [...].<sup>20</sup>

En suma, conforme al concepto económico, las inversiones directas normalmente involucran una transferencia de recursos al país receptor, un proyecto a largo plazo, el propósito de obtención de ingresos regulares, la participación, al menos en cierta medida en la administración del proyecto, y el elemento del riesgo comercial.<sup>21</sup>

Como señala el profesor Álvarez, en la actualidad la IED se constituye como el principal motor de la globalización económica debido a su gran volumen, flujo multidireccional y alcance global, por encima del comercio internacional. Desde una perspectiva socioeconómica, el impacto de la IED en los Estados receptores es mayor al del comercio transfronterizo de bienes y servicios, no solamente por su amplia diferencia en cifras, sino debido al ejercicio de control y presencia permanente del inversor en el mercado extranjero, generando efectos significativos, entre los cuales resalta el favorecimiento al desarrollo económico.<sup>22</sup>

<sup>17</sup> FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. *Sistema de Derecho Económico Internacional*. Navarra: Civitas-Thomson Reuters, 2010, p. 368.

<sup>18</sup> Ver: HERDEGEN, Matthias. *Principles of International Economic Law*. Oxford: Oxford University Press, 2016, 2.<sup>a</sup> ed., p. 406; La IED con frecuencia se materializa a través de una operación de fusión o de adquisición de una cuota accionarial de control de la sociedad nacional existente. Así también, se produce cuando el inversor extranjero, persona natural o jurídica, constituye una nueva sociedad en el Estado receptor.

<sup>19</sup> FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. *Op. cit.*, p. 368.

<sup>20</sup> Ver: HERDEGEN, Matthias. *Op. cit.*, p. 406; Traducción del autor. Ver: The World Bank databank. Disponible en: <https://databank.worldbank.org/metadataglossary/jobs/series/BX.KLT.DINV.WD.GD.ZS>

<sup>21</sup> DOLZER, Rudolf y Christoph SCHREUER. *Principles of International Investment Law*. Londres: Oxford University Press, 2021, 2.<sup>a</sup> ed., p. 60.

<sup>22</sup> ÁLVAREZ, José. United Nations Audiovisual Library of International Law. Disponible en [https://legal.un.org/avl/ls/AlvarezIEL\\_video\\_1.html](https://legal.un.org/avl/ls/AlvarezIEL_video_1.html); Ver: ÁLVAREZ, José. *The Public International Law Regime Governing International Investment*. Pocket Books of The Hague Academy of International Law. La Haya: Brill Nijhoff, 2011, pp. 16-24; Ver: SCHILL, Stephan. *Op. cit.*, p. 1. Traducción del autor: «De hecho, la globalización, como uno de los procesos que afectan a la vida cultural, política y económica actual en prácticamente todo el mundo, está transformando gradualmente el derecho internacional, que ha pasado de ser una simple herramienta para coordinar las relaciones interestatales a un instrumento que proporciona una estructura jurídica para órdenes sociales verdaderamente globales».

## 1.2. *Inversiones de portafolio*

Las inversiones de portafolio corresponden a la adquisición de acciones, participaciones o bonos por parte de inversores extranjeros que no implican un control significativo sobre la sociedad respectiva, ni una permanencia en el tiempo. En este sentido, no se centran en dirigir los intereses de la empresa a largo plazo sino en el mayor retorno del capital.<sup>23</sup>

Entre las inversiones de portafolio se encuentran las acciones o participaciones minoritarias en sociedades extranjeras, la adquisición de derechos derivados de concesiones, de contratos, de propiedad intelectual y de la propiedad de bienes tangibles e intangibles, tales como arrendamientos financieros, hipotecas e instrumentos de deuda.<sup>24</sup>

Siguiendo los criterios establecidos por la OCDE,<sup>25</sup> el profesor Salacuse subraya que una inversión extranjera de portafolio es aquella que contempla la adquisición de acciones o participaciones que equivalen a un porcentaje menor al diez por ciento del poder de voto global de la sociedad destinataria. A tal efecto, según Salacuse, la diferencia fundamental entre la IED y las inversiones extranjeras de portafolio no radicaría en la forma de canalización de la inversión, ni en el propio instrumento, sino en el porcentaje de control adquirido.<sup>26</sup> Del mismo modo, a diferencia de la IED, no involucrarían un elemento personal de intención en la gestión de la compañía, una vocación de duración, ni una continuidad en el flujo de ingresos.<sup>27</sup>

Conforme a la distinción de ambas categorías, al interior del derecho internacional puede advertirse una primera etapa de protagonismo de la IED como objeto de protección jurídica tras el periodo de la postguerra, caracterizado por la creciente expansión de las corporaciones multinacionales que establecieron sociedades filiales de propiedad total o mayoritaria en el exterior. La canalización de inversiones directas hacia diversos Estados y sectores ha dado lugar a la evolución constante de nuevas formas de inversión,<sup>28</sup> que, ante la liberalización de los movimientos de capital, propiciaron a una fase de difuminación de sus diferencias con las inversiones de portafolio a raíz de las dilatadas previsiones de los Acuerdos Internacionales de Inversión (AII).<sup>29</sup>

En la actualidad, existe una tendencia en los tratados que se decanta por limitar el alcance de las inversiones protegidas a través de definiciones con mayor precisión o listas exhaustivas, ponderando, en algunos casos, la IED sobre ciertas clases de inversiones de portafolio y ofreciendo una distinción entre las transacciones comerciales ordinarias y la actividad económica de mayor duración que supone una inversión.

<sup>23</sup> HERDEGEN, Matthias. *Op. cit.*, p. 406. Los Estados podrían tener distinto grado de interés en la atracción y protección jurídica internacional de inversiones de portafolio. Señala la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), que esta categoría de inversiones no conduciría a la transferencia de tecnología, formación y otros efectos favorables característicos de la IED, como indicadores de contribución al desarrollo económico. Asimismo, la inversión de portafolio podría ingresar y retirarse fácilmente, pudiendo generar volatilidad del capital en situaciones de inestabilidad económica. Ver: UNCTAD. *International Investment Agreements: Flexibility for development*. Nueva York y Ginebra: Naciones Unidas, 2000, p. 72. Disponible en <https://unctad.org/system/files/official-document/pstieitd18.en.pdf>

<sup>24</sup> BONITCHA, Jonathan, Lauge POULSEN y Michael WAIBEL. *The Political Economy of the Investment Treaty Regime*. Oxford: Oxford, University Press, 2017, 1.<sup>a</sup> ed., p. 33.

<sup>25</sup> Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos.

<sup>26</sup> SALACUSE, Jeswald. *Op. cit.*, p. 45; OCDE. *Benchmark Definition of Foreign Direct Investment*. Paris: OCDE, 2008, 4.<sup>a</sup> ed. Disponible en <https://www.oecd.org/investment/fdibenchmarkdefinition.htm>.

<sup>27</sup> DOLZER, Rudolf, Ursula KRIEBAUM y Christoph SCHREUER. *Op. cit.*, p. 13.

<sup>28</sup> Como los acuerdos de licencia, contratos de administración de riesgo compartido, acuerdos de servicios y producción compartidos, en los cuales existe una transferencia de capital, pero no un establecimiento de entidad o inversión por medio de mercados de valores. Ver: OCDE. *International Investment Law. Understanding Concepts and Tracking Innovations*. París: OCDE Publishing, 2008, p. 47. Disponible en: <https://doi.org/10.1787/9789264042052>

<sup>29</sup> DUGAN, Christopher, Don WALLACE, Noah RUBINS y Borzu SABAH. *Investor-State Arbitration*. Nueva York: Oxford University Press, 2008, pp. 249-253.

## 2. APROXIMACIÓN A LA NOCIÓN DE «INVERSIÓN» EN EL DERECHO INTERNACIONAL

El concepto de inversión en el derecho internacional encuentra su origen en la tradicional protección a los «derechos e intereses de propiedad extranjera» contenida en los antiguos Tratados de Amistad, Comercio y Navegación.<sup>30</sup> Junto al desarrollo del derecho internacional consuetudinario,<sup>31</sup> en la década de los años sesenta se sustituyó la protección genérica de la propiedad, por una noción económica de protección de «inversiones».

Hasta los años noventa, no existieron mayores repercusiones sobre el trasfondo jurídico de los intereses y derechos que arrastra el término «inversión» hacia cuantas jurisdicciones se trasladaba el capital extranjero. No obstante, a partir de entonces se han suscitado incontables debates en sede arbitral y científica sobre los bienes o actividades objeto de protección.<sup>32</sup>

Lo anterior, en parte se debe a que, inicialmente, el concepto de inversión extranjera en el derecho internacional económico fue concebido para contemplar proyectos de IED que, en general, no conllevaron opiniones divergentes en cuanto a la necesidad de su amparo.<sup>33</sup> Sin embargo, su definición se tradujo en amplias listas no exhaustivas de «activos» incluidas en los tratados, que restaron relevancia a la separación descrita entre inversiones directas y de portafolio,<sup>34</sup> reconociendo que las formas de inversiones evolucionan constantemente.

En esencia, este advenimiento jurídico se caracterizó por la suscripción de múltiples AII en los cuales los Estados mutuamente decidieron incluir definiciones ilustrativas y generales de la palabra inversión,<sup>35</sup> por medio de extensos listados de bienes, transacciones o activos que ampliaron, de esta forma, la protección internacional del capital extranjero a la que posteriormente se verían compelidos a través del mecanismo arbitral.<sup>36</sup>

Hoy por hoy, no existe una definición jurídica común de inversión extranjera, lo cual obedece a distintas variables como el objeto y propósito de los diferentes instrumentos internacionales que las contienen, la proliferación de fuentes jurídicas como las legislaciones nacionales y los contratos de inversión, y sobre todo los centenares de tratados de inversión vigentes.

Por ejemplo, el antiguo APPRI Ecuador-Reino Unido definía inversión de manera abierta, bajo la asidua fórmula hallada en los AII, de «todo tipo de activos»<sup>37</sup> (*every kind of asset*). En concreto, su artículo 1 establecía:

<sup>30</sup> DOLZER, Rudolf y Christoph SCHREUER. *Principles of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012, 2.<sup>a</sup> ed., p. 60.

<sup>31</sup> Como señala Subedi, gran parte del derecho de las inversiones extranjeras continúa basándose en el derecho internacional consuetudinario que ha evolucionado a partir de los intercambios diplomáticos, los precedentes de tribunales arbitrales internacionales, los tratados bilaterales de inversión y una serie de instrumentos de *soft law* adoptados bajo auspicios de Naciones Unidas y sus organismos especializados. Ver: SUBEDI, Surya. «International Investment Law». En Evans, Malcolm (ed.). *International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2018, 5.<sup>a</sup> ed., pp. 717-718.

<sup>32</sup> NADAKAVUKAREN, Krista. *International Investment Law; Text, cases and Materials*. Massachusetts: Edward Elgar, 2020, 3.<sup>a</sup> ed., p. 75.

<sup>33</sup> Como subraya el profesor Sornarajah, existen transacciones que son tácitamente reconocidas como inversiones. Señala, por ejemplo, que no cabe duda de que la transferencia de bienes como equipamientos u otros adquiridos o construidos en el país receptor de la inversión, como las plantaciones o fábricas, constituyen IED. Posteriormente, se refiere a que los derechos intangibles que acompañan a tales inversiones directas, como los derechos contractuales derivados de una concesión, serían inversiones protegidas por el derecho internacional. Ver: SORNARAJAH, Muthucumaraswamy. *The International Law on Foreign Investment*. Cambridge: Cambridge University Press, 2021, 5.<sup>a</sup> ed., p. 14.

<sup>34</sup> DUGAN, Christopher, Don WALLACE, Noah RUBINS y Borzu SABAH. *Op. cit.*, pp. 248-249.

<sup>35</sup> Pero, debe considerarse que muchos Estados, normalmente los más desarrollados, emplean modelos preestablecidos de APPRI, en base a los cuales se realizan las negociaciones conforme a los intereses especiales que las partes desean promover y proteger.

<sup>36</sup> NADAKAVUKAREN, Krista. *Op. cit.*, p. 75.

<sup>37</sup> La mayoría de los AII, no distinguen entre inversiones sostenibles, de alto o bajo valor. Por el contrario, abarcan prácticamente todos los activos de propiedad extranjera. No obstante, la tendencia de los tratados de nueva generación se dirige a limitar el alcance conforme a objetivos específicos de los Estados. Ver: BONITCH, Jonathan, Lauge POULSEN y Michael WAIBEL. *Op. cit.*, p. 51.

- a) «Inversión» significa todo tipo de activos y en particular, aunque no exclusivamente incluye:
- i. bienes muebles e inmuebles y cualquier otro derecho de propiedad como hipotecas, gravámenes y pignoraciones;
  - ii. acciones, participaciones y obligaciones de empresas o intereses en la propiedad de dichas empresas;
  - iii. títulos de crédito o de cualesquiera otras prestaciones en virtud de un contrato que tenga un valor económico;
  - iv. derechos de propiedad intelectual y el fondo de comercio;
  - v. concesiones comerciales conferidas por ley o por contrato, incluidas las concesiones para explorar, cultivar o explotar recursos naturales.

Como se puede apreciar, las definiciones de inversión en los tratados frecuentemente se refieren a derechos subjetivos que descansan en el derecho interno estatal. Por ello, la existencia, naturaleza y alcance de los derechos de propiedad y contractuales que componen una «inversión» dependen del derecho doméstico,<sup>38</sup> puesto que el derecho internacional no alcanza a cubrir todos los aspectos jurídicos.<sup>39</sup> En este escenario, los tribunales internacionales tienen en cuenta la interpretación del derecho interno por parte de los órganos estatales, sin perjuicio de que les corresponda la decisión final.

Al margen de estas consideraciones, para el actual derecho de las inversiones internacionales el alcance de la definición de «inversión» es un aspecto central puesto que involucra tres cuestiones fundamentales:

- Como objeto de protección *rationae materiae*, determina los derechos sustantivos de protección que le serán aplicables. Por ejemplo, el deber del Estado de conferir a las inversiones protegidas de un trato justo y equitativo, o de protección y seguridad plena.<sup>40</sup>
- Como requisito jurisdiccional, es preceptivo para ingresar al mecanismo arbitral bajo el Convenio CIADI. Concretamente, el artículo 25 de este instrumento determina que su jurisdicción se extenderá a «las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una “inversión” [...]».<sup>41</sup> Consecuentemente, si no estamos ante la presencia de una inversión entendida como tal a efectos del Convenio, los árbitros carecerán de competencia para evaluar la cuestión sometida a su conocimiento.
- Es empleado como una fórmula para otorgar consentimiento al arbitraje.<sup>42</sup>

En vista de lo anterior, la determinación de la existencia o ausencia de una inversión protegida por un tratado se convierte en una de las primeras y más críticas tareas de los tribunales de arbitraje

<sup>38</sup> DOUGLAS, Zachary. *Op. cit.*, pp. 69 y ss.; CARDONA, Hugo. «El ordenamiento aplicable al fondo de la diferencia en el arbitraje de inversiones». En COLLANTES, Jorge Luís (coord.). *La sede y el ordenamiento aplicable en el arbitraje internacional: Enfoques cruzados*. Lima: F.M. Servicios Gráficos, 2021, pp. 420-424.

<sup>39</sup> Como señala De Brabandere, el derecho internacional no podría considerarse un ordenamiento jurídico autosuficiente en el campo de las inversiones extranjeras. Ver: DE BRABANDERE, Eric. *Investment Treaty Arbitration as Public International Law. Procedural Aspects and Implications*. Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 126.

<sup>40</sup> DOLZER, Rudolf, Ursula KRIEBAUM y Christoph SCHREUER. *Op. cit.*, p. 83.

<sup>41</sup> McLACHLAN, Campbell, Laurence SHORE y Matthew WEINIGER. *Op. cit.*, p. 218.

<sup>42</sup> Por ejemplo, el artículo 10 del modelo alemán de APPRI señala: «(1) Las controversias relativas a inversiones entre un Estado contratante y un inversor del otro Estado contratante deberán, en la medida de lo posible, resolverse amistosamente [...]. (2) Si la controversia no puede resolverse, se someterá a arbitraje». Ver: DOLZER, Rudolf, Ursula KRIEBAUM, y Christoph SCHREUER. *Op. cit.*, p. 83.

internacional. Como señalan Dolzer, Kriebaum y Schreuer, las posiciones arbitrales y académicas sobre este punto son divergentes, y han manifestado tres enfoques del significado jurídico del término «inversión»:

- 1) El primero, se basa en la definición contemplada en el AII aplicable. Debido a que considera la definición realizada por los Estados signatarios del tratado, se denomina «enfoque subjetivo».
- 2) Un segundo enfoque, menos frecuente, sitúa la definición de inversión principalmente en los «criterios» que suelen cumplir las inversiones protegidas. Entre ellos se encuentran: Una aportación significativa de capital, una cierta duración, la asunción de riesgo y, el más controvertido, la contribución al desarrollo económico del Estado receptor.<sup>43</sup> Estos criterios fueron desarrollados por el tribunal arbitral del caso de *Salini Costruttori SpA y Otros c/ Marruecos*,<sup>44</sup> y desde entonces se han denominado como el *test Salini*. En virtud de este, las inversiones que no satisfagan uno o varios de los criterios del test a entendimiento del tribunal, no podrían beneficiarse de la protección del tratado. El enfoque es normalmente empleado por los tribunales para interpretar el significado de «inversión» en relación con el artículo 25 del Convenio CIADI. Al ser independiente de las partes, se denomina «enfoque objetivo».<sup>45</sup>
- 3) Por último, es posible evidenciar un tercer enfoque que combina los criterios subjetivo y objetivo para proponer una «examinación dual», que determinará si la inversión en cuestión se encuentra sujeta a la protección que otorga el derecho de las inversiones internacionales, y el arbitraje como su principal mecanismo procesal.<sup>46</sup>

A continuación, se examinan los referidos enfoques de la definición de «inversión» y sus implicancias prácticas en el derecho internacional económico.

## 2.1. *Enfoque subjetivo*

Los Estados, en su capacidad para suscribir tratados internacionales son libres de acordar de forma bilateral o multilateral las categorías de inversiones a las que desean conferir protección bajo el derecho internacional; y, en consecuencia, los tipos de controversias que aceptan someter a arbitraje. En esta línea, si una inversión, en términos ordinarios o económicos, se encuentra fuera de la definición establecida por el AII aplicable, no se llegará a establecer el consentimiento para arbitrar las disputas daimantes.<sup>47</sup>

Precisamente, el enfoque subjetivo del significado del término «inversión» se basa en la definición establecida en el texto del tratado por acuerdo de los Estados signatarios, que suele presentar:

- i. Una definición amplia de inversión basada en activos, con una lista ilustrativa.<sup>48</sup> (La más usual).

<sup>43</sup> Inicialmente, el profesor Schreuer SE refirió a cinco criterios para definir la inversión en el marco del Convenio CIADI: Cierta duración, regularidad de beneficios y rendimiento, asunción de riesgos, compromiso sustancial de capital e importancia para el desarrollo del Estado receptor. Ver: SCHREUER, Christoph. «Commentary on the ICSID Convention». En *ICSID Review. Foreign Investment Law Journal*, 1996, vol. 11, n.º 2, pp. 318-372; McLACHLAN, Campbell, Laurence SHORE y Matthew WEINIGER. *Op cit.*, p. 219, 6.08.

<sup>44</sup> *Salini Costruttori SpA y otros c/ Marruecos*. Caso CIADI n.º ARB/00/4. Decisión sobre Jurisdicción, 23 de julio 2001, par. 52. Disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0738.pdf>.

<sup>45</sup> LIM, Chin, Jean HO y Martins PAPARINSKIS. *Op cit.*, p. 277.

<sup>46</sup> Los casos que implican el arbitraje con base al Convenio CIADI, podrían requerir dos evaluaciones sobre la existencia de la inversión. El primero bajo el instrumento que proporciona el consentimiento al arbitraje (APPRI, ley nacional o contrato) y el segundo, bajo los requisitos objetivos desarrollados por los precedentes arbitrales en torno al artículo 25 del Convenio CIADI; SCHREUER, Christoph. *The ICSID Convention: A Commentary*. *Op. cit.*, pp. 128-134.

<sup>47</sup> LIM, Chin, Jean HO y Martins PAPARINSKIS. *Op cit.*, p. 277.

<sup>48</sup> Por ejemplo, el antiguo APPRI entre Ecuador y Reino Unido, previamente citado; SALACUSE, Jeswald. *Op. cit.*, pp. 208-211.

- ii. Una definición amplia basada en activos que señala las características de las inversiones que protege, e incluye una lista ilustrativa.<sup>49</sup> (Poco frecuente).
- iii. Una definición basada en activos con una lista cerrada.<sup>50</sup> (Nuevo enfoque).
- iv. Una definición estrecha basada en proyectos o sectores económicos concretos (*enterprise-based definition*).<sup>51</sup> (La menos usual).

En cuanto al derecho adjetivo, los Estados suelen acordar someterse al mecanismo arbitral del CIADI para dirimir sus controversias con inversores nacionales de otros Estados contratantes del Convenio.<sup>52</sup> En este sentido, la competencia de los tribunales arbitrales se establece en base a dos pilares: El AII aplicable y el Convenio CIADI, concretamente en su artículo 25, como el eje central.

Por ejemplo, el APPRI entre Reino Unido e Irlanda del Norte y la República de Malasia en su artículo 7(1) indica:

Cada parte contratante consiente en someterse al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (en lo sucesivo, «el Centro») para la solución por conciliación o arbitraje, en virtud del Convenio CIADI, abierto a suscripción en Washington a 18 de marzo de 1965, de toda diferencia jurídica que surja entre esa Parte Contratante y un nacional o sociedad de la otra Parte Contratante en relación a una inversión de esta última en el territorio de la primera.<sup>53</sup>

Por su parte, el esencial artículo 25 del Convenio CIADI establece:

(1) La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado.<sup>54</sup>

Como se señaló, los redactores del Convenio CIADI procuraron, mas no alcanzaron un consenso para definir la noción de «inversión», por lo que abrieron el camino hacia una pluralidad de definiciones en función de lo que los Estados decidieran incorporar en el texto de sus AII. Pese a que, tanto el artículo 7 del APPRI Reino Unido-Malasia, como el artículo 25 del Convenio CIADI se refieren a la existencia de una «inversión» como condición previa al ejercicio de la jurisdicción arbitral, sólo el APPRI, en su artículo 1(1) (a), define lo que se considera como «inversión» a sus efectos.<sup>55</sup>

<sup>49</sup> Por ejemplo, el artículo 1 del APPRI Estados Unidos-Uruguay establece que inversión es: «todo activo de propiedad de un inversor o controlado por el mismo, directa o indirectamente, que tenga las características de una inversión, incluidas entre otras las siguientes: compromiso de capitales u otros recursos, expectativa de obtener ganancias o utilidades, o la presunción de riesgo». Tras señalar los rasgos principales, el precepto continúa enumerando varias formas de inversión de forma ilustrativa: «(a) una empresa; (b) acciones, capital y otras formas de participación en el patrimonio de una empresa; (c) bonos, obligaciones, otros instrumentos de deuda y préstamos; (d) futuros, opciones y otros derivados; (e) contratos de clave en mano, de construcción, de gestión, de producción, de concesión, de participación en los ingresos y similares; (f) derechos de propiedad intelectual; (g) derechos otorgados de conformidad con la legislación interna, tales como licencias, autorizaciones, permisos; (h) otros bienes tangibles o intangibles, muebles o inmuebles y los derechos de propiedad conexos, tales como arrendamientos, hipotecas, garantías reales y prendas».

<sup>50</sup> Ver: SALACUSE, Jeswald. *Op. cit.*, pp.218-220. El profesor Salacuse cita como ejemplo de esta técnica, el artículo 1 del APPRI Canadá-Perú, mismo que contempla una lista extensa pero definitiva de inversiones protegidas. Disponible en: [http://www.sice.oas.org/Investment/BITSbyCountry/BITs/CAN\\_Peru\\_e.asp](http://www.sice.oas.org/Investment/BITSbyCountry/BITs/CAN_Peru_e.asp)

<sup>51</sup> Este método define las inversiones protegidas como participaciones en un sector o proyecto específico y bajo determinadas formalidades. Pueden hallarse en los Acuerdos de Libre Comercio. Ver: NADAKAVUKAREN, Krista. *Op. cit.*, p. 76.

<sup>52</sup> Sin perjuicio de optar por remitirse a otras instituciones de arbitraje (fuera del marco del Convenio CIADI) como la Corte Permanente de Arbitraje, la Cámara de Comercio Internacional (CCI) o el Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce (SCC), como los más frecuentes.

<sup>53</sup> Acuerdo entre el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y el Gobierno de Malasia para la Promoción y Protección de las Inversiones, en vigor a partir del 21 de octubre de 1988. Traducción del autor. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/1972/download>

<sup>54</sup> Disponible en: <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/ICSID%20Convention%20Spanish>

<sup>55</sup> El artículo 1 (1) (a) señala: «“inversión” significa todo tipo de activos y en particular, aunque no exclusivamente, incluye: (i) los bienes muebles e inmuebles y cualquier otro derecho de propiedad tales como hipotecas, gravámenes o prendas; (ii) las acciones,

Ante la multiplicidad de APPRI a nivel global, resulta ser que podrían hallarse tantas definiciones de inversión, como AII existan en vigor. Asimismo, en línea a lo señalado, las definiciones con frecuencia incluyen a «toda clase de activos» y revisten una amplitud que desafían al sentido común, pudiendo incluso llegar a confundir un acto jurídico comercial ordinario con una «inversión», colocándolos al mismo nivel. Lo anterior contrasta con el objeto del sistema de protección de inversiones.<sup>56</sup>

Llegados a este punto, la interrogante principal gravita en torno a si los tribunales internacionales deben aplicar el enfoque subjetivo y, por consiguiente, guiarse exclusivamente por la definición de «inversión» proferida por el texto de los AII para establecer su jurisdicción.<sup>57</sup> Esta cuestión fue analizada en el caso *Malaysian Historical Salvors Sdn Bhd (MHS) c/ Gobierno de Malasia (MHS c/ Malasia)*.

En el caso de referencia, el Estado impugnó la jurisdicción del tribunal constituido a raíz una reclamación de impago de un contrato de salvamento marítimo, sobre la base de que dicho acuerdo no calificaría como una «inversión» según el artículo 1 (1) a, del APPRI Reino Unido-Malasia.

En el laudo sobre jurisdicción, el árbitro único, Michael Hwang, sin referirse al artículo 1(1)a, desestimó la reclamación debido a que el contrato, a su entender, no presentaba los «criterios» que deben contener las inversiones amparadas por el Convenio CIADI<sup>58</sup> considerando la eminente y probablemente exclusiva naturaleza comercial de dicho negocio jurídico.

El inversor solicitó la anulación del laudo en cuestión y el Comité *ad hoc*, en mayoría, determinó que la decisión debía ser anulada por exceso manifiesto de poderes del árbitro único, al haber ignorado la definición de inversión contenida en el artículo 1(1) a del APPRI. El Comité de anulación señaló precipitadamente, que pese a la aplicabilidad del artículo 25 del Convenio CIADI, en su criterio, el APPRI sería el «primer y único» punto de referencia para determinar si el contrato de salvamento marítimo era o no una inversión protegida.<sup>59</sup>

Este razonamiento fue merecedor del voto disidente del juez Shahabuddeen, quienseñaló que existirían «límites externos» a la definición de inversión en los tratados, como garantía de que la noción de «inversión» del artículo 25 del Convenio CIADI no pierda sentido y sea desplazada por un concepto amplio de un AII. A tal efecto, consideró necesario preservar los fundamentos que llevaron a la suscripción del Convenio CIADI, pese a la imposibilidad de sus redactores de acordar una definición de lo que en realidad debe entenderse por la palabra «inversión» a sus efectos.<sup>60</sup>

La posición del Comité de anulación refleja un enfoque subjetivo del concepto de inversión, (basado en el AII aplicable), quizás a un nivel excesivo. En esta línea, parecería razonable entender que el juez a través de su voto disidente apeló a articular una acepción básica de la noción de «inversión», (que al menos la distinga de un mero negocio jurídico comercial),<sup>61</sup> y a evitar que la amplitud de

títulos y obligaciones de sociedades o participaciones en los bienes de dichas sociedades; (iii) derechos dinerarios o a cualquier prestación en virtud de un contrato que tenga un valor financiero; (iv) los derechos de propiedad intelectual y el fondo de comercio; (v) concesiones comerciales conferidas por ley o por contrato, incluyendo concesiones para buscar, cultivar, extraer o explotar recursos naturales.

<sup>56</sup> SILVA ROMERO, Eduardo. *Op. cit.*, p. 31.

<sup>57</sup> Según Nadakavukaren, los tribunales más familiarizados con el derecho internacional público y el uso del artículo 31 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, serían menos propensos a basarse en el sentido estricto de la interpretación literal de una disposición, al analizar la definición de inversión de los AII. A este respecto, el caso *Romak, c/ Uzbekistán* sería ilustrativo sobre cómo el contexto y el propósito del tratado aplicable, puede afectar a la evaluación de si una operación debe considerarse o no como «inversión». El caso es analizado en el apartado 5. Ver: NADAKAVUKAREN, Krista. *Op. cit.*, pp. 82-83.

<sup>58</sup> Refiriéndose a la regularidad de los rendimientos y beneficios, el desembolso de capital, la duración, la asunción de riesgo y la contribución al desarrollo económico del Estado receptor. Ver: Laudo de Jurisdicción *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD c/ Gobierno de Malasia*, par. 108-123. Disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0496.pdf>

<sup>59</sup> LIM, Chin, Jean HO, y Martins PAPARINSKIS. *Op. cit.*, p. 279.

<sup>60</sup> Ver opinión disidente del juez Shahabuddeen. *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD c/ el Gobierno de Malasia*, par.9. Disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0498.pdf>

<sup>61</sup> SCHREUER, Christoph. *Op. cit.*, p. 117, par. 122. Traducción del autor. «La historia de la redacción no deja lugar a dudas de que los servicios del Centro no estarían disponibles para cualquier controversia que las partes quisieran presentar. En particular, siempre

los AII permita utilizar el mecanismo de resolución de controversias sin el menor reparo, ignorando de que se trata de un sistema de protección de «inversiones» y no así de meros «activos» o de cualquier acuerdo mercantil.<sup>62</sup> No obstante, la diversidad de opiniones sobre este tema exige observar con cautela la tendencia de hallar definiciones fuera del texto de los tratados.

## 2.2. *Enfoque objetivo*

El enfoque objetivo se erigió a través de la práctica arbitral internacional frente a la amplitud de los AII, como contención al posible desbordamiento del objeto del Convenio CIADI, especialmente de su artículo 25. De este modo, los tribunales desarrollaron «criterios»<sup>63</sup> o test de análisis, independientes de la perspectiva de las partes, para determinar si los asuntos puestos a su consideración involucraban «inversiones protegidas».

El clásico *test Salini*, y sus variaciones subsiguientes tienden a separar el tipo de inversiones que serían el auténtico objeto de protección,<sup>64</sup> de aquellas que podrían nominalmente satisfacer la definición del AII aplicable pero fácticamente estar fuera del amparo arbitral al que permite acceder el Convenio CIADI.<sup>65</sup> Esto sugiere que pese al silencio del artículo 25 en definir lo que es una «inversión», este estaría revestido de una frontera objetiva<sup>66</sup> que debe atravesarse de forma adicional al nominalismo de los APPRI.

Al respeto, el laudo del caso *Fedax NV c/ Venezuela*<sup>67</sup> fue el primero en considerar en profundidad la definición de «inversión», pero el tribunal del asunto *MHS c/ Malasia*<sup>68</sup> es el único, a nuestro entender, que determinó la existencia de una inversión exclusivamente en base al enfoque objetivo. En este caso, el árbitro único, audazmente, señaló que tras haber llegado a concluir que el contrato objeto de la litis no constituía una «inversión» conforme al sentido objetivo del artículo 25 del Convenio CIADI, se encontraba obligado a declarar su falta de jurisdicción;<sup>69</sup> y, en consecuencia, sería innecesario debatir si se trataba de una inversión protegida de acuerdo con la definición del AII aplicable.<sup>70</sup>

En este sentido, el enfoque objetivo opera por medio de la evaluación arbitral de un conjunto de «criterios» que definen si las inversiones en cuestión se hallan amparadas por el derecho internacional. Estos criterios que conforman los test para definir la noción de «inversión», han sido empleados tanto por los tribunales conformados en base al Convenio CIADI, así como por otros tribunales arbitrales internacionales, como se observará.<sup>71</sup>

estuvo claro que las transacciones comerciales ordinarias no estarían cubiertas por la jurisdicción del Centro, independientemente del alcance del consentimiento de las partes».

<sup>62</sup> *Ibidem*.

<sup>63</sup> Segun, Dolzer, Kriebaum y Schreuer, los tribunales se habrían referido a estos criterios sucesivamente como rasgos básicos (*Fedax c/ Venezuela*), características (*Helman c/ Egipto; Mitchell c/ Congo; RSM c/ Grenada*), distintivos (*MHS c/ Malasia*), elementos indicativos (*Jan de Nul c/ Egipto*), criterios (*Saiyem c. Bangladesh*), y como representación del significado inherente (*Eyre y Montrose c. Sri Lanka*). Ver: DOLZER, Rudolf, Ursula KRIEBAUM y Christoph SCHREUER. *Op. cit.*, p. 92.

<sup>64</sup> LIM, Chin, Jean HO, y Martins PAPARINSKIS. *Op. cit.*, p. 284.

<sup>65</sup> Ver: KRYVOI, Yaraslau. *International Centre for Settlement of Investment Disputes*. La Haya: Kluwer Law International, 2010, p. 45. Traducción del autor. Como señala Kryvoi: «No todas las disputas están cubiertas por la jurisdicción del Centro, incluso si existe consentimiento. El Convenio CIADI tiene por objeto tratar únicamente disputas de inversión [...]»; MCLACHLAN, Campbell; Laurence y Matthew WEINIGER. *Op. cit.*, p. 219, 6.08.

<sup>66</sup> GONZALEZ DE COSSIO, Francisco. *Arbitraje de Inversión*. México DF: Editorial Porrúa, 2009, p. 88.

<sup>67</sup> *Fedax NV c/ República de Venezuela*. Caso CIADI n.º ARB/96/3, Decisión del tribunal sobre Objecciones de Jurisdicción de 11 de julio de 1997. Disponible en [https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0315\\_0.pdf](https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0315_0.pdf)

<sup>68</sup> *Op. cit.*, nota 52. Disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0496.pdf>

<sup>69</sup> Se utiliza el término «jurisdicción» por ser empleado asiduamente en el arbitraje de inversiones. En este caso sería más apropiado hacer referencia a la falta de «competencia».

<sup>70</sup> *Ibidem*.

<sup>71</sup> NADAKAVUKAREN, Krista. *Op. cit.*, p. 93.

### 3. LA NOCIÓN DE «INVERSIÓN» BAJO LOS TEST DEL CONVENIO CIADI

Como han afirmado algunos tribunales internacionales en torno al artículo 25 del Convenio CIADI, este habría sido diseñado con una perspectiva amplia, pero no ilimitada, por lo que la evaluación de la existencia de una inversión protegida debe ser llevada a cabo en función de cada caso concreto, y es evidente que esta prueba inicial tendrá efectos en un sentido triple, (jurisdiccionales, *rationae materiae* y sobre el consentimiento arbitral), a los que hicimos referencia en el punto 2 de este capítulo.<sup>72</sup>

En el caso *Fedax c/ Venezuela*<sup>73</sup> puede observarse una primera evaluación detallada de la definición de «inversión», en la cual el tribunal realizó una interpretación expansiva del término basada en el AII aplicable. Si bien, como vimos, esta aproximación a partir de los AII corresponde al enfoque subjetivo, el análisis del tribunal refleja una primera caracterización frente a los criterios objetivos que contendrían las «inversiones protegidas» por el Convenio CIADI, y serviría de base para subsiguientes tribunales.

En este caso, la empresa holandesa *Fedax NV*, demandante en virtud del APPRI Países Bajos-Venezuela, era endosataria de un conjunto de instrumentos de deuda emitidos por el Estado, pero no poseía los títulos por virtud de una relación directa con el país, ni por haber trasladado una IED a su territorio. Frente a la reclamación arbitral, el Estado venezolano argumentó que la simple tenencia de títulos de deuda por parte de la empresa no representaba una inversión protegida a efectos del Convenio CIADI, debido a que no se habría realizado una contribución directa o que al menos implicara la transferencia de recursos a largo plazo.<sup>74</sup>

El tribunal arbitral rechazó el argumento, extrapolando el caso con una posición doctrinal propuesta por el profesor Schreuer, en la que el autor señaló cinco criterios para definir la noción de «inversión» del Convenio CIADI.<sup>75</sup> Concretamente, en el párrafo 43 del laudo, el tribunal arbitral señaló:

43. [...] Los rasgos básicos de una inversión se han descrito como los que implican una determinada duración, una cierta regularidad de beneficios y rendimientos, la asunción de riesgos, un compromiso sustancial y una importancia para el desarrollo del Estado receptor. La duración de la inversión en este caso cumple con el requisito de la ley en cuanto a los contratos que deben extenderse más allá del ejercicio fiscal en el que se realizan. La regularidad de los beneficios y rendimientos también se cumple con la programación del pago de intereses durante un período de varios años. La cantidad de capital comprometido es también relativamente sustancial. Y lo más importante, existe claramente una relación significativa entre la transacción y el desarrollo del Estado receptor, como se requiere específicamente en la ley para la emisión del instrumento financiero pertinente. Se considera que, dados los hechos particulares del caso, la transacción cumple con las características básicas de una inversión.<sup>76</sup>

Si bien puede cuestionarse la decisión del tribunal, que apoyada en la legislación local utilizó la doctrina con la finalidad previa de forzar una interpretación que permitiese inferir que la simple tenencia de títulos de deuda podría ser considerada como una «inversión» para el derecho internacional, puede resaltarse que los criterios (objetivos) de las inversiones protegidas (invocados por el tribunal), fueron desarrollados por otros tribunales posteriores, como el del caso *Salini c. Marruecos*, que se refirió a cuatro de los criterios propuestos por el profesor Schreuer.<sup>77</sup> De ahí que, a partir de entonces, los

<sup>72</sup> Al referirnos a que, para el actual derecho de las inversiones internacionales, el alcance de la definición de «inversión» es un aspecto central que involucra tres cuestiones fundamentales; DOLZER, Rudolf, Ursula KRIEBAUM, y Christoph SCHREUER. *Op. cit.*, p. 83; McLACHLAN, Campbell; Laurence SHORE, y Matthew WEINIGER. *Op. cit.*, p. 218, 6.06-6.07.

<sup>73</sup> *Fedax NV c/ República de Venezuela*. *Op. cit.*, nota 67.

<sup>74</sup> McLACHLAN, Campbell; Laurence SHORE, y Matthew WEINIGER. *Op. cit.*, p. 219, 6.08.

<sup>75</sup> *Ibid* nota 43; cierta duración, regularidad de beneficios y rendimiento, asunción de riesgos, compromiso sustancial de capital e importancia para el desarrollo del Estado receptor.

<sup>76</sup> *Fedax NV c/ República de Venezuela*. *Op. cit.*, par. 43. Traducción del autor.

<sup>77</sup> Entre los cinco puntos evaluados en el caso *Fedax*, cuatro han llegado a ser ampliamente considerados, mientras que la «regularidad de los beneficios» fue perdiendo relevancia en la práctica arbitral.

tribunales internacionales hayan generado variantes al *test Salini*, de acuerdo con su propia convicción de los elementos que este contempla.

### 3.1. *El test Salini*

El *test Salini* emergió del caso *Salini Costruttori SpA c/ Marruecos*,<sup>78</sup> en el cual la empresa elevó una reclamación arbitral amparada en el APPRI Italia-Marruecos, por diferencias con el Estado derivadas de un contrato de construcción de una autopista.

Una de las objeciones jurisdiccionales presentadas por el Estado se erigió con base a que el negocio jurídico en cuestión se trataría de un contrato de servicios y no así de un contrato de inversión. Sobre este punto, el tribunal señaló que la existencia de una «inversión» según el Convenio CIADI sería una condición objetiva de jurisdicción, además de un requisito del consentimiento al arbitraje. En esta línea, el tribunal señaló:

52. [...] La doctrina considera en general que la inversión implica contribuciones, cierta duración de la ejecución del contrato y una participación en los riesgos de la transacción. En la lectura del preámbulo del Convenio, se puede añadir la contribución al desarrollo económico del Estado receptor de la inversión como condición adicional [...].<sup>79</sup>

Desde entonces, los cuatro criterios de una «inversión» según el *test Salini*, incluyen:

- Un compromiso (sustancial) de recursos/capital
- Una determinada duración de la operación
- Riesgo
- Contribución al desarrollo del Estado receptor

En la valoración al caso *Salini*, el tribunal omitió el quinto criterio sobre la «regularidad de rendimiento y beneficios». Del mismo modo, estableció que los criterios deben ser evaluados en conjunto, pese a haberlos citado de forma individual, y antes de concluir que la transacción se encontraba dentro de los cuatro criterios y, por ende, dentro de la frontera objetiva del artículo 25 del Convenio CIADI,<sup>80</sup> añadió que la duración mínima de la inversión, para ser considerada como objeto de protección, sería entre dos a cinco años, sin ofrecer mayor justificación de este espacio temporal. Este punto sería reevaluado en el caso *Jan de Nul NV c/ Egipto*.<sup>81</sup>

A raíz de los casos precedentes, la práctica arbitral internacional ha aplicado ampliamente tres de los criterios del *test Salini* (duración, compromiso de capital y riesgo). Como se observará, el cuarto elemento (contribución al desarrollo) ha resultado ser el más controvertido.

#### 3.1.1. *Compromiso (sustancial) de recursos*

El compromiso de activos o recursos de valoración económica es un factor que caracteriza a toda inversión. Aun cuando el volumen de la contribución no es un elemento determinante para considerarla como objeto de protección del Convenio CIADI, se requiere una transferencia financiera, material, técnica o personal por parte del inversor, en el marco de su actividad en el Estado receptor.<sup>82</sup>

<sup>78</sup> *Salini Costruttori SpA y Otros c/ Marruecos*. *Op. cit.*, nota 43.

<sup>79</sup> *Ibid.*, nota 43. Traducción del autor. Citas omitidas.

<sup>80</sup> GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. *Op. cit.* nota 67.

<sup>81</sup> *Jan de Nul NV c/ Egipto* Decisión sobre Jurisdicción. Caso CIADI n.º ARB/04/13. Disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0439.pdf>

<sup>82</sup> NÁDAKAVUKAREN, Krista. *Op. cit.*, p. 96.

Pese a ello, uno de los precedentes arbitrales refleja un criterio distinto. En el caso *Joy Mining Machinery c/ Egipto*,<sup>83</sup> el tribunal arbitral observó que aun cuando los importes del contrato litigioso y su garantía eran elevados, estos solo representaban una escasa parte del proyecto global y, por tanto, el compromiso de recursos no sería lo suficientemente sustancial como para considerarse una «inversión protegida».

Sin perjuicio del criterio vertido por el tribunal, conviene subrayar que los redactores del Convenio CIADI consideraron, pero no incluyeron un importe mínimo en disputa como requisito jurídico,<sup>84</sup> por lo que la cuantía de la inversión no se considera un elemento decisivo frente a la noción de «inversión» en el derecho internacional. Aun así, los tribunales suelen examinar la totalidad de los recursos comprometidos por los demandantes para determinar si existen inversiones en red o en cadena, así como analizar si existen activos sustanciales más allá de su valoración monetaria; por ejemplo, la contribución de conocimientos técnicos, de servicios, de personal, entre otros.

Dentro del «compromiso (sustancial) de recursos», la práctica arbitral ha aceptado como «inversiones» a una amplia gama de bienes susceptibles de valoración económica, como el equipamiento, materiales, maquinaria, entre otros bienes intangibles. En contraste, las contribuciones puramente simbólicas, las adquiridas sin contraprestación, o aquellas obtenidas bajo un precio ampliamente infravalorado, no gozarían de la protección jurídica del Convenio CIADI.<sup>85</sup> Consecuentemente, como sostiene Nadakavukaren, la reclamación arbitral relativa a inversiones que tenga como pretensión la propiedad de bienes y derechos que no recibieron una contraprestación efectiva podría ser rechazada. Bajo el mismo criterio, la carga de la prueba sobre la propiedad y existencia de los bienes y derechos en los que se asienta la reclamación arbitral internacional (incluyendo la contraprestación efectiva que llevó adquirir dicha propiedad), correría a cargo del demandante. Este punto fue observado en el laudo del caso de *Anglo-Adriatic c/ Albania*,<sup>86</sup> en el que el tribunal arbitral señaló lo siguiente:

246. Varios tribunales de inversiones han concluido que los inversores que no habían pagado ninguna contraprestación, o sólo un precio nominal, no tenían derecho a la protección de la inversión [...]

247. [...] Dado que la demandante no ha probado ser el propietario (u otro titular) de las acciones extranjeras, la conclusión necesaria es que la demandante no tiene capacidad para presentar reclamaciones [...].<sup>87</sup>

Como excepción a lo anterior, puede observarse el caso *Mailcorp Ltd. c/ Egipto*,<sup>88</sup> en el que el tribunal consideró la existencia de una «inversión», pese a que no se había realizado el traslado efectivo de recursos. En este caso, el Estado había incumplido las obligaciones asumidas contractualmente antes de comenzar la ejecución del acuerdo. Ejemplo de ello, puede hallarse cuando un Estado procede a revocar un contrato antes de que el inversor comience a llevarlo a cabo. En el laudo en cuestión, el tribunal señaló:

113. [...] En el caso de un contrato, se ha sostenido con razón que los costes incurridos durante las negociaciones con el objeto de llegarlo a concluir no constituyen una inversión si al final el Estado se niega a firmarlo. La situación en el presente caso es diferente ya que el Contrato fue efectivamente firmado [...].<sup>89</sup>

<sup>83</sup> *Joy Mining Machinery c/ Egipto*. Caso CIADI n.º ARB/03/11, par. 57. Decisión sobre Jurisdicción de 6 de agosto de 2004. Disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0441.pdf>

<sup>84</sup> Los documentos preparatorios del Convenio CIADI reflejan que inicialmente se propuso que una inversión protegida por el Convenio debería alcanzar la cifra mínima de 100.000 dólares. Ver: *History of the ICSID Convention*, vol. II-1, article IV. Jurisdiction of the Centre. Section 1 (I), p. 40. Disponible en: [https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/History%20of%20ICSID%20Convention/H%20istory%20of%20ICSID%20Convention%20-%20VOLUME%20II-1.pdf](https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/History%20of%20the%20ICSID%20Convention/H%20istory%20of%20ICSID%20Convention%20-%20VOLUME%20II-1.pdf)

<sup>85</sup> NADAKAVUKAREN, Krista. *Op. cit.*, p. 96.

<sup>86</sup> *Anglo-Adriatic Group Limited c. República de Albania*, Caso CIADI n.º ARB/17/6, par. 246-247. Traducción del autor. Disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita10349.pdf>

<sup>87</sup> *Ibidem*.

<sup>88</sup> *Mailcorp Limited c/ Egipto*, Caso CIADI n.º ARB/08/18. Laudo Arbitral de 7 de febrero de 2011. par. 113. Disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0499.pdf>

<sup>89</sup> *Ibidem*.

Lo señalado por el tribunal, trae a colación una interrogante frecuente en el derecho de las inversiones relativa a la determinación de una posible protección preinversión. Sobre esta cuestión, el caso *Mihaly c/ Sri Lanka*<sup>90</sup> resulta ilustrativo.

La empresa *Mihaly* había realizado gastos sustanciales durante las negociaciones de un contrato en base a una carta de intenciones, con el objetivo de preparar un proyecto que finalmente no llegó a materializarse.<sup>91</sup> Ante esta situación, la empresa acudió al mecanismo de resolución de controversias relativas a inversiones, pero el tribunal rechazó la pretensión bajo el argumento de que el compromiso de recursos que la empresa *Mihaly* había realizado, en esencia, no podía considerarse como la propia inversión, puesto que el contrato no llegó a firmarse. Asimismo, el tribunal señaló que los antecedentes negociales permitían observar que ambas partes tenían presente que todas las consecuencias fluirían una vez formalizado el contrato.

Del análisis de la decisión, se observa que el tribunal no rechazó la idea general de que las erogaciones pre-operativas puedan considerarse inversiones, ante una eventual canalización sustancial de capital al Estado receptor, sumada a compromisos legales específicos. Sencillamente rechazó la reclamación a la luz de los antecedentes de este caso.<sup>92</sup>

### 3.1.2. Duración

Los proyectos de inversión extranjera directa suelen tener una duración prolongada,<sup>93</sup> a diferencia de las inversiones de portafolio, que son generalmente de duración limitada, así como propensas a retirarse con facilidad.<sup>94</sup> Pese a ello, los antecedentes del Convenio CIADI no excluyen de su ámbito de protección a las inversiones por el solo hecho de ser realizadas «a corto plazo».<sup>95</sup> En este sentido, el criterio de la duración es variable según la naturaleza de la actividad, lo cual dificulta la adopción de un parámetro temporal general.

Como se ha podido apreciar en el caso *Salini*, el tribunal consideró un periodo de dos a cinco años, y solo en virtud de que el contrato de construcción en cuestión fue ejecutado en un periodo de treinta y seis meses, consideró que el requisito de duración se había cumplido. De forma similar, el tribunal del caso *Consortium RFCC c/ Marruecos*<sup>96</sup> observó que el contrato de construcción de carreteras de veinte meses no cumplía el umbral mínimo de duración de dos años fijado por el *test Salini*. Fue a raíz de la extensión del contrato por un periodo adicional de seis meses, que el tribunal consideró como cumplido el criterio de duración para determinar que se trataba de una «inversión»<sup>97</sup> protegida por el derecho internacional.

En la misma línea, en el caso *Saipem c/ Bangladesh*<sup>98</sup> se generaron aspectos litigiosos sobre un proyecto de construcción de oleoductos que debía ser completado en catorce meses, pero debido a retrasos en la entrega fue prorrogado doce meses adicionales. El Estado argumentó que la duración a considerarse debía ser el periodo inicial, mismo que no alcanzaba el umbral mínimo de dos años.

<sup>90</sup> *Mihaly International Corporation c/ República Democrática Socialista de Sri Lanka*. Caso CIADI n.º ARB/00/2. Laudo de 15 de marzo de 2002. Disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0532.pdf>

<sup>91</sup> GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. *Op. cit.*, pp. 95-96.

<sup>92</sup> *Ibidem*.

<sup>93</sup> Sornarajah hace especial referencia a que las transacciones de inversión tienen una duración prolongada, particularmente en los sectores de recursos naturales, manufactura y construcción. Al mismo tiempo, hace referencia a varios tipos contractuales que podrían ser considerados operaciones de inversión extranjera, pero que requieren cumplir los criterios adicionales que, por ejemplo, propone el *test Salini*, para ser consideradas plenas transacciones de inversión y sujetas a la consiguiente protección del derecho y arbitraje internacional. Ver: SORNARAJAH, Muthucumaraswamy, *Op. cit.*, pp. 383-384.

<sup>94</sup> UNCTAD. *Op. cit.*, nota 23.

<sup>95</sup> DUGAN, Christopher, Don WALLACE, Noah RUBINS y Borzu SABAH. *Op. cit.*, p. 267. Debe considerarse también, que el artículo 30 del primer borrador del Convenio CIADI, establecía un periodo mínimo de cinco años en la noción de «inversión». Ver: UNCTAD. *Course on Dispute Settlement*, p. 13.

<sup>96</sup> *RFCC vs. Mornoco Consortium R.F.C.C. c/ Marruecos*. Caso CIADI n.º ARB/00/6. Decisión sobre jurisdicción de 16 de julio de 2001. Disponible en <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB/00/6>

<sup>97</sup> DUGAN, Christopher, Don WALLACE, Noah RUBINS, y Borzu SABAH. *Op. cit.*, p. 267.

<sup>98</sup> *Saipem S.p.A. c/ República Popular de Bangladesh*. Caso CIADI n.º ARB/05/07. Decisión sobre jurisdicción y recomendación de medidas provisionales de 21 de marzo de 2007. Disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0733.pdf>

Finalmente, el tribunal arbitral determinó que el tiempo que debía tenerse en cuenta era el total de las operaciones, incluyendo el periodo contractual, el de la construcción real y el de la garantía de la obra. El llamativo razonamiento del tribunal al añadir el periodo de garantía le resultó de utilidad para argumentar que el elemento de la duración iría ligado a los riesgos del proyecto.<sup>99</sup>

Como se apuntó anteriormente, el criterio de la duración también fue considerado en el caso *Jan de Nul c/ Egipto*,<sup>100</sup> a raíz de una operación de dragado en el Canal de Suez. Pese a que las partes aceptaron que la magnitud, complejidad y el tipo de riesgo del proyecto se ajustaban notablemente a una «inversión protegida», discreparon en torno a la duración.<sup>101</sup> Conforme al criterio de la demandante, la duración de dos años sería suficiente para considerar al proyecto como una «inversión» a plenos efectos de la protección del Convenio CIADI. Sin embargo, el Estado alegó que el tiempo desde la fecha de suscripción del contrato hasta su finalización, no alcanzaba al umbral mínimo de los dos años. Al respecto, la demandante replicó que también debía tenerse en cuenta el tiempo dedicado a las actividades precontractuales. En su decisión, el tribunal no requirió pronunciarse sobre este punto, y decidió que el periodo de veintitrés meses a partir de la suscripción del contrato sería suficiente para considerar que la obra en cuestión constituía una «inversión» a todos sus efectos, conforme al análisis de los elementos del proyecto en su conjunto.<sup>102</sup>

En definitiva, como señalan Dolzer, Kriebaum y Schreuer, la duración distingue a las inversiones protegidas de cualquier transacción comercial instantánea, y si bien en la actualidad no podría observarse un umbral de duración mínima de carácter estricto, los tribunales han sugerido un periodo variable entre uno y cinco años, de acuerdo con las características intrínsecas de cada proyecto o con la traslación de bienes/capital al Estado receptor.<sup>103</sup> De igual manera, para el cómputo de la duración, los tribunales han considerado el tiempo de la licitación, la interrupción de obras, los periodos de renegociación, las extensiones de plazo, el mantenimiento, y el periodo de la garantía del contratista.<sup>104</sup> Según los profesores, lo relevante sería la duración prevista, por lo que una terminación anticipada no afectaría a la naturaleza de la transacción para ser considerada como «inversión».<sup>105</sup>

### 3.1.3. Asunción de riesgo

Históricamente se consideró que uno de los fundamentos para la protección supranacional a la inversión extranjera era el riesgo que representaba canalizar recursos en otros Estados, sobre todo en aquellos con sistemas jurídicos y de gobernanza endeble.<sup>106</sup>

Desde esta perspectiva, junto con el compromiso de recursos económicos y la duración, la doctrina y los precedentes arbitrales han llegado a determinar que las inversiones protegidas por el derecho internacional, naturalmente, implicarían la asunción de un riesgo adicional al riesgo común de negocio.<sup>107</sup>

<sup>99</sup> DUGAN, Christopher, Don WALLACE, Noah RUBINS y Borzu SABAH. *Op. cit.*, p. 267.

<sup>100</sup> *Jan de Nul N.V. and Dredging International N.V. c/ Egipto*. Caso CIADI n.º ARB/04/13. Disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0439.pdf>

<sup>101</sup> *Ibidem*.

<sup>102</sup> McLACHLAN, Campbell, Laurence SHORE y Matthew WEINIGER. *Op. cit.*, p. 219, 6.08.

<sup>103</sup> *Salini Construttori SpA c/ Marruecos; Jan de Nul N.V. and Dredging International N.V. c/ Egipto; Consortium RFCC c/ Marruecos; MHS c/ Gobierno de Malasia*.

<sup>104</sup> *MHS c/ Gobierno de Malasia; Jan de Nul N.V. and Dredging International N.V. c/ Egipto; Saipem S.p.A.c/ Repùblica Popular de Bangladesh*; También se citan los casos: *LESI SpA y ASTALDI SpA c. Argelia*. Caso CIADI n.º ARB/05/3. Decisión de 12 de julio de 2006. Disponible en: [https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0869.pdf](https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB/05/3; Toto Costruzioni Generali S.P.A. c/ Repùblica de Líbano</a>. Caso CIADI n.º ARB/07/12. Disponible en: <a href=); *Deutsche Bank AG c/ Repùblica Democrática Socialista de Sri Lanka*. Caso CIADI n.º ARB/09/2. Disponible en <https://www.italaw.com/cases/1745>.

<sup>105</sup> DOLZER, Rudolf, Ursula KRIEBAUM y Christoph SCHREUER. *Op. cit.*, p. 93.

<sup>106</sup> Ver: YADONG, Luo. «Political Risk and Country Risk in International Business; Concepts and measures». En RUGMAN, Alan. (ed.). *The Oxford Handbook of International Business*. Oxford: Oxford University Press, 2009, 2.<sup>a</sup> ed. pp. 740-764.

<sup>107</sup> Como señala el profesor Sornarajah, el riesgo que conlleva una transacción de inversión extranjera protegida por un AII tiene una característica distinta: el riesgo de intervención gubernamental, por lo que el mero riesgo comercial no es suficiente. Es el riesgo político o económico que surge de una medida gubernamental, lo que distingue al riesgo de las inversiones extranjeras de otros riesgos contractuales. Ver: SORNARAJAH, Muthucumaraswamy. *Op. cit.*, pp. 384-385.

La práctica de los tribunales permite observar que dentro del criterio del riesgo se ha aceptado una amplia gama de posibles exposiciones, como la interferencia estatal, los incidentes imprevistos, e incluso se habría llegado a considerar a la propia existencia del litigio arbitral como prueba del elemento del riesgo.<sup>108</sup> Otros tribunales estimaron que las circunstancias económicas y políticas del Estado receptor suponían un riesgo palpable.<sup>109</sup>

Ante las diversas aproximaciones a este criterio, los tribunales han intentado categorizar los riesgos en dos grupos: el riesgo de negocio y el riesgo operativo de un proyecto,<sup>110</sup> puesto que el primero no obedecería a los fundamentos de la protección del Convenio CIADI y, por tanto, no podría ser considerado para definir la noción de «inversión» a sus efectos.

No obstante lo anterior, resulta evidente que este criterio tiene una eficacia limitada ya que pueden existir diversos elementos que reduzcan certidumbre, como la propia duración de la inversión,<sup>111</sup> por lo que, según los profesores Dolzer y Schreuer, el enfoque apropiado frente a este criterio sería considerarlo de forma integral junto a los dos criterios previos (compromiso de recursos y duración), y con cierta flexibilidad, teniendo en cuenta las distintas formas de riesgos que una inversión internacional concreta podría asumir de forma efectiva.<sup>112</sup>

### 3.1.4. *Contribución al desarrollo del Estado receptor*

La contribución al desarrollo del Estado receptor ha resultado ser el indicador más controvertido del *test Salini* y de la noción de «inversión», pese a ser el único criterio que se extrae del propio texto del Convenio CIADI; concretamente de su preámbulo.<sup>113</sup>

En torno a este elemento, señala Sornarajah que la esencia del sistema de protección de inversiones, ya sea mediante tratados o contratos, es el desarrollo económico. El profesor realiza un análisis general del sistema para justificar su posición, y subraya que el actual mecanismo arbitral del CIADI conllevaría un sacrificio de soberanía voluntariamente comprometida por los Estados contratantes, con la creencia de que los flujos de inversión resultantes fomentarán su desarrollo económico.<sup>114</sup> Según el profesor, esta sería la base sobre la que el CIADI justifica su existencia, y la razón por la que el profesor Schreuer habría propuesto el «desarrollo económico» como parte del enfoque objetivo de la noción de «inversión».<sup>115</sup>

Este punto fue evaluado también por el profesor Zachary Douglas<sup>116</sup> cuyo punto de vista se basaría en el entendimiento de que los Estados aceptan las restricciones que implica la protección a las inversiones extranjeras, a cambio de un mayor desarrollo económico. Consecuentemente, del criterio del profesor se advierte que, si las inversiones no generan efectos de desarrollo al Estado, este no debería encontrarse constreñido por las obligaciones de especial protección al capital extranjero.<sup>117</sup> Sobre el particular, Douglas realiza el siguiente razonamiento:

La noción del *quid pro quo* entre un inversor extranjero y el Estado receptor es la piedra angular del sistema de arbitraje de inversión. A cambio de contribuir al flujo de capital en la economía del Estado receptor contratante, los nacionales de otros Estados contratantes tienen el derecho a establecer un procedimiento de arbitraje internacional contra el Estado receptor y a invocar los estándares mínimos de trato contenidos en el tratado de inversión aplicable. [...] Dado que el

<sup>108</sup> *Deutsche Bank AG c/ República Democrática Socialista de Sri Lanka*. Caso CIADI n.º ARB/09/2; *Fedax NV c/ República de Venezuela*. Caso CIADI n.º ARB/96/3.

<sup>109</sup> *Deutsche Bank AG c/ República Democrática Socialista de Sri Lanka; Kardassopoulos c/ República de Georgia*. Caso CIADI n.º ARB/05/18. Disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0444.pdf>

<sup>110</sup> DOLZER, Rudolf, Ursula KRIEBAUM y Christoph SCHREUER. *Op. cit.*, p. 93.

<sup>111</sup> DOLZER, Rudolf y Christoph SCHREUER. *Op. cit.*, p. 75.

<sup>112</sup> *Ibidem*.

<sup>113</sup> DUGAN, Christopher, Don WALLACE, Noah RUBINS y Borzu SABAH. *Op. cit.*, p. 272.

<sup>114</sup> SORNARAJAH, Muthucumaraswamy. *Op. cit.*, p. 389.

<sup>115</sup> SCHREUER, Christoph. *Op. cit.*, nota 42.

<sup>116</sup> DOUGLAS, Zachary. *Op. cit.*, pp. 161-162.

<sup>117</sup> NADAKAVUKAREN, Krista, *Op. cit.*, pp. 98-99.

objetivo declarado de los tratados de inversión es estimular los flujos de capital privado en las economías de los Estados contratantes, el demandante debe haber contribuido a este objetivo para obtener los derechos creados por el tratado de inversión.<sup>118</sup>

A partir de los casos *Fedax*<sup>119</sup> y *Salini*<sup>120</sup> otros tribunales arbitrales han examinado el criterio de la contribución al desarrollo económico, normalmente, sin pronunciarse en profundidad sobre el mismo. Por ejemplo, en el caso *Mitchel c/ Congo*,<sup>121</sup> el tribunal aprobó que la apertura de un despacho de abogados en el Estado receptor podía aceptarse como una «inversión». El Comité *ad hoc* posteriormente anularía el laudo por considerar que el tribunal se había extralimitado en sus poderes, y concluyó que el bufete no contribuía al desarrollo social y económico del Estado, por lo que carecía del carácter de «inversión protegida».<sup>122</sup>

Paralelamente, algunos tribunales, como en el caso de *Capital Financial Holdings Luxembourg S.A. c/ Camerún*,<sup>123</sup> consideraron que la contribución al desarrollo del Estado sería un objetivo de la inversión y no así una condición previa o criterio de su existencia.<sup>124</sup> Otros tribunales se pronunciaron sobre la dificultad de establecer el desarrollo económico como requisito de una «inversión», cuestión que correspondería más a un tema de fondo que de jurisdicción. Bajo el mismo entendimiento, incidiieron en lo complicado que resultaría determinar las actividades que fomentan el desarrollo y las que no, sin un parámetro comparativo, ya que la inversión podría ser más o menos útil para el Estado sin dejar de ser por ello una inversión.<sup>125</sup> En este orden de ideas, sostuvieron que no sería pertinente exigir que las obligaciones de protección a las inversiones por parte del Estado se basen en el criterio del desarrollo económico, puesto que este se hallaría contemplado implícitamente en los tres primeros elementos constitutivos de la noción de «inversión» (contribución, duración y riesgo).<sup>126</sup>

El criterio fue analizado también en el interesante caso *Phoenix Action Ltd. c/ República Checa*,<sup>127</sup> en el que el tribunal se enfrentó a evaluar si una empresa que no había realizado una contribución económica efectiva en el Estado receptor podría encontrarse amparada por el Convenio CIADI. El tribunal arbitral, incidió en el elemento de la contribución al Estado, de la siguiente manera:

85. El tribunal considera que la contribución de una inversión internacional al desarrollo del Estado receptor es imposible de determinar, más aún en cuanto existen opiniones muy divergentes sobre lo que constituye el "desarrollo". Debe adoptarse por tanto un enfoque menos ambicioso, centrado en la contribución de una inversión internacional a la economía del Estado receptor, que, de hecho, es normalmente inherente al mero concepto de inversión, tal y como está configurado por los elementos de contribución/duración/riesgo, y, por tanto, en principio debería presumirse [...].<sup>128</sup>

Al hilo de este análisis, el tribunal realizó una variante al *test Salini* modificando el sentido del elemento del desarrollo, y añadiendo dos criterios adicionales a las inversiones protegidas:

- Operación realizada para desarrollar una actividad económica en el Estado receptor (en lugar de «contribución al desarrollo del Estado receptor»).

<sup>118</sup> DOUGLAS, Zachary. *Op. cit.*, pp. 161-162. Traducción del autor.

<sup>119</sup> *Fedax NV c/ República de Venezuela*. *Op. cit.*, nota 68.

<sup>120</sup> *Salini Construtori SpA y otros c/ Marruecos*. *Op. cit.*, nota 43.

<sup>121</sup> *Patrick H. Mitchell c/ República Democrática del Congo*. Caso CIADI n.º ARB/99/7, par. 39-41. Decisión sobre la aplicación de anulación del laudo disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0537.pdf>

<sup>122</sup> *Ibidem*.

<sup>123</sup> *Capital Financial Holdings Luxembourg S.A. c/ República de Camerún*. Caso CIADI n.º ARB/15/18, par. 422. Laudo de 22 de junio de 2017. Disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9017.pdf>

<sup>124</sup> *Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. and Allan Foss Kaplán c/ Bolivia*. Caso CIADI n.º ARB/06/2. Decisión sobre jurisdicción de 27 de septiembre de 2012, par. 220-225. Disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1099.pdf>

<sup>125</sup> *Víctor Pey Casado y Fundación Presidente Allende c/ República de Chile*. Caso CIADI n.º ARB/98/2. Laudo de 8 de mayo de 2008, par. 232. Disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0639.pdf>

<sup>126</sup> *LESI SpA y Astaldi SpA c. Argelia*, *Op. cit.*, parte. II, par.13 (ii), (iii) y (iv).

<sup>127</sup> *Phoenix Action, Ltd. c. República Checa* (Caso CIADI n.º ARB/06/5). Laudo de 15 de abril de 2009, par. 85. Traducción del autor. Disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0668.pdf>

<sup>128</sup> *Ibidem*.

- Activos invertidos de acuerdo con la legislación del Estado receptor.
- Activos invertidos *bona fide*.<sup>129</sup>

En suma, aunque la duración, el riesgo y el compromiso de recursos son características constitutivas de la noción de «inversión», como se ha podido apreciar, el criterio del desarrollo económico es el más debatido puesto que si bien refleja la motivación de los Estados para proteger a las inversiones extranjeras, su comprobación individual por proyecto, en *stricto sensu*, resulta intrincada. En efecto, a partir del caso *Salini*, este criterio ha reflejado un desarrollo heterogéneo y un número creciente de tribunales rechaza la contribución al desarrollo del Estado receptor como factor determinante para constatar la existencia de una «inversión» a efectos de su amparo jurídico supranacional.<sup>130</sup>

#### 4. TEST AJENOS AL CONVENIO CIADI

Los precedentes arbitrales<sup>131</sup> demuestran que los esfuerzos por concebir un correcto entendimiento de la noción de «inversión» en el derecho internacional, no se han limitado a los tribunales amparados por el Convenio CIADI, sino que se habrían extendido a otros tribunales, como aquellos que actúan bajo el Reglamento de Arbitraje de UNCITRAL.<sup>132</sup>

Como se pudo constatar, el *test Salini* fue desarrollado a causa del silencio del artículo 25 del Convenio CIADI, pero sus criterios objetivos han sido también aplicados fuera del amparo del Convenio. Por ejemplo, en el caso *Romak S.A. c/ Uzbekistán*<sup>133</sup> tramitado ante la Corte Permanente de Arbitraje (CPA), tras un laudo favorable cuya indemnización fue incumplida por una sociedad estatal, la empresa *Romak* inició un procedimiento arbitral adicional de conformidad con las Reglas de Arbitraje de UNCITRAL,<sup>134</sup> con base en el APPRI Suiza-Uzbekistán.<sup>135</sup>

En el laudo, el tribunal argumentó que al tratarse de un caso bajo las Reglas de UNCITRAL, no tendría necesidad de hacer la (frecuente) valoración de la relación existente entre el Convenio CIADI y el AII aplicable. Del mismo modo, señaló que los Estados serían libres de estipular como «inversiones» en los AII, cualquier tipo de activos o transacciones económicas pero que, en tal caso, la redacción debería ser clara y no dejar lugar a dudas sobre la intención de los Estados contratantes de incluir las inversiones en cuestión.

En esta línea, el tribunal consideró que en el caso objeto de análisis, la redacción del AII aplicable (APPRI Suiza-Uzbekistán), no permitía generar tal convicción.<sup>136</sup> Ante esta situación, el tribunal señaló que la noción de «inversión» tendría un significado inherente, independientemente de que el inversor acudiera al mecanismo arbitral del CIADI u otro, como el arbitraje *ad hoc* bajo las Reglas de Arbitraje de UNCITRAL.

Para determinar la existencia de una «inversión» en este caso, el tribunal invocó al *test Salini* e hizo referencia a todos sus criterios para extrapolarlos con la aducida inversión por la empresa.<sup>137</sup> Tras realizar su análisis basado en el enfoque objetivo, el tribunal llegó a la conclusión de que la actividad

<sup>129</sup> *Phoenix Action, Ltd. c/ República Checa*. Op. cit., par. 114.

<sup>130</sup> *LESI SpA y Astaldi SpA c/ Argelia*, Op. cit., parte II, par.13; *Phoenix Action, Ltd. c. República Checa; Pantechniki S.A. Contractors & Engineers (Grecia) vs. República de Albania*. Caso CIADI n.º ARB/07/21. Ver: DOLZER, Rudolf, Ursula KRIEBAUM y Christoph SCHREUER. Op. cit., p. 95.

<sup>131</sup> Ante la inexistencia de una doctrina de *stare decisis* en el actual derecho y arbitraje de inversión, a lo largo de este capítulo se ha preferido utilizar el término «precedentes arbitrales» en lugar de «jurisprudencia arbitral».

<sup>132</sup> LIM, Chin, Jean HO y Martins PAPARINSKIS. Op. cit., p. 289.

<sup>133</sup> *Romak S.A. (Suiza) c/ República de Uzbekistán*. Caso UNCITRAL, PCA n.º AA280. Laudo de 26 de noviembre de 2009, par. 205-207. Disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0716.pdf>

<sup>134</sup> Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL).

<sup>135</sup> NADAKAVAKAREN, Krista, Op. cit., pp. 98-99.

<sup>136</sup> *Romak S.A. (Suiza) c. República de Uzbekistán*. Op. cit., par. 105.

<sup>137</sup> *Ibidem*.

de *Romak* no satisfacía el elemento del riesgo para ser considerada como una «inversión» objeto de protección internacional.

Otro ejemplo de aplicación de los criterios de forma ajena al Convenio CIADI, se observa en el arbitraje *ad hoc* *White Industries Australia Limited c/ República de la India*, tramitado bajo las Reglas de Arbitraje de UNCITRAL.<sup>138</sup> En el litigio, el tribunal estableció que el *test Salini* no era aplicable al caso ya que este habría sido desarrollado en torno al Convenio CIADI. Pese a ello, reconoció la utilidad del enfoque objetivo de la noción de «inversión», y señaló que sus criterios eran apropiados para evaluar si la actividad de la empresa *White Industries* cumplía con los requisitos para considerarse una inversión protegida. En este sentido, procedió a evaluar uno a uno el cumplimiento de los elementos del *test*.<sup>139</sup>

En esencia, a efectos de establecer la existencia de «inversiones protegidas», existe una importante distinción entre los tribunales constituidos bajo el Convenio CIADI y aquellos que son ajenos al alcance de este tratado. La cuestión central gravita en la fuente jurídica. En el primer caso, la fuente para analizar el concepto de inversión es el Convenio CIADI, mientras que, en el segundo, la fuente será el AII aplicable.<sup>140</sup>

Lo anterior no ha estado exento de críticas, puesto que podría representar que el significado de la noción de «inversión» dependa del mecanismo de resolución de controversias al que se acuda:<sup>141</sup> Ante la misma operación económica, si nos hallamos en la esfera del arbitraje internacional bajo el Convenio CIADI podría plasmarse una interpretación con base a este (en su artículo 25), mientras que, si acudimos ante un tribunal bajo las Reglas de Arbitraje de UNCITRAL, la interpretación de la operación se realizaría bajo el AII aplicable. Esto es una realidad, pero también es cierto que los tribunales estarían intentando desarrollar una noción única de «inversión», como acabamos de observar en los casos citados, ajenos al Convenio CIADI.

Haciendo nuestro el criterio del profesor Reinisch, parece ser que los tribunales que no son creatura del Convenio CIADI gradualmente estarían adoptando una forma del *test Salini* para evitar que, por ejemplo, los simples contratos de compraventa o los negocios netamente mercantiles similares, pretendan mostrarse como «inversiones» para beneficiarse de la protección arbitral internacional. Como determinó el tribunal UNCITRAL del caso *Alps France c/ República Eslovaca*,<sup>142</sup> un contrato debe satisfacer los criterios de duración, contribución y riesgo para ser considerado «inversión» y, *a contrario sensu*, una transacción de venta única no podría ser considerada una «inversión protegida».<sup>143</sup>

## 5. EL ENFOQUE DUAL DE LAS INVERSIONES PROTEGIDAS

Como se ha podido observar, existe la posibilidad de que un determinado activo o transacción se ajuste a la definición conferida por un APPRI, pero que aun así no supere los criterios que sirven de frontera para acogerse a la protección del Convenio CIADI.<sup>144</sup> En ese marco, se ha llegado a constatar que la relación existente entre ambos parámetros ha generado un «*test dual*» o «*prueba de doble barrera*».<sup>145</sup> Consecuentemente, bajo la aplicación del *test dual*, los activos o transacciones deben poder caracterizarse como inversiones en los términos del AII aplicable (enfoque subjetivo), como también por la noción de «inversión» del Convenio del CIADI, a través del cumplimiento de sus criterios (enfoque objetivo).<sup>146</sup>

<sup>138</sup> *White Industries Australia Limited c/ República de la India*, UNCITRAL. Laudo final de 30 nov 2011, par. 4.1.13 y ss. Disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0906.pdf>

<sup>139</sup> *Ibid.*, par. 1.10 y ss.

<sup>140</sup> Sin perjuicio de ello, los tribunales internacionales de inversiones, cualquiera sea el instrumento internacional que les da origen, se rigen por las normas de interpretación del artículo 31 (1) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

<sup>141</sup> SILVA ROMERO, Eduardo. *Op. cit.*, p. 35.

<sup>142</sup> *Alps Finance and Trade AG c/ República Eslovaca*. Caso UNCITRAL. Laudo de 5 de marzo de 2011. Disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0027.pdf>

<sup>143</sup> REINISCH, August. *Op. cit.*, p. 109.

<sup>144</sup> McLACHLAN, Campbell, Laurence SHORE y Matthew WEINIGER. *Op. cit.*, p. 225, 6.31.

<sup>145</sup> Conocida como *double-barreled test* o *double keyhole approach*.

<sup>146</sup> McLACHLAN, Campbell, Laurence SHORE y Matthew WEINIGER. *Op. cit.*, p. 226, 6.35.

Según la doctrina y la práctica arbitral internacional, la opinión mayoritaria parece decantarse por la aplicabilidad de ambos requisitos.<sup>147</sup> Esta prueba de doble filtro tiene efectos tanto para la competencia de los árbitros, como para la examinación posterior del fondo del asunto. Tal es así, que, si no se superan ambas barreras, la reclamación podría ser rechazada por el tribunal arbitral como cuestión jurisdiccional. E ahí, la batalla encarnizada que se libra de inicio en sede arbitral, constituyéndose en un litigio especial (de cuestiones jurisdiccionales), dentro de otro más amplio (de cuestiones de fondo), si es que se llega a superar el primero.

Uno de los casos indicativos del test dual es *Malicorp c/ Egipto*,<sup>148</sup> que emergió a raíz de una reclamación arbitral derivada de una concesión de construcción de un aeropuerto en territorio egipcio. En el laudo arbitral, el tribunal se refirió al test dual de la siguiente manera:

107. Aunque el punto no es indiscutible, para que un procedimiento basado en la violación de un tratado sea admisible, la inversión a la que se refiere el litigio debe superar una doble prueba [...]. En la práctica debe corresponder:

- Por una parte, el significado otorgado al término por el tratado, que define el marco del consentimiento otorgado por el Estado, y también;
- Por otra parte, el significado que le da el Convenio CIADI, que determina la jurisdicción del Centro y la de los tribunales arbitrales que actúan bajo sus auspicios.<sup>149</sup>

De igual manera, el test dual se refleja claramente en el caso *Toto Construzioni c/ Líbano*,<sup>150</sup> en el que el tribunal señaló:

66. [...] el tribunal está de acuerdo con Líbano en que, para que este tribunal sea competente, no es suficiente que la controversia surja de una inversión según el significado de «inversión» otorgado por las partes en el Tratado, sino también según el significado de «inversión» del Convenio CIADI.<sup>151</sup>

Llegados a este punto, debe establecerse que aparte de la conveniencia del test dual en el arbitraje de inversiones, existe una diferencia entre los tribunales objetivistas, que consideran los requisitos del *test Salini* (o sus variantes) como obligatorios, y aquellos otros que los consideran como ilustrativos.<sup>152</sup> A este respecto, en aras de la certidumbre en un campo de por sí complejo, conviene ponderar a los primeros, ya que esto implicaría que evidentemente existe un significado de la noción de «inversión» del artículo 25 del Convenio del CIADI, que debe determinarse de forma adicional e independiente a la tipificación de las inversiones en los AII. Según nuestro análisis, este enfoque sería el que los tribunales arbitrales internacionales del CIADI estarían aplicando con mayor frecuencia.

## 6. CONCLUSIONES

El abordaje analítico de la noción de «inversión» conforme al lenguaje económico y de acuerdo a la acepción jurídica dimanante de los AII, la doctrina y los precedentes arbitrales más relevantes, permite advertir los siguientes aspectos:

La noción de «inversión» resulta ser el eje central del sistema de protección internacional de las inversiones extranjeras, debido a que a su alrededor gravitan tres cuestiones esenciales:

<sup>147</sup> LIM, Chin, Jean HO y Martins PAPARINSKIS. *Op. cit.*, p. 296.

<sup>148</sup> *Malicorp Limited c/ Egipto*. Caso CIADI n.º ARB/08/18. Laudo arbitral de 7 de febrero de 2011, par. 107. Disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0499.pdf>

<sup>149</sup> *Ibidem*.

<sup>150</sup> *Toto Costruzioni Generali S.P.A. c/ República de Líbano*. *Op. cit.*, par. 66.

<sup>151</sup> *Ibidem*.

<sup>152</sup> LIM, Chin, Jean HO y Martins PAPARINSKIS. *Op. cit.*, p. 297.

- 1) El elemento jurisdiccional preceptivo para ingresar al mecanismo arbitral del Convenio CIADI cuya frontera objetiva parece estar generando influencia en otros tribunales, como los que actúan bajo las reglas UNCITRAL,
- 2) Como objeto de protección *rationae materiae* incide en los derechos sustantivos que serán de aplicación a las inversiones que se hallen dentro de la frontera y, 3) es una fórmula para consentir el arbitraje. Esto refleja que tiene efectos adjetivos y sustantivos determinantes para el arbitraje internacional. Sencillamente, sin la presencia de una «inversión», no podrá tener lugar el arbitraje internacional de inversiones.

La complejidad del debate actual sobre el significado del término «inversión» surge del silencio del artículo 25 del Convenio CIADI, como requisito jurisdiccional y llave que abre la puerta hacia el robusto régimen de protección al capital extranjero. He ahí, los importantes debates jurisdiccionales iniciales en sede arbitral, que se convierten en un «litigio dentro del litigio».

La ausencia de una definición de «inversión» otorga a los Estados la libertad de contemplar diversos activos/transacciones dentro del término en sus AII, pero pese a ello, no serían libres de activar el sistema arbitral del CIADI, u otros tribunales internacionales, para debatir cualquier controversia. Los tribunales arbitrales examinarán si la controversia deriva de una «inversión protegida», no solo como respuesta a una objeción jurisdiccional, sino también de oficio.

Ante la indefinición de lo que debe entenderse como «inversión» en el derecho internacional y frente a su posible desbordamiento, la doctrina jurídica y práctica arbitral (iniciando con los casos *Fedax y Salini*) han desarrollado «criterios» que conforman test de análisis, independientes de las partes, para determinar si los asuntos en cuestión derivan de «inversiones protegidas». A partir de los criterios desarrollados, se resaltan tres enfoques para definir la noción de «inversión»: El enfoque objetivo, el subjetivo y el dual. Desde nuestro punto de vista, ninguno de los dos primeros es totalmente satisfactorio. El enfoque objetivo tiende en realidad a ser subjetivo o abstracto y, por su parte, el enfoque subjetivo no parece ser capaz de establecer una distinción clara entre una inversión y una transacción comercial ordinaria.

La conveniencia de ponderar la aplicación del test dual como el más apropiado para definir la noción de «inversión», es palpable, puesto que examina el tratado aplicable y sigue los criterios, probablemente ya convertidos en derecho internacional consuetudinario, que se erigieron a raíz del escrito del profesor Schreuer. Esto implicaría que evidentemente existe una barrera (objetiva) como puerta de ingreso al arbitraje de inversión CIADI, adicional e independiente a la tipificación (subjetiva) de las inversiones en los AII, que debiera atravesarse de forma obligatoria y no así ilustrativa. Según nuestro análisis, este enfoque sería el que los tribunales arbitrales internacionales del CIADI y otros tribunales, estarían aplicando con mayor frecuencia, lo cual ofrece cierta garantía para una adecuada conducción del sistema.

No obstante, en vista de los continuos esfuerzos de los tribunales arbitrales por generarla siguiente variante del *test Salini*, las nuevas generaciones de AII permiten advertir definiciones más resstringidas y precisas de la noción de «inversión», lo cual podría poner en tela de juicio la necesidad de basarse en criterios (denominados objetivos) ajenos al texto de los tratados aplicables.

Si bien el presente análisis acepta la utilidad del enfoque dual, advierte que el péndulo podría regresar a un mayor control por parte de los Estados en la interpretación de sus tratados. Es por ello que al margen de la opinión disidente observada del juez Shahabuddeen y de la benevolencia del ius-naturalismo moderando invocado por el profesor Silva Romero hace ya algunos años para pretender delinear un marco de razonabilidad en el concepto de «inversión»,<sup>153</sup> lo cierto es que la mayoría de los

---

<sup>153</sup> SILVA ROMERO, Eduardo. *Op. cit.* p. 52.

AII recientes han incluido en parte, los criterios del *test Salini* en su definición de «inversión», como es el caso del Modelo de APPRI de Estados Unidos<sup>154</sup> o el tratado CETA.<sup>155</sup>

En esta línea, si bien el sentido común es fundamental en el derecho, serán los Estados quienes inicialmente deberán expresarlo dentro de la claridad de sus textos jurídicos,<sup>156</sup> (avizorando un derecho de las inversiones más estratégico y preventivo) antes que las regresivas o progresivas consideraciones que el juzgador arbitral internacional pueda proferir, no solo en aras de administrar justicia internacional sino a veces con el ánimo de intentar colocar ladrillos adicionales al edificio del derecho de las inversiones, como si de una obligación se tratase, habiendo comenzado con cinco criterios,<sup>157</sup> reduciéndose a cuatro por el *test Salini*,<sup>158</sup> siendo mayoritariamente aplicables tres de ellos, y en algún caso, llegando a utilizar hasta seis.<sup>159</sup>

Como señala Lauterpacht, la mayoría de los litigios en derecho internacional han surgido de la interpretación contrapuesta de un tratado.<sup>160</sup> Esto es evidente en el derecho y arbitraje de inversiones, como se observa en los inacabables debates de la noción de «inversión» yde otros conceptos jurídicos. Ante ello, conviene recordar que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados determina que estos deben interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a sus términos en su contexto y teniendo en cuenta su objeto y fin.<sup>161</sup> En vista de lo anterior, el futuro de la definición de «inversión» es probable que conlleve a un retorno hacia los cánones básicos del derecho de los tratados antes que a nuevas versiones arbitrales del *test Salini*. Nos aventuramos de esta forma a anticipar cómo el derecho internacional general configurará el contenido del derecho de las inversiones por medio de los tratados de nueva generación, que estarían procurando mayor claridad e incidiendo en nuevos conceptos, como la sostenibilidad, pero que igualmente requerirán aplicación adjetiva llegado el momento.

En definitiva, ante las diversas formas de concebir el mundo de las inversiones internacionales por medio de la ciencia jurídica y sus definiciones, no siempre pacíficas ni inocentes, la actitud adecuada frente al derecho, como nos recuerda el filósofo jurídico Hart, deberá ser de cautela en lugar de celebración,<sup>162</sup> considerando el actual desarrollo de la práctica arbitral de inversiones y los aires de cambio que se perciben alrededor del evolutivo derecho internacional económico.

## 7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ÁLVAREZ, José. *The Public International Law Regime Governing International Investment*. Pocket Books of The Hague Academy of International Law. La Haya: Brill Nijhoff, 2011.
- BERMEJO, Felipe y Jaime ABELLA SANTAMARÍA. *Inversiones extranjeras en España I; directas, de cartera, otras inversiones*. Madrid: Banco Exterior de España, 1983.
- BONITCH, Jonathan; Lauge POULSEN, y Michael WAIBEL. *The Political Economy of the Investment Treaty Regime*. Oxford: Oxford University Press, 2017.

<sup>154</sup> Ver: Artículo 1 del Modelo de Tratado Bilateral de Inversiones de Estados Unidos de 2012, p. 3. Disponible en <https://ustr.gov/sites/default/files/BIT%20text%20for%20ACIEP%20Meeting.pdf>

<sup>155</sup> Ver: Artículo 8.1 del Acuerdo Económico y Comercial Global (CETA). Disponible en [https://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ceta/ceta-chapter-by-chapter/index\\_es.htm](https://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ceta/ceta-chapter-by-chapter/index_es.htm)

<sup>156</sup> Resulta oportuno hacer mención al aforismo en latín, *in claris non fit interpretatio*, resaltando que un texto legal que no plantea discordancia en su significado, no requiere mayores indagaciones del juzgador. Pese a resultar quizás utópico en el derecho internacional, sostendemos que su aproximación es posible y conveniente.

<sup>157</sup> A propuesta doctrinal del profesor Schreuer. Ver: SCHREUER, Christoph. *Op cit.*, nota 42.

<sup>158</sup> *Salini Costruttori SpA y Otros c. Marruecos*. *Op. cit.*, nota 43.

<sup>159</sup> *Phoenix Action, Ltd. c/ República Checa*. *Op. cit.*, par. 114.

<sup>160</sup> LAUTERPACHT, Hersch. *The Development of International Law by the International Court*. New York: Cambridge University Press, 1982, p. 26.

<sup>161</sup> Concretamente, el artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969. Disponible en [https://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference\\_docs/convencion\\_viena.pdf](https://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference_docs/convencion_viena.pdf).

<sup>162</sup> HART, Herbert. *The Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012, 3.<sup>a</sup>ed., p. xv.

BORN, Gary. *International Arbitration; Law and Practice*. La Haya: Kluwer Law International, 2012.

CARDONA, Hugo. «El ordenamiento aplicable al fondo de la diferencia en el arbitraje de inversiones». En COLLANTES, José Luis (coord.). *La sede y el ordenamiento aplicable en el arbitraje internacional; enfoques cruzados*. Lima: F.M. Servicios Gráficos, 2021.

DE BRABANDERE, Eric. *Investment Treaty Arbitration as Public International Law; Procedural aspects and implications*. Oxford: Oxford University Press, 2015.

DELAUME, Georges. «Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States». En *The International Lawyer*. American Bar Association, 1996, vol. 1, n.º 1, pp. 64-80.

DOLZER, Rudolf y Christoph SCHREUER. *Principles of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012, 2.<sup>a</sup> ed.

DOLZER, Rudolf; Ursula KRIEBAUM, y Christoph SCHREUER. *Principles of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, 2021, 3.<sup>a</sup> ed.

DOUGLAS, Zachary. *The International Law of Investment Claims*. Nueva York: Cambridge University Press, 2009.

DUGAN, Christopher, Don WALLACE, Noah RUBINS. y Borzu SABAH. *Investor-State Arbitration*. Nueva York: Oxford University Press, 2008.

FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. *Sistema de derecho económico internacional*. Navarra: Civitas-Thomson Reuters, 2010.

GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. *Arbitraje de inversión*. México D.F.: Editorial Porrúa, 2009.

HART, Herbert. *The Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012, 3.<sup>a</sup> ed.

HERDEGEN, Matthias. *Principles of International Economic Law*. Oxford: Oxford University Press, 2016, 2.<sup>a</sup> ed.

KRYVOI, Yaraslav. *International Centre for Settlement of Investment Disputes*. La Haya: Kluwer Law International, 2010.

LAUTERPACHT, Hersh. *The Development of International Law by the International Court*. New York: Cambridge University Press, 1982.

LIM, Chin, Jean HO y Martins PAPARINSKIS. *International Investment Law and Arbitration; Commentary, awards and other materials*. Cambridge: Cambridge University Press, 2021, 2.<sup>a</sup> ed.

MCLACHAN, Campbell, Laurence SHORE, y Matthew WEINIGER. *International Investment Arbitration; Substantive Principles*. Oxford: Oxford University Press, 2017, 2.<sup>a</sup> ed.

NADAKAVUKAREN, Krista. *International Investment Law; Text, cases and materials*. Massachusetts: Edward Elgar, 2020, 3.<sup>a</sup> ed.

OCDE. *Benchmark Definition of Foreign Direct Investment*. Paris: OCDE, 2008, 4.<sup>a</sup> ed.

OCDE. *International Investment Law. Understanding Concepts and Tracking Innovations*. Paris: OCDE Publishing, 2008.

REINISCH, August. *Advanced Introduction to International Investment Law*. Massachusetts: Edward Elgar Publishing, 2020.

SALACUSE, Jeswald. *The Law of Investment Treaties*. Tercera edición. Oxford: Oxford University Press, 2021.

SCHREUER, Christoph. *The ICSID Convention: A Commentary*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.

SCHREUER, Christoph. «Commentary on the ICSID Convention». En *ICSID Review. Foreign Investment Law Journal*, 1996, vol. 11, n.º 2.

SCHILL, Stephan. *The Multilateralization of International Investment Law*. Nueva York: Cambridge University Press, 2013.

SILVA ROMERO, Eduardo. «Por un regreso al sentido ordinario de la palabra “inversión”». En *Revista Peruana de Arbitraje*, 2010, vol. 10, pp. 25-52.

SORNARAJAH, Muthucumaraswamy. *The International Law on Foreign Investment*. Cambridge: Cambridge University Press, 2021, 5.ª ed.

SUBEDI, Surya. «International Investment Law». En Evans, Malcolm (ed.), *International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2018, 5.ª ed.

UNCTAD. *International Investment Agreements: Flexibility for development*. Naciones Unidas: Nueva York y Ginebra, 2000.

UNCTAD. *Course on Dispute Settlement, Module 2.5. ICSID Requirements Rationae Materiae*. Nueva York y Ginebra: United Nations, 2003.

YADONG, Luo. «Political Risk and Country Risk in International Business; Concepts and measures». En RUGMAN, Alan. (ed.) *The Oxford Handbook of International Business*. Oxford: Oxford University Press, 2009, 2.ª ed., pp. 740-764.

## CAPÍTULO 5

### NATURALEZA JURÍDICA DEL ARBITRAJE DE INVERSIÓN

Orlando Federico Cabrera Colorado \*

Sumario: Introducción.— 1. Una panorámica de los tratados de inversión: preámbulos, protecciones sustantivas y disposiciones adjetivas.— 1.1. La escuela del derecho público.— 1.1.1. El derecho global administrativo.— 1.1.2. El arbitraje de inversión de tratados como un sistema de solución de controversias regulatorias.— 1.1.3. Derecho global constitucional y administrativo.— 1.1.4. La expansión del derecho internacional público.— 1.1.5. La teoría del interés público global.— 1.1.6. Derecho internacional público.— 1.1.7. Derecho internacional público.— 1.2. La escuela de derecho privado.— 1.2.1. Tribunales de inversión y derechos humanos: caminos divididos.— 1.2.2. La teoría contractual.— 1.2.3. La esencia del régimen privado: indemnización económica.— 1.3. Un sistema híbrido.— 1.4. Un enfoque de sistemas integrados.— 1.5. Conclusión.— Bibliografía.

#### INTRODUCCIÓN

Cuando la piel del ornitorrinco fue llevada por primera vez a Inglaterra, en los años 1700, los científicos pensaron que era falsa. Parecía como si hubieran cosido el pico de un pato al cuerpo de un castor. Incluso un científico tomó unas tijeras para buscar puntadas en la piel. El animal tenía pelaje y sangre caliente como un mamífero, pero ponía huevos y tenía patas palmeadas como las de un pájaro o reptil. Los científicos sufrían al intentar clasificar esta criatura inusual. ¿Era un ave, o un mamífero o un reptil? O era un híbrido extraño de los tres.<sup>1</sup>

Así, inicia Anthea Roberts un artículo para extrapolar esta experiencia con el ornitorrinco a la naturaleza del arbitraje de inversión. Intentar entender la naturaleza del arbitraje de inversión requiere de un análisis complejo de múltiples factores. Los tratados de inversión claramente son creaciones del derecho internacional público. Sin embargo, difieren porque permiten a los inversionistas presentar reclamaciones arbitrales directas en contra del Estado receptor de la inversión con fundamento, tanto en reglas procesales como procedimientos de ejecución desarrollados en el contexto del arbitraje comercial internacional, así como los contratos celebrados entre inversionistas y Estados. De esta forma, Roberts observa que se inserta la resolución de controversias de derecho internacional privado a los tratados internacionales públicos.<sup>2</sup>

Para adentrarnos en el objeto de estudio, conviene señalar que el Diccionario de la Lengua Española define naturaleza como la «virtud, calidad o propiedad de las cosas».<sup>3</sup> También se entiende como la «propensión o inclinación de las cosas, con que pretende su conservación y aumento».<sup>4</sup> Siguiendo la lógica de estas definiciones intentaremos acercarnos a las propiedades que tiene el arbitraje de inversión resumiendo las obras de distintos doctrinarios, haciendo notar la propensión o inclinación que el conjunto normativo y las decisiones tanto arbitrales como judiciales tienen en el contexto. Dolzer y Schreuer nos anticipan que no existen términos absolutos, pues la naturaleza misma del derecho de los extranjeros, que origina el derecho de la inversión, indica que la razón de ser de este

\* New York University School of Law.

<sup>1</sup> ROBERTS, Anthea. «The Clash of Paradigms: Actors and Analogies Shaping the Investment Treaty System», 107 *The American Journal of International Law* 1, 2013, p. 45.

<sup>2</sup> ROBERTS, n.º 1, p. 45.

<sup>3</sup> Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española* (edición del tricentenario, actualización 2020) En <http://dle.rae.es/?id=QHIB7B3>. Consulta del 30 de mayo de 2021.

<sup>4</sup> Real Academia Española, n.º 3.

campo del derecho no refleja las nociones tradicionales de reciprocidad; por el contrario, establece estándares aceptados en relación a la conducta unilateral del país anfitrión.<sup>5</sup>

No obstante, es posible presentar algunas teorías que intentan clasificar al arbitraje de inversión. Para lograr este propósito, a manera de introducción nos referiremos a las partes que tienen un tratado de inversión, posteriormente, nos remitiremos a las teorías que intentan explicar la materia.

Una de las mayores ventajas del arbitraje de inversión consiste en que las controversias se despolitizan. La controversia se arranca del seno judicial del Estado receptor de la inversión y se evita confrontación, por ejemplo, en el ámbito de la protección diplomática, donde el Estado de origen de la inversión tendría una fricción con el Estado receptor. En otras palabras, las controversias se remueven del campo político existente entre los Estados y se desplazan al ámbito del arbitraje de inversión.<sup>6</sup> Justamente aquí en este cambio de paradigma, encontramos distintas escuelas de pensamiento cuyo análisis varía en sustancia y forma. Así, las controversias relativas al ejercicio de los poderes públicos que resuelven árbitros privados tienen distintas lecturas.

Encontramos, principalmente, cuatro teorías que intentan explicar la naturaleza del arbitraje de inversión.

Primero, nos referiremos a la escuela del derecho público donde existe una escala de grises, pues algunos doctrinarios sostienen que se trata de un derecho global administrativo, otros encuentran un sistema de solución de controversias regulatorias; hay quienes comparan el sistema de arbitraje de inversión con el derecho global constitucional y administrativo, dos autores se apartan de este criterio, observando que solo se trata de derecho internacional público y un autor más sostiene que se debe buscar el interés público global.

Segundo, en el extremo opuesto, encontramos los pensadores que sostienen que el derecho internacional de la inversión concierne en poco al ámbito público, ya que no es otra cosa que una estructura institucional para la eficiente solución de controversias privadas de inversión, aplicándola a tratados internacionales, entre otras teorías privadas.

Tercero, existe una visión ecléctica que toma elementos con carácter público y privado para decir que el arbitraje de inversión se trata de un sistema híbrido de solución de controversias.

Finalmente, existe una corriente que sugiere un análisis integrador, la cual recomienda poner atención en la forma que funciona en el momento real y cómo puede ser mejorado el sistema, en vez de intentar descifrar su naturaleza. Para lograr este esfuerzo, el autor presenta resúmenes de algunas teorías que explican la naturaleza del arbitraje de inversión; no obstante, este trabajo no pretende ser exhaustivo ni omnicomprendido.

Además, por la dimensión de este trabajo los resúmenes tratan de abstraer las ideas principales de cada escuela de pensamiento sin que necesariamente pretendan agotar el tema o todos los aspectos de las teorías. Empero, estos resúmenes resultan útiles para el propósito de esta obra.

Tal vez valdría la pena dejar este capítulo al último, pues después de haber leído toda esta obra, el lector podrá estar más informado de la materia y habiendo estudiado todos los temas que integran al arbitraje de inversión, el lector pueda decidirse por la teoría que considere más pertinente. Sin embargo, en este orden del libro, este capítulo pretende sembrar esa duda en el lector y que, durante el análisis de los sucesivos capítulos, el lector ponga a prueba las teorías sobre la naturaleza de la materia y las aplique a los casos que se presentan.

<sup>5</sup> DOLZER, Rudolf y Christoph SCHREURER. *Principles of International Investment Law*. Oxford University Press, 2015, 2<sup>nd</sup> ed., p. 20.

<sup>6</sup> DOLZER, Rudolf y Christoph SCHREURER, n.º 5, pp. 23-24.

## 1. UNA PANORÁMICA DE LOS TRATADOS DE INVERSIÓN: PREÁMBULOS, PROTECCIONES SUSTANTIVAS Y DISPOSICIONES ADJETIVAS

Si bien no hemos entrado al fondo de la materia, para efectos de cumplir con el objetivo de describir la naturaleza, presentamos de manera superficial, y en esta sección se describe someramente el contenido de los tratados de inversión. Así, encontramos con frecuencia que un tratado de inversión sea bilateral o un capítulo de inversión en un tratado de libre comercio contiene, principalmente, tres partes.

Primero, algunos tratados incluyen enunciados al principio, en un preámbulo, se refiere al objeto y propósito del tratado. Citamos el Acuerdo para la Protección Recíproca de Inversiones (APPRI) celebrado entre España y Perú:

Deseando intensificar la cooperación económica en beneficio recíproco de ambos países.

Proponiéndose crear condiciones favorables para las inversiones realizadas por inversiones de cada una de las Partes Contratantes en el territorio de la otra, y

Reconociendo que la promoción y protección de las inversiones con arreglo al presente Acuerdo estimula las iniciativas en este campo.<sup>7</sup>

Al respecto, cabe decir que algunos tribunales han encontrado el objeto y propósito de un tratado en el preámbulo. En *Daimler*, el tribunal resolvió que «el propósito general de los TBI es, primariamente, proteger y promover la inversión extranjera: pero se hará eso dentro del marco aceptable para ambos Estados parte. Estos dos aspectos siempre deben estar en tensión. Son el *ying* y el *yang* de los tratados bilaterales de inversión y no pueden ser separados sin violentar la voluntad de los Estados que celebraron estos tratados».<sup>8</sup>

Para Dolzer y Schreurer, el propósito de los tratados de inversión consiste en atender los riesgos comunes existentes en los proyectos de inversión a largo plazo para brindar estabilidad y un marco jurídico predecible que sea grato a los inversionistas.<sup>9</sup>

En una segunda parte de carácter sustantivo, el tratado establece definiciones de inversión y los estándares de protección cubiertos por el tratado, tales como nivel mínimo de trato, trato nacional, trato de la nación más favorecida, requisitos de desempeño, alta dirección empresarial, transferencias, expropiación directa o indirecta, entre otros. Estos estándares sirven al tribunal para evaluar los actos de gobierno.

Mouyal y Henckels coinciden en que estos estándares están redactados en términos vagos e, incluso, ambiguos que permiten una amplia interpretación.<sup>10</sup>

La inversión también se define en forma amplia incluyendo gran variedad de activos. Siguiendo con el mismo tratado, citamos a continuación un extracto del APPRI España-Perú:

<sup>7</sup> Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre el Reino de España y la República del Perú, hecho en Madrid el 17 de noviembre de 1994, publicado en Boletín Oficial del Estado español el 8 de marzo de 1996 (APPRI España-Perú), disponible en <https://www.boe.es/boe/dias/1996/03/08/pdfs/A09314-09317.pdf> consulta del 9 de febrero de 2021

<sup>8</sup> *Daimler Financial Services AG vs. The Argentine Republic*. ICSID Case n.º ARB/05/01, award, 22 August 2012, ¶161

<sup>9</sup> DOLZER y SCHREURER, n.º 5, p. 22.

<sup>10</sup> MOUAL, Lone Wandahl. *International Investment Law and the Right to Regulate, A Human Rights Perspective*. Nueva York: Routledge, 2018, p. 16 («The vaguely formulated standards generated much uncertainty with regard to interpretation of the content and scope of the obligations enshrined. In particular, it is unclear how much discretion should be allowed four states to make other priorities and what weight should be given to other international commitments»). HENCKELS, Caroline. *Proportionality and Defence Investor State Arbitration*. Cambridge, 2018, 1-2 («Arbitral practice in investment disputes displays the formation of a *de facto* doctrine of precedent or a movement towards a *jurisprudence constante*. This is because the treaty provisions contain such vague substantive language that the content is unclear. Therefore, it is inevitable that arbitral decisions as they accumulate will help “to flesh out” the normative content of treaty standards»).

2.- Por «inversiones» se designa todo tipo de haberes, tales como bienes y derechos de toda naturaleza, adquiridos de acuerdo con la legislación del país receptor de la inversión y en particular, aunque no exclusivamente, los siguientes:

- Acciones y otras formas de participación en sociedades;
- Derechos derivados de todo tipo de aportaciones realizadas con el propósito de crear valor económico; se incluyen expresamente todos aquellos préstamos concedidos con este fin, hayan sido o no capitalizados;
- Bienes muebles e inmuebles, así como otros derechos reales tales como hipotecas, derechos de prenda, usufructos y derechos similares;
- Todo tipo de derechos en el ámbito de propiedad intelectual, incluyendo expresamente patentes de invención y marcas de comercio, así como licencias de fabricación, conocimientos tecnológicos y derechos de llave («good-will»);
- Derechos para realizar actividades económicas y comerciales otorgados por la ley o en virtud de un contrato, en particular los relacionados con la prospección, cultivo, extracción o explotación de recursos naturales.<sup>11</sup>

Para ilustrar esta parte también citamos el Protocolo Adicional al Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico, celebrado entre Colombia, Chile, México y Perú que define en el artículo 10.01:

«Inversión» significa todo activo de propiedad de un inversionista o controlado por el mismo, directa o indirectamente, que tenga las características de una inversión, incluyendo características tales como el compromiso de capitales u otros recursos, la expectativa de obtener ganancias o utilidades, o la asunción de riesgo. Las formas que puede adoptar una inversión incluyen:

- a) una empresa;
- b) acciones, capital y otras formas de participación en el patrimonio de una empresa;
- c) bonos, obligaciones u otros instrumentos de deuda de una empresa 1, pero no incluye un instrumento de deuda emitido por una Parte o una empresa del Estado, o un préstamo a una Parte o a una empresa del Estado, independientemente de la fecha original de vencimiento;
- d) futuros, opciones y otros derivados;
- e) contratos<sup>2</sup> de llave en mano, de construcción, de gestión, de producción, de concesión, de participación en los ingresos y otros contratos similares, incluyendo aquellos que involucran la presencia de la propiedad de un inversionista en el territorio de las Partes;
- f) derechos de propiedad intelectual;
- g) licencias, autorizaciones, permisos y derechos similares otorgados de conformidad con la legislación interna; y
- h) otros derechos de propiedad tangibles o intangibles, muebles o inmuebles y los derechos relacionados con la propiedad, tales como arrendamientos, hipotecas, gravámenes y garantías en prenda; inversión no incluye una orden o sentencia presentada en una acción judicial o administrativa; [...]

En la tercera parte, aparecen disposiciones adjetivas. Así los tratados prevén mecanismos para la solución de controversias, iniciando por las consultas y negociación, pasando por la conciliación y llegando al arbitraje y otras disposiciones procesales que pueden incidir en la conducción del arbitraje.

<sup>11</sup> APPRI España-Perú, n.º 7, art. 1.2.

Hacemos énfasis en que aquí es donde, por lo general, el Estado manifiesta su consentimiento al arbitraje, al igual que las reglas por virtud de las cuales acepta someter la controversia al arbitraje. El consentimiento del Estado y la jurisdicción de los tribunales quedan plasmados en términos amplios, igualmente, los estándares de protección se aplican a cualquier acto de Estado,<sup>12</sup> aunque existen excepciones.<sup>13</sup>

Uno de los aspectos más sobresalientes de estos tratados, precisamente, es la posibilidad de brindar a los inversionistas el acceso al arbitraje y el derecho de traer una acción directa en contra del Estado receptor.<sup>14</sup> Así, el sistema se despolitiza, en el sentido de que la controversia se distancia del Estado receptor y del Estado de origen del inversor.<sup>15</sup>

Estas partes aparecen en la mayoría de tratados con algunos matices. A simple vista, parecería que se trata de un tema de derecho internacional público, pues la fuente y origen del sistema radica en un tratado internacional que, por excelencia, refleja la voluntad escrita de dos entes soberanos. Incluso, el origen del arbitraje de inversión se encuentra en la costumbre internacional, fuente misma del derecho internacional público.<sup>16</sup> Sin embargo, se sugiere ser cautos, pues, como se verá, el sistema contiene innumerables complejidades que se deben ponderar.

Anthea Roberts, por ejemplo, señala que existe un choque de paradigmas cuando se intenta conceptualizar el arbitraje de tratados como una especie del derecho internacional público, un tipo de arbitraje internacional o una forma de revisión judicial.<sup>17</sup> Así, iniciamos explorando la escuela del derecho público.

## 1.1. *La escuela del derecho público*

### 1.1.1. *El derecho global administrativo*

Iniciando la ideología de derecho público, Van Harten y Loughlin sostienen que el arbitraje de inversión derivado de tratados bilaterales y regionales de inversión se posiciona como el único ejemplo del derecho global administrativo, estrictamente hablando, que, hasta el momento, se ha conformado. Sostienen este argumento con cuatro postulados.

Primero, el sistema permite al inversor reclamar al Estado sin necesidad de agotar los recursos locales, el arbitraje se constituye como un régimen independiente de los recursos locales y sin importar su fiabilidad del sistema local.

Segundo, los inversionistas pueden reclamar daños como un recurso del derecho internacional para obtener una indemnización del Estado, al mismo tiempo que se le sanciona cuando existe el ejercicio de un poder público que viola el tratado.

Tercero, los tratados de inversión delegan la autoridad resolutoria de la controversia tanto a los tribunales internacionales como a los juzgados locales que pueden ejecutar un laudo o anular el mismo, en caso de que este haya sido dictado en virtud de las reglas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) o del Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI.

<sup>12</sup> WALDE, Thomas. «Investment Arbitration Under the Energy Charter Treaty - From Dispute Settlement to Treaty Implementation». *12 Arb Int'l*, 1996, p. 434-6.

<sup>13</sup> Por ejemplo, véase el sistema diferenciado contenido en el capítulo de protección a la inversión del Tratado entre los Estados Unidos Mexicanos, los Estados Unidos de América y Canadá (T-MEC).

<sup>14</sup> SUBEDI, Suria. *International Investment Law Reconciling Policy and Principle*. Oxford Hart Publishing, pp. 149-150.

<sup>15</sup> SHIHATA, I. «Towards a Greater Depoliticization of Investment Disputes: The Roles of ICSID and MIGA», En *The World Bank in a Changing World*, 1991, p. 309.

<sup>16</sup> Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, Anexo a la Carta de la Organización de Naciones Unidas. Adopción 25 de junio de 1945, disponible <http://www.ordenjuridico.gob.mx/JurInt/CIJ.pdf>, art. 38, 1.a y b.

<sup>17</sup> ROBERTS, n.º 1, p. 47.

Cuarto, finalmente, el sistema facilita el fórum-shopping.<sup>18</sup>

Van Harten y Loughlin observan que existe un crecimiento significativo de inversionistas reclamando a través del arbitraje. Además, la amplia cobertura de los tratados de inversión y la disponibilidad del arbitraje de inversión ha pasado de ser una mera colección de procedimientos para la solución de controversias fundados en diferentes tratados internacionales, a un mecanismo para la revisión en la esfera regulatoria. Dadas las variaciones existentes entre diferentes tratados, este mecanismo puede aparecer complejo, fragmentado e, incluso, incoherente. Ante la ausencia de TBI entre los países exportadores de capital, todavía no constituye un sistema global. Sin embargo, Van Harten y Loughlin señalan que existe un régimen internacional bien establecido, que tiene como sustento los tratados de inversión, que buscan proteger a inversores de ciertos «daños» causados por el ejercicio de la autoridad pública, y cuyo elemento clave de unificación radica en el uso del arbitraje como mecanismo de revisión judicial.<sup>19</sup>

A continuación, abundaremos sobre el tercer postulado. Van Garten y Loughlin hacen notar la transición del arbitraje comercial al de inversión. Los Estados otorgaron facultades a los árbitros privados para que tomen decisiones gubernamentales. Esto ocurrió cuando los tratados de inversión incorporaron el arbitraje a los tratados. De tal forma, el marco procesal y la estructura para desarrollar el arbitraje comercial internacional, fundamento mismo de la solución privada de controversias se extendió a resolver disputas regulatorias entre individuos y el Estado.<sup>20</sup>

Los autores citan como primer ejemplo el Convenio CIADI, que, si bien es cierto que no fue pactado por todos los países, pues, existen otros foros que también permiten el arbitraje de inversión, lo cierto es que el Convenio CIADI sembró la semilla. Además, numerosos tratados de inversión permitieron el arbitraje CIADI. Al consentir al arbitraje CIADI en leyes locales de inversión extranjera y tratados de inversión, el arbitraje CIADI entró a la esfera pública en una forma tal que el arbitraje comercial nunca lo logró a través de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de Nueva York).<sup>21</sup>

El Convenio CIADI no contempla un concepto de inversión. Deja al contrato, ley o tratado que sean ellos quienes autoricen el arbitraje. Además, en la mayoría de tratados, el concepto de inversión aparece ampliamente definido. Esto extendió el alcance del arbitraje CIADI más allá de las relaciones comerciales para englobar controversias del ámbito público, lo que incluyó controversias entre los inversores y el Estado. Así, para Van Garten y Loughlin, esta expansión al sector público dio nacimiento a que el arbitraje de inversión se manifestara como el derecho administrativo global.<sup>22</sup>

Siguiendo la idea de colocar al arbitraje de inversión en el ámbito público, distinguen al arbitraje de inversión de otros mecanismos de solución de controversias.

Primero, los inversores pueden reclamar internacionalmente del Estado actos que derivan del ejercicio del poder público. Hacen notar que no existen filtros, ya sea de una organización internacional o del Estado de origen del inversor. Esto, en virtud de que los Estados dan un consentimiento genérico para el arbitraje de controversias futuras. Este consentimiento permite que se inicie el arbitraje por cualquier miembro de una determinada clase de potenciales demandantes en relación con una diversidad de controversias. Los tratados de inversión autorizan reclamaciones individuales y por

<sup>18</sup> VAN HARTEN, Gus y Martin LOUGHIN. «Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law». 17 *The European Journal of International Law* 1, 2006, pp. 121-2, 137, 145.

<sup>19</sup> VAN HARTEN, Gus y Martin LOUGHIN, n.º 18, pp. 124-125.

<sup>20</sup> VAN HARTEN, Gus y Martin LOUGHIN, n.º 18, pp. 125-126.

<sup>21</sup> Aquí cabe precisar que numerosos Estados y empresas paraestatales desde hace décadas han aceptado el arbitraje como medio de solución de controversias; los laudos se han analizado y ejecutado en diferentes jurisdicciones. Ejemplos muy claros de esto son *TermoRio SA ESP vs. Electranta*, p. 487. F 3d 928 (DC Cir 2007) y *Corporación Mexicana de Mantenimiento Integral, S de RL de CV vs. Pemex-Exploración y Producción*, p. 962. F Supp 2d, p. 642. CABRERA C., Orlando F. «La arbitrabilidad de los contratos administrativos en Latinoamérica: un mar embravecido a explorar», 2016-2017. 7 *Lima Arbitration*, pp. 272-319. En: <http://www.limaarbitration.net/LAR7/Orlando-Cabrera-Colorado.pdf>. Acceso del 16 de marzo de 2018.

<sup>22</sup> VAN HARTEN, Gus y Martin LOUGHIN, n.º 18, pp. 126-127.

ello van más allá de la solución internacional convencional que involucra un Estado contra otro Estado.

Segundo, toda vez que los tratados de inversión autorizan reclamaciones individuales en relación a disputas futuras, pues se fundan en el consentimiento otorgado por el Estado, van un paso más allá de los tribunales históricos que permitían a individuos hacer ciertas reclamaciones internacionales. Esta distinción nos parece oportuna, pues ciertamente tribunales constituidos por tratados como los Jay Treaty, las comisiones de reclamaciones mixtas o el Tribunal de Reclamaciones Irán-EE. UU. resolvieron controversias de forma retrospectiva, no de forma generalizada.

En este contexto, primero ocurría un hecho y después los Estados otorgaban competencia al tribunal arbitral de forma limitada a controversias que derivaban de esos hechos o una determinada serie de hechos. En el arbitraje de inversión acontece lo contrario. Al consentir al arbitraje en un tratado de inversión, el Estado se expone a sí mismo a reclamaciones de cualquier persona física o moral con un interés que puede ser afectado por el ejercicio de la función pública que afecta a la inversión extranjera. El consentimiento al arbitraje transforma el arbitraje de inversión de una subcategoría del arbitraje comercial a un mecanismo de control del ejercicio de la autoridad pública. Van Harten y Loughlin añaden que el Estado al consentir genéricamente, no actúa en una capacidad privada; ejerce su autoridad pública que, únicamente, el Estado posee como una entidad que representa un grupo político independiente en el concierto de las naciones.<sup>23</sup>

Finalmente, como uno de los puntos medulares de su tesis, Van Harten y Loughlin hacen notar que los tribunales arbitrales de inversión, al aplicar estándares, constriñen los actos soberanos de los distintos poderes de gobierno, ya sea legislativo, ejecutivo o judicial. Si bien la competencia de estos tribunales se limita a cuestiones relativas de inversión, lo cierto es que los Estados, al obligarse a arbitrar controversias derivadas de actos de autoridades, consienten a que el arbitraje de inversión se constituya como un mecanismo de control para el ejercicio del poder público. Por esta razón, estos académicos consideran que el arbitraje de inversión guarda un parecido con el derecho administrativo nacional, pues, el principal objeto del litigio administrativo es determinar la legalidad de los actos del Poder Ejecutivo.

En el arbitraje de inversión, los tribunales arbitrales analizarán los actos del Estado como un todo. El principio de unidad del Estado atribuye responsabilidad al Estado por los actos cometidos por sus distintos elementos integrantes. A final de cuentas, los árbitros terminan decidiendo si la autoridad pública puede restringir las transferencias de capital, imponer impuestos, controlar el uso de la tierra, o regular otras actividades.<sup>24</sup>

### **1.1.2. *El arbitraje de inversión de tratados como un sistema de solución de controversias regulatorias***

Posteriormente, Gus van Garten publicó su libro *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, en el cual desarrolló la teoría del arbitraje de inversión como un sistema de solución de controversias regulatorias. Inicia refiriéndose a los vocablos «controversias regulatorias», como la clase particular de controversias que surgen entre el Estado y los individuos, que están sujetos al ejercicio de la autoridad soberana única del Estado. Así, distingue controversias «regulatorias» de otras disputas públicas (entre países o entre diferentes entes del Estado), en el entendido de que ellas involucran un reclamo directo de un privado en contra del Estado. Incluso, disputas regulatorias pueden distinguirse de las privadas que surgen entre individuos que actúan en su capacidad de derecho privado.<sup>25</sup>

<sup>23</sup> VAN HARTEN, Gus y Martin LOUGHLIN, n.º 18, p. 128-9.

<sup>24</sup> VAN HARTEN, Gus y Martin LOUGHLIN, n.º 18, p. 145-8.

<sup>25</sup> VAN HARTEN, Gus. *Investment Treaty Arbitration and Public Law*. Oxford, 2008, p. 48.

En este desarrollo, Van Garten, principalmente, postula dos ideas para hacer notar el carácter soberano del Estado. Por una parte, está el consentimiento del Estado soberano al someterse al arbitraje; por la otra, están los actos soberanos materia del arbitraje de inversión de tratados.

Primero, Van Garten señala que, a diferencia del arbitraje comercial, el arbitraje de inversión que surge de tratados se origina en la autoridad del Estado para utilizar la resolución de controversias regulatorias entre individuos y el Estado. Esto se constituye por el acto soberano del Estado y se usa para resolver controversias que derivan de actos soberanos u omisiones del Estado.<sup>26</sup> Todos los tribunales arbitrales dependen de la autoridad de los Estados para obligar a una parte a someterse a la resolución obligatoria y al poder de ejecutar laudos. Los tribunales se pueden apoyar en juzgados para ordenar que una parte respete un acuerdo de arbitraje, la declaración de un testigo o la producción de documentos, así como ejecutar medidas cautelares.<sup>27</sup>

Segundo, Van Garten hace notar que no solo el consentimiento tiene carácter soberano, sino también los actos y omisiones que generan las controversias con inversionistas extranjeros y que están sujetos a revisión. La aplicación tan extensa de los tratados de inversión a los actos soberanos tiene implicaciones para el derecho público nacional, especialmente porque los árbitros son empoderados para condenar a daños como indemnización, aún cuando su impacto en la toma de decisiones gubernamentales sea difícil de evaluar. A la luz de los tratados de inversión, las decisiones de la legislatura son revisadas como cualquier otro acto de Estado y, como tal, los árbitros pueden decidir si la legislación es contraria a derecho para condenar en daños como indemnización de derecho público. El Estado no puede alegar que sus actos se justifican o que no existe responsabilidad del Estado a la luz del derecho interno porque el Estado acordó someterse por sí mismo al arbitraje previsto en el tratado.<sup>28</sup>

Esto no resulta extraño, pues el principio básico del derecho internacional público consagra que el Estado no puede fundarse en su propio derecho y estructura gubernamental para evadir obligaciones internacionales. Así, también, el principio de unidad del Estado, consistente con el estatus representativo del Estado, hace al Estado responsable por los actos de todos los elementos que lo constituyen sin importar cómo el derecho interno subdivide a la autoridad soberana. Estos principios permiten a los Estados celebrar acuerdos con otros Estados como unidades diferentes en la esfera internacional. Van Garten hace notar que en el arbitraje de inversión se aplican estos mismos principios en el contexto de las controversias regulatorias entre Estados e inversionistas. Esto supera el principio de supremacía legislativa para alterar un dogma central de democracia representativa.<sup>29</sup>

Su argumento central radica en las características únicas que posee el Estado como un ente representativo para distinguir el arbitraje de inversión que surge de tratados respecto del arbitraje comercial, subrayando la naturaleza soberana en dos aspectos, (1) el consentimiento del Estado y (2) los actos que detonan disputas con los inversionistas. Por estas consideraciones argumenta que el arbitraje de inversión derivado de tratados debe ser visto como una forma de derecho público basado en el origen del sistema y la conexión continua con la autoridad soberana.

### **1.1.3. Derecho global constitucional y administrativo**

Santiago Montt, en su obra *State Liability in Investment Treaty Arbitration, Global Constitutional and Administrative Law in the BIT Generation*, siguiendo a los tratadistas referidos presenta al arbitraje de inversión como una forma de solución de controversias pública. Para él, esto significa que la función de los tribunales arbitrales resulta similar a los juzgados de derecho público en el mundo occidental; ya que revisan la actuación del Estado por actos contrarios a derecho, y evalúan si las ramas políticas del gobierno han alcanzado un balance propio entre los intereses públicos y privados. Por lo cual, entiende

<sup>26</sup> VAN HARTEN, Gus, n.º 25, p. 59.

<sup>27</sup> VAN HARTEN, Gus, n.º 25, p. 61.

<sup>28</sup> VAN HARTEN, Gus, n.º 25, p. 65-6.

<sup>29</sup> VAN HARTEN, Gus, n.º 25, p. 66-7.

que la responsabilidad del Estado en el arbitraje de inversión se explica como una forma de derecho global constitucional y administrativo.<sup>30</sup> Para tales efectos, desarrolla dos postulados: uno en la responsabilidad del Estado en el arbitraje de inversión derivado de los tratados y otro, en el derecho constitucional y administrativo que pasamos a explorar.

Primero, para sostener la hipótesis de la responsabilidad del Estado derivada del arbitraje de inversión de tratados, Montt inicia refiriéndose a la existencia del Estado regulador. Un Estado que opera con aversión al riesgo de la sociedad, donde la regulación lo penetra todo y por rutina se utiliza el vocabulario y herramientas procesales para propósitos de control social, ambas cosas son aceptadas. El papel central de la regulación al principio del siglo XXI le recuerda que el Estado posee el poder constitucional para redefinir y readjustar la relación entre intereses privados y públicos. En otras palabras, el Estado tiene la obligación constitucional de distribuir cargas y beneficios en la sociedad a través de su búsqueda constante del bien público. La constante molestia del *statu quo* resulta parte esencial en el Estado regulatorio. No obstante, para él esto no quiere decir que los intereses privados puedan siempre ser sacrificados sin consecuencias. Montt considera que existen circunstancias en las que los derechos privados y las expectativas deben prevalecer sobre el interés público, y otras en las que los ciudadanos afectados deben ser indemnizados. Apoyándose en las ideas de Thomas W. Wälde, señala que el arbitraje de inversión no es arbitraje comercial internacional; sino una forma de revisión judicial internacional que utiliza formas de arbitraje comercial.<sup>31</sup>

La lógica de la justicia distributiva respecto de la responsabilidad del Estado dicta que los ciudadanos e inversores reciben indemnización cuando el Estado los daña de forma desproporcionada o desigual. Dada la fuerza anti redistributiva que los derechos de propiedad e inversión poseen en todas las culturas jurídicas, los juzgados deben, en cierta medida, controlar el diseño e implementación de los programas regulatorios por los poderes políticos del gobierno. Cita el caso *Armstrong*, donde la Corte Suprema de los Estados Unidos decidió que la Quinta Enmienda asegura que la propiedad privada no sea tomada por utilidad pública sin debida indemnización; esto fue diseñado para impedir que el gobierno solamente imponga a ciertas personas las cargas públicas, sino todo el pueblo debe llevar estas cargas, en toda debida justicia e imparcialidad. Este caso puso la noción aristotélica de justicia<sup>32</sup> distributiva en el centro de la jurisprudencia de expropiación. Para acabar esta parte, reitera que su obra analiza la responsabilidad del Estado en el arbitraje de inversión derivado de tratados en el marco de la adjudicación de controversias de derecho público. La proposición clave radica en que el Estado regulador tiene el poder de afectar a los ciudadanos e inversionistas, pero solo si actúa tanto diligente como legítimamente; solo si la distribución resultante de cargas y beneficios cumple con las limitantes impuestas por la fuerza antidistributiva de derechos de propiedad e inversión.<sup>33</sup>

Segundo, Montt sostiene el otro postulado argumentando que los tribunales de inversión están envueltos en el proceso de desarrollar una nueva forma de derecho constitucional global y administrativo.

Los tratados de inversión fueron deliberadamente diseñados para limitar la soberanía. Las presiones concretas de esos tribunales para limitar la soberanía pueden resultar útiles para entender asuntos como problemas de derecho constitucional y administrativo. Señala que, al redefinir el alcance de los límites y reglas de la responsabilidad del Estado, los tribunales están creando actualmente un nuevo cuerpo jurídico que prevalece sobre el derecho constitucional interno en el territorio del propio Estado, como una *lex specialis* aplicable a los inversionistas extranjeros. En tal sentido, ya que los tratados de inversión delegan jurisdicción con carácter constitucional a los tribunales arbitrales, la función constitucional de decidir controversias no reside exclusivamente en la corte suprema u otros juzgados constitucionales internos.<sup>34</sup>

<sup>30</sup> MONTT, Santiago. *State Liability in Investment Treaty Arbitration, Global Constitutional and Administrative Law in the BIT Generation*, Hart, 2012, p. 4.

<sup>31</sup> MONTT, n.º 30, pp. 7-9.

<sup>32</sup> Esta noción requiere que los receptores de beneficios y cargas reciban su parte conforme a ciertos criterios.

<sup>33</sup> MONTT, n.º 30, pp. 11-12.

<sup>34</sup> MONTT, n.º 30, pp. 11-12.

En este sentido, el derecho internacional de inversión claramente demuestra que, en la era global, el derecho constitucional interno, pierde su afirmación de regular exhaustivamente el ejercicio de la autoridad pública en los límites territoriales del Estado. La Constitución, al día de hoy y, en el futuro, se considera como una constitución parcial que se complementa por otros niveles de gobernanza. Montt postula que cinco razones sostienen la noción que la generación de TBI deriva en un fenómeno constitucional global.<sup>35</sup>

Primero, las disposiciones vitales contenidas en los tratados de inversión constituyen un límite claro a los poderes de policía de los Estados en su propio territorio. Esto representa tanto una redefinición externa del equilibrio doméstico como los límites entre los derechos de propiedad y los poderes regulatorios. Por lo cual, para Montt no resulta una exageración apuntar que los tratados de inversión crean una nueva constitución económica favoreciendo a un grupo de actores, los inversores extranjeros en los países en desarrollo.<sup>36</sup>

Segundo, otros aspectos envuelven elementos de efecto directo, supremacía y revisión judicial, características que se observan en los tratados. Los tratados de inversión poseen efecto directo y otorgan derechos de acción a los inversionistas, prevalecen sobre el derecho interno en caso de conflicto, y encargan a los tribunales arbitrales con la función de revisar la acción del Estado e inacción.<sup>37</sup>

Tercero, el derecho constitucional resulta en una metodología para aplicar ciertos tipos de problemas políticos y jurídicos. En el caso de los tratados de inversión, las tradiciones constitucionales alrededor del mundo han creado diferentes técnicas y métodos con los cuales evalúan la responsabilidad del Estado, así como el alcance protector de los derechos de propiedad e inversión. Montt acepta la existencia de una práctica de derecho constitucional cuyo objetivo principal identifica condiciones y requerimientos por las cuales los ciudadanos e inversores pueden reclamar daños cuando han sido lastimados por la acción o inacción del Estado.<sup>38</sup>

Cuarto, los tratados de inversión reemplazan los recursos de derecho interno con recursos internacionales. Esta novedosa herramienta por la cual los inversionistas cuentan con un recurso internacional, resulta ser la disposición esencial de los tratados de inversión. Por ello, Montt caracteriza el derecho de la inversión que deriva de tratados como un derecho constitucional global.<sup>39</sup>

Quinto, desde una perspectiva estructural, los estándares de revisión adoptados por los tribunales arbitrales reflejan directamente la distribución de poderes que inevitablemente existen entre aquellos tribunales y órganos nacionales bajo control. Este tema por excelencia sobresale como un clásico de derecho constitucional, señalando los linderos entre ramas gubernamentales judiciales y políticas.<sup>40</sup>

Con estos cinco factores, Montt construye un marco para conceptualizar al derecho de la inversión de tratados como una forma de derecho constitucional global. Aclara que se refiere a la mera forma de revisión judicial, no al poder que prevalece de la inversión con relación al resultado. Es una metodología que cuestiona las condiciones por las cuales se requiere el pago de daños en casos de conductas lesivas del Estado, de conformidad con la lógica de la justicia correctiva y distributiva. Finalmente, Montt construye el postulado del derecho administrativo en las teorías de Van Harten y Loughlin que hemos referido con anterioridad.<sup>41</sup>

<sup>35</sup> MONTT, n.º 30, pp. 11-15.

<sup>36</sup> MONTT, n.º 30, pp. 11-15.

<sup>37</sup> MONTT, n.º 30, pp. 11-15.

<sup>38</sup> MONTT, n.º 30, pp. 11-15.

<sup>39</sup> MONTT, n.º 30, pp. 11-15.

<sup>40</sup> MONTT, n.º 30, pp. 11-15.

<sup>41</sup> MONTT, n.º 30, pp. 11-15.

### 1.1.4. *La expansión del derecho internacional público*

Stephan W. Schill abiertamente se postula por un enfoque público. Para ello, recomienda una expansión del derecho público pensando en la estructura existente del arbitraje de inversión mismo. Delinea los fundamentos conceptuales y metodológicos de un nuevo enfoque del derecho público en el derecho internacional de la inversión, mismo que según él, tiene potencial de mejorar la aceptación y legitimidad del derecho internacional de la inversión como un todo. Así, el derecho internacional de la inversión extranjera tiene una función más amplia, consistente en brindar un marco jurídico para un orden económico público internacional. En este orden, las relaciones de inversiones tienen lugar a través de establecer principios de protección a las inversiones a la luz del derecho internacional que promuevan los estándares del Estado de derecho en el trato a los inversores extranjeros.<sup>42</sup>

Este doctrinario percibe al arbitraje de inversión como un mecanismo que tanto resuelve controversias como implementa los principios del derecho internacional de la inversión al revisar la legalidad de las conductas del Estado. Por ello, considera que el arbitraje de inversión que deriva de tratados se parece más a una revisión administrativa o constitucional que a un arbitraje comercial, aun cuando el sistema se sirve del arbitraje para resolver las controversias. Sugiere que el derecho de la inversión extranjera y el arbitraje de inversión deben ser conceptualizados como disciplinas públicas integradas en un modelo de derecho público que trasciende fronteras. Para tales propósitos, los problemas que surgen del arbitraje de inversión deben abreviar en otros sistemas de derecho público tanto a nivel local como internacional.<sup>43</sup>

Su recomendación es abordar los problemas que surgen de los tratados de inversiones a través de un análisis comparativo enfocándose en el derecho público comparado nacional, incluyendo las ramas del derecho administrativo y constitucional, así como a nivel internacional. Su objetivo es enfatizar los aspectos de derecho público en el derecho internacional de las inversiones. Esto ayudaría, según él, a tener mayor predictibilidad, legitimidad y aceptación para los Estados, los inversores, así como a la sociedad civil.<sup>44</sup>

Inicia centrándose en describir la necesidad de tener nuevos enfoques conceptuales para remendar las decepciones que han nacido en relación al derecho internacional de las inversiones y al arbitraje de inversión. Posteriormente, anticipa que una reforma del sistema se ve improbable; por ello, resulta conveniente aumentar la aceptación, responsabilidad y legitimidad en las relaciones de inversiones a través de enfoques intrasistema.<sup>45</sup>

Para abordar su propuesta, describe la problemática existente.

Primero, la restricción del espacio para que los Estados puedan implementar sus políticas nacionales; la existencia de estándares vagos, así como, interpretaciones arbitrales capaces de restringir políticas públicas creadas por legisladores que son electos democráticamente.

Segundo, para algunas organizaciones preocupa la falta de control democrático y de la responsabilidad de los arbitrajes; la falta de oportunidad para que terceros intervengan, así como el riesgo por preferir la protección a la inversión sobre el interés público.

Tercero, los inversores también se enfrentan al problema de no tener una jurisprudencia previsible ante todo por la falta de mecanismos institucionales en el arbitraje que aseguren la consistencia de las decisiones arbitrales.<sup>46</sup>

<sup>42</sup> SCHILL, Stephan W. «Derecho Internacional de inversiones y derecho público comparado en una perspectiva latino-americana». En ATTILA Tanzi, Alessandra ASTERITI, Rodrigo POLANCO LAZO y Paolo TURRINI. *International Investment Law in Latin America / Derecho Internacional de las Inversiones en América Latina*. Brill Nijhoff, 2016, pp. 23 y ss.

<sup>43</sup> SCHILL, n.º 42, pp. 23 y ss.

<sup>44</sup> SCHILL, n.º 42, pp. 23 y ss.

<sup>45</sup> SCHILL, n.º 42, p. 25.

<sup>46</sup> SCHILL, n.º 42, p. 28-9.

Schill analiza las dos propuestas que se han presentado como soluciones al problema. Una consiste en regresar al sistema tradicional de solución de controversias Estado-Estado; no obstante, esto traería como consecuencia la necesidad de filtrar las controversias. Si bien sería útil el esquema para filtrar las demandas frívolas, igualmente, los Estados podrían descartar una demanda por cuestiones de política exterior que afecten sus intereses. Se privaría a los inversores del derecho otorgado por los tratados para iniciar un arbitraje de inversión y buscar la responsabilidad del Estado por incumplimiento de las obligaciones asumidas en el tratado. Incluso, un retorno a la protección diplomática podría repolitizar las relaciones de inversiones internacionales y deshacer uno de los pilares del Convenio CIADI que, precisamente, consiste en la despolitización de las controversias de inversiones.<sup>47</sup>

La otra solución que se plantea consiste en crear una corte internacional permanente para la solución de controversias relativas a inversiones extranjeras. Esto daría mayor legitimidad. La titularidad permanente de los jueces aumentaría la independencia e imparcialidad, principalmente, porque no tendrían que atender los intereses de potenciales futuras partes que pudieran designarlos. La corte centralizaría el control sobre la interpretación y aplicación de los tratados de inversiones en una sola institución, reduciendo, en consecuencia, las inconsistencias y la fragmentación e incrementando la predictibilidad de la jurisprudencia en materia de inversiones.<sup>48</sup>

Para Schill se puede balancear la protección de inversiones y los intereses públicos, así como atender las demandas de transparencia y apertura en el arbitraje de inversiones, si se comprende las implicaciones del derecho público en el derecho internacional de las inversiones, y, si se conceptualiza como una disciplina del derecho público dentro del derecho internacional.<sup>49</sup>

Schill observa que el derecho internacional de inversiones difiere del derecho internacional público tradicional en su función. De esta forma, el derecho internacional de las inversiones actual otorga a los inversores extranjeros un derecho privado de acción, con el cual se puede iniciar el arbitraje para reclamar daños, en contra del Estado receptor en un foro internacional, que, en caso de ser exitoso, se traduce en un laudo ejecutable bajo el Convenio CIADI o la Convención de Nueva York. El derecho de acción está basado en el consentimiento generalizado del Estado para someter al arbitraje asuntos futuros comprendidos dentro del tratado. Así, el derecho internacional de inversiones y el arbitraje difieren funcionalmente de los mecanismos del derecho internacional público tradicional, al regir las relaciones entre inversores privados y Estados y señala cuatro aspectos.<sup>50</sup>

Primero, las controversias derivadas de tratados de inversión involucran con frecuencia el derecho público, en lugar del privado.

Segundo, los derechos que invoca el inversor se derivan de un tratado negociado entre dos Estados, no de un contrato negociado con el inversor.

Tercero, existe una desigualdad entre la relación del Estado y el inversor; el Estado puede imponer decisiones unilaterales que vinculen al inversor a través de resoluciones administrativas o legislativas.

Cuarto, el Estado hace una oferta pública general y prospectiva donde cualquier inversionista cubierto por el tratado puede iniciar el arbitraje.<sup>51</sup>

Siguiendo los postulados de derecho público, Schill hace destacar dos ideas. Por una parte, la conformidad de una conducta del Estado con los estándares establecidos en un tratado, puede ser

<sup>47</sup> SCHILL, n.º 42, p. 31.

<sup>48</sup> SCHILL, n.º 42, p. 31.

<sup>49</sup> SCHILL, n.º 42, p. 33-4.

<sup>50</sup> SCHILL, n.º 42, p. 36-9.

<sup>51</sup> SCHILL, n.º 42, p. 41.

comparada analógicamente con la revisión judicial de la conducta estatal a la luz del derecho administrativo o constitucional.<sup>52</sup> Por otra parte, Schill hace notar que el arbitraje de inversión derivado de tratados repercute en terceras partes y su comportamiento. Por ello, este tipo de arbitraje ejerce funciones de gobernanza a nivel internacional con efectos en todo el sistema de protección a las inversiones extranjeras.<sup>53</sup>

Como última idea que se destaca, Schill sostiene que una perspectiva de derecho público comparado respecto del derecho internacional de las inversiones tiene un impacto variable en la interpretación y aplicación de los tratados para ellos da cuatro argumentos.

Primero, tiene una función política al sugerir cambios al sistema actual. Cita a Gus Van Harten, quien llama a reformar el sistema a través de la creación de una corte permanente que resuelva controversias inversionista-Estado, comparando esto con el derecho público que consagra nociones de independencia e imparcialidad de los jueces en controversias de derecho público.

Segundo, esta perspectiva puede ayudar a los árbitros a estar más conscientes del espectro de soluciones disponibles para tratar los problemas comunes a varios sistemas jurídicos y a sugerir mejores opciones que las probadas en el tiempo y espacio del observador.

Tercero, el derecho público comparado puede ser relevante para determinar el sentido corriente que los Estados atribuyen a ciertos conceptos del derecho de las inversiones y servir como ayuda para la interpretación.

Cuarto, el derecho público comparado puede servir para desarrollar principios generales de derecho, fuente de derecho internacional en términos del artículo 38(1)(c) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.<sup>54</sup>

### **1.1.5. *La teoría del interés público global***

Andreas Kulick complementa la escuela del derecho privado postulando una teoría del interés público global. Para llegar a su postulado, este autor inicia señalando que resulta obvio que el derecho internacional de la inversión comparte algunas características con el derecho administrativo global. Sustentándose en las teorías de Van Harten y Loughlin que hemos descrito anteriormente, Kulick describe las cuatro características del derecho internacional de la inversión y señala diferencias con el arbitraje comercial que demuestran el carácter de derecho administrativo global. Sin embargo, Kulick sostiene que el derecho administrativo global no captura en su integridad el carácter especial del derecho internacional de la inversión.<sup>55</sup>

En este proceso, Kulick describe al derecho internacional de la inversión como un sistema administrativo a escala global que demuestra una relación regulatoria y vertical del Estado y del inversor. Posteriormente, se centra a descubrir las características constitucionales del derecho de la inversión extranjera. Sostiene que el sistema jerárquico creado entre derecho interno e internacional y los derechos del inversor que le permiten perforar la soberanía del Estado receptor constituyen patrones típicos de una estructura constitucional.<sup>56</sup>

Kulick encuentra la similitud con el derecho constitucional, específicamente, en la supremacía del derecho internacional que otorga el artículo 42 del Convenio CIADI y la mayoría de tratados de inversión. De esta forma, el derecho de la inversión extranjera crea una jerarquía. Los Estados ya no pueden tener la última palabra en la forma que tratan a los inversores. Cuando los Estados acuerdan someter una controversia de inversión a un tribunal internacional transfieren poder a una tercera parte.

<sup>52</sup> SCHILL, n.º 42, p. 43.

<sup>53</sup> SCHILL, n.º 42, p. 50.

<sup>54</sup> SCHILL, n.º 42, p. 54.

<sup>55</sup> KULICK, Andreas. *Global Public Interest in International Investment Law*. Oxford, 2012, pp. 81-84.

<sup>56</sup> KULICK, n.º 55, p. 85.

Este poder de revisión del Estado llama a comparar al tribunal internacional con los tribunales constitucionales o la corte suprema del Estado en cuestión. Por lo cual, los tribunales de inversión asumen un rol comparable con el tercer poder del gobierno en una constitución local.<sup>57</sup>

Kulick reconoce que, al promover las características constitucionales del derecho de la inversión extranjera, significa en cierta medida aceptar la orientación creciente del derecho internacional público que ejerce influencia en el régimen de inversión. Para evitar confusión con las ideas de Van Harten, Kulick denomina al derecho internacional de la inversión como el sistema de derecho público global. Toma nota de que (1) provee un marco de solución de controversias para el control del ejercicio de la autoridad pública; (2) disuelve la dicotomía de los niveles local e internacional del derecho aplicable y otorga a un tribunal internacional con el poder de revisar las medidas de un Estado receptor respecto de los inversores extranjeros dentro de su campo soberano; y (3) entrega un as bajo la manga al inversor derivado de una fuente de derecho internacional, el tratado de inversión. Por lo tanto, el derecho internacional de la inversión es un sistema de derecho público porque envuelve el control de resolución del ejercicio del poder público, proveyendo a entidades no estatales con derechos para perforar el escudo de soberanía del Estado receptor. Resulta ser global porque hace del derecho público un sistema aplicable en una escala global y personifica el enredo interno e internacional.<sup>58</sup>

Posteriormente, Kulick procede a comparar las características sistemáticas del derecho internacional de la inversión con el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho europeo. Así encuentra que el derecho internacional de la inversión extranjera presenta características de un sistema contencioso-administrativo como acontece en el derecho europeo; también, presenta parecidos de constitucionalidad con el sistema europeo de derechos humanos. Estas observaciones le permiten concluir que el derecho internacional de la inversión se puede descubrir como un sistema de derecho público global, el cual trata el ejercicio y control de la autoridad pública respecto del individuo, integra derecho local e internacional y provee al inversor con un as para perforar el escudo de soberanía del Estado.<sup>59</sup>

Para Kulick, si se toma en cuenta que el derecho de la inversión extranjera tiene un carácter de derecho global público, se debe considerar que balancear al individuo con intereses públicos o individuales es una característica general de cada ejercicio de autoridad pública; por ende, del derecho público. La razón de existir del Estado radica en servir a sus integrantes. Por ello, resulta inherente en cada relación de derecho público del Estado y del individuo que los derechos del individuo sean ponderados contra los intereses que importen a los demás integrantes; en otras palabras, el interés público.<sup>60</sup>

El interés público en un sistema que muestre características constitucionales y dé valor, no necesariamente significa la primacía de lo que parece ser mejor para la colectividad o la mayoría. Esto también incluye la protección de derechos de minorías; y, particularmente, de libertades individuales. Por eso para Kulick, el interés público tiene dos dimensiones, mismas que son igualmente valiosas y aplicables para balancear el conflicto de interés.

Primero, una dimensión colectiva, consistente en medidas que son para el beneficio de la sociedad como un todo.

Segundo, tiene una dimensión individual, la cual incluye medidas para proteger el interés de una fracción de la sociedad o incluso a uno de sus miembros.<sup>61</sup>

Posteriormente, hace notar que, debido a la aplicación del derecho interno en el derecho internacional de la inversión, cada controversia tiene tanto un reclamo de inversión internacional, como

<sup>57</sup> KULICK, n.º 55, p. 93.

<sup>58</sup> KULICK, n.º 55, p. 97.

<sup>59</sup> KULICK, n.º 55, p. 151.

<sup>60</sup> KULICK, n.º 55, p. 151.

<sup>61</sup> KULICK, n.º 55, p. 152.

una dimensión constitucional en el derecho local. El derecho individual del inversor colisiona con el interés colectivo como se busca por el Estado receptor o choca con otro interés individual menor que el Estado toma en nombre del individuo o la minoría.<sup>62</sup>

Si se describe al derecho internacional de la inversión como un ejemplo de gobernanza global, esa gobernanza, apunta Kulick, necesariamente trae la resolución de intereses que chocan, individuales y colectivos; un interés público relevante en un esquema de gobernanza global que juega a nivel internacional sólo puede ser global. Lo que hace al interés global es que tiene relevancia jurídica tanto en el ámbito nacional como internacional.

La palabra «global» en contraste con «internacional» supone ilustrar la integración nacional e internacional tan característica del derecho internacional de la inversión. Un régimen regulatorio que se parece al derecho público nacional, pero que decide un tribunal arbitral internacional con fundamento en una mezcla de derecho nacional e internacional, siendo este último un as bajo la manga que le permite al inversor perforar el escudo soberano del Estado. En este tipo de marco del derecho público global, el interés individual siempre encuentra su peso en el interés público. Considerando que el desarrollo actual de características normativas que tiñen al derecho público internacional, que tiene en el foco al ser humano como centro del sistema. El interés público global se convierte en la última razón del derecho internacional de la inversión, consagrando tanto el interés colectivo como el de terceras partes.<sup>63</sup>

En un marco global que presenta características constitucionales y normativas, inspirado e incrustado en el derecho internacional público que se enfoca en un ser humano pero que conduce el rol del primordial actor del Estado, debe ser el Estado quien asuma el papel de agente para el interés colectivo e individual que despliegue relevancia en ambos escenarios, nacional e internacional. Una consideración de fondo de la teoría del interés público global provee al Estado receptor con instrumentos legales para buscar el interés público global en el derecho internacional público.<sup>64</sup>

### **1.1.6. Derecho internacional público**

Eric De Brabandere señala que el arbitraje de inversión que deriva de tratados consiste en un mecanismo fundamentalmente concerniente a la obligación internacional jurídica de los Estados por virtud del derecho internacional público y fundado en un tratado internacional que contiene el consentimiento del Estado.

La principal característica del arbitraje de inversión radica en el carácter del derecho internacional público que tiene el instrumento donde el Estado consiente al arbitraje y se obliga a otorgar protección sustantiva a los inversores extranjeros. La controversia se centra hacia las obligaciones internacionales del Estado; por consiguiente, deriva en una controversia pública.

Segundo, esta característica, sostiene Brabandere, impacta el procedimiento aplicable al arbitraje de inversión, a pesar de que el arbitraje derive de reglas arbitrales aplicables a la resolución de controversias comerciales.<sup>65</sup>

De Brabandere se aparta por completo de una noción híbrida del sistema de arbitraje de inversión, pues considera que el arbitraje de inversión consiste en un mecanismo de derecho internacional público. Asimismo, se aparta de las nociones de derecho público que enarbola Gus van Harten, ya que señala que, si bien existen analogías, las violaciones que derivan del tratado son diferentes a las violaciones de derecho administrativo o el litigio público. Además, en el litigio interno la conducta del Estado se evalúa conforme a estándares internos. El arbitraje de inversión evalúa la conformidad del

<sup>62</sup> KULICK, n.º 55, p. 152.

<sup>63</sup> KULICK, n.º 55, p. 153-4.

<sup>64</sup> KULICK, n.º 55, p. 153-4.

<sup>65</sup> DE BRABANDERE, Eric. *Investment Treaty Arbitration as Public International Law*. Cambridge, 2015, p. 1-2.

Estado con estándares de derecho internacional público que rigen la protección del inversionista extranjero que no necesariamente se equiparan al derecho administrativo o público interno.<sup>66</sup>

Para este tratadista, las controversias de inversión basadas en tratados se relacionan a la responsabilidad internacional de los Estados por violaciones a obligaciones internacionales contenidas en instrumentos jurídicos internacionales. La existencia de dos capas —una contractual y la otra del tratado— no significa que, al evaluar la responsabilidad del Estado por supuestas violaciones a las obligaciones internacionales de inversión del Estado, cesan la aplicación de reglas y principios de derecho internacional público. El uso del arbitraje comercial internacional para solucionar las controversias de inversión no altera el hecho de que en controversias de inversión los tribunales tengan que evaluar los poderes del Estado por sus obligaciones previstas en el derecho internacional público.<sup>67</sup>

Si bien es cierto que la responsabilidad del Estado puede surgir de sus actos como soberano; y, en su capacidad como parte comercial, la responsabilidad del Estado permanece como responsabilidad prevista en el derecho internacional público. La función del tribunal consiste en determinar si el Estado ha violado sus obligaciones internacionales, ya sea a través de actos soberanos o comerciales. El principal objeto del arbitraje de inversión que deriva de tratados consiste en examinar la responsabilidad internacional del Estado por violaciones a sus obligaciones internacionales de inversión, un asunto regulado por derecho internacional público y no interno.<sup>68</sup>

También el tratadista señala que existe una tensión entre las funciones públicas y privadas de solucionar controversias internacionales. El sistema de arbitraje de inversión va más allá de relaciones bilaterales entre el Estado huésped y el Estado de origen del inversor, el arbitraje de inversión puede influir en la conducta de los Estados en el futuro y puede equiparse con arbitraje o litigio entre Estados. Por lo cual, la función pública resulta inherente en la solución internacional de controversias. Si bien es cierto que los laudos arbitrales en materia de inversión tienen un mayor impacto que los laudos comerciales, esto no implica que el tribunal de inversión vaya a aplicar los mismos principios que los juzgados administrativos.<sup>69</sup>

Habiendo expuesto las escuelas de derecho público, es momento de estudiar el extremo opuesto de las doctrinas de derecho privado.

## 1.2. *La escuela del derecho privado*

### 1.2.1. *Tribunales de inversión y derechos humanos: caminos divididos*

Mohe Hirsch sostiene que el derecho internacional de la inversión demuestra elementos de derecho privado no de derecho público. Dos argumentos soportan su postulado: (1) el contrato de inversión y (2) la dependencia del arbitraje comercial internacional.

Primero, ciertamente en numerosas controversias el inversor celebra un contrato con el gobierno receptor. Este tipo de contratos son de naturaleza privada, similar a un contrato entre personas de derecho privado o entre un actor económico local y el gobierno con capacidad de *iure gestionis*. Así, parece que Hirsch deja inferir que las controversias de inversión tienen base parcialmente o, en algunas instancias, incluso, en contratos de inversión que no difieren sustancialmente de los reclamos contractuales en virtud del derecho local, ya que tienen fundamento en una relación de reciprocidad.

66 DE BRABANDERE, n.º 65, pp. 5-6.

67 DE BRABANDERE, n.º 65, pp. 5-6.

68 DE BRABANDERE, n.º 65, pp. 5-6.

69 DE BRABANDERE, n.º 65, pp. 9-10.

Por otra parte, Hirsch describe que el sistema de arbitraje de inversión toma prestado el sistema del arbitraje comercial internacional. De esta forma, se observa que el arbitraje de inversión y el arbitraje comercial tienen en común tres elementos: tribunales *ad hoc*; un sistema *inter partes* y daños pecuniarios, así como indemnización.<sup>70</sup>

### 1.2.2. *La teoría contractual*

Anne van Aaken propone un enfoque interesante, analizando el derecho internacional de protección a la inversión con las herramientas de teoría contractual económica. Considera que los acuerdos internacionales de inversión pueden ser interpretados como mecanismos para resolver los problemas derivados de obligaciones entre el inversor y el Estado receptor, a fin de generar beneficios mutuos. Los Estados intercambian credibilidad por soberanía ya que el derecho internacional de la inversión restringe la conducta regulatoria de los Estados en la medida usual, sujeto a la solución de controversias vinculante. Un conocido problema de la teoría contractual radica en la forma de manejar la incertidumbre. Cambiar las condiciones resulta en una característica prevalente en derecho de la inversión. La teoría contractual encuentra que los contratos muy estrictos o inflexibles pueden alterar el excedente conjunto de las partes contratantes. Entonces, se debe llegar a un término medio entre los compromisos *ex ante* y la flexibilidad *ex post* para sostener la eficiencia del contrato.<sup>71</sup>

Para entender la lógica de los tratados de inversión, Van Aaken se basa en la teoría contractual asumiendo que los Estados, así como las empresas, actúan racionalmente al celebrar los tratados o contratos. Tradicionalmente, el análisis jurídico de los contratos toma una perspectiva *ex post*; es decir, se centra en los derechos y obligaciones posteriores a que ocurra una supuesta violación, así como en la indemnización de pérdidas por la parte afectada. La teoría contractual cambia el foco a la decisión *ex ante* y pregunta, por qué y bajo qué circunstancias las partes celebraron un contrato, en primer lugar, reconociendo el enfoque consensual, así como la participación limitada de las partes. Los contratos ejecutables constituyen mecanismos para alcanzar el cumplimiento de metas cooperativas que, supuestamente, benefician el interés colectivo o excedente conjunto de las partes a cuyo interés particular puede dividirse en cierto momento. La teoría contractual resulta ser un acercamiento analítico para explicar por qué las partes celebran contratos y por qué redactan los contratos que celebran a la luz de la labor judicial. El mejor punto de partida está en el contrato que produce los resultados óptimos.<sup>72</sup>

La teoría contractual distingue entre incertidumbre del futuro (imprevisible), incertidumbre de las acciones de otros jugadores (información asimétrica) e incertidumbre acerca del significado y alcance de las disposiciones contractuales (ambigüedad e indeterminación del texto). La información asimétrica presenta un problema mayor, ya que cada parte tiene información acerca de sí misma (información privada) que la otra parte no tiene, dando lugar al oportunismo. Así, la teoría contractual analiza problemas de selección adversa, peligro moral y verificación.<sup>73</sup>

Las partes, al celebrar un contrato, usualmente, enfrentan un problema, el contrato debe ser óptimo desde una perspectiva *ex ante*; es decir, debe alentar a las partes a invertir en la relación contractual para maximizar los beneficios conjuntos anticipados desde el momento de su celebración. Empero, al mismo tiempo, las partes quieren redactar un contrato que sea óptimo *ex post*; un contrato que maximice su valor después de que todas las incertidumbres futuras hayan sido resueltas al momento de su cumplimiento. Esto crea una tensión, porque *ex ante* a cada parte le gustaría asegurarse de que la otra va a cumplir, pero eventos subsecuentes pueden hacer compromisos estrictos inconsistentes con el objetivo contractual de maximizar el excedente conjunto. Esta tratadista señala que este problema se vuelve severo en contratos a largo plazo como los tratados de inversión y en los contratos públicos que duran décadas. Circunstancias imprevisibles pueden originar costos para una de las partes

<sup>70</sup> HIRSCH, Mohe. «Investment Tribunals and Human Rights: Divergent Paths». En P.M. Dupuy, F. Francioni y E.U. Petermann (eds.). *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*. Oxford University Press, 2009, pp. 107 y ss.

<sup>71</sup> VAN AAKEN, Anne. «International Investment Law Between Commitment and Flexibility: A contract Theory Analysis». 12 *Journal of International Economic Law* 2, 2009, p. 507.

<sup>72</sup> VAN AAKEN, n.º 71, p. 515.

<sup>73</sup> VAN AAKEN, n.º 71, p. 515.

a fin de completar la inversión prometida al grado que excedan el valor que la contraparte esperaba generar del contrato.

Para los Estados, estos costes no solo pueden ser económicos, sino también políticos.<sup>74</sup>

La ventaja de redactar un contrato con términos «rígidos» (*hard*) y precisos, sirve para asegurar la credibilidad de los compromisos, porque, precisamente, los términos «rígidos» tienen menor margen de interpretación y la incertidumbre del riesgo que se transfiere a la parte afectada se disminuye. Pero, a menos que las partes puedan anticipar completa y atinadamente, las condiciones que existan al momento de cumplir, el contrato con términos «rígidos» va a llevar a resultados menos deseables que los que las partes hubieran acordado si hubieran conocido la incertidumbre con antelación.

En anticipación de esto, las partes preferirían flexibilidad para ajustar la inversión cuando circunstancias futuras hagan que la inversión ya no sea redituable para cualquier parte. Mayor flexibilidad lleva a un debilitamiento en la credibilidad de las partes *ex ante*. En cambio, por una parte, existe un término medio entre la credibilidad del compromiso; y, por otra, la flexibilidad deseada *ex post*.<sup>75</sup>

Por lo cual, Van Aaken apunta que se requiere un balance entre compromiso y flexibilidad, teniendo las siguientes metas en mente: (1) asegurar un alto nivel de cooperación *ex ante*, (2) distinguir, por una parte, entre flexibilidad deseada en relación a nuevas circunstancias y por la otra, casos de violación puramente oportunista del contrato *ex post*; (3) así como una adecuada indemnización para la víctima. Si las partes han contratado con ignorancia; a saber, si serán víctimas o partes incumplidas, se esperaría que la redacción del contrato fuera óptima de forma tal que permita especificar la flexibilidad requerida. Mientras que la rigidez daña a la parte incumplida, la flexibilidad daña a la víctima, pero ambos errores, posiblemente, reducen la cooperación *ex ante* de las partes.

En derecho de la inversión no queda duda de qué parte será la víctima o el victimario.

Para Van Aaken, el Estado es siempre el malhechor, la parte incumplida, ya que el Estado no está protegido por el tratado de inversión, solo puede invocar como defensa el incumplimiento del inversor a la concesión, pone como ejemplo la doctrinaria. En este sentido, la rigidez siempre lastima a los Estados, ya que ciertos riesgos se les transfiere, mientras que la flexibilidad usualmente lastima al inversor, ya que la distribución de riesgo está de su lado.

Para Van Aaken, la rigidez de un TBI o de un contrato, a través de una cláusula paraguas, positivamente influye en la propensión de la inversión, pero la participación limitada de los Estados se debe tener en cuenta.<sup>76</sup>

Si las contingencias impredecibles fueran conocidas *ex ante*, cambiarían el contenido del contrato. Si no se proveen las circunstancias impredecibles en el contrato, ocurre el remordimiento, el cual es una contingencia inesperada. Los contratos tratan de distinguir entre conductas oportunistas (mala fe) y contingencias impredecibles (buena fe) ordenando diferentes consecuencias para las dos.

La contingencia del arrepentimiento difiere del oportunismo, ya que la primera, mejora el bienestar de ambas partes, mientras que el oportunismo disminuye el bienestar para la víctima. Por eso, se debe permitir la última y no la primera. En juegos con repetida interacción, como el derecho de la inversión, las partes que anticipan contingencias del arrepentimiento sin cuantificar pueden responder en el futuro por los efectos del aprendizaje.

<sup>74</sup> VAN AAKEN, n.º 71, p. 516-7.

<sup>75</sup> VAN AAKEN, n.º 71, p. 516-7.

<sup>76</sup> VAN AAKEN, n.º 71, p. 518.

Por tanto, señala Van Aaken, las partes pueden elegir expresar sus obligaciones en términos generales y delegar la interpretación a terceras partes para contar con la flexibilidad necesaria *ex post*, o tener mecanismos flexibles y explícitos en el contrato.

La teoría contractual distingue entre términos precisos y vagos conocidos como reglas contra estándares, o normas rígidas (*hard*) contra suaves (*soft*). Los estándares delegan mayor discreción al juzgador.<sup>77</sup>

Entrando en materia, Van Aaken considera que los tratados de inversión son contratos en favor de terceras partes. Por lo cual, la reciprocidad existente en la teoría contractual o el derecho internacional no resulta aplicable. La protección a la inversión se vuelve un instrumento para atraer recursos escasos reduciendo el riesgo del oportunismo *ex post* de los Estados receptores.

Los tratados de inversión someten a los Estados a una amenaza creíble si reniegan sus promesas de derecho internacional o de derecho contractual, si existe una cláusula paraguas en el tratado. El compromiso se hace obligatorio y creíble porque la controversia puede ser resuelta por una tercera parte, sin agotar recursos internos.

Para Van Aaken, en el derecho de la inversión existen muchas incertidumbres: (1) la incertidumbre de la conducta oportunista del Estado o la empresa, (2) la incertidumbre del Estado para cumplir sus obligaciones internacionales a través de la política regulatoria; (3) la incertidumbre de desarrollar los precios en el mercado mundial si el ciudadano reacciona desfavorablemente a la inversión, (4) cambios en la política gubernamental, entre otros. Además de incertidumbre acerca de la interpretación del tribunal respecto de términos ambiguos del tratado de inversión. Por lo que se requiere balancear el compromiso y la flexibilidad para hacer frente a la incertidumbre. Esto se debe hacer en el tratado para tomar en cuenta todos los costos y beneficios para las partes.<sup>78</sup>

Van Aaken señala que pueden existir dos razones para un derecho extremadamente rígido: (1) ya que sea porque el tratado se redacta tan completo como sea posible con promesas estrictas y sin instrumentos flexibles; o (2) porque se redacta en términos vagos; es decir, flexibles y los tribunales interpretan los términos de forma muy estricta. La flexibilidad para las partes contractuales puede ocurrir si la flexibilidad se construye en el contrato. Entonces, la medida será legal. También puede ocurrir por una violación eficiente; así, la medida resulta extra jurídica, pero las partes del contrato tienen mayores recompensas al incumplir el contrato.

De esta manera, asume que existen dos tipos de tratados de inversión: uno con términos flexibles y otro sin. La misma conducta del Estado puede ser juzgada de conformidad con el tratado en el primer caso, y la violación del contrato en el segundo.

Sin embargo, aún, si ocurre un incumplimiento contractual, la flexibilidad de posibilidades de conducta existe en la medida de que se paguen daños. Luego, entonces, los Estados pueden violar un tratado de inversión mientras paguen daños.

Aquí, los límites presupuestales se vuelven cruciales para los Estados. Por lo cual, se hace una gran diferencia si la conducta del Estado es extra jurídica o si es legal, y llega una limitante presupuestal.<sup>79</sup> Después, analiza mecanismos de flexibilidad en el tratado, tales como medidas no precluidas, extensiones generales para medidas de orden público, moral pública, salud pública, ambiente, así como una interpretación que permita esa flexibilidad.<sup>80</sup>

77 VAN AAKEN, n.º 71, p. 519.

78 VAN AAKEN, n.º 71, p. 522.

79 VAN AAKEN, n.º 71, p. 522-3

80 VAN AAKEN, n.º 71, p. 534-7

### 1.2.3. *La esencia del régimen privado: indemnización económica*

Para García, la forma en que opera el resarcimiento en práctica del arbitraje de inversión no sigue la lógica de un sistema de derecho público; se trata de un litigio privado. A pesar de que el sistema, como fue diseñado originalmente, brindaba a los árbitros el poder de ordenar el cumplimiento forzoso o restricciones, la mayoría de tribunales contemporáneos no ha ordenado a los Estados que modifiquen su conducta para reformar su proceso de toma de decisiones, a fin de respetar términos contractuales con intereses extranjeros, o cambiar la legislación que afecte los intereses del negocio de inversionistas extranjeros. El acto permanece inamovible, afectando a la parte damnificada y la parte perdedora solo debe pagar una indemnización por la violación.<sup>81</sup>

García sustenta sus ideas en su análisis de casos. Observa que, de 228 casos donde se encontró que los Estados habían violado sus obligaciones internacionales, solo en dos casos los tribunales ordenaron un resarcimiento distinto a una indemnización económica.

Para García, los árbitros han tratado todos los derechos contenidos en tratados de inversión como violaciones de contratos privados, en vez de buscar una indemnización adecuada para cada derecho.

Según García, esta práctica se ha vuelto tan común que los tratadistas asumen que el sistema fue creado para que los inversionistas puedan demandar el pago de prestaciones económicas de un gobierno extranjero. Sin embargo, García considera que el espíritu del arbitraje de inversión permite a los árbitros ordenar el cumplimiento forzoso antes de considerar indemnizaciones económicas.<sup>82</sup>

García intenta explicar las causas de esto, en que los litigantes definen sus reclamaciones en términos monetarios en vez de pedir otro tipo de restitución. Para dar otra razón, cita a Sornarajah, quien señala que la razón está en la dificultad que tendría ejecutar un laudo contra el Estado que le ordene el cumplimiento forzoso de un contrato; pero García, igualmente, hace notar la dificultad que puede tener ejecutar un laudo que ordene al pago de cantidades monetarias.<sup>83</sup>

García considera que los tribunales deben ordenar la cesación de la conducta dañosa; brindar satisfacción en forma de disculpa, declaraciones públicas, o reconocimiento de ilegalidad. En otros casos, ordenar restitución no solo de la propiedad, sino de activos intangibles como propiedad intelectual o derechos contractuales y la cancelación de órdenes judiciales y administrativas.

Para García, si los tribunales ordenaran este tipo de indemnización, estarían actuando más como jueces nacionales que como árbitros decidiendo disputas privadas.<sup>84</sup>

García concluye que el arbitraje de inversión es un proceso privado porque los árbitros ejercen más restricción que los jueces cuando se trata de ordenar un hacer o no hacer. Incluso, con los poderes para ordenar otros tipos de indemnización, tienen miedo de ordenar al Estado que tome actos que detendrían la violación de los derechos del inversor.<sup>85</sup>

### 1.3. *Un sistema híbrido*

Diversos tratadistas sostienen que el arbitraje de inversión consiste en un mecanismo híbrido de solución de controversias, mecanismo que resulta del uso de elementos del arbitraje de inversión de tratados que derivan de ambos: el derecho internacional público y del arbitraje comercial internacional. Bajo esta premisa, ni el arbitraje comercial internacional, el derecho privado o el derecho internacional

<sup>81</sup> GARCÍA SÁNCHEZ, Guillermo. «The Blurring of the Public/Private Distinction or the Collapse of a Category? The Story of Investment Arbitration», 18 *Nevada Law Journal*, pp. 489, 504.

<sup>82</sup> GARCÍA SÁNCHEZ, n.º 81, p. 504.

<sup>83</sup> GARCÍA SÁNCHEZ, n.º 81, p. 505.

<sup>84</sup> GARCÍA SÁNCHEZ, n.º 81, p. 505.

<sup>85</sup> GARCÍA SÁNCHEZ, n.º 81, p. 507.

público, ni el derecho público constituyen paradigmas legales adecuados para cubrir la resolución internacional de controversias de inversión.

Dos elementos se señalan al determinar que el sistema es híbrido.<sup>86</sup> Primero, el derecho internacional de la inversión y el arbitraje de inversión que deriva de tratados se caracterizan por una doble capa de obligaciones que existen en las relaciones de inversión entre los inversionistas extranjeros y el Estado huésped. Cuando los inversionistas deciden desarrollar sus actividades en un Estado extranjero, firman un contrato de inversión con el país huésped. Al mismo tiempo que el inversor se beneficia de cláusulas de estabilización o arbitraje previsto en el contrato, existe la posibilidad de que un tratado beneficie al inversor. El contrato es un instrumento de derecho privado, mismo que se regula por derecho privado y comercial, mientras que las obligaciones previstas en el tratado son obligaciones reguladas por el derecho internacional público. Entonces, se encuentran dos capas de obligaciones hacia los inversionistas extranjeros basados en contratos de inversión y el Estado en obligaciones de derecho internacional público que derivan de un tratado de inversión.<sup>87</sup>

Segundo, el sistema híbrido de arbitraje de inversión que deriva de tratados resultaría de una forma procesal en la que se solucionan controversias. Ya que la mayoría de tratados ofrecen a los inversionistas extranjeros la posibilidad de presentar reclamaciones por violaciones de tal tratado, directamente en contra de los Estados huéspedes ante un tribunal arbitral internacional. Estos tribunales deben determinar si el Estado ha violado sus obligaciones previstas en el tratado y aceptar su responsabilidad a la luz del derecho internacional público. Estas controversias se solucionan a través de arbitraje que se basa, principalmente, en reglas y principios de arbitraje comercial internacional. El mandato que se confía al tribunal arbitral y las reglas procesales aplicables a los procedimientos arbitrales combinan derecho internacional público y derecho comercial internacional o privado.<sup>88</sup>

#### 1.4. *Un enfoque de sistemas integrados*

Julie A. Maupin propone un enfoque completamente distinto a los anteriores, asiéndose de teorías jurídicas y científicas propone «integrar» todos los elementos del arbitraje de inversión, tratados, leyes, contratos como fuentes que dan vida al consentimiento del arbitraje, la relación de los árbitros, la existencia de terceros que son afectados por las decisiones arbitrales, los jueces que ejecutan laudos y el Poder Ejecutivo que decide cumplir voluntariamente un laudo.<sup>89</sup>

Ella inicia describiendo el universo del arbitraje de inversión y después se adentra en la crisis del sistema. Por ahora resulta suficiente decir que expone las preocupaciones respecto al concepto de inversión, los problemas que surgen por tener estándares tan vagos y remata con el nombramiento de los árbitros. Después se refiere a tres casos donde presenta la dicotomía entre lo público y lo privado, concluyendo que no existen términos absolutos para clasificar como derecho público o privado al derecho internacional de la inversión extranjera. Incluso, destaca que en sistemas de tradición civilista y de *common law* existen diferentes concepciones de lo público y lo privado. Por último, termina exponiendo su teoría de sistemas integrados a la que nos referiremos centralmente en esta sección, concluyendo que el régimen de inversión existe en un mar de complejidades y caos.<sup>90</sup>

Maupin explora algunos de los autores que nos hemos referido con anterioridad como Gus Van Harten, Schill, entre otros, para concluir que sus clasificaciones del derecho de la inversión dentro del ámbito público o privado resultan insuficientes. Utilizar los términos «público» y «privado» dice poco acerca de la clasificación de los derechos que están en juego en el régimen contemporáneo del derecho

<sup>86</sup> Esta es una síntesis que hace Eric de Brabandere respecto de la obra de Zachary Douglas, «The Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration», *British Yearbook of International Law* 74, 2004. En igual forma, cita a Anthea Roberts, Daniel Kalderminis, Prosper Weil. *Véase* Brabandere, n.º 65, pp. 2-5.

<sup>87</sup> DE BRABANDERE, n.º 65, pp. 2-5.

<sup>88</sup> DE BRABANDERE, n.º 65, pp. 2-5.

<sup>89</sup> MAURPIN, Julie A. «Public and Private in International Investment Law: An Integrated Systems Approach», 54 *Virginia Journal of International Law* 367, 2014.

<sup>90</sup> MAURPIN, n.º 89, p. 412.

de la inversión. La mayoría de los tratados de inversión permite a los inversores reclamar daños por atropellos a los derechos públicos y privados. Maupin ilustra como ejemplo el estándar de expropiación, el cual permite hacer reclamaciones respecto de la propiedad privada, mientras que el estándar de trato justo y equitativo permite reclamar daños respecto de violaciones al debido proceso, transparencia y no discriminación.

A su vez, el Estado se puede defender tanto con argumentos de derecho privado, por ejemplo, señalando el incumplimiento del contrato, como de derecho público argumentando el estado de necesidad y de emergencia. Por lo cual, para Maupin, los arbitrajes de inversión no caen en una casilla típica de derecho público o privado. Las disputas se vuelven complejas.<sup>91</sup>

Maupin argumenta que no existe un orden neutral entre derechos públicos y privados en el derecho internacional de las inversiones; así, propone el enfoque de sistemas integrados.

Insatisfecha con las separaciones clásicas entre el mundo de lo público y lo privado, Maupin sustenta su tesis de los sistemas integrados en las concepciones de teorías biológicas y de teoría jurídica. Posteriormente, aplica estos postulados al complejo cuerpo normativo y desarrollo del arbitraje de inversión.

Inicia refiriéndose a la teoría de Bertalanffy, quien propuso para la biología un enfoque de sistemas abiertos, el cual viera a los organismos como un sistema activo y de cambio continuo que posee organización interna y completa. Bertalanffy insistió que un acercamiento dinámico era la mejor forma de estudiar organismos.<sup>92</sup>

Posteriormente, Maupin toma las teorías de Niklas Luhmann y Gunther Teubner, quienes, en el ámbito jurídico, se han referido al derecho como un sistema «autopoietico»; es decir, un proceso comunicativo de auto referencia que se constituye a sí mismo de forma repetida.

En esta descripción, un conjunto particular de relaciones de autoreferencia de un sistema jurídico permite diferenciar al sistema de los ambientes que le rodean. Asimismo, los actos comunicativos que instancian y validan las relaciones, permiten al sistema generar un orden interno cohesivo en medio de un océano de complejidades externas y caos. Se postula que estos sistemas autónomos son conectados uno al otro y a su ambiente a través de «enganches estructurales»; entendiendo como tales, caminos designados a través de los cuales la información del exterior puede entrar, ser procesada y apoyada por el sistema.

Para Luhmann y Teubner los sistemas sociales son, al mismo tiempo, «operativamente cerrados» y «cognitivamente abiertos». En otras palabras, aunque son estructuralmente autoreferenciales, están conectados permitiendo responder a la información que emana del exterior de sus límites autoconservados.

En síntesis, en un sistema complejo, extensas redes de componentes sin un control central y reglas simples de operación dan pauta a levantar conductas colectivas complejas, procesamientos sofisticados de información y adaptación que ocurre con el aprendizaje y la evolución. Así, para Maupin, la concepción del régimen como un sistema integrado permite un marco simple con el cual se comprueba su hipótesis.<sup>93</sup>

Ella postula tres argumentos con los cuales resulta fructífero el ejercicio. Primero, el régimen del derecho internacional de la inversión extranjera se compone de muchas partes en movimiento. Descansa en una red compleja de miles de tratados que se traslanan, leyes de inversión y contratos. A esto se añade cientos de decisiones emitidas por árbitros de decenas de diferentes países que aplican

<sup>91</sup> MAUPIN, n.º 89, p. 412-3.

<sup>92</sup> MAUPIN, n.º 89, p. 417-8.

<sup>93</sup> MAUPIN, n.º 89, p. 414-8.

numerosos cuerpos normativos diferentes. Esto impacta en formas complejas a los inversionistas, los Estados, otros individuos y grupos.<sup>94</sup>

Segundo, como la teoría de Bertalanffy de los organismos vivos, Maupin postula que todas estas partes en movimiento muestran un patrón de organización interna y totalidad.

Como en la descripción de Luhmann y Teubner, el régimen organizacional de la inversión no es jerárquico, sino de naturaleza comunicativa. Sus obligaciones legales sustantivas las generan con variaciones los negociadores de tratados, redactores de leyes nacionales, inversionistas específicos y funcionarios públicos. Abogados, testigos y árbitros concretizan estas obligaciones en el curso de controversias inversionista-Estado. Un pequeño número de instituciones arbitrales media la forma en que se desarrollan y aplican los principios del derecho de la inversión al emitir diferentes reglas procesales y procedimientos de conducta para los arbitrajes inversionista-Estado.

Una vez que se ha emitido el laudo, los juzgados en los Estados donde se planea ejecutar el laudo determinan si se ejecuta o el Poder Ejecutivo de un Estado receptor determina si se cumple voluntariamente.

Al final, la sociedad civil intenta cambiar el régimen en dirección de sus preferencias normativas al presionar a los Estados para cambiar el derecho sustantivo, a las instituciones para mudar prácticas procesales, a las metodologías interpretativas de los árbitros y los esquemas de ejecución en los juzgados. En breve, el régimen de múltiples capas del derecho de la inversión está sistemáticamente organizado y densamente interconectado vía retroalimentación multidireccional.

Tercero, cada subparte integrante del sistema del derecho internacional de la inversión está activa, no estática, lo que deriva en que el sistema como un todo evoluciona de forma dinámica en tiempo real. Nuevos Estados se unen al Convenio CIADI cada año, y muchos países permanecen comprometidos a celebrar nuevos tratados. De forma distinta, otros países han expresado su desaprobación de lo que ven como un régimen que restringe excesivamente sus poderes regulatorios. Por ello, para reducir sus obligaciones sustantivas, denuncian el Convenio CIADI, terminan con tratados bilaterales de inversión o excluyen el arbitraje de inversión de futuros acuerdos.

A su vez, árbitros connotados reaccionan ante el desarrollo proactivamente. Con frecuencia —señala Maupin— los árbitros arremeten unos contra otros emitiendo opiniones disidentes, aprovechan a dar conferencias en público, o publican artículos académicos ante el miedo que la interpretación que han plasmado en un laudo respecto de las obligaciones de un Estado hacia determinado inversor pueda quedar muy corta o ir demasiado lejos. Incluso, algunos parecen dar marcha atrás como resultado de estos intercambios, apartándose, en algunas instancias, de sus decisiones anteriores.<sup>95</sup>

Maupin concluye sosteniendo que, de forma consistente con la noción de apertura cognitiva, estos reacomodos sugieren que el potencial dinámico permanece en cada coyuntura del sistema jurídico internacional de la inversión.<sup>96</sup>

### **1.5. *Conclusión***

Si bien todas las teorías tienen un propósito o intentan dar una solución a las críticas del sistema, a la vez que explican su comportamiento, algunas como las que se centran en el arbitraje que deriva únicamente de tratados, evidentemente, dejan un espacio sin analizar; es decir, los otros arbitrajes de inversión que derivan de leyes locales o cláusulas contractuales.

<sup>94</sup> MAURPIN, n.º 89, p. 419.

<sup>95</sup> MAURPIN, n.º 89, p. 420-1.

<sup>96</sup> MAURPIN, n.º 89, p. 416-22.

A su vez, la teoría de derecho privado, particularmente, la de Anne van Aaken presenta un acercamiento que da respuesta al arbitraje que deriva de inversión, ya sea contratos o tratados. El sistema híbrido también toma elementos de la corriente pública y privada, incluyendo las partes del sistema, a la vez que analiza y clasifica sus elementos. De todos, un análisis completo se encuentra en las teorías del sistema integrador de Maupin, donde, ciertamente, resuelve multiplicidad de elementos presentes en el sistema a través de postulados teóricos, pero que hacen sentido a la realidad del arbitraje de inversión y todos los actores que en él participan.

Cada uno de los acercamientos pretende dar una idea de la realidad a través de argumentos que, desde la óptica de sus autores, resultan convincentes; en particular, analizan ciertos aspectos y, con base en su análisis, presentan soluciones.

Queda por explorar, en otra obra, decisiones de tribunales arbitrales que postulen a favor de cualquiera de estas teorías, pues el resultado de su fallo favorecerá definitivamente a descubrir si existe en verdad una naturaleza única, o nos encontramos en ese mar de complejidades y caos que señala Maupin. Por ahora, será motivo de los abogados de parte esgrimir estos conceptos o de la sociedad civil e instituciones no gubernamentales friccionar el sistema para incidir en cualquier cambio.

## BIBLIOGRAFÍA

- DE BRABANDERE, Eric. *Investment Treaty Arbitration as Public International Law*. Cambridge, 2015.
- DOLZER, Rudolf y Christoph SCHREURER. *Principles of International Investment Law*. Oxford University Press, 2015, 2<sup>nd</sup> ed.
- GARCÍA SÁNCHEZ, Guillermo. «The Blurring of the Public/Private Distinction or the Collapse of a Category? The Story of Investment Arbitration». 18 *Nevada Law Journal*.
- HENCKELS, Caroline. *Proportionality and Deference Investor State Arbitration*. Cambridge, 2018.
- HIRSCH, Mohe. «Investment Tribunals and Human Rights: Divergent Paths». En P.M. Dupuy, F. Francioni y E.U. Petermann (eds.). *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*. Oxford University Press, 2009.
- KULICK, Andreas. *Global Public Interest in International Investment Law*. Oxford, 2012.
- MAURPIN, Julie A. «Public and Private in International Investment Law: An Integrated Systems Approach». 54 *Virginia Journal of International Law* 367, 2014.
- MONTT, Santiago. *State Liability in Investment Treaty Arbitration. Global Constitutional and Administrative Law in the BIT Generation*. Hart, 2012.
- MOUYAL, Lone Wandahl. *International Investment Law and the Right to Regulate. A Human Rights Perspective*. Nueva York: Routledge, 2018.
- ROBERTS, Anthea. «The Clash of Paradigms: Actors and Analogies Shaping the Investment Treaty System». 107 *The American Journal of International Law* 1, 2013, p. 45.
- SCHILLI, Stephan W. «Derecho Internacional de inversiones y derecho público comparado en una perspectiva latino-americana». En ATTILA Tanzi, Alessandra ASTERITI, Rodrigo POLANCO LAZO y Paolo TURRINI. *International Investment Law in Latin America//Derecho Internacional de las Inversiones en América Latina*. Brill Nijhoff, 2016.
- SHIHATA, I. «Towards a Greater Depoliticization of Investment Disputes: The Roles of ICSID and MIGA». En *The World Bank in a Changing World*, 1991, p. 309.

SUBEDI, Suria. *International Investment Law Reconciling Policy and Principle*. Oxford Hart Publishing, pp. 149-150.

VAN AAKEN, Anne. «International Investment Law Between Commitment and Flexibility: A contract Theory Analysis». 12 *Journal of International Economic Law* 2, 2009.

VAN HARTEN, Gus. *Investment Treaty Arbitration and Public Law*. Oxford, 2008, p. 48.

VAN HARTEN, Gus y Martin LOUGHLIN. «Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law » 17 *The European Journal of International Law* 1, 2006, pp. 121-2, 137, 145.

WÄLDE, Thomas. «Investment Arbitration Under the Energy Charter Treaty - From Dispute Settlement to Treaty Implementation». 12 *Arb Int'l*, 1996, p. 434-6.



## CAPÍTULO 6

### EL CONSENTIMIENTO DEL ESTADO ANFITRIÓN Y DEL INVERSIONISTA EXTRANJERO AL ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIÓN

Ricardo Padilla Parot\*  
Benjamín Silva Aldana \*\*

**Sumario:** 1. Introducción.— 2. Qué constituye el consentimiento al arbitraje inversorista-Estado.— 3. Formas de otorgar el consentimiento y sus manifestaciones.— 3.1. Contrato entre el Estado anfitrión y el inversionista extranjero.— 3.2. Ley nacional.— 3.3. Tratados internacionales de inversión.— 4. Alcance del consentimiento otorgado por los Estados.— 4.1. Consentimiento con relación a una inversión.— 4.1.1. Disputa en relación con una inversión en el Convenio CIADI.— 4.2. Condiciones al consentimiento: requerimientos procesales.— 4.2.1. Período de enfriamiento, notificación de intención y renuncia.— 4.2.2. La búsqueda de una salida amigable al conflicto: obligación de mejores esfuerzos y su cómputo.— 4.2.3. Tendencia jurisprudencial estricta: falta de jurisdicción del tribunal de inversión.— 4.2.4. Tendencia jurisprudencial flexible: no constituye un requisito jurisdiccional.— 4.2.5. Opinión doctrinal ecléctica.— 4.3. Cláusula selecta una vía: *fork-in-the-road and non-u-turn provisions*.— 4.3.1. *Fork-in-the-road provisions*.— 4.3.2. *No-u-turn/waiver provisions*.— 4.4. Agotamiento de recursos internos.— 5. Importación del consentimiento por medio de la «cláusula de la nación más favorecida» (NMF).— 5.1. Sobre la cláusula de la «nación más favorecida».— 5.2. Elementos de la «cláusula de la nación más favorecida».— 5.3. Extensión del consentimiento del Estado anfitrión con relación a las protecciones sustantivas.— 5.4. Extensión del consentimiento del Estado anfitrión a mecanismos procesales.— 5.4.1. Aplicación de la cláusula NMF como un mecanismo para «superar» condiciones al consentimiento contenidas en la oferta de arbitraje del Estado anfitrión.— 5.4.2. La cláusula NMF como mecanismo para recurrir a una nueva sede de arbitraje.— 5.4.3. Extensión del consentimiento del Estado anfitrión en relación con recurrir a arbitraje.— 6. El consentimiento del inversionista a ser contrademandado.— 7. Conclusiones.— 8. Bibliografía.

#### 1. INTRODUCCIÓN

Hasta mediados del siglo XX, los particulares no podían demandar directamente a un Estado extranjero por violaciones al derecho internacional. En su lugar, estos privados (personas naturales o jurídicas), debían solicitar a sus respectivos gobiernos que se hicieran cargo de las potenciales reclamaciones en su nombre. Es lo que se denomina *protección diplomática*.

Sin embargo, la protección diplomática depende enteramente de la voluntad del Estado del cual es nacional el sujeto que ha sido vulnerado en sus derechos. Así, la protección de los derechos de dicho nacional dependían de la agenda política, económica o de otra consideración del Estado, las que normalmente en nada se relacionaban con el fondo de la potencial disputa.<sup>1</sup>

\* Abogado, LL.M. International Dispute Resolution-King's College London, Reino Unido. Profesor de Derecho Privado de la Universidad Diego Portales, Chile. Abogado *senior* en Carey & Cía., Chile.

\*\* Abogado. LL.M. International Dispute Resolution-King's College London, Reino Unido. Abogado *senior* en Jana & Gil Dispute Resolution, Chile.

<sup>1</sup> REDFERN, Alan y Martin HUNTER. *International Arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 2015, pp. 441-444.

No fue sino hasta la entrada en vigor del Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados en 1966 (el «Convenio CIADI» o el «Convenio»), que se inició una fuerte reforma en los mecanismos de solución de conflictos inversionista-Estado. Por medio de este tratado multilateral, se estableció el derecho para reclamar directamente al Estado anfitrión de la inversión a través del arbitraje; sin encontrarse sujeto aquel derecho a las consideraciones políticas inherentes de la protección diplomática.

Sin embargo, para que el arbitraje pueda ser empleado como un foro para la resolución de controversias, el consentimiento del Estado anfitrión y del Inversionista, resultan una condición indispensable para otorgar jurisdicción al tribunal arbitral internacional llamado a conocer y decidir la disputa entre las partes.

El caso resuelto por el tribunal de *ST-AD GmbH c/ Bulgaria* (2011), es un buen punto de partida para reflexionar sobre la importancia de este requisito:

Es de suma importancia no olvidar que ningún participante de la comunidad internacional, ya sea un Estado, una organización internacional o una persona natural o jurídica, tiene un derecho inherente de acceso a un recurso jurisdiccional. Al igual que un Estado no puede demandar a otro Estado a no ser que exista un consentimiento específico a tal efecto —como, por ejemplo, mediante una declaración que reconozca como obligatoria la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia («CIJ»)— del mismo modo, *en el marco de los los TBIs, los inversionistas no pueden intervenir a nivel internacional contra los Estados para el reconocimiento de sus derechos, a menos que estos les hayan otorgado estos derechos en las condiciones que ellos mismos determinen*. Un tribunal arbitral —al igual que la CIJ o cualquier otro tribunal internacional— no tiene una jurisdicción general; solo tiene una «competencia de atribución», que debe respetar los límites previstos por los Estados.<sup>2</sup>

De allí que el Informe de los Directores Ejecutivos del Convenio CIADI, describan al consentimiento como «la piedra angular de la jurisdicción del Centro».<sup>3</sup> Ahora bien, aun fuera del contexto del Convenio, y siguiendo en este punto a George R. Delaume, es posible asentar que el alcance y modelamiento de dicho consentimiento quedará siempre a discreción de las partes.

Entonces, la obligación de someter una disputa a arbitraje solo puede surgir después de que la oferta de arbitraje formulada por el Estado haya sido aceptada por el inversionista en cuestión. Con todo, quedará a la entera discreción de los Estados anfitriones el tipo de controversias de inversión que considerarán arbitrables.<sup>4</sup>

El objetivo de estas páginas es modesto. Los autores pretenden acercar al lector no especializado en arbitrajes de inversión, a la operatividad y mecánica del consentimiento de los Estados soberanos y los inversionistas en este tipo de procesos. Para ello, los autores han escogido ciertos temas centrales en relación al consentimiento. *En primer lugar*, la forma en que los Estados presentan su consentimiento; *en segundo lugar*, el alcance del consentimiento otorgado por el Estado; y, *en tercer y último lugar*, el consentimiento del inversionista a ser contrademandado.

La hoja de ruta propuesta para lo anterior se divide en la revisión de qué constituye el consentimiento al arbitraje Inversionista-Estado (2); formas de otorgar el consentimiento y sus manifestaciones (3); el alcance del consentimiento otorgado por los Estados (4); condiciones al consentimiento: requerimientos procesales (5); importación del Consentimiento por medio de la cláusula de la Nación Más Favorecida (6); el consentimiento del inversionista a ser contrademandado (7) y, por último, terminaremos con algunas consideraciones finales en torno a lo expuesto (8).

<sup>2</sup> *ST-AD GmbH vs. Bulgaria*, Decisión sobre jurisdicción, Corte Permanente de Arbitraje, Case n.º 2011-06 (CNUDMI), párrafo 349. Traducción libre de los autores.

<sup>3</sup> SCHREUER, Christoph H. et al. Article 25-Jurisdiction. *The ICSID Convention. A Commentary*. Cambridge University Press, 2009, p. 190.

<sup>4</sup> DELAUME, Georges R. «ICSID Arbitration and the Courts». *The American Journal of International Law*, vol. 77, 1983.

## 2. QUÉ CONSTITUYE EL CONSENTIMIENTO AL ARBITRAJE INVERSIONISTA-ESTADO

Bien sabemos que el consentimiento, más allá de la tradición jurídica de un determinado sistema, es un elemento esencial en diversas instituciones jurídicas. El arbitraje internacional no constituye en este punto una excepción. Únicamente, por medio del consentimiento de las partes, es que un tribunal internacional dispondrá de jurisdicción para decidir una controversia. Jurisdicción que, además, podrá ser limitada por las partes *rationae temporis*, *rationae materia* o *rationae persona*.

En materia de disputas entre Estados soberanos en general, y en el arbitraje de inversión en particular, el consentimiento es un requisito al que se le presta aún más atención. La respuesta al porqué de lo anterior es sencilla: los Estados soberanos, al someterse a un sistema de resolución de controversias, renuncian en parte a su soberanía. Esta renuncia se acentúa aún más cuando el mecanismo de resolución de controversias es el arbitraje internacional, pues la decisión jurisdiccional en esos procesos escapa a los tribunales domésticos de dicho Estado.

El estudio del consentimiento en materia de arbitraje internacional presenta un elemento de interés adicional. Como veremos, en general, los Estados realizan ofertas para someterse a arbitrajes internacionales como mecanismo de solución de controversias a un número más o menos indeterminado de personas. Y esta oferta indeterminada, precisamente, por su amplitud, puede ser —o más bien generalmente lo es— calificada. Esto quiere decir que los Estados incluyen en dichas ofertas de arbitrajes ciertas condiciones para someter una disputa a arbitraje internacional o ciertas condiciones para que un inversionista pueda beneficiarse de la protección sustantiva de un tratado.

Cabe destacar, que, en la operatividad del sistema de arbitraje internacional, no solo el consentimiento del Estado merece estudio y análisis; sino que el consentimiento del inversionista extranjero también. Por regla general, el arbitraje internacional se ha entendido como una «avenida de una sola vía» en la que el inversionista extranjero puede demandar, pero no puede ser demandado. En consecuencia, la posibilidad del Estado de presentar demandas reconvencionales o contra demandas en contra del inversionista ha sido limitada, ya que el consentimiento de este, no se extiende, generalmente, a ser demandado por el Estado anfitrión.

Entonces, el consentimiento constituye la manera en que el Estado y el inversionista deciden y acuerdan someter una o más disputas a arbitraje internacional. Más adelante indicaremos las diferentes maneras en que el consentimiento puede ser manifestado. Lo que en este apartado interesa explicitar, es la forma principal en que debe ser otorgado el consentimiento de las partes: por escrito.

En general, los tratados internacionales que se refieren al consentimiento para someterse a arbitraje internacional establecen que el consentimiento debe constar por escrito.

El Convenio CIADI en su artículo 25(1) hace mención expresa a este requisito:

La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado contratante y que *las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro*. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado.

Por su lado, el artículo 2 de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958 («Convención de Nueva York»), también exige que el acuerdo de arbitraje conste por escrito:

- 1) Cada uno de los Estados contratantes reconocerá el *acuerdo por escrito* conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada

relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje.

- 2) La expresión *«acuerdo por escrito»* denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas.

Que el acuerdo de arbitraje se encuentre por escrito, también se encuentra consagrado en la mayoría de las leyes de arbitraje internacional de los Estados. Por ejemplo, la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), sobre arbitraje comercial internacional, que ha sido adoptada por varios países sin mayores modificaciones, contiene este requisito en su artículo 7 (2), al establecer que «el acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito».

El requisito de la escrituración del acuerdo de arbitraje es relevante en la operatividad del sistema de arbitraje internacional, para mayor certeza jurídica y predictibilidad del sistema. La certeza que de la escrituración —más allá de las diferentes formas que puede adoptar— evita iniciar procedimientos arbitrales frívolos en que no existe certeza del consentimiento a arbitrar, incurriendo en elevados costos y honorarios arbitrales.

### 3. FORMAS DE OTORGAR EL CONSENTIMIENTO Y SUS MANIFESTACIONES

Al constituir el arbitraje internacional de inversión un medio potestativo de resolución de conflictos, necesariamente, las dos o más partes disputantes deben otorgar su consentimiento a aquel foro. Este consentimiento es, entonces, un requisito indispensable para otorgar jurisdicción al tribunal arbitral que decidirá la contienda.

Sin embargo, el modo en que se otorga el consentimiento al arbitraje de inversión —en general— difiere de la manera en que normalmente se da en el contexto del arbitraje comercial internacional.<sup>5</sup> La principal innovación en la esfera del arbitraje de inversión, es que resulta innecesario que el otorgamiento del consentimiento mutuo al arbitraje esté contenido en un —único— acuerdo contractual previo.

El consentimiento del Estado anfitrión puede, por ejemplo, ser perfeccionado cuando el inversionista presenta una solicitud de arbitraje, independientemente del instrumento preciso en que el Estado anfitrión haya realizado la oferta para someter la disputa a arbitraje. De igual modo, el consentimiento mutuo también puede operar de manera acumulativa. Así, cuando un contrato no contiene una cláusula arbitral, pero incorpora o remite a las disposiciones de un tratado de inversión que, si dispone de aquella cláusula, sus efectos jurídicos se desplegarán y se formará el consentimiento.<sup>6</sup>

Entonces, el consentimiento de un Estado anfitrión, usualmente, es manifestado de distintas formas o modalidades. En doctrina y jurisprudencia internacional se han reconocido al menos tres diversas maneras:

- a) La primera, a través de un contrato suscrito entre el inversionista afectado en sus derechos y el Estado receptor de esa inversión.
- b) La segunda, por medio de una ley nacional dictada por el Estado anfitrión que versa, precisamente, sobre la inversión extranjera.
- c) La tercera, a través de Tratados Internacionales de Inversión («TII»), ya sean aquellos Bilaterales («TBI») o Regionales («TRI»), celebrados entre el Estado anfitrión y el Estado al que

<sup>5</sup> REDFERN, Alan y Martín HUNTER. *International Arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 2015, pp. 4458-461.

<sup>6</sup> LIM, Chin Leng, Jean Ho y Martins PAPARINSKIS. *International Investment Law and Arbitration*. Cambridge University Press, 2021, 2<sup>nd</sup> ed., p. 95. Con todo, siempre será posible que concurra una prórroga de la competencia, en que el consentimiento quedará formado con posterioridad al inicio del proceso arbitral.

pertecece el inversionista extranjero. Esta última clase de manifestación del consentimiento, como veremos, resulta la principal fuente de otorgamiento del consentimiento para someterse a arbitraje por los Estados anfitriones.

### 3.1. *Contrato entre el Estado anfitrío y el inversionista extranjero*

Un acuerdo directo de arbitraje entre el Estado anfitrío y un Inversionista Extranjero es la forma más obvia de otorgar el consentimiento de las partes al mismo. Estas cláusulas de resolución de conflicto, usualmente se encuentran incluidas en contratos celebrados entre un Estado y un inversionista —*e. g.*, un contrato de concesión— por medio de los que este último desarrolla su industria en el primero.

Dichas cláusulas pueden tomar la naturaleza de una cláusula compromisoria o de un compromiso, de modo que el consentimiento puede darse tanto a disputas futuras como aquella ya existentes entre las partes.<sup>7</sup>

El CIADI, en su sitio web, ha desarrollado al efecto un set de cláusulas modelos. Entre ellas, es posible encontrar las denominadas «básicas de sometimiento», que han sido preparadas para facilitar la tarea de redacción de las partes:

El [Gobierno]/ [nombre de la subdivisión política u organismo público] de [nombre del Estado contratante] (en adelante denominado el «Estado receptor») y [nombre del inversionista] (en adelante denominado «el Inversionista») convienen por la presente en someter al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (en adelante denominado el «Centro») toda diferencia que surja de este acuerdo o se relacione con el mismo, para su arreglo mediante [arbitraje] de conformidad con el Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (en adelante denominado el «Convenio»).<sup>8</sup>

Tal como fue resuelto hace ya varias décadas en *AMCO c/ Indonesia (1983)*,<sup>9</sup> el consentimiento del Estado y del Inversionista no requiere constar necesariamente en un solo instrumento, pudiendo las partes haber otorgado el mismo en instrumentos diversos y sucesivos. De hecho, los tribunales de inversión han adoptado una aproximación amplia en materia de consentimiento, dándolo por asentado no solo en los acuerdos en que se contiene la cláusula arbitral propiamente tal, sino que también haciendo extensivo el compromiso a la relación contractual amplia y general que mantenían las partes. Esto, especialmente, si los diversos acuerdos se encontraban interrelacionados; pues han sido considerados por la jurisprudencia arbitral internacional, como el marco legal para la operación de la inversión.<sup>10</sup>

Asimismo, el consentimiento al arbitraje, en particular, del CIADI, puede darse también por una referencia hecha en el contrato suscrito por las partes a un TBI, en que se encuentre otorgado por el Estado anfitrío su consentimiento al arbitraje de inversión.<sup>11</sup> Así ocurrió en el caso *Ceskoslovenska Obchodni Banka (CSOB) c/ Eslovaquia (2004)*, en que el tribunal arbitral concluyó que la circunstancia de que las partes hubiesen hecho referencia al TBI en el contrato suscrito, implicaba necesariamente su intención de incorporar la cláusula de arbitraje CIADI.<sup>12</sup>

<sup>7</sup> En *Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A vs. Costa Rica (2000)*, las partes consintieron al arbitraje CIADI, mientras se encontraba en un tribunal local pendiente la cuantificación de la indemnización de perjuicios debida luego de un proceso de expropiación. *ICSID Case n.º ARB/96/1*; 17 de febrero de 2000, párrafos 22-26.

<sup>8</sup> Disponible en línea en: [\[http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/staticfiles/model-clauses-spa/7.htm\]](http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/staticfiles/model-clauses-spa/7.htm). Fecha de consulta 25 de mayo de 2021.

<sup>9</sup> *Amco Asia Corporation and others vs. Republic of Indonesia. ICSID Case n.º ARB/81/1*, de 25 de septiembre de 1983, párrafos 10 y 25. El tribunal sentenció que, «Un convenio de arbitraje no debe interpretarse de forma restrictiva, ni, de hecho, de forma amplia o liberal. Debe interpretarse de manera que permita descubrir y respetar la voluntad común de las partes [...]. Además, [...] toda convención, incluidos los convenios de arbitraje, debe interpretarse de buena fe, es decir, teniendo en cuenta las consecuencias de los compromisos que puede considerarse que las partes han previsto razonable y legítimamente».

<sup>10</sup> SCHREUER, Christoph. Consent to arbitration. The Oxford Handbook of International Investment Law, 2008, p.833.

<sup>11</sup> SCHREUER, Cristoph H. *et al. Article 25 - Jurisdiction. The ICSID Convention. A Commentary*. Cambridge University Press, 2009, p. 195.

<sup>12</sup> *CSOB vs. Slovakia. Decision on Jurisdiction. ICSID Case n.º ARB/97/4*, 24 de mayo de 1999, párrafos 49-55.

### 3.2. Ley nacional

En segundo término, un Estado anfitrión puede ofrecer de manera general su consentimiento al arbitraje de inversión. En efecto, los redactores del Convenio CIADI previeron que fuese este el mecanismo usual empleados por los Estados, al señalar que «un Estado anfitrión puede en su legislación de promoción de la inversión extranjera, ofrecer someter disputas surgidas de ciertas clases de inversiones a la jurisdicción del Centro, y el inversionista puede dar su consentimiento a través de la aceptación de esa oferta por escrito».<sup>13</sup>

En el primer caso CIADI en que se invocó una oferta anticipada de jurisdicción, *Southern Pacific Properties c/ Egipto (1985)*, el Estado anfitrión demandado argumentó que la oferta contenida en su legislación sobre inversiones no podía equivaler a un consentimiento por escrito para los efectos del artículo 25 del Convenio. El tribunal, no obstante, estableció que el artículo pertinente de la Ley de Inversiones Extranjeras de Egipto constitúa un consentimiento expreso por escrito a la jurisdicción del CIADI y que no era necesaria ninguna otra expresión específica de consentimiento por parte del Estado.<sup>14</sup>

Sin embargo, no toda referencia al arbitraje de inversión en una ley interna constituirá el consentimiento requerido para otorgar jurisdicción al tribunal arbitral. En efecto, y dado que el consentimiento al arbitraje debe constar en un acuerdo entre las partes, la mera existencia de una disposición legal no será, normalmente, suficiente para dar por establecido el consentimiento.

De allí que sea relevante estudiar casuísticamente la disposición legal que se estima aplicable, pues es posible encontrar casos en que, la ley nacional: (a) entrega inequívocamente el consentimiento del Estado anfitrión; (b) dicho consentimiento se otorga, pero, de manera menos directa, y (c) no se otorga el consentimiento sin un posterior acuerdo expreso.

- a) En el primer caso, encontramos la hoy derogada Ley de Inversión Extranjera de Albania (1993), en que se consignaba en su artículo 8 (2) que, «el inversionista extranjero podrá someter la resolución de una disputa y, en este acto, la República de Albania consiente en la sumisión de dicho conflicto al CIADI».
- b) En la segunda hipótesis, es posible mencionar al artículo 8 de la Ley de Promoción de Inversiones Extranjeras de Nicaragua (2000), el que prescribe que, «toda diferencia, [...] podrá someterse a arbitraje internacional». Sin embargo, la disposición deja en claro que se requiere de un paso adicional para formar el consentimiento, no bastando la norma en cuestión por establecerse en términos facultativas.
- c) Finalmente, para el tercer caso de disposiciones, es posible ejemplificar con el artículo 14 del Régimen de Inversiones Internacionales de Colombia (2000), el que prescribe que «todo lo atinente a las inversiones de capital del exterior, también estará sometido a la jurisdicción de los tribunales y normas arbitrales colombianas, salvo que las partes hayan pactado el arbitraje internacional». De esta norma, se desprende que, el consentimiento al arbitraje no está de ningún modo otorgado por el Estado anfitrión, a menos que se haya pactado en otro acuerdo expresamente.

Según se dijo, estas disposiciones que otorgan el consentimiento al arbitraje internacional, normalmente, constituyen ofertas que deben ser aceptadas por el inversionista. Aquel, en consecuencia, podrá aceptar la oferta de arbitraje por escrito en cualquier momento mientras dicha disposición legal

<sup>13</sup> ICSID, *Documents Concerning the Origin and the Foundation of the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and National of Other States*, 1969, vol. II, p. 1069.

<sup>14</sup> McLACHLAN, Campbell *et al.* *International Investment Arbitration-Substantive Principles*. Oxford: Oxford University Press, 2017, p. 59. *Southern Pacific Properties (Middle East) Ltd. (SPP) vs. Egypt*. Decisión sobre jurisdicción. ICSID Case n.º ARB/84/3, 1985.

se encuentre en vigor. En efecto, el inversionista puede expresar su aceptación de varias formas, incluyendo: una simple carta dirigida a la entidad gubernamental correspondiente del Estado anfitrión; mediante una declaración en una solicitud de inversión al Estado anfitrión o; por una mera solicitud administrativa si, en virtud de la legislación en cuestión, el solicitante seleccionado obtiene automáticamente determinados beneficios, incluido el acceso al arbitraje.<sup>15</sup>

Se ha estimado, también, que para formar el consentimiento entre las partes bastará que el inversionista inicie el procedimiento arbitral.<sup>16</sup> Así, por ejemplo, en el caso *Tradex vs. Albania (1996)*, el tribunal arbitral sentenció que, «se puede considerar ahora como establecido y no requiere mayor razonamiento que tal consentimiento también puede ser efectuado *unilateralmente por un Estado Contratante en sus leyes nacionales*. El consentimiento se hace efectivo a más tardar cuando el inversor extranjero presenta su demanda ante el CIADI haciendo uso de la respectiva legislación nacional».<sup>17</sup>

De allí la importancia de una aceptación temprana de la oferta de arbitrar las disputas que pudiesen surgir. Con ello, se evita por el inversionista que un Estado anfitrión, por medio de otra ley nacional, pueda retirar dicha oferta de arbitraje. En efecto, una vez que el acuerdo de arbitraje se encuentra perfeccionado tras la aceptación del inversionista, permanecerá en vigor aun cuando el Estado anfitrión pretenda modificar o derogar la ley en que se contenía su oferta de arbitraje.<sup>18</sup>

Finalmente, cabe hacer presente que las disposiciones legales en que se ofrece el consentimiento al arbitraje por parte del Estado anfitrión pueden estar sujeta a ciertas condiciones, plazos y formalidades. En este último caso, por ejemplo, se exige al inversionista extranjero que haya obtenido una «autorización o certificado de inversión» por parte de alguna entidad administrativa especializada. Cláusulas como estas son posibles de encontrar en las legislaciones de Uganda, Nigeria, Tanzania y El Salvador.<sup>19</sup>

Estos certificados de inversión pueden contener, a su vez, una cláusula de sometimiento al arbitraje internacional. El tribunal de *Churchill Mining Plc and Planet Mining Pty Ltd. vs. Indonesia (2014)*,<sup>20</sup> se enfrentó a la siguiente cláusula contenida en una autorización a los inversionistas para ingresar como accionistas a una sociedad constituida bajo las leyes locales:

En el caso de una disputa entre la empresa y el Gobierno de la República de Indonesia que no pueda ser resuelta por consulta/deliberación, el Gobierno de Indonesia está preparado/listo para seguir la solución de acuerdo con las disposiciones del convenio [CIADI].<sup>21</sup>

Indonesia intentó en el arbitraje restar de eficacia a la cláusula de resolución de conflictos. Sin embargo, el tribunal determinó su validez y alcance, estableciendo que, al alero del vehículo de inversión formado conforme con la legislación local, y a los términos establecidos en el certificado de inversión, Indonesia había efectivamente otorgado su consentimiento al arbitraje CIADI.

### 3.3. Tratados internacionales de inversión

La gran mayoría de TII contienen cláusulas que contemplan al arbitraje como el mecanismo de resolución de controversias inversionista-Estado.

Dado que los tratados internacionales solo pueden ser celebrados entre Estados, solo aquellos, y no los Inversionistas (que no son partes de estos), pueden dar allí su consentimiento al arbitraje. Por

<sup>15</sup> SCHREUER, Christoph H. et al. *Article 25 - Jurisdiction. The ICSID Convention. A Commentary*. Cambridge University Press, 2009, pp. 203-205.

<sup>16</sup> SCHREUER, Christoph. «Consent to arbitration». *The Oxford Handbook of International Investment Law*, 2008, pp. 831 y 834.

<sup>17</sup> *Tradex vs. Albania. Decision on Jurisdiction. 24 December 1996*, 5 ICSID Reports 63. Traducción libre de los autores.

<sup>18</sup> SCHREUER, Christoph. «Consent to arbitration». *The Oxford Handbook of International Investment Law*, 2008, p. 837.

<sup>19</sup> UNCTAD. «Investor-State Dispute Settlement». *UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II*, 2014, p. 13.

<sup>20</sup> *Churchill Mining Plc and Planet Mining Pty Ltd. vs. Indonesia. ICSID Case n.º ARB/12/14 and 12/40. 24 February 2014*, párrafos 11-13 y 231-238.

<sup>21</sup> Traducción libre de los autores.

ello, es que, en estos casos, también se ha estimado que las cláusulas en que los Estados anfitriones indican su aqüiescencia al arbitraje constituyen ofertas unilaterales de consentimiento, la que luego puede ser aceptada por el inversionista que cumpla con los requisitos establecidos en el tratado específico (e.g., en términos generales, un inversionista de nacionalidad del otro Estado contratante al TII).<sup>22</sup>

Por su parte, los inversionistas normalmente expresan su consentimiento al momento de presentar la solicitud o requerimiento de arbitraje a la entidad correspondiente. Esta solicitud, entonces, perfecciona el consentimiento de ambas partes, el que no puede ser, posteriormente, revocado unilateralmente.<sup>23</sup>

En este sentido, el tribunal en *E/ Paso vs. Argentina* (2006), estableció que, «el Centro solo puede tener jurisdicción si existe mutuo consentimiento. Ha quedado ahora establecido, sin lugar a dudas, que la referencia general al arbitraje del CIADI en un TBI puede considerarse como el consentimiento prestado por escrito por el Estado, según se requiere en el artículo 25 para dar jurisdicción al Centro, y que la presentación de una solicitud por el inversionista se considera como el consentimiento prestado por este último».<sup>24</sup>

Así, también en este contexto, el tribunal de *Giovanni Alemanni and others c/ Argentina* (2014), falló que:

El acuerdo no se produce simultáneamente, sino que se construye de forma atenuada a partir de *actos desagregados de consentimiento de las distintas partes*. Se trata de un proceso común que no es ajeno al arbitraje de inversiones; toda la institución de la solución de controversias en el marco de los tratados bilaterales y multilaterales de inversión se basa en una *oferta permanente que suele hacer el Estado receptor de la inversión, a la que posteriormente se acogen los inversores individuales una vez que ha surgido una controversia*, entendiéndose entonces que el conjunto constituye el consentimiento mutuo necesario para el arbitraje u otro proceso de solución.<sup>25</sup>

Ahora bien, para otorgar jurisdicción al tribunal arbitral, debe encontrarse en ejecución el TBI en cuestión, al momento de que el inversionista pretenda dar inicio al procedimiento. En los casos *Tradex c/ Albania* (1996) y *CSOB c/ Slovakia* (1999), los respectivos tribunales sentenciaron carecer de jurisdicción, pues, las solicitudes de arbitraje se habían presentado con anterioridad a la entrada en vigor de aquellos TBI en los Estados anfitriones contratantes.<sup>26</sup>

Sin embargo, el Estado anfitrón puede prorrogar la competencia o jurisdicción a un tribunal arbitral, manifestado su consentimiento durante el procedimiento, ya sea explícitamente, o, argumentando sobre el fondo del asunto sin objetar la existencia o algún defecto en el otorgamiento de aquel consentimiento. Esta preclusión, se ha dicho, aplicaría tanto al procedimiento arbitral original como a cualquier procedimiento de anulación en el caso de arbitraje ante el CIADI.<sup>27</sup>

Con todo, algunos TBI otorgan a los Estados anfitriones un total control de las disputas que pueden ser sometidas al arbitraje de inversión, a través de las denominadas «reservas de consentimiento». Por ejemplo, en el TBI entre Argentina y Nueva Zelanda (1999),<sup>28</sup> los inversionistas no pueden iniciar el arbitraje sobre la base del TBI. Para ello, el inversionista debe obtener del Estado anfitrón el consentimiento expreso para someter una disputa específica a arbitraje.<sup>29</sup>

<sup>22</sup> McLACHLAN, Campbell *et al. International Investment Arbitration-Substantive Principles*. Oxford: Oxford University Press, 2017, p.156.

<sup>23</sup> PAULSSON, Jan. *Arbitration without priority*. *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 1995, vol. 10, issue 2, pp. 255-277.

<sup>24</sup> *El Paso Energy International Company vs. La República de Argentina*. Caso CIADI n.º ARB/03/15. Decisión sobre jurisdicción, párrafo. 35. En el mismo sentido, *Generation Ukraine vs. Ukraine*. *ICSID Case n.º ARB/00/09*. Laudo de 16 de septiembre de 2003, párrafo 12.3 y 12.3.

<sup>25</sup> *Giovanni Alemanni and others vs. Argentina*. *ICSID Case n.º ARB/07/8. Decision on Jurisdiction and Admissibility*, 14 noviembre 2014, párrafo 284.

<sup>26</sup> *Tradex vs. Albania. Decision on Jurisdiction*, 24 December 1996, 5 *ICSID Reports* 58. Y *CSOB vs. Slovakia. Decision on Jurisdiction*, 24 May 1999, párrafos 37-43.

<sup>27</sup> SCHREUER, Christoph H. *et al. Article 25 - Jurisdiction. The ICSID Convention. A Commentary*. Cambridge University Press, 2009, p. 225.

<sup>28</sup> Suscrito, pero no en vigor. Artículo 12.

<sup>29</sup> *Investor-State Dispute Settlement* (2014). *UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II*, p. 34.

Es importante tener presente que el retiro de una oferta de consentimiento al arbitraje en un TBI antes de su aceptación por el inversionista extranjero es menos probable y más difícil que en el caso de consentimiento otorgado por una ley nacional. En efecto, el intento de un Estado de retirar su consentimiento contenido en un TBI normalmente constituirá un incumplimiento del tratado y presumiblemente provocará alguna reacción adversa por parte de la otra parte del tratado.

Una cláusula del CIADI en un tratado sigue siendo válida, a pesar de que una de las partes intente dejarlo sin efecto, a menos que exista una base objetiva para la terminación según el derecho internacional de los tratados. No obstante, la irrevocabilidad del consentimiento prevista en la última frase del art. 25(1) CIADI solo opera después de que el consentimiento se haya perfeccionado mediante su aceptación por parte del inversor.<sup>30</sup> En efecto, el principio de irrevocabilidad del consentimiento es expresamente confirmado en el preámbulo de la Convenio CIADI, al señalar que, «reconociendo que el consentimiento mutuo de las partes en someter dichas diferencias a [...] arbitraje a través de dichos medios constituye un acuerdo obligatorio [...].»

En este contexto, en *Holiday Inns c/ Marruecos* (1974), se concluyó que «las Partes han consentido en someter la controversia al arbitraje en el sentido del artículo 25(2)(b) del Convenio. *A partir de esa fecha, ninguna de las Partes podrá retirar unilateralmente su consentimiento* como previsto en el artículo 25(1)».<sup>31</sup>

Finalmente, un sinúmero de tratados multilaterales de carácter global o regional, ofrecen el consentimiento de los Estados anfitriones al arbitraje. Así, por ejemplo, el artículo 26 de la Carta Europea de la Energía, el artículo 9 del Mercosur o el artículo 9.19 del Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico (CPTPP, por sus siglas en inglés).

Con todo, la Convención del CIADI no es uno de aquellos tratados, pues, expresamente, requiere de una manifestación separada del consentimiento tanto del Estado anfitrión como del inversionista, señalando expresamente en su preámbulo que, «la mera ratificación, aceptación, o aprobación de este Convenio por parte del Estado Contratante, no se reputará que constituye una obligación de someter ninguna diferencia determinada a conciliación o arbitraje, a no ser que medie el consentimiento de dicho estado».

#### 4. ALCANCE DEL CONSENTIMIENTO OTORGADO POR LOS ESTADOS

Como hemos señalado anteriormente, el consentimiento es la piedra angular del arbitraje.<sup>32</sup> Sin el consentimiento expreso de las partes de someter la disputa a arbitraje, este no se puede llevar a cabo.

El consentimiento que las partes otorgan al someterse a arbitraje puede ser puro y simple, es decir, que no se encuentra sujeto al cumplimiento de ciertas condiciones o requisitos que deben ser cumplidos para someter la disputa a arbitraje; o puede estar sujeto al cumplimiento de ciertas condiciones o requisitos, como lo son el agotamiento de la vía local (los procedimientos ante los tribunales nacionales del Estado anfitrión), los períodos de negociación, mediación y los períodos de enfriamiento, entre otras. Estas condiciones las revisaremos más adelante.

En la misma línea, las partes pueden acordar que no cualquier disputa sea sometida a arbitraje en cuanto a su materia. En consecuencia, el consentimiento de las partes es calificado en el sentido de que únicamente se podrá someter a arbitraje; y, por ende, el tribunal arbitral tendrá jurisdicción, para conocer sobre los conflictos que se susciten en relación a una disputa que, en cuanto a su materia, las partes previamente consintieron.

En este apartado, revisaremos el alcance del consentimiento otorgado por los Estados. Para dicho efecto, analizaremos el consentimiento del Estado anfitrión *ratione materiae*, esto es, en relación

<sup>30</sup> SCHREUER, Christoph H. et al. *Article 25 - Jurisdiction. The ICSID Convention. A Commentary*. Cambridge University Press, 2009, p. 213.

<sup>31</sup> *Holiday Inns vs. Morocco. Decision on Jurisdiction, 12 May 1974, 1 ICSID Reports 668.*

<sup>32</sup> SABAH Borzu et al. *Investor-State Arbitration* Oxford University Press, 2019, 2<sup>nd</sup> ed., p. 309; *Teinver vs. Argentina ICSID Case n.º ARB/09/01*. Decisión sobre jurisdicción de fecha 21 de diciembre de 2012, párrafo 176.

a la noción de inversión. Además, nos detendremos en la noción de inversión del artículo 25(1) del Convenio CIADI para determinar sus implicancias.

#### 4.1. Consentimiento con relación a una inversión

En el arbitraje inversionista-Estado parece ser una obviedad que el conflicto que las partes consistieron arbitrar sea respecto de una inversión; pero no obstante ser una obviedad, resulta complejo determinar qué es, en los hechos, una inversión para efectos de determinar si el Estado anfitrión consintió someterse a arbitraje en cuanto a la materia en disputa. Esta discusión se manifiesta en la fase jurisdiccional del arbitraje que puede resolverse previo al fondo —a través de una bifurcación del procedimiento— o, conjuntamente, con el fondo de la cuestión debatida. Desde la perspectiva de la jurisdicción del tribunal arbitral se le denomina a esta: *ratione materiae*.

Entonces, para determinar el concepto de inversión, es necesario, previamente, detenerse en el foro arbitral en el que se someterá la disputa. En efecto, dependiendo de aquel foro, la noción de inversión puede tener una calificación adicional.

En el arbitraje Inversionista-Estado, las partes pueden acordar someterse a una serie de foros para resolver la disputa. La disponibilidad de los foros a que puede recurrir el inversor dependerá del acuerdo de las partes o la oferta de arbitraje realizada por el Estado anfitrión en el instrumento aplicable. Como dijimos, el instrumento del cual emana la jurisdicción del tribunal arbitral podrá ser, en general, un Tratado Bilateral de Inversión, un Contrato de Inversión o una ley del Estado anfitrión.

En general, los instrumentos contienen más de un foro al cual puede recurrir el inversionista para resolver la disputa de inversión. Así, por ejemplo, los foros disponibles usualmente serán: (i) el arbitraje CIADI bajo las reglas del Convenio CIADI; (ii) el arbitraje CIADI bajo el Reglamento que rige el Mecanismo Complementario del CIADI, en caso de que una de las partes contratantes no sea miembro del Convenio CIADI («mecanismo complementario»); o (iii) el arbitraje ante cualquier institución arbitral o reglas de arbitraje previamente acordado por las partes.

Dentro de esta última opción las posibilidades son variadas. Las partes pueden acordar la institución y sus reglas como, por ejemplo, la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional («CCI»); el *London Court of Arbitration* («LCIA»); *Stockholm Chamber of Commerce* («SCC»); la Corte Permanente de Arbitraje<sup>33</sup> («CPA»); o el arbitraje *ad hoc* sin el apoyo de una institución arbitral y, substanciado, por ejemplo, bajo las reglas UNCITRAL de arbitraje internacional («Reglas UNCITRAL»).

Lo anterior se ilustra en el Modelo de Tratado Bilateral de Inversión de la República de Colombia del año 2017,<sup>34</sup> que, en lo pertinente, señala:

Una vez transcurridos noventa (90) días desde la fecha de recepción de la Notificación de Intención, el Inversionista Demandante podrá presentar su reclamo a:

- a. Las cortes competentes de la Parte Emisora; o
- b. El CIADI, bajo las reglas del Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados de 1965;
- c. El CIADI, bajo el Reglamento que Rige el Mecanismo Complementario del CIADI, en caso de que una de las Partes Contratantes no sea parte del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados de 1965; o

<sup>33</sup> Salvedad que las reglas son las UNCITRAL o que no tiene «sus» reglas.

<sup>34</sup> <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/model-agreements> [accedido el 30 de noviembre de 2021].

- d. Un tribunal arbitral bajo cualquier otra institución arbitral o reglas de arbitraje, previamente acordado por escrito por las Partes Contendientes; o
- e. Un tribunal arbitral bajo cualquier otra institución arbitral o reglas de arbitraje, previamente acordado por escrito por las Partes Contratantes.

La elección del foro arbitral por parte del inversionista es una decisión relevante. En específico, la elección entre el arbitraje CIADI y los demás foros, tiene una serie de consecuencias para el caso. El propósito de este apartado no es analizar cada una de las diferencias, por lo que mencionaremos solo algunas, entre ellas se encuentran: (i) los requisitos jurisdiccionales que deberá cumplir el inversionista; (ii) la ley aplicable a la disputa en caso de que no haya sido acordada por las partes; (iii) el sistema recursivo en contra del laudo o; (iv) el mecanismo de ejecución del laudo.

Nos enfocaremos en la primera de las diferencias señaladas. La elección del CIADI como foro arbitral supone que el inversionista cumpla con un requisito adicional *ratione materiae* para efectos de someter la disputa a arbitraje. Según desarrollaremos, el consentimiento del Estado anfitrión en relación a una inversión debe cumplir con dos requisitos: (i) qué la disputa es en relación a una inversión de acuerdo al TBI o instrumento aplicable; y (ii) que la disputa es en relación a una inversión de acuerdo al artículo 25 (1) del Convenio CIADI. En consecuencia, someter la disputa a arbitraje ante el CIADI supone cumplir con dos “capas” de requisitos jurisdiccionales.<sup>35</sup> En este sentido, la relevancia del artículo 25 (1) del Convenio CIADI es trascendental, ya que impone un límite al consentimiento de las partes a la hora de someter disputas a arbitraje.<sup>36</sup>

Las dos capas que el inversionista debe cumplir para efectos de acreditar que la inversión cumple con los criterios del TBI y del Convenio CIADI es lo que la doctrina especializada ha denominado el *double-barrelled test*.<sup>37</sup> El tribunal en *Malicorp c/ Egipto (2011)* se refirió a la necesidad de esta doble acreditación por parte del inversionista:

[...] para que un procedimiento de violación de tratado sea admisible, la inversión con la cual se relaciona la disputa debe pasar por un doble requisito... en la práctica debe cumplir con:

- por un lado, el significado establecido en el tratado, que establece la operatividad del consentimiento del Estado, y también;
- por el otro lado, el significado establecido en el Convenio CIADI, que determina la jurisdicción del Centro y el tribunal arbitral que actúa bajo sus auspicios.<sup>38</sup>

#### 4.1.1. *Disputa en relación con una inversión en el Convenio CIADI*

El Convenio CIADI en su artículo 25 (1), contiene el requisito jurisdiccional de que las diferencias de naturaleza jurídica entre las partes deben surgir directamente de una inversión.

(1) La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado.

Como se puede apreciar, el requisito *ratione materiae* es que la disputa surja directamente de una inversión. La pregunta que el lector debe hacerse es ¿qué se entiende por inversión en el Convenio CIADI? La respuesta requiere mayor explicación.

<sup>35</sup> SABAH, Borzu *et al. Investor-State Arbitration*. Oxford University Press, 2019, 2<sup>nd</sup> ed., p. 83.

<sup>36</sup> McLACHLAN, Campbell *et al. International Investment Arbitration-Substantive Principles*. Oxford: Oxford University Press, 2017, p. 218.

<sup>37</sup> McLACHLAN, Campbell *et al. International Investment Arbitration-Substantive Principles*. Oxford: Oxford University Press, 2017, p. 226.

<sup>38</sup> *Malicorp Limited c/ Egipto. ICSID Case n.º ARB/08/18*. Laudo de fecha 7 de febrero de 2011, párrafo 107.

El Convenio CIADI no define la noción de inversión. La ausencia de definición de la noción de inversión es el resultado de las negociaciones de los redactores del Convenio CIADI. Durante las negociaciones para la redacción del artículo 25 fueron propuestas por los delegados definiciones de inversión; iniciativas que no prosperaron por estimarse que eran muy limitativas en el sentido de que no incluían ciertos elementos que una inversión debía cumplir, tales como el elemento de riesgo de toda inversión o de ganancia.<sup>39</sup> Asimismo, se determinó que cualquier otra definición más específica arriesgaba dejar fuera nuevas modalidades más innovadoras de inversión.<sup>40</sup>

En consideración a la falta de acuerdo, y el riesgo de limitar la noción o que esta sea demasiado expansiva, los delegados decidieron no definir la noción de inversión. En palabras de Delaume:

El término «inversión» no se encuentra definido en la Convención. Esta omisión es intencional. Entregar una definición comprehensiva, como ocurre en ocasiones en códigos de inversión, tendría poca utilidad ya que cualquier definición habría sido demasiado amplia. En adición a la dificultad de reconciliar concepciones diferentes, la insistencia en una fórmula precisa habría sido inconveniente ya que podría —de manera arbitraria— limitado el alcance de la Convención haciendo imposible para las partes someter al Centro una disputa sobre lo que las partes consideran genuinamente un «inversión», pero que no se encontraría incluida en la definición de la Convención.

Por estas razones, y en virtud de que someter una disputa al Centro requiere consentimiento de las partes, pareció apropiado reconocer que eliminar una definición del texto de la Convención fue la mejor solución.<sup>41</sup>

Como se puede apreciar, la indefinición de inversión en el Convenio CIADI fue una decisión consciente por parte de los delegados, por lo que la determinación de si una determinada actividad constituye o no inversión a la luz del artículo 25 (1) del CIADI es un ejercicio que ha sido entregado a los tribunales arbitrales por medio de la interpretación del mencionado artículo.

Esta estrategia adoptada por los delegados permitiría una mayor flexibilidad a los tribunales arbitrales para interpretar la disposición y así permitir adecuar la norma a actividades económicas que al momento de adoptarse el Convenio CIADI, no se encontraban suficientemente desarrolladas o no eran conocidas.

Sin perjuicio de lo anterior, y aunque no existe una doctrina del precedente en el arbitraje internacional, la mayoría de los tribunales arbitrales han adoptado un criterio objetivo de lo que constituye una inversión a la luz del Convenio CIADI. Este criterio lo constituyen ciertos requisitos que debe cumplir la actividad económica desarrollada por el inversionista para que califique como una inversión y, en consecuencia, el tribunal arbitral tenga jurisdicción *ratione materiae*.

Los requisitos que, en términos generales deben encontrarse presente en la actividad económica para calificar como inversión son: (i) cierta duración; (ii) cierta regularidad en ganancias y retornos; (iii) asunción de riesgo; (iv) compromiso sustancial; y (v) aporte al desarrollo del Estado anfitrión.<sup>42</sup>

Estos requisitos fueron establecidos, en un primer término, por el tribunal en *Fedax c/ Venezuela (1997)*.

<sup>39</sup> SABAHI Borzu *et al. Investor-State Arbitration*. Oxford University Press, 2019, 2<sup>nd</sup> ed., p. 342.

<sup>40</sup> SABAH, Borzu *et al. Investor-State Arbitration*. Oxford University Press, 2019, 2<sup>nd</sup> ed., p. 342.

<sup>41</sup> DELAUME, Georges R. «Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States». *The International Lawyer Delaume*, 1966, vol. 1, n.º 1, p. 70; en la misma línea véase SCHREUER. *The ICSID Convention: A Commentary*, párrafos 113 a 121.

<sup>42</sup> McLACHLAN, Campbell *et al. International Investment Arbitration-Substantive Principles*. Oxford: Oxford University Press, 2017, p.219.

El tribunal en Fedax señaló:

Las características básicas de una inversión deben considerar, cierta duración, cierta regularidad de ganancias y retornos, asunción de un riesgo, compromiso sustancial, y un aporte significativo al desarrollo del Estado Receptor de la inversión.<sup>43</sup>

Posteriormente, los criterios fijados por el tribunal en Fedax fueron tomados por el tribunal en *Salini c/ Marruecos (2001)*, criterios que desde su aplicación en el caso *Salini* han sido conocidos como el «criterio de Salini». En dicho caso, la disputa surgió con ocasión de un contrato para la construcción de una autopista en Marruecos. El tratado aplicable era el TBI entre Italia y Marruecos (1990). Marruecos objetó la jurisdiccional del tribunal arbitral señalando que la actividad en cuestión era un contrato de servicios por lo que no debía considerarse como una inversión.

El tribunal consideró cuatro de los cinco criterios fijados por el tribunal en *Fedax c/ Venezuela*, y determinó que sí existía una inversión de acuerdo con el artículo 25 del Convenio CIADI. En lo relevante el tribunal sentenció que:

La doctrina considera generalmente que una inversión supone: contribuciones, cierta duración en la ejecución del contrato y la participación de los riesgos de la actividad. De una lectura del Preámbulo del Convenio [CIADI], se puede añadir como requisito una contribución al desarrollo de la economía del Estado Receptor de la inversión.<sup>44</sup>

El tribunal en *Salini* estimó que la ponderación de estos requisitos es un ejercicio holístico que debe realizar el tribunal arbitral.<sup>45</sup>

El laudo en *Salini c/ Marruecos* fijó ciertos criterios que debe cumplir la actividad desarrollada por el inversionista para que sea calificada como inversión. Así, aplicando dichos criterios, el comité de anulación en el caso *Patrick Mitchell c/ República Democrática del Congo (2006)*,<sup>46</sup> desechó el reclamo del inversionista por que la actividad desarrollada por el demandante no contribuía al desarrollo económico del Estado anfitrión.

El demandante, Patrick Mitchell era un abogado estadounidense que instaló una firma de abogados en la República Democrática del Congo. En el año 1999; y, en virtud de una orden del tribunal militar de ese país, las propiedades y bienes del señor Mitchell fueron confiscados.

El señor Mitchell demandó al Estado anfitrión ante el CIADI y el tribunal arbitral acogió la demanda, condenando a la República Democrática del Congo, entre otras cosas, a pagar USD 750,000.00. La demandada presentó una solicitud de anulación del laudo en virtud del artículo 52 del Convenio CIADI.

El Comité de Anulación estuvo por dejar sin efecto el laudo. El Comité, entre otras cosas, determinó que la actividad del señor Mitchell no representaba una contribución al desarrollo de la economía del Estado anfitrión.<sup>47</sup> El Comité hizo énfasis en diferenciar el cumplimiento de lo establecido en el tratado aplicable y el Convenio CIADI para efectos de determinar la jurisdicción del tribunal.<sup>48</sup> Para dicho efecto, el Comité, al anular el laudo, distinguió entre la satisfacción de los requerimientos de la noción de inversión a la luz del tratado y aquellos del Convenio CIADI.

Seguidamente, el Comité analizó el elemento de contribución de la actividad al desarrollo económico del Estado anfitrión para su calificación como inversión. El Comité señaló que los servicios prestados por la firma de abogados del señor Mitchell no representaba una contribución al desarrollo

<sup>43</sup> *Fedax vs. Venezuela. ICSID Case n.º ARB/96/3*. Decisión sobre jurisdicción de fecha 11 de julio de 1997, párrafo 43.

<sup>44</sup> *Salini Costruttori SpA vs. Marruecos. ICSID Case n.º ARB00/4*. Decisión de jurisdicción de fecha 31 de julio de 2001, párrafo 52.

<sup>45</sup> *Salini Costruttori SpA vs. Marruecos. ICSID Case n.º ARB00/4*. Decisión de jurisdicción de fecha 31 de julio de 2001, párrafos 51-52.

<sup>46</sup> *Patrick Mitchell vs. Congo. ICSID Case n.º ARB/99/7*.

<sup>47</sup> *Patrick Mitchell vs. Congo. ICSID Case n.º ARB/99/7*. Decisión del Comité de Anulación, párrafo 41.

<sup>48</sup> *Patrick Mitchell vs. Congo. ICSID Case n.º ARB/99/7*. Decisión del Comité de Anulación, párrafo 36.

económico de la República Democrática del Congo, ya que no se acreditó que los intereses del Estado anfitrión formaban parte o se encontraban presentes en la prestación de los servicios jurídicos.<sup>49</sup> Por ejemplo, sostuvo el Comité, no se acreditó que la firma asesoraba al Estado anfitrión o asesoraba a inversionistas extranjeros en el Estado anfitrión.<sup>50</sup>

El tribunal en el caso *Joy Mining c/ Egipto (2004)*, también determinó que la actividad del inversionista no cumplía con los criterios fijados por el tribunal en *Salini c/ Marruecos*. La disputa en el caso *Joy Mining* se centró en determinar si la garantía bancaria otorgada por un inversionista a efectos de asegurar el cumplimiento de un contrato constituye una inversión. El tribunal, después de señalar los criterios para que una actividad califique como inversión a la luz del artículo 25 (1) del Convenio CIADI, determinó que el análisis de cumplimiento de criterios es casuístico según los hechos presentados ante el tribunal.<sup>51</sup> El tribunal razonó que debe analizarse la actividad del inversionista de manera global, como un todo y no de manera aislada.<sup>52</sup>

El tribunal resolvió que ninguno de los criterios para que la actividad califique como inversión según el artículo 25 (1) del Convenio CIADI se encontraban satisfechos. Así: (i) la duración de la actividad no era suficiente, ya que el precio del contrato fue íntegramente pagado en una fase temprana de su ejecución y por lo tanto no existe retorno de utilidades; (ii) el riesgo asumido por el inversionista no era diferente al riesgo de cualquier transacción comercial; (iii) el precio del contrato y de la garantía bancaria era significativas pero solo un porcentaje menor en comparación al proyecto que relacionado al contrato en cuestión; (iv) que el contrato en cuestión no contribuye al desarrollo económico del país.<sup>53</sup>

Es importante destacar que el criterio fijado en *Salini*, como un criterio objetivo de la noción de inversión para efectos de satisfacer el consentimiento del Estado anfitrión, en el marco de Convenio CIADI, ha sido aplicado de manera flexible por los tribunales arbitrales de acuerdo a las circunstancias de cada caso. Sin embargo, las bases objetivas sentadas por el tribunal en *Salini* se pueden apreciar en la mayoría<sup>54</sup> de los laudos de los tribunales CIADI.

Los tribunales en *Garavagzi c Rumania (2015)*,<sup>55</sup> *Phoenix Action c/ La República Checa (200)*,<sup>56</sup> *Eiser c/ España (2017)*<sup>57</sup> y *Adamkopulos c/ Chipre (2020)*<sup>58</sup> han aplicado como base los criterios objetivos de la noción de inversión fijados por *Salini c/ Marruecos*, aplicándolos de manera flexible según los hechos y particularidades del caso.<sup>59</sup>

El tribunal en *Garavagzi* aplicó los criterios establecidos por el tribunal en *Salini*.<sup>60</sup> Sin embargo, se detuvo en el requisito de contribución del desarrollo del Estado anfitrión, aplicando dicho requisito de manera flexible. El tribunal, señaló que la contribución al desarrollo del Estado anfitrión no es un requisito *sine qua non* para que la actividad califique como inversión.<sup>61</sup> El tribunal razonó que, si ese fuese el caso, una actividad que ha sido detenida tempranamente de manera indebida por parte de un

<sup>49</sup> *Patrick Mitchell vs. Congo. ICSID Case n.º ARB/99/7*. Decisión del Comité de Anulación, párrafo 39.

<sup>50</sup> *Patrick Mitchell vs. Congo. ICSID Case n.º ARB/99/7*. Decisión del Comité de Anulación, párrafo 39.

<sup>51</sup> *Joy Mining vs. Egipto. ICSID Case n.º ARB/03/11*. Decisión sobre jurisdicción de fecha 6 de agosto de 2004, párrafo 53.

<sup>52</sup> *Joy Mining vs. Egipto. ICSID Case n.º ARB/03/11*. Decisión sobre jurisdicción de fecha 6 de agosto de 2004, párrafo 54.

<sup>53</sup> *Joy Mining vs. Egipto. ICSID Case n.º ARB/03/11*. Decisión sobre jurisdicción de fecha 6 de agosto de 2004, párrafo 57.

<sup>54</sup> Decimos que la mayoría, ya que como veremos más adelante, existe jurisprudencia de tribunales CIADI que han sostenido que, una satisfecha la noción de inversión del tratado aplicable, se cumple con el artículo 25 (1) del Convenio CIADI.

<sup>55</sup> *Marco Garavagzi and Stefano Garavagzi vs. Romania. ICSID Case n.º ARB/12/25*. Decisión de jurisdicción, admisibilidad y responsabilidad de fecha 21 de abril de 2015.

<sup>56</sup> *Phoenix vs. República Checa. ICSID Case n.º ARB/06/05*.

<sup>57</sup> *Eiser vs. España. ICSID Case n.º ARB/13/36*.

<sup>58</sup> *Theodoros Adamkopoulos y otros vs. Chipre. ICSID Case n.º ARB/15/49*.

<sup>59</sup> En ese sentido, también *Jan de Nul vs. Egipto. ICSID Case n.º ARB/04/13*; *Mr. Franz Sedelmayer vs. The Russian Federation. SCC Case*.

<sup>60</sup> *Marco Garavagzi and Stefano Garavagzi vs. Romania*. Decisión de jurisdicción, admisibilidad y responsabilidad de fecha 21 de abril de 2015, párrafo 96.

<sup>61</sup> *Marco Garavagzi and Stefano Garavagzi vs. Romania*. Decisión de jurisdicción, admisibilidad y responsabilidad de fecha 21 de abril de 2015, párrafo 114.

Estado anfitrión podría nunca calificar como una inversión protegida.<sup>62</sup> Así, el análisis de la contribución no debe realizarse *ex post facto*.<sup>63</sup>

A fin de cuentas, el tribunal en *Garavaghi*, flexibilizó el criterio de la contribución al Estado anfitrión, fijándose en la potencialidad de la actividad del inversionista para contribuir al desarrollo. Dicha potencialidad debe analizarse después de ocurridos los hechos, aplicando un criterio del curso adecuado de las cosas. De lo contrario, la contribución al Estado anfitrión no se verificaría y dependería de la voluntad del Estado anfitrión.

En el caso *Phoenix c/ La República Checa*, el tribunal analizó igualmente la noción de inversión bajo el criterio de *Salini*. El tribunal señaló que la contribución de una inversión al desarrollo del Estado anfitrión es casi imposible de determinar, y que un acercamiento menos ambicioso al requisito debería ser tenido en consideración. Dicho acercamiento consiste en determinar la contribución a la economía del Estado anfitrión de la inversión.<sup>64</sup>

Sin embargo, el tribunal en *Phoenix* fue más allá. El tribunal determinó que, además de los requisitos fijados por el tribunal en *Salini*, la inversión debía ser realizada de acuerdo con la legislación del Estado anfitrión y de buena fe.<sup>65</sup> El tribunal sostuvo que la buena fe es un principio general del derecho internacional,<sup>66</sup> y que, como tal, debe ser aplicado en el sistema de resolución de controversias del CIADI. El tribunal determinó que la actividad económica no era una inversión protegida bajo el Convenio CIADI por ser contraria a la buena fe, ya que los actos previos realizados por el demandante para adquirir la actividad económica fueron ejecutados con el solo propósito de obtener acceso al sistema de solución de controversias del CIADI.<sup>67</sup> En efecto, en este caso, *Phoenix* (entidad incorporada en Israel) adquirió entidades checas que ya se encontraban en disputas con dicho Estado, con el objeto de poder recurrir al arbitraje internacional, particularmente, al CIADI.

El tribunal en *Eiser c/ España*, centró su análisis en los requisitos de: (i) inyección de capital significativo; (ii) la actividad económica tuvo una duración sustancial; (iii) el inversionista asumió riesgo.<sup>68</sup> El tribunal no ahondó en el estándar aplicable a cada uno de los requisitos que analizó. Sin embargo, de los hechos analizados, se puede desprender que los montos invertidos, la duración y el riesgo asumido por el inversionista no eran menores.

En efecto, de la lectura del Laudo, se desprende que los demandantes invirtieron al menos, 124 millones de euros, la duración de la actividad fue de al menos 5 años; y el riesgo asumido fue sustancial, en atención a que, debido a las medidas adoptadas por el Estado anfitrión, la inversión habría perdido prácticamente todo su valor.

Por otro lado, el tribunal en *Adamkopulos c/ Chipre*, determinó que el criterio de *Salini* debe ser aplicado de manera holística.<sup>69</sup> En el caso, la actividad que se analizó para efectos de determinar si era una inversión protegida, consistían en depósitos y en instrumentos financieros en el Banco Laiki en Chipre. Frente a una objeción de jurisdicción del Estado anfitrión, el tribunal debió determinar si dicha actividad se encontraba protegida bajo el artículo 25 (1) del Convenio CIADI.

La aproximación del tribunal frente a la noción de inversión del Convenio CIADI fue flexible. El tribunal determinó que los contornos del artículo 25 (1), aun aplicando los criterios de *Salini*, no

<sup>62</sup> *Marco Garavaghi and Stefano Garavaghi vs. Romania*. Decisión de jurisdicción, admisibilidad y responsabilidad de fecha 21 de abril de 2015, párrafo 114.

<sup>63</sup> *Marco Garavaghi and Stefano Garavaghi vs. Romania*. Decisión de jurisdicción, admisibilidad y responsabilidad de fecha 21 de abril de 2015, párrafo 114.

<sup>64</sup> *Phoenix vs. República Checa. ICSID Case n.º ARB/06/05* de fecha 15 de abril de 2009, párrafos 85.

<sup>65</sup> *Phoenix vs. República Checa. ICSID Case n.º ARB/06/05* de fecha 15 de abril de 2009, párrafos 114.

<sup>66</sup> *Phoenix vs. República Checa. ICSID Case n.º ARB/06/05* de fecha 15 de abril de 2009, párrafos 107.

<sup>67</sup> *Phoenix vs. República Checa. ICSID Case n.º ARB/06/05* de fecha 15 de abril de 2009, párrafos 140; 143-144.

<sup>68</sup> *Eiser vs. España. ICSID Case n.º ARB/13/36*. Laudo de fecha 4 de mayo de 2017, párrafos 228-230.

<sup>69</sup> *Theodoros Adamkopoulos y otros vs. Chipre. ICSID Case n.º ARB/15/49*. Decisión de jurisdicción de fecha 7 de febrero de 2020, párrafo 294.

debe ser de carácter rígido. La aproximación holística consistió en interpretar la noción de inversión de acuerdo a las reglas de interpretación del derecho internacional; y de acuerdo a las circunstancias del caso.<sup>70</sup> Aplicando lo anterior, y con ocasión del elemento de la duración, el tribunal razonó que, si bien algunos instrumentos financieros estuvieron en posesión de los inversionistas por un breve período de tiempo, no cambia la circunstancia de que los demandantes tienen derecho a una presunción de duración indefinida, y con una expectativa de ganancia.<sup>71</sup> En consecuencia, la objeción de jurisdicción fue rechazada.

Hasta ahora, hemos revisado el llamado *double barreled test* de la noción de inversión en virtud de la aplicación del Convenio CIADI en base a los criterios fijados por el tribunal en *Salini*. Sin embargo, debemos señalar que algunos tribunales se han enfocado en la noción de inversión del tratado específico en los hechos aplicable, para dar por satisfecha la noción de inversión del artículo 25 (1) del Convenio CIADI.

Hacemos notar que estos tribunales han hecho hincapié en que existen los dos estándares jurisdiccionales o lo que hemos llamado el *double barreled test*; el matiz, son los criterios utilizados para dar por cumplido el requisito jurisdiccional del Convenio CIADI. Así, el tribunal en *BIVAC c/ Paraguay* (2009), sostuvo que, si bien, los tribunales tienen cierto margen de apreciación de la noción de inversión, este no es ilimitado, y debe tener una apreciación objetiva.<sup>72</sup>

En lo que respecta al cumplimiento del artículo 25 (1) del Convenio, el tribunal señaló:

Habiendo concluido que BIVAC efectuó una «inversión» en el sentido dado a ese término por el TBI, se plantea la cuestión de si se llega a una conclusión diferente en virtud del sentido que dé al término «inversión» el Convenio del CIADI. Desde el punto de vista formal, la cuestión puede plantearse en los términos siguientes: ¿va la definición contenida en el TBI más allá de lo que permite el Convenio? Estructurada de ese modo la respuesta es manifestamente negativa. La definición contenida en el TBI sigue el enfoque adoptado en muchos otros TBI celebrados en todo el mundo. El Paraguay tendría que alegar que su propio TBI es incompatible con los requisitos del Convenio del CIADI, y ha optado, razonablemente, por no seguir ese camino.<sup>73</sup>

Por último, para terminar esta sección y marcar el contra punto con la noción de inversión fuera del sistema del Convenio CIADI; hacemos presente que, para la determinación de la noción de inversión, no sería necesario cumplir con el *double barreled test*; y, por lo tanto, bastaría con cumplir con la definición de inversión del tratado aplicable.<sup>74</sup>

En el caso *Petrobart c/ Kirguistán* (2005),<sup>75</sup> seguido ante la SCC, el tribunal se limitó a analizar la noción de inversión en el tratado aplicable, el tratado era la Carta de Energía («ECT» por sus siglas en inglés).

En *Petrobart*, la disputa surgió de un contrato de compraventa de 200 toneladas de gas condensado por un período de doce meses. Para determinar si la actividad era una inversión protegida, el tribunal se basó en el ECT. El tribunal interpretó los literales (c) y (f) del artículo 1 (6) del ECT en virtud del artículo 31 (1) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.<sup>76</sup> Así, el tribunal, a la luz de los artículos pertinentes del ECT, desechó la objeción de jurisdicción.

<sup>70</sup> *Theodoros Adamkopoulos y otros vs. Chipre. ICSID Case n.º ARB/15/49*. Decisión de jurisdicción de fecha 7 de febrero de 2020, párrafo 294.

<sup>71</sup> *Theodoros Adamkopoulos y otros vs. Chipre. ICSID Case n.º ARB/15/49*. Decisión de jurisdicción de fecha 7 de febrero de 2020, párrafo 295.

<sup>72</sup> *BIVAC vs. Paraguay. ICSID Case n.º ARB/07/09*. Decisión sobre jurisdicción de fecha 29 de mayo de 2009, párrafo 78.

<sup>73</sup> *BIVAC vs. Paraguay. ICSID Case n.º ARB/07/09*. Decisión sobre jurisdicción de fecha 29 de mayo de 2009, párrafo 94. En el mismo sentido *SGS vs. Pakistán. ICSID Case n.º ARB/01/13*. Decisión de jurisdicción de fecha 6 de agosto de 2003, párrafo 136; *SGS vs. Filipinas. ICSID Case n.º ARB/02/06*. Decisión de jurisdicción de fecha 29 de junio de 2004, párrafo 112.

<sup>74</sup> Nos referimos a este tema en términos condicionales «sería» y «bastaría», ya que en materia de arbitraje internacional no existe el precedente; y, por lo tanto, un tribunal fuera del sistema CIADI puede aplicar la noción de inversión del Convenio CIADI. En efecto, así ocurrió en el caso *Romak S.A. vs. La República Uzbekistán, CPA Case n.º AA280*.

<sup>75</sup> *Petrobart Limited vs. Kirguistán. SCC Case n.º 126/2003*. Laudo de fecha 29 de marzo de 2005.

<sup>76</sup> *Petrobart Limited vs. Kirguistán. SCC Case n.º 126/2003*. Laudo de fecha 29 de marzo de 2005, p. 72.

\*\*\*\*\*

El consentimiento necesario para someterse a arbitraje internacional puede ser calificado en cuanto a su materia. Respecto del arbitraje de inversión, dicha calificación guarda relación con la noción de inversión. Hemos visto que la noción de inversión dependerá de la actividad descrita en el instrumento aplicable, que es calificada como inversión. Pero, además, el foro arbitral acordado por las partes o escogido por el inversionista, según sea el caso, juega un rol importante sobre a la noción de inversión; ya que esta última tiene una calificación especial dependiendo del foro arbitral. Someterse a arbitraje bajo el Convenio CIADI, supone que el inversionista debe cumplir con una doble acreditación de la noción de inversión, también llamada como *double barreled test*.

La noción de inversión bajo el Convenio CIADI es de carácter objetiva. Los contornos de la noción objetiva es una consideración privativa del tribunal arbitral. Sin embargo, hemos visto que la base de la construcción de una noción objetiva fue sentada por los tribunales de *Fedax* y *Salini*. Los criterios fijados por dichos tribunales han sido tomados como base para la construir la noción de inversión del Convenio CIADI. Dichos criterios han sido aplicados de manera flexible y de acuerdo con los hechos particulares de cada caso. Con todo, no existiendo la doctrina del precedente en el arbitraje internacional, los tribunales no tienen la obligación de seguir ninguno de los criterios previamente asentados.

#### **4.2. *Condiciones al consentimiento: requerimientos procesales***

##### **4.2.1. *Período de enfriamiento, notificación de intención y renuncia***

La mayoría de los TII establecen un periodo dentro del cual las partes deben intentar resolver amigablemente -y a través de un mecanismo no adversarial de resolución de disputas- sus controversias antes de iniciar el arbitraje. Es lo que en derecho internacional se ha denominado como el «periodo de espera o enfriamiento» de la disputa (cooling-off requirement).<sup>77</sup>

Por ejemplo, el CPTPP dispone en sus artículos 9.18.1 y 9.19.1(a) que:

*En caso de una controversia relativa a una inversión, el demandante y el demandado deben primero tratar de solucionar la controversia mediante consultas y negociación, que puede incluir el uso de procedimientos de carácter no vinculante ante terceros, tales como buenos oficios, conciliación o mediación [...].*

*Si una controversia relativa a una inversión no ha sido resuelta dentro de los seis meses [...] el demandante, por cuenta propia, podrá someter a arbitraje [...].*

Es usualmente contemplado en los TII, un periodo de espera de 6 meses. Sin embargo, este puede ser un plazo menor o mayor. Por ejemplo, en el TBI Chile-Países Bajos (1998), se estableció un periodo de tres meses. Por otro lado, en el TBI Líbano-Eslovaquia (2009), se estableció un periodo de doce meses.

La finalidad del periodo de enfriamiento es entregar al Estado anfitrión la oportunidad de solucionar la controversia antes de que la disputa se judicialice y el inversionista la someta a arbitraje. Por ejemplo, el artículo 8.22 del Acuerdo Comercial entre Argentina y Chile (2017), prescribe que el inversionista debe enviar al Estado anfitrión una consulta por escrito, incluyendo, entre otras cosas, «las disposiciones [del capítulo de Inversiones] presuntamente incumplidas [...]; las cuestiones de hecho y

<sup>77</sup> Esta aproximación no contenciosa a los conflictos entre inversionistas y Estados se contempla en diversos TBI. Solo a modo de ejemplo, podemos citar al Acuerdo entre la República de Chile y El Reino de España para la Protección y Fomento recíprocos de Inversiones (1991), el que en su artículo 10, establece que «toda controversia relativa a las inversiones, en el sentido del presente Tratado, entre una Parte contratante y un inversionista de la otra Parte contratante será, en la medida de lo posible, solucionada por consultas amistosas entre las dos partes en la controversia».

de derecho en que se funda la reclamación, y [...] la reparación que se solicita y el monto aproximado de los daños reclamados».

En este punto, debe recordarse que la consulta es la acción que en derecho internacional toma normalmente un Estado o inversionista extranjero, para informar a otro Estado respecto de alguna acción que se quiere o será tomada, y que podría afectar los intereses del último. El particular valor de la consulta es proporcionar información útil en un momento apropiado; *e.g.*, antes de que la eventual controversia se judicialice o escale en su gravedad.

Por medio de la consulta, el inversionista consultante tiene la posibilidad de dar su punto de vista en la acción que se pretende tomar; y, para efectos del Estado consultado, se genera la oportunidad de realizar cambios en la etapa de toma de decisión de las medidas a adoptar; cuestión que, evidentemente, resulta más fácil y menos gravosa que luego de que aquellas ya han sido implementadas.<sup>78</sup>

De este modo, la descripción y notificación de los elementos de hecho por los cuales se alegue una eventual infracción a un TII será lo que entregue las bases al Estado anfitrión para aproximarse de manera adecuada a una posible solución amistosa a la controversia con el inversionista.

#### **4.2.2. *La búsqueda de una salida amigable al conflicto: obligación de mejores esfuerzos y su cómputo***

Cabe preguntarse, entonces, cuáles son los efectos que tienen estas cláusulas de resolución amistosa de conflictos sobre el arbitraje. En *Teinver c/ Argentina* (2012), el tribunal sostuvo que la búsqueda de una solución amigable al conflicto —a través del empleo de los medios diplomáticos de resolución de controversias— constituye una obligación de mejores esfuerzos previa al arbitraje.

Según el tribunal, aquello implica que las partes, tras el envío de la primera solicitud de consulta que se establecen en los TII, no pueden quedarse de brazos cruzados durante el período de enfriamiento a la espera de la llegada de un eventual acuerdo. Al contrario, deben efectuar todo lo que esté a su alcance para arribar a dicho arreglo:

El tribunal está de acuerdo con las demandantes en que el artículo X(1) puede interpretarse razonablemente como *una obligación de mejorar esfuerzo que obliga a las Partes a intentar resolver amigablemente su controversia*. No obstante ello, sería demasiado literal interpretar la disposición del Artículo X(2) de que «no pudiera ser dirimida dentro del plazo de seis meses» como una simple exigencia de que las Partes deban esperar seis meses desde iniciada la controversia antes de proceder al próximo paso en el proceso de resolución de controversias. La interpretación más natural del artículo X(1) y (2) leído de forma conjunta, es que las Partes deben hacer cuanto esté a su alcance para resolver amigablemente la controversia, y que deben hacerlo durante seis meses antes de proceder a la etapa siguiente.<sup>79</sup>

El mismo tribunal sostuvo que, para dar cuenta del cumplimiento del plazo de seis meses del período de espera, su cómputo inicia no desde la supuesta fecha en que el inversionista indica que el Estado anfitrión habría incumplido el TBI, sino desde que ha existido una efectiva comunicación de aquel hecho. En definitiva, el tribunal requirió que al menos las partes hubieran mantenido un intercambio de opiniones respecto de la supuesta infracción del TBI:

En la medida en que el requisito de los seis meses tiene por objeto ofrecer al estado receptor la oportunidad de resolver el problema antes de someter la controversia a arbitraje, si se computara el plazo desde la fecha del incumplimiento, este objetivo no se cumpliría. *Sin un intercambio de*

<sup>78</sup> MERRILLS, John G. *International Dispute Settlement*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017, p. 3.

<sup>79</sup> *Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. y Autobuses Urbanos del Sur S.A. vs. La República Argentina*. Caso Ciadi n.º ARB/09/1, 21 de diciembre de 2012, párrafo 108.

*opiniones, la demandada no podría haber tenido idea de que el inversor consideraba que la demandada había incurrido en incumplimiento.*<sup>80</sup>

Sin embargo, existen TII que hacen este requerimiento aún más formal. En otros términos, no basta un intercambio de opiniones sobre la disputa. Por ejemplo, conforme al artículo 9.18.2 CPTPP, el demandante debe, efectivamente, «entregar al demandado una solicitud por escrito para la realización de consultas, incluyendo una breve descripción de los hechos relativos a la medida o medidas en cuestión».

Luego de ello, los tribunales de inversión deberán sopesar el cumplimiento de esta obligación de acuerdo con el comportamiento de las partes a lo largo del período de enfriamiento, pues, tal como lo establece el artículo 9.18.3 CPTPP, el mero inicio o desarrollo de consultas y negociaciones (o procesos de conciliación, mediación o buenos oficios), no otorga *per se* jurisdicción al tribunal arbitral que en definitiva resolverá la disputa de no ser posible alcanzar un arreglo previo.

#### **4.2.3. *Tendencia jurisprudencial estricta: falta de jurisdicción del tribunal de inversión***

La jurisprudencia del derecho de inversión ha demostrado la importancia de observar estas exigencias y requerimientos antes de comenzar cualquier procedimiento arbitral. Esto, al punto de que algunos tribunales han fallado carecer de jurisdicción ante el incumplimiento del período de espera por parte del inversionista; dado que aquellos serían parte de una regla que condicionaría el consentimiento del Estado anfitrión para someter la controversia a arbitraje.<sup>81</sup>

En *Burlington Resources Inc. vs. Ecuador (2010)*, la República del Ecuador, en el contexto de una disputa en el marco del TBI Ecuador-Estados Unidos (1993), argumentó precisamente que el demandante no habría observado la obligación de realizar la consulta y de negociar previamente por un período de seis meses antes de iniciar el arbitraje. El tribunal de inversión decidió que:

*Al imponer a los inversores una obligación de expresar sus desacuerdos, al menos, con una antelación de seis meses a la sumisión a arbitraje de una controversia relativa a una inversión, el tratado, efectivamente, le acuerda a los Estados receptores el derecho a ser informados de la controversia al menos seis meses antes de que sea sometida a arbitraje. El propósito de este derecho es conceder al Estado receptor la oportunidad de solucionar la controversia antes de que el inversor someta la controversia a arbitraje. En este caso, la demandante privó al Estado receptor de esta oportunidad. Ello es suficiente para negar jurisdicción.*<sup>82</sup>

En sentido similar, el tribunal arbitral en *Murphy Exploration and Production Company International vs. República del Ecuador (2010)*, también sobre la base del TBI Ecuador - Estados Unidos (1993), estableció que el período *cooling-off* no es optativo para el inversionista; quien se encuentran obligado a realizar los procesos de consulta y negociación para poder estar habilitado para iniciar un arbitraje CIADI:

*A juicio de este tribunal, la exigencia de que las partes deban procurar intentar resolver su controversia, mediante consultas y negociaciones, durante un período de seis meses, no es, como pretende la demandante y han sostenido algunos tribunales «una regla procesal» o una etapa «de naturaleza no obligatoria y procesal» que el interesado puede satisfacer o no. Por lo contrario, se trata de un*

<sup>80</sup> *Teíver S.A., Transportes de Cerámicas y Autobuses Urbanos del Sur S.A. vs. La República de Argentina.* Caso CIADI n.º ARB/09/1, 21 de diciembre de 2012, párrafo 111.

<sup>81</sup> Así fue decidido por el tribunal en *Guaruchi America, INC vs. El Estado Plurinacional de Bolivia*, al establecer que «la redacción explícita, que exige una notificación escrita y el vencimiento de un período de seis meses desde esa notificación, lleva al tribunal a considerar que el “período de negociación previa” limita el consentimiento de las Partes contratantes al arbitraje internacional». *Guaruchi America, INC y Rarelec PLC vs. El Estado Plurinacional de Bolivia (2014)*. Caso CPA n.º 2011-17, 31 de enero de 2014, párrafo 388. En un sentido similar, el tribunal de *Enron vs. Argentina* sentenció que “aquel requerimiento, desde el punto de vista de este tribunal, es uno de naturaleza jurisdiccional. El incumplimiento a aquel requerimiento resultaría en una declaración de falta de jurisdicción”. *Enron Corp. and Ponderosa Assets, LP vs. Argentina. Decisión sobre jurisdicción. ICYID Case n.º ARB/01/3*, párrafo 88.

<sup>82</sup> *Burlington Resources Inc. vs. República del Ecuador (2010)*. Caso CIADI n.º ARB/08/5, 2 de junio de 2010, párrafo 315.

*requisito fundamental que debe cumplir, obligatoriamente, la parte demandante, antes de presentar un arbitraje conforme a las normas del CIADI.<sup>83</sup>*

En un fallo más reciente, el tribunal en *Supervisión y Control, S.A. vs. The Republic of Costa Rica* (2017), confirmó la jurisprudencia de los tribunales que conocieron las reclamaciones en contra de Ecuador, pero esta vez en el marco del TBI Costa Rica-España (1999), estableciendo que, el no realizar la notificación de la consulta, ni efectuar las negociaciones previas al arbitraje, constituye una violación del tratado que implica que cualquier reclamación en infracción a dichos requisitos resultará inadmisible de ser conocida en el arbitraje:

El tribunal desea recordar la importancia de *una notificación adecuada, que es un elemento importante del consentimiento del Estado al arbitraje*. En efecto, una notificación adecuada permite al Estado examinar y posiblemente resolver la controversia mediante la negociación. El hecho de no notificar debidamente al Estado receptor de la inversión de la existencia de una controversia *constituye una violación del artículo XI.1 del Tratado. Esto implica que cualquier reclamación que no haya sido notificada es inadmisible* en el procedimiento respectivo, porque no se ha agotado el proceso de negociación previo acordado por las partes.<sup>84</sup>

#### **4.2.4. *Tendencia jurisprudencial flexible: no constituye un requisito jurisdiccional***

No obstante, en la jurisprudencia de inversión es posible encontrar decisiones más flexibles respecto a la materia. En dichos casos, los tribunales consideraron al período de *cooling-off* como una mera formalidad (una regla o directriz procesal), y no un requisito de carácter obligatorio que pueda obstar a la jurisdicción del tribunal, ni impactar en el consentimiento de las partes para arbitrar.<sup>85</sup>

En efecto, el tribunal en *Bayindir Insaat vs. Pakistán* (2005), sobre la base del TBI Pakistán-Turquía (1995), decidió que la notificación de la consulta, para efectos de dar inicio al período de espera, no era un requerimiento jurisdiccional:

El tribunal observa que Pakistán no ha negado que el objetivo principal del artículo VII del TBI es prever la posibilidad de una solución de la controversia. En opinión del tribunal, *la finalidad del requisito de notificación es permitir las negociaciones entre las partes que puedan conducir a una solución*. Es significativo que el artículo VII(2) no diga que estas controversias *se resuelvan* en un plazo de seis meses, sino que *«no puedan resolverse»* en un plazo de seis meses, cuya redacción implica una expectativa de que se realicen intentos de solución [...]. *El tribunal está de acuerdo con la opinión de que el requisito de notificación no constituye un requisito previo a la jurisdicción*. Contrariamente a la posición de Pakistán, el incumplimiento de este requisito no es «fatal para el caso del demandante» (Tr. J., 222:34). Como señaló Bayindir, exigir una notificación formal significaría simplemente que *Bayindir tendría que presentar una nueva solicitud de arbitraje y reiniciar todo el procedimiento, lo que no beneficiaría a nadie* (Tr. J., 184:18 y ss.).<sup>86</sup>

En sentido similar, el tribunal en *Birwater Gauff vs. Tanzania* (2008), confirmó, sobre la base del TBI Tanzania-Reino Unido (1994), que el período de espera no constitúa una fuente de su jurisdicción, sino que, simplemente, una cláusula de naturaleza procesal no obligatoria:<sup>87</sup>

<sup>83</sup> *Murphy Exploration and Production Company International vs. República del Ecuador* (2010). Caso CIADI n.º ARB/08/4, 15 de diciembre de 2010, párrafo 149.

<sup>84</sup> *Supervisión y Control, S.A. vs. The Republic of Costa Rica* (2017). ICSID Case n.º ARB/12/4, January 18, 2017, párrafos 339-340.

<sup>85</sup> REDIFERN, Alan y Martin HUNTER. *International Arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 459. El tribunal en *Ronald S. Lauder vs. The Czech Republic*, también acogió esta tendencia jurisprudencial: «However, the arbitral tribunal considers that this requirement of a six-month waiting period of article VI(3)(a) of the Treaty is not a jurisdictional provision, i.e. a limit set to the authority of the arbitral tribunal to decide on the merits of the dispute, but a procedural rule that must be satisfied by the claimant. As stated above, the purpose of this rule is to allow the parties to engage in good-faith negotiations before initiating arbitration [...]. To insist that the arbitration proceedings cannot be commenced until 6 months after the [...] Notice of arbitration would, in the circumstances of this case, amount to an unnecessary, overly formalistic approach which would not serve to protect any legitimate interests of the Parties». *Ronald S. Lauder vs. The Czech Republic*. UNCITRAL, September 3, 2001, párrafos 187 y 190.

<sup>86</sup> *Bayindir Insaat Turizm Ticaret VE Sanayi A.S. vs. Islamic Republic of Pakistan*. ICSID Case n.º ARB/03/29, November 14, 2005, párrafos 98 y 100.

<sup>87</sup> En el mismo sentido: *Ronald S. Lauder vs. The Czech Republic. Final Award*, 3 de septiembre de 2001, pár. 188.

Sin embargo, en opinión del tribunal arbitral, interpretado correctamente, *este plazo de seis meses es de carácter procesal y orientativo, más que jurisdiccional y obligatorio*. Su objetivo subyacente es facilitar las oportunidades de llegar a un acuerdo amistoso. Su propósito no es impedir u obstruir los procedimientos de arbitraje, cuando dicha solución no es posible. *El incumplimiento del plazo de seis meses, por lo tanto, no impide que este tribunal arbitral proceda*. Si lo hiciera, la disposición tendría curiosos efectos, entre ellos:

- impedir la prosecución de una demanda, y obligar al demandante a no hacer nada hasta que hayan transcurrido los seis meses, incluso cuando las nuevas negociaciones sean evidentemente inútiles, o el acuerdo obviamente imposible por cualquier razón;
- obligar al demandante a reanudar un arbitraje iniciado demasiado pronto, aunque el plazo de seis meses haya transcurrido cuando el tribunal arbitral examine el asunto.<sup>88</sup>

#### 4.2.5. *Opinión doctrinal ecléctica*

En una línea similar a la anterior, el profesor Christoph Schreuer entrega una opinión práctica, pues, lo relevante para él sería determinar si dentro del periodo de enfriamiento las partes podrían o no arribar a un acuerdo.

En este contexto, el tribunal en *Guarachi America, INC vs. El Estado Plurinacional de Bolivia (2014)*, en el marco de los TBI Bolivia-Reino Unido (1988) y Bolivia-EE. UU. (1998), dio por asentado que las negociaciones entre las partes serían infructuosas. No obstante, al ser parte de las exigencias del periodo de espera establecido en el TBI, estas no podían ser sorteadas ni modificadas por el tribunal:

El tribunal está consciente de que las circunstancias particulares del presente caso podrían permitir suponer que aplicar el periodo general de negociación previa previsto por el TBI a los llamados «nuevos reclamos» constituiría una pérdida de tiempo. En efecto, el hecho de que Bolivia haya expropiado las inversiones de las demandantes lleva al tribunal a creer que los efectos prácticos del fundamento lógico detrás de la teoría y la regla de la negociación previa habrían sido, al final, inexistentes. Sin embargo, las demandantes tenían conocimiento absoluto de la regla en juego en este caso y no habría sido difícil cumplir con el periodo de negociación previa; lo que de hecho no ocurrió. El tribunal no tiene el mandato de «reescribir» el TBI.<sup>89</sup>

Entonces, de acuerdo con Schreurer, si tempranamente es sabido que las partes no podrán alcanzar un acuerdo, resultaría del todo innecesario y sumamente gravoso económico para las partes que estas sean remitidas por el tribunal arbitral a cumplir con el periodo de espera, en circunstancias que aquel intento resultará en vano:

La cuestión de si un periodo de espera obligatorio es jurisdiccional o procesal es de importancia secundaria. Lo que importa es si hubo o no una oportunidad prometedora de llegar a un acuerdo. No tendría mucho sentido declinar la jurisdicción y enviar a las partes de nuevo a la mesa de negociaciones si estas son obviamente inútiles. La negociación sigue siendo posible mientras el procedimiento de arbitraje esté pendiente. Incluso si la institución del arbitraje fuera prematura, obligar al demandante a iniciar un nuevo procedimiento sería una solución muy poco económica.<sup>90</sup>

\* \* \* \* \*

De esta manera, es posible concluir respecto del periodo de espera que:

- a) Las partes deben hacer todo lo que esté a su alcance durante el periodo de enfriamiento para resolver amigablemente la controversia a través de los medios diplomáticos de resolución de conflictos.

<sup>88</sup> *Bivater Gauff (Tanzania) Ltd. vs. United Republic of Tanzania. ICSID Case n.º ARB/05/22, July 24, 2008*, párrafo 343.

<sup>89</sup> *Guarachi America, INC y Rurelec PLC vs. El Estado Plurinacional de Bolivia*. Caso CPA n.º 2011-17, 31 de enero de 2014, párrafo 386.

<sup>90</sup> SCHREUER, Christoph. «Consent to arbitration». *The Oxford Handbook of International Investment Law*, 2008, p. 846.

- b) El cómputo del período de enfriamiento comenzará tras la efectiva entrega por parte del inversionista al Estado anfitrión, de una solicitud por escrito para la realización de consultas; incluyendo una breve descripción de los hechos relativos a la medida o medidas que implicarían una infracción al TII.
- c) La tendencia jurisprudencial que actualmente parece prevalecer es aquella que ha decidido que el cumplimiento del periodo de espera no es una simple «regla procesal» o una etapa de naturaleza no obligatoria para el inversionista, sino que un requisito fundamental que debe ser cumplido cabalmente. De contrario, el tribunal arbitral podría sentenciar carecer de jurisdicción, dado que el período de enfriamiento es considerado como una condición del consentimiento del Estado anfitrión para someter la controversia a arbitraje.
- d) Los tribunales de inversión deberán sopesar el cumplimiento de esta obligación de acuerdo con el comportamiento de las partes a lo largo del período de enfriamiento, ya que, conforme al tenor de ciertas cláusulas en los TII, el mero inicio o desarrollo de consultas y negociaciones no otorga, *per se*, jurisdicción al tribunal arbitral que en definitiva resolverá la disputa de no ser posible alcanzar un arreglo previo.

#### **4.3. Cláusula selecta una vía: fork-in-the-road and non-u-turn provisions**

Una de las principales preocupaciones de los Estados anfitriones, ha sido la existencia de procedimientos paralelos, dada la posibilidad de que los inversionistas puedan deducir un reclamo en múltiples foros por la misma violación o incumplimiento.

Normalmente, los TII ofrecen una serie de alternativas de foro para resolver conflictos.<sup>91</sup> Aqueellas opciones típicamente incluyen a los tribunales del Estado anfitrión, en conjunto con diversas formas y reglas de arbitraje.<sup>92</sup> Chile, en particular, propone en el artículo 8 del *Model BIT* (1994),<sup>93</sup> para el caso en que la consulta previa no haya servido para resolver la controversia, que el inversionista pueda presentar una reclamación ante el tribunal competente del Estado anfitrión o, substanciar la misma, en un arbitraje CIADI.

El problema, sin embargo, se centra en el hecho de que las reclamaciones duplicadas podrían obligar al Estado anfitrión a responder al mismo reclamo más de una vez, dar lugar a decisiones contradictorias y, en algunas circunstancias, incluso permitir una doble compensación por parte de los demandantes.<sup>94</sup>

De allí que la mayoría de los TII aborden este problema introduciendo cláusulas que exigen al inversionista que decida si la controversia se resolverá en los tribunales nacionales o a través de un arbitraje internacional. La elección por uno de dichos foros puede, por expresa disposición del TII, precluir la posibilidad de elegir otro bajo el principio denominado *electa una vía, non datur recursus ad alteram*.

<sup>91</sup> LIM, Chin Leng, Jean HO y Martins PAPARINSKIS. *International Investment Law and Arbitration*. Cambridge University Press, 2021, 2<sup>nd</sup> ed., p. 100.

<sup>92</sup> De acuerdo a MCLACHLAN *et al.* (2017), p. 48, «this type of dispute settlement clause may thus be described as a ‘cafeteria style’ approach. It gives the investor a choice between a range of different dispute settlement fora, including the courts of the host State, and a number of arbitral tribunals».

<sup>93</sup> En su versión en inglés, el artículo 8 *Model BIT*, dispone lo siguiente: «(2) If these consultations do not result in a solution within three months from the date of request for settlement, the investor may submit the dispute either; (a) to the competent tribunal of the Contracting Party in whose territory the investment was made; or (b) to international arbitration of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes (ICSID), created by the Convention for the Settlement of Disputes in respect of Investments occurring between States and Nationals of other States, signed in Washington on March 18, 1965. (3) Once the investor has submitted the dispute to the competent tribunal of the Contracting Party in whose territory the investment was made or to international arbitration, that election shall be final».

<sup>94</sup> UNCTAD (2014). *Investor-State Dispute Settlement. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II*. New York and Geneva: United Nations, pp. 86-87.

Dos técnicas se han utilizado en los más recientes TII para limitar las opciones de los inversionistas para elegir un mecanismo de resolución de controversias:

- a) La primera, requiere que el inversionista elija un mecanismo de resolución de disputas *ab initio*, lo que luego le impide (*estops*) volver a litigar el conflicto en otro foro. La elección de parte del inversionista ha sido denominada a nivel comparado bajo el concepto de *fork in the road*.<sup>95</sup>
- b) La segunda técnica no requiere de una elección previa. En su lugar, el inversionista puede emplear todos los mecanismos jurídicos disponibles en los tribunales del Estado anfitrión u en otros foros. Sin embargo, una vez escogido el arbitraje de inversión, renuncia a la posibilidad de buscar una solución a la controversia en un foro diferente. Es lo denominado en derecho internacional como cláusulas *no-u-turn* o *waiver*.<sup>96</sup> En la práctica, el inversionista pudo haber iniciado un procedimiento contencioso en los tribunales domésticos del Estado anfitrión, pero para el caso que quiera iniciar un arbitraje internacional en contra del mismo Estado anfitrión, debe renunciar al procedimiento local.

En definitiva, ambos tipos de cláusulas pretenden evitar la existencia de reclamaciones múltiples, al menos una vez iniciado el arbitraje de inversión. En ambos casos, el demandante estará impedido por el tratado de presentar, o se le habrá exigido primero que renuncie a sus derechos para presentar, otra serie de procedimientos en foros diversos.<sup>97</sup>

#### 4.3.1. Fork-in-the-road provisions

Estas cláusulas de «bifurcación», también conocidas por su terminología anglosajona como *fork-in-the-road*, otorgan al inversionista la alternativa entre someter la disputa a la justicia local del Estado anfitrión o al arbitraje internacional. Sin embargo, una vez realizada la elección, aquella resultará definitiva. Por lo tanto, si el inversionista extranjero ha optado por los tribunales internos para resolver la contienda, implica, necesariamente, que ha renunciado a la posibilidad de que la disputa sea sometida a arbitraje internacional.<sup>98</sup> Esto representa una marcada diferencia con respecto a la posición de los procedimientos de protección diplomática, en la que un inversionista se ve obligado a agotar todos los recursos alternativos disponibles antes de que su Estado pueda hacer valer la reclamación en su nombre.<sup>99</sup>

Entonces, en aplicación de las cláusulas electa una vía, la búsqueda de un recurso ante un tribunal nacional haría que el demandante perdiera su derecho a arbitrar en virtud de un TII. Así, por ejemplo, en el artículo 8 del TBI Chile-Francia (1992), se establece en su inciso final que: «una vez que el inversionista haya sometido la controversia al tribunal competente de la Parte contratante en cuyo territorio se hubiere realizado la inversión o al arbitraje internacional, la elección de una u otra modalidad será definitiva».<sup>100</sup>

En este punto, la mayoría de los tribunales han sostenido que las cláusulas *fork in the road* resultan aplicables solo cuando existe una «triple identidad» en el objeto, las partes y la causa de pedir de la acción que se persigue simultáneamente ante los tribunales locales y en el arbitraje internacional.<sup>101</sup> En este sentido, el tribunal de *Toto Construzioni Generali Spa c/ The Republic of Lebanon (2009)* sostuvo que:

<sup>95</sup> MCLACHLAN *et al.* (2017). *International Investment Arbitration-Substantive Principles*. Oxford: Oxford University Press, pp. 64 y 112.

<sup>96</sup> MCLACHLAN *et al.* (2017). *International Investment Arbitration-Substantive Principles*. Oxford: Oxford University Press, p. 113. UNCTAD (2014). *Investor-State Dispute Settlement. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II*. New York and Geneva: United Nations, p. 89.

<sup>97</sup> LIM, Chin Leng, Jean HO y Martins PAPARINSKIS. *International Investment Law and Arbitration*. Cambridge University Press, 2021, 2<sup>nd</sup> ed., p. 105.

<sup>98</sup> MCLACHLAN *et al.* (2017). *International Investment Arbitration-Substantive Principles*. Oxford: Oxford University Press, p. 64.

<sup>99</sup> REDFERN, Alan y Martin HUNTER. *International Arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 463.

<sup>100</sup> En el mismo sentido, TBI Chile-República de Corea (1996) y TBI Chile-Indonesia (1999).

<sup>101</sup> REDFERN, Alan y Martin HUNTER. *International Arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 463.

Para que una cláusula *fork-in-the-road* impida que las reclamaciones sean consideradas por el tribunal, el tribunal tiene que considerar si la misma reclamación está «en un camino diferente», es decir, si una reclamación con el mismo objeto, partes y causa de acción, ya se ha presentado ante un foro judicial diferente.<sup>102</sup>

En sentido similar, el tribunal en *Alex Genin c/ Estonia (2001)* sentenció que:

El tribunal de justicia considera que los juicios en Estonia, relativos a la compra por el BEI de la sucursal de Koidu del Social Bank y a la revocación de la licencia del BEI, *no son idénticos a la causa de acción de los demandantes en la «disputa de inversión» que pretenden arbitrar en el presente procedimiento*.<sup>103</sup>

De allí que algunos Estados anfitriones han intentado resolver este problema relativo a la triple identidad estableciendo estos requisitos expresamente. Por ejemplo, el artículo 28(3) del Acuerdo sobre Inversiones del Mercado Común del África Meridional y Oriental (COMESA-2007, por su sigla en inglés), prescribe que, «si el inversor del COMESA opta por presentar una reclamación en uno de los foros previstos en el apartado 1 de este artículo, dicha elección será definitiva y el inversor no podrá presentar posteriormente una reclamación relativa al mismo asunto o medida subyacente a otros foros».

De este modo, la renuncia al arbitraje internacional solo tendrá lugar cuando la misma disputa ha sido sometida previamente a los tribunales nacionales.

#### 4.3.2. No-u-turn/waiver provisions

Las cláusulas de «no retorno», o de «renuncia», adoptan un enfoque diferente de aquellas de «bifurcación», para evitar la duplicación de reclamaciones. En particular, permiten a los inversores optar por arbitraje internacional después de haber iniciado una demanda de reparación en los juzgados o tribunales nacionales. Sin embargo, si el inversor decide presentar una reclamación relativa a la misma violación o incumplimiento a un arbitraje internacional en virtud de la disposición de un TII, entonces, debe abandonar su acción a nivel local.<sup>104</sup>

Por ejemplo, el artículo 9.21.2 CPTPP, establece esta opción de renuncia a todo otro foro jurisdiccional al prever que «ninguna reclamación podrá someterse a arbitraje conforme a esta Sección a menos que: la notificación de arbitraje se acompañe: [...] con el escrito de renuncia del demandante y de la empresa, a cualquier derecho a iniciar o continuar ante cualquier tribunal judicial o administrativo conforme al ordenamiento jurídico de una Parte, o cualquier otro procedimiento de solución de controversias, cualquier procedimiento con respecto a cualquier medida que se alegue como una violación [...]».

El tribunal en *Waste Management, Inc vs. Estados Unidos Mexicanos (I) (2000)*, sobre la base del TLCAN (1990), se pronunció sobre la naturaleza jurídica de la renuncia, determinándola como un acto unilateral que acarrea la pérdida o extinción del derecho a someter la disputa en otros foros distintos al arbitraje:

*El acto de renuncia, de por sí, es un acto unilateral, ya que su efecto extintivo se ocasiona únicamente por su voluntad. La exigencia de una renuncia en cualquier contexto implica una dejación voluntaria de derechos en cuanto que, en términos generales, este acto produce una sustancial modificación en la situación jurídica preexistente: la pérdida o extinción del derecho. Por lo tanto, renunciar supone el ejercicio de la facultad de disposición de su titular para dar lugar a ese efecto jurídico. En todo caso, cualquier renuncia debe ser clara, explícita y terminante, sin que sea lícita deducirla de expresiones de dudosos significado. En base a lo expuesto, la renuncia que se solicita a través del artículo*

<sup>102</sup> *Toto Construzioni Generali SpA vs. Republic of Lebanon. ICSID Case n.º ARB/07/12. Decision on Jurisdiction, September 11, 2009, párrafo 211.*

<sup>103</sup> *Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. and AS Baltoil vs. The Republic of Estonia. Award, 2001, ICSID Case n.º ARB/99/2, párrafo 331.*

<sup>104</sup> *UNCTAD (2014). Investor-State Dispute Settlement. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II. New York and Geneva: United Nations, p. 89.*

1121(2)(b) del TLCAN *debe presentarse clara en todos sus términos* a tenor de la petición que se realiza en cuanto a la dejación de determinados derechos de la parte que se propone renunciar.<sup>105</sup>

El tribunal en *Renco Group Inc. vs. Perú* (2016), en una disputa mantenida en el marco del TLC Perú-Estados Unidos (2006), se pronunció sobre la validez de la renuncia dada por el inversionista. En el caso, Renco Group presentó una renuncia reservándose el derecho de deducir acciones en otros foros distintos al arbitraje. El tribunal concluyó que dicha renuncia no cumplía con los requisitos establecidos en el tratado —pues debía ser presentada en términos inequívocos y terminantes— lo que obstaba a la configuración del consentimiento del Estado a un arbitraje y a la jurisdicción del tribunal. Finalmente, fue decidido que el tribunal no disponía de la competencia para subsanar el procedimiento ante una renuncia defectuosa:

Renco tenía la intención de calificar su renuncia por escrito mediante la reserva de su derecho de incoar reclamaciones en otro foro para su resolución sobre el fondo del litigio en caso de que este tribunal se rehusara a entender cualquier reclamación por causales jurisdiccionales o de admisibilidad [...]. El tribunal no puede aceptar el argumento de Renco. La carga y el riesgo de multiplicidad de procedimientos surgen independientemente de que los procedimientos sean incoados en paralelo o de forma secuencial.

[...] La conclusión inevitable, por ende, es que nunca existió ningún acuerdo de arbitraje. En opinión del tribunal, dado la inequívoca redacción del art. 10.18(2), este no es un vicio trivial que pueda ser fácilmente descartado: la renuncia viciada afecta la esencia de la jurisdicción del tribunal [...]. Consecuentemente, el tribunal está obligado a concluir que la presentación de una renuncia que cumple con los requisitos formales (y la obligación sustancial de abstenerse de iniciar o continuar procedimientos ante un tribunal nacional) es una condición previa al «consentimiento» del Estado a un arbitraje y a la jurisdicción del tribunal [...]. En consecuencia, el tribunal determina que no se encuentra facultado para separar la reserva de derechos de la renuncia de Renco ni para subsanar el incumplimiento de Renco del requisito formal establecido en el Artículo 10.18(2)(b).<sup>106</sup>

Adicionalmente, debe tenerse especialmente presente que, si las acciones son deducidas bajos lo términos del Convenio del CIADI, estas se encuentran sujetas a la regla general establecida en el artículo 26 del Convenio, el que establece la primacía del arbitraje sobre cualquier otro mecanismo de resolución de disputas:

Salvo estipulación en contrario, el consentimiento de las partes al procedimiento de arbitraje conforme a este Convenio se considerará como consentimiento a dicho arbitraje con exclusión de cualquier otro recurso. Un Estado contratante podrá exigir el agotamiento previo de sus vías administrativas o judiciales, como condición a su consentimiento al arbitraje conforme a este Convenio.

La particularidad del artículo 26 del Convenio es que, al contrario de la protección diplomática (la que también es excluida una vez optado por el arbitraje conforme con su artículo 27), no exige necesariamente que se hayan agotado todos los medios disponibles vía judicial o administrativa en el Estado anfitrión, para poder dar comienzo a un arbitraje, salvo disposición en contrario. El tribunal en *Helnan International Hotels c/ Egipto* (2014), se pronunció sobre el efecto del artículo 26 en el arbitraje CIADI:

Por lo tanto, mediante el artículo 26, los Estados contratantes acordaron una inversión fundamental de la regla de los recursos locales tal como se aplica en el derecho internacional consuetudinario, a menos que el Estado imponga expresamente esa condición. El artículo 26 representa una de las singulares ventajas del Convenio del CIADI. Crea una regla de prioridad frente a otros sistemas de adjudicación para evitar decisiones contradictorias y preservar el principio de *ne bis in idem*. El artículo 26 funciona como un elemento clave del acuerdo de arbitraje de las partes,

<sup>105</sup> *Waste Management, Inc. vs. Estados Unidos Mexicanos (I). CIADI Case n.º ARB(AF)/98/2*, 2 de junio de 2000, párrafo 18.

<sup>106</sup> *The Renco Group Inc. vs. La República del Perú*. UNCT/13/1, 15 de julio de 2016, párrafos 80-173.

confirmando la exclusividad del arbitraje del CIADI como medio de resolución de conflictos, cuando las partes han acordado ese foro para la resolución de su disputa.<sup>107</sup>

En consecuencia, por medio de las disposiciones *no-*u*-turn/waiver*, se asegura la exclusividad del arbitraje de inversión como el único mecanismo de resolución de eventuales disputas, a través de la renuncia escrita del inversionista a la utilización de cualquier otro foro o medio judicial de resolución de controversias. Dicha renuncia cobrará efecto solo una vez que se han comenzado los trámites para iniciar la substanciación del arbitraje y debe realizarse en términos inequívocos, completos y terminantes, de contrario, un tribunal de inversión podría decidir la inexistencia del consentimiento del Estado anfitrión a un arbitraje y a la jurisdicción del tribunal, pues podría considerar que la renuncia no resulta pura y simple.

#### 4.4. *Agotamiento de recursos internos*

En términos generales, las cláusulas que otorgan el consentimiento inversionista-Estado al arbitraje, no se encuentran sujetas al agotamiento de los recursos que la legislación nacional del Estado anfitrión pueda otorgar. Precisamente, el arbitraje entre inversionista y Estado buscan evitar que el inversionista se vea inmerso en la necesidad de someter una disputa a los diversos procedimientos en el Estado anfitrión. Salvo, desde luego, que el Estado anfitrión haya condicionado expresamente su consentimiento al arbitraje, al hecho de haber agotado los remedios internos que dispone el inversionista. En este sentido, el artículo 26 del Convenio CIADI, señala que «un Estado contratante podrá exigir el agotamiento previo de sus vías administrativas o judiciales, como condición a su consentimiento al arbitraje conforme a este Convenio».

La idea detrás de este requerimiento al consentimiento del Estado anfitrión al arbitraje es poder darle la oportunidad de reparar el supuesto daño alegado por el inversionista extranjero.<sup>108</sup>

En este contexto, cabe hacer notar que algunas cláusulas de consentimiento de los TII prevén un intento obligatorio de resolver la controversia en los tribunales nacionales del Estado anfitrión durante un determinado período de tiempo. El inversor puede recurrir al arbitraje internacional si el procedimiento nacional no da lugar a la resolución de la controversia durante ese período o, si la controversia persiste después de la decisión interna.

Un ejemplo es posible de encontrar en el artículo 10(2) del TBI Argentina-Alemania, en que se habilitaba la posibilidad de iniciar el arbitraje si, dentro de los dieciocho meses siguientes de iniciado el procedimiento ante el tribunal nacional correspondiente, no se hubiese arribado a una decisión judicial final sobre el fondo del asunto.<sup>109</sup>

Ahora bien, sin mediar esta estipulación, los tribunales arbitrales del CIADI han confirmado que no es necesario el hecho de haber agotado los recursos internos para dar paso al arbitraje. Así, por ejemplo, encontramos el caso *AES Corporation vs. Argentina* (2005), en que el tribunal sentenció que, «en el sistema del CIADI se ha establecido sobre la base de una regla inversa de agotamiento de los

<sup>107</sup> *Helnan International Hotels A/S vs. Arab Republic of Egypt. ICSID Case n.º ARB/05/19, June 14, 2010*, párrafo 45. Lo citado, corresponde a una traducción libre de los autores de lo siguiente: «Thus, by article 26, the Contracting States agreed upon a fundamental reversal of the local remedies rule as it applies in customary international law, unless the relevant State expressly imposed such a condition. Article 26 represents one of the singular progressive advantages of the ICSID Convention. It “create[s] a rule of priority vis-à-vis other systems of adjudication in order to ‘avoid contradictory decisions and to the preserve the principle of *ne bis in idem*’. Article 26 operates as a key element of the parties’ agreement to arbitrate—confirming the exclusivity of ICSID arbitration as the means of dispute resolution, where the parties have agreed to that forum for the resolution of their dispute».

<sup>108</sup> LIM, Chin Leng; JEAN HO y MARTINS PAPARINSKIS. *International Investment Law and Arbitration*. Cambridge University Press, 2021, 2<sup>nd</sup> ed., p. 101.

<sup>109</sup> En el mismo sentido, el TBI celebrado entre Argentina y la República de Corea (1994), el que en su artículo 8 (3), establece que: «la mencionada controversia [entre un inversor de una Parte contratante y la otra Parte contratante] podrá someterse a arbitraje internacional en las siguientes circunstancias a) si una de las partes lo solicita, cuando, transcurrido un plazo de dieciocho (18) meses desde el momento en que la controversia fue sometida al tribunal competente de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión, dicho tribunal no haya dictado su decisión final, o cuando la decisión definitiva, pero las partes siguen en disputa...».

recursos internos. Según el artículo 26 del Convenio, para entrar en el juego, el agotamiento de los recursos internos deberá ser *expresamente exigido como condición del consentimiento de una de las partes al arbitraje en virtud del Convenio*. En ausencia de este requisito, el agotamiento de los recursos internos no puede ser una condición previa para que un tribunal del CIADI sea competente».<sup>110</sup>

Sin embargo, cuando dichos requerimientos se encuentran expresamente contemplados en el TII, tanto los tribunales del CIADI, como aquellos no CIADI, han determinado que es una cuestión que impide al tribunal asumir jurisdicción.<sup>111</sup> Por un lado, el tribunal en *Urbaser vs. Argentina* (2016), sentenció que, «ya sea que deba ser observada o que pueda ser ignorada en determinadas circunstancias, es un requisito previo para la jurisdicción arbitral y no una mera circunstancia para dar pleno efecto y aplicación a un consentimiento *a priori* determinado como válido y ejecutable».<sup>112</sup> En un sentido similar, el tribunal de *Swissborough Diamond Nimes (Pty) Ltd. and others vs. Kingdom of Lesotho*, sentenció que «en consecuencia, en virtud de la inclusión explícita de los recursos internos como condición previa para el consentimiento de los Estados miembro de la SADC al arbitraje con ocasión del artículo 28 (1) del anexo 1, determinamos que cualquier incumplimiento por parte de los apelantes de agotar los recursos internos debe ser tomado como un asunto que concierne a la jurisdicción del tribunal de la CPA».<sup>113</sup>

Fuera del contexto del CIADI, se encuentra el caso *Loewen c/ United States* (2003), en el que se sentenció en un sentido inverso, ante la falta de una disposición como el artículo 26 del CIADI: «nuestra conclusión es que Loewen no utilizó sus recursos internos, en particular la opción del Tribunal Supremo y que, en consecuencia, Loewen no ha demostrado una violación del derecho internacional consuetudinario y una violación del TLCAN de la que sea responsable la demandada».<sup>114</sup>

Schreuer ha explicado que un requisito de este tipo, como condición para el consentimiento al arbitraje, crea una carga considerable para la parte que solicita el arbitraje, con pocas posibilidades de avanzar en la resolución de la controversia. En efecto, a juicio de este autor, resultaría poco probable que los tribunales nacionales tomen una decisión en una compleja controversia de inversión en un plazo acotado, sobre todo si se incluye la posibilidad de apelación. Incluso habiéndose dictado una decisión por el tribunal local, sería muy probable que la disputa persista si el inversionista no queda satisfecho con el resultado del juicio. Por lo tanto, el arbitraje seguiría siendo una opción después de la expiración del proceso ante los tribunales locales, o una vez expirado el plazo para obtener la resolución del conflicto.<sup>115</sup>

\* \* \* \* \*

En fin, cuando un inversionista no cumple con los requisitos obligatorios de recurrir a la justicia local del Estado anfitrión, este se expone a que un tribunal arbitral internacional puede desestimar la demanda por considerarla inadmisible o por faltar elementos del consentimiento para configurar la jurisdicción del tribunal. Con todo, creemos también que la obligación de recurrir a los remedios internos es una carga procesal innecesaria y no querida por el inversionista extranjero. En este sentido,

<sup>110</sup> *AES Corporation vs. The Argentine Republic. Decision on Jurisdiction*, 26 April 2005, párrafos 69 y 70.

<sup>111</sup> Con todo, el tema no es pacífico. Existe controversia y parte de la doctrina y jurisprudencia internacional, estima que el incumplimiento de este requisito no es una cuestión de jurisdicción, sino más bien de admisibilidad del reclamo. Véase: LIM, Chin Leng, Jean Ho y Martins PAPARINSKIS. *International Investment Law and Arbitration*. Cambridge University Press, 2021, 2<sup>nd</sup> ed., pp. 115-127.

<sup>112</sup> *Urbaser S.A. y Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Bizkaia Ur Partzuergoa vs. La República Argentina. CLADI Case n.º ARB/07/26*, 8 de diciembre de 2016.

<sup>113</sup> *Swissborough Diamond Nimes (Pty) Ltd. and others vs. Kingdom of Lesotho. PCA Case n.º 2013-29 (first case)*. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Singapur, párrafo 209. Lo citado, corresponde a una traducción libre de los autores de lo siguiente: «Accordingly, given the express inclusion of local remedies as a pre-condition for the SADC Member State's consent to arbitration under art. 28 (1) of annex 1, we find that any failure on the part of the Appellants to exhaust their local remedies should be taken to be an issue that concerns the jurisdiction of the PCA tribunal».

<sup>114</sup> *Loewen vs. United States of America. Award*, 26 de junio de 2003. *ICSID Case n.º ARB(AF)/98/3*, párrafo 217.

<sup>115</sup> SCHREUER, Cristoph H. et al. Article 25-Jurisdiction. *The ICSID Convention. A Commentary*. Cambridge University Press, 2009, p. 240. SCHREUER, Christoph. «Consent to arbitration». *The Oxford Handbook of International Investment Law*, 2008, p. 848.

no puede perderse de vista que los inversionistas, precisamente, buscan sortear a los tribunales nacionales del Estado anfitrión por una potencial falta de imparcialidad, y para no verse arrastrados a procesos extensos sujetos a revisión por tribunales de apelaciones que no son expertos en la materia.

Sin duda, como apunta Schreuer, aquello trae mayores costos y poca efectividad para resolver la disputa. Tampoco pareciese que aproximará a las partes a un acuerdo. De allí que, por ejemplo, el tribunal de *Plama vs. Bulgaria (2005)*, las haya tildado de cláusulas «absurdas desde un punto de vista práctico».<sup>116</sup> Aquello explica, según veremos a continuación, porque en varios casos los inversionistas demandantes han buscado evitar los efectos de estas estipulaciones, basándose en las cláusulas de «nación más favorecida».

## 5. IMPORTACIÓN DEL CONSENTIMIENTO POR MEDIO DE LA «CLÁUSULA DE LA NACIÓN MÁS FAVORECIDA» (NMF)

En este apartado, veremos de qué manera la cláusula de nación más favorecida («NMF») ha sido invocada por los inversionistas para «importar» el consentimiento del Estado anfitrión. La hoja de ruta que utilizaremos en este apartado es la que sigue: en *primer lugar*, nos enfocaremos en el concepto de NMF. En *segundo lugar*, veremos los elementos que conforman la NMF. En *tercer lugar*, veremos de qué manera los inversionistas han invocado la NMF para importar el consentimiento del Estado anfitrión de la inversión. Para ello, dividiremos el consentimiento que busca importar el inversionista: (i) analizaremos la importación de protecciones o derechos substantivos; (ii) la importación del consentimiento en relación a elementos adjetivos o procesales; y (iii) el consentimiento a someter la disputa a arbitraje internacional.

### 5.1. Sobre la cláusula de la «nación más favorecida»

La NMF aplicada al contexto de inversiones, consiste en que el Estado anfitrión se obliga a conceder al inversionista y a la inversión, un tratamiento no menos favorable en contraste con aquel que dicho Estado le otorga a un inversionista de un tercer estado.<sup>117</sup>

La cláusula NMF tiene como propósito asegurar un plano igualitario donde se puedan desempeñar los inversionistas. El tratamiento proporcionado por la cláusula busca evitar la discriminación en el tratamiento por parte de un Estado anfitrión y los inversionistas extranjeros.<sup>118</sup> El tratamiento busca que las condiciones competitivas entre inversionistas para el desarrollo de sus actividades sean iguales, y que entre inversionistas no obtengan beneficios diferentes que generen una distorsión de la competencia.<sup>119</sup>

El tratamiento no menos favorable otorgado por Estado anfitrión a inversionistas extranjeros no forma parte de la costumbre internacional. Esto quiere decir, que el otorgamiento del tratamiento depende de su inclusión en un instrumento, *v. gr.* un tratado internacional.

Mclahlan, Shore y Weiniger, sostienen que «el recurso a la NMF se basa únicamente en una obligación de derecho internacional voluntariamente asumida por el Estado que concede el tratamiento. Dicho tratamiento es comúnmente otorgado por medio de un tratado. Es el tratado que contiene la NMF el que produce el efecto jurídico de dar derecho a invocar el tratamiento no menos

<sup>116</sup> *Plama vs. Republic of Bulgaria. ICSID Case n.º ARB/03/24. Decision on Jurisdiction, 8 February 2005*, párrafo 224.

<sup>117</sup> UNCTAD. «Most Favoured Nation Treatment». *UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II*, 2010, p. 13. Traducción libre de los autores.

<sup>118</sup> *IISD Best Practices Series: The Most Favoured-Nation Clause in Investment Treaties*, 2017, p.2.

<sup>119</sup> UNCTAD (2010). «Most Favoured Nation Treatment». *UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II*, 2010, p. 14. Traducción libre de los autores.

favorable. No cualquier tratado puede ser invocado por inversionista como argumento de mejor trato».<sup>120</sup>

El artículo 7 de las *Draft Articles on MFN Clauses* sostiene, por su parte, que, «nada en los artículos aquí contenidos expresa que un Estado tiene el derecho a que se le otorgue el tratamiento de la cláusula de la nación más favorecida por otro Estado, salvo «sobre la base de una obligación internacional asumida por el segundo de ellos».<sup>121</sup>

Si bien la cláusula NMF es frecuentemente incluida en los tratados de inversión, no existe evidencia que ha evolucionado en una regla de costumbre internacional. En consecuencia, se sostiene que un tratado es la base por medio de la cual se puede reclamar el tratamiento de la cláusula la nación más favorecida.<sup>122</sup>

La NMF no se ha materializado en una regla de costumbre internacional por que carecen de la *opinio juris*. Al no formar parte de la costumbre internacional, el tratamiento diverso de inversionistas por parte del Estado anfitrión, en ausencia de una cláusula NMF, no genera responsabilidad internacional. Que las cláusulas NMF no formen parte de la costumbre internacional se traduce en que la práctica de los Estados en torno al tratamiento en cuestión no puede ser utilizado para su interpretación.<sup>123</sup>

## 5.2. *Elementos de la «cláusula de la nación más favorecida»*

La cláusula de la nación más favorecida contiene ciertos elementos inherentes a ella para su análisis.<sup>124</sup> Así, el alcance de operación de la cláusula y los derechos a invocar a través de la cláusula depende de la verificación de ciertos elementos. Dividiremos los elementos en cuatro: (i) actos del Estado anfitrión que constituyen trato; (ii) elemento comparador de personas y/o inversión; y (iii) si el trato es menos favorable; y (iv) contraste de tratos otorgados por el Estado anfitrión. Lo que se denomina el principio *ejusdem generis*.

Es importante tener presente que, en la práctica, la redacción de las cláusulas de la nación más favorecida puede variar. En ocasiones, los redactores de las cláusulas incorporan elementos diferenciadores. Los elementos diferenciadores, en general, se refieren a ciertas materias que se encuentran excluidas del ámbito de aplicación de la cláusula.

Un ejemplo de ello lo encontramos en el Modelo de Tratado Bilateral de Inversión de Colombia del año 2011. En su artículo V, numerales 3, 4, y 5, realiza precisiones en torno a excluir de la aplicación de la cláusula los mecanismos procesales, qué se entiende por «trato» y exclusiones de ciertas materias u áreas.<sup>125</sup>

<sup>120</sup> McLachlan *et al.* (2017). *International Investment Arbitration-Substantive Principles*. Oxford: Oxford University Press, p. 344.

<sup>121</sup> Artículo 7 de las *Draft Articles on MFN clauses*.

<sup>122</sup> Artículo 7, comentario 3 de las *Draft Articles on State Responsibility*.

<sup>123</sup> PAPARINSKIS, Martins. *MFN Clauses and International Dispute Settlement: Moving beyond Maffezzini and Plama? ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 2011, vol. 26, (2), p. 17.

<sup>124</sup> McLachlan *et al.* (2017). *International Investment Arbitration-Substantive Principles*. Oxford: Oxford University Press, p. 343.

<sup>125</sup> 3. Para mayor certeza, el trato referido en los párrafos 1 y 2 no comprende las definiciones ni los mecanismos de resolución de controversias tales como los contenidos en los artículos I (Definiciones) XIII (Solución de Controversias Inversionista-Estado) y XIV (Solución de Controversias Estado-Estado) de este Acuerdo, que están previstos en tratados o acuerdos comerciales internacionales.

4. Para mayor certeza, el trato otorgado por una Parte de conformidad con este artículo implica, respecto a un gobierno subnacional, el trato otorgado, en circunstancias similares, por ese nivel subnacional de gobierno a inversionistas, y las inversiones de esos inversionistas, de un país que no es Parte.

5. Las disposiciones de este Acuerdo relativas al otorgamiento de un trato no menos favorable que aquel que se otorga a los inversionistas y sus inversiones de cualquiera de las Partes contratantes o de cualquier tercer Estado no se interpretarán de manera que obliguen a una Parte contratante a extender a las inversiones de los inversionistas de la otra Parte contratante el beneficio de cualquier trato, preferencia o privilegio resultante de: Cualquier área de libre comercio, unión aduanera, mercado común, unión económica u otra forma de organización económica, regional o cualquier acuerdo internacional destinado a facilitar el comercio fronterizo, existente o que exista en el futuro, del cual sea o llegue a ser parte una de las Partes contratantes.

Otro ejemplo lo encontramos en el Modelo de Tratado Bilateral de Inversión del Reino de los Países Bajos del año 2019. En su artículo tercero excluye del ámbito de alcance de la cláusula, protecciones sustantivas otorgadas a terceros y los mecanismos procesales para la resolución de conflictos.<sup>126</sup>

El análisis se realiza por medio de la comparación de, al menos, dos tratados internacionales. El primer tratado, denominado tratado «primario o base» y el segundo tratado, denominado, tratado «secundario o comparativo». El intérprete debe tomar la cláusula NMF del tratado base, y determinar si a la luz de la cláusula es posible determinar si está ha sido violada por medio de un trato menos favorable en comparación al tratado secundario. Como se dijo, el análisis dependerá de la cláusula en cuestión. Sin embargo, existen elementos comunes que siempre deberán ser observados.

A continuación, nos referimos brevemente a los dos elementos enunciados.

### ***Tratamiento***

Tal como lo señalamos, la cláusula NMF supone una comparación en el «trato» otorgado por el Estado anfitrión al inversionista extranjero beneficiado con la cláusula, en comparación con el «trato» otorgado por dicho Estado a terceros inversionistas de otro Estado extranjero.

Tratamiento es un concepto abierto, que no se encuentra previamente definido. En consecuencia, tratamiento puede incluir actos del poder judicial, legislativo y ejecutivo del Estado anfitrión de la inversión. En general, una protección sustantiva otorgado por el Estado anfitrión a un tercer inversionista constituye tratamiento.<sup>127</sup>

De esta manera, al ser invocada la NMF por parte del inversionista, el tribunal debe, en primer lugar, determinar si la infracción alegada por parte del inversionista constituye «trato». Si el requisito es claro del instrumento aplicable, el análisis del tribunal se detiene. De lo contrario, si el sentido y alcance de NMF no es clara, el tribunal debe realizar un ejercicio interpretativo en virtud del artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

### ***El elemento comparador***

Este elemento consiste en que los sujetos u objetos protegidos por la cláusula pertenezcan a la misma categoría de sujetos u objetos protegidos en la cláusula a comparar; y que tengan la misma relación con el Estado anfitrión.

En cuanto a la determinación de los sujetos y/o objetos que pueden reclamar el trato más favorable por medio de la cláusula NMF, ello dependerá de la cláusula en cuestión. En ocasiones, las partes contratantes han establecido la categoría, grupo de personas, u objetos que pueden beneficiarse de la cláusula. En otras ocasiones, la cláusula no establece las personas y/u objetos, pero hace referencia a un sector de la economía o giro de negocio. En ese caso, los beneficiarios de la cláusula serán aquellos sujetos y/u objetos que se ajusten a dicho sector o giro.

Al determinar los sujetos y/o objetos que se encuentran en el ámbito de aplicación de la cláusula, se entiende incorporado en ello que los inversionistas y/o objetos del tratado base, se deben encontrar

<sup>126</sup> Substantive obligations in other international investment and trade agreements do not in themselves constitute «treatment», and thus cannot give rise to a breach of paragraph 2 of this article, absent measures adopted or maintained by a contracting Party pursuant to those obligations. Furthermore, the «treatment» referred to in paragraph 2 of this Article does not include procedures for the resolution of investment disputes between investors and States provided for in other international investment and trade agreements.

<sup>127</sup> McLACHLAN *et al.* (2017). *International Investment Arbitration-Substantive Principles*. Oxford: Oxford University Press, p. 345.

en circunstancias similares a aquellos del tratado comparativo. En ocasiones la calificación de «circunstancias similares» ha sido incorporada por medio de los redactores de la cláusula. Sin embargo, dicho elemento forma parte del análisis no obstante su expresa inclusión.<sup>128</sup>

### ***Trato menos favorable***

El elemento del trato menos favorable, como su nombre lo indica, significa que el trato del tratado de inversión base aplicable, es menos favorable que el trato (en las mismas circunstancias) que entrega el Estado anfitrión a los inversionistas del tratado de inversión comparado. Lo que evidencia el trato menos favorable es una discriminación, en base a nacionalidad, que no es permitida por la cláusula de la NMF.<sup>129</sup>

El trato menos favorable no debe ser evaluado en base consideraciones subjetivas del inversionista, si no que el tribunal al analizar una violación de la cláusula NMF por trato menos favorable, debe basar su análisis en consideraciones u elementos objetivos.<sup>130</sup>

### ***El principio ejusdem generis***

El principio *eiusdem generis* va al núcleo del análisis de la aplicación y alcance de la cláusula. La aplicación de la cláusula de la nación más favorecida dependerá de la comparación entre, la base o marco determinado por la misma cláusula por medio del cual se ejerce el derecho al trato más favorable, con el tratado o instrumento a comparar.

Este elemento comparativo ha sido plasmado en el artículo 9 de *los Draft Articles on MFN* de la siguiente manera: como la identidad del supuesto base entre los derechos protegidos por la cláusula y aquel contra el cual se realiza la comparación. Lo anterior, supone que el ámbito de protección de derechos de la cláusula del tratado base, calce con el ámbito de protección de la cláusula que se compara.

El ámbito de protección se determina fijando los supuestos fácticos que permiten determinar los derechos sustantivos protegidos. Lo anterior, permite fijar los límites de operación de la cláusula y el trato más favorable que podrá ser reclamado a través de ella.<sup>131</sup>

Un ejemplo ayudará a ilustrar cómo opera el elemento de comparación de alcances y límites de las cláusulas. La Comisión de Derecho Internacional en los comentarios de *Draft Articles on MFN*, incluyó un ejemplo clarificador.

Supongamos que una cláusula de la nación más favorecida, inserta en un tratado comercial entre un Estado A y un Estado B, le otorga derecho al Estado A de reclamar al Estado B el trato que el Estado B le confiere a un tercer Estado, C. Lo anterior, no le confiere el derecho al Estado A de reclamar al Estado B la extradición de un criminal bajo el argumento que el Estado B consintió o voluntariamente accedió a dicho petición por parte del Estado C. La razón de porqué el Estado A no puede reclamarle al Estado B la extradición del criminal es porque, no obstante, el Estado B le confiere dicho derecho al Estado C, el marco de operación y objeto del tratado entre A y B difiere del marco y alcance del derecho entre el Estado B y C.

En este sentido, el Estado A no reclama una infracción del tratado celebrado entre el Estado B y el Estado C. Lo que jurídicamente ocurre, es que el Estado A reclama una infracción de cláusula NMF; y a través de la «dupa» de la cláusula en cuestión, se tiene en consideración el trato más favorable

<sup>128</sup> PÉREZ AZNAR, Facundo. «The Use of Most Favoured Nation Clauses to Import Substantive Treaty Provisions in International Investment Agreements». *Journal of International Economic Law*, 2017, vol. 20 (4), p. 800.

<sup>129</sup> UNCTAD (2010). «Most Favoured Nation Treatment». *UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II*, 2010, p. 27.

<sup>130</sup> UNCTAD (2010). «Most Favoured Nation Treatment». *UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II*, 2010, pp. 28-29.

<sup>131</sup> MCLACHLAN *et al.* (2017). *International Investment Arbitration-Substantive Principles*. Oxford: Oxford University Press, p. 346.

del Estado B para con un tercer Estado. El derecho que reclama el Estado A no surge del tratado entre el Estado B y el Estado C, sino que su derecho surge de la cláusula NMF, la que debe cumplir con el elemento ya señalado.

A continuación, revisaremos la importación del consentimiento del Estado anfitrión por medio de la cláusula NMF. La revisión la dividiremos en tres categorías: (a) extensión del consentimiento del Estado anfitrión en relación a las protecciones sustantivas que se reclaman por medio de la cláusula; (b) extensión del consentimiento del Estado anfitrión a mecanismos procesales; y (c) extensión del consentimiento del Estado anfitrión en relación a recurrir a arbitraje.

### 5.3. *Extensión del consentimiento del Estado anfitrión con relación a las protecciones sustantivas*

Por protecciones sustantivas nos referimos a derechos subjetivos de inversionistas bajo un TBI, relacionados a protecciones sobre el trato de inversionistas, expropiación y a la compensación.<sup>132</sup>

En general, los tribunales arbitrales han accedido a la importación de protecciones sustantivas a través de la cláusula NMF.<sup>133</sup> En efecto, el tribunal arbitral en el caso *Vladimir Berschader y Moise Berschader c/ Rusia (2004)*, sostuvo que, «es universalmente aceptado que la esencia de la cláusula NMF en un acuerdo bilateral de inversión es la de conferir a los inversionistas, todas las protecciones sustantivas concedidas en acuerdos sucesivos [...].»<sup>134</sup>

La importación de protecciones sustantivas por medio de la cláusula NMF se ha permitido, siempre que la redacción de la cláusula sea amplia y no contenga limitaciones o restricciones.<sup>135</sup>

No obstante la general aceptación de la importación de protecciones sustantivas a través de la cláusula, ciertos autores sostiene que se debe transitar por dicho camino con precaución.<sup>136</sup> En este punto, se ha sostenido que, al momento de interpretar la cláusula se debe proceder casuísticamente, teniendo en consideración las particularidades de cada cláusula en juego.

Un autor ha sostenido que, al analizar la importación de protecciones sustantivas por medio de la cláusula NMF, los tribunales arbitrales han realizado un análisis superficial. Este análisis superficial, consiste en constatar si el tratado base contiene la protección que se intenta importar. De no tenerla, se permite importar la protección sustantiva.<sup>137</sup> Sin embargo, dicho análisis formalista no implica una revisión de si el Estado anfitrión ha infringido la cláusula NMF. El análisis deber ser más minucioso, en el sentido de determinar (i) si concurren los requisitos para invocar a través de la NMF en el tratado base, la protección del tratado comparador; (ii) si el Estado anfitrión ha infringido la garantía contenida en el tercer tratado; y, por lo tanto, la cláusula NMF del tratado base.<sup>138</sup>

Algunos tribunales arbitrales, en cambio, han realizado el análisis detallado para determinar si el Estado anfitrión ha infringido la cláusula NMF. El tribunal arbitral en el caso *Ickale c/ Turkmenistán (2016)*, rechazó la solicitud del inversionista de importar las protecciones sustantivas de trato justo y

<sup>132</sup> McLACHLAN *et al.* (2017). *International Investment Arbitration-Substantive Principles*. Oxford: Oxford University Press, p. 11.

<sup>133</sup> MAUPIN, Julie. «MFN based jurisdiction in Investor-State Arbitration: is there any hope for a consistent approach?». *Journal of International Economic Law*, 2011, vol. 14 (1), p. 159; DUMBERRY, Patrick. *Shopping for a better deal: the use of MFN clauses to get 'better' fair and equitable treatment protection*, *Arbitration International*, 2017, vol. 33, (1), pp. 1-16.

<sup>134</sup> *Vladimir Berschader y Moise Berschader c/ La Federación Rusa*. Cámara de Comercio de Estocolmo. Caso n.º 080/2004; párrafo 175.

<sup>135</sup> DUMBERRY, Patrick. *The importation of the FET standard through MFN Clauses: An Empirical Study of BIT's*. *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, 2017, vol. 32 (1), p. 127.

<sup>136</sup> BATIFORT, Simon *et al.* «The New Debate on the Interpretation of MFN clause in Investment Treaties: Putting Breaks in Multilateralization». *American Journal of International Law*, vol. 111, p. 876.

<sup>137</sup> PÉREZ AZNAR, Facundo. «The Use of Most Favoured Nation Clauses to Import Substantive Treaty Provisions in International Investment Agreements». *Journal of International Economic Law*, 2017, vol. 20 (4), p. 781.

<sup>138</sup> PÉREZ AZNAR, Facundo. «The Use of Most Favoured Nation Clauses to Import Substantive Treaty Provisions in International Investment Agreements». *Journal of International Economic Law*, 2017, vol. 20 (4), pp. 781-782.

equitativo, protección y seguridad, no discriminación y la cláusula paraguas a través de la cláusula NMF del tratado base.

El tribunal rechazó el argumento del inversionista dado que, a su juicio, no se cumplía con el principio *ejusdem generis*. En este caso, el elemento comparativo no se ajustaba a aquel del tercer tratado que se pretendía importar. Específicamente, la cláusula NMF establecía que se le otorgaría al inversionista un trato no menos favorable a aquel otorgado a terceros inversionistas, siempre que se encontrasen en situaciones similares (*similar situation*). El tribunal advirtió el elemento diferenciador de «situaciones similares» y la luz de la regla de interpretación del artículo 31 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, estableció que, para que la cláusula NMF surtiera sus efectos, se debía realizar un análisis fáctico-comparativo de las situaciones en que se encuentran los inversionistas. Aquel del tratado base con el tratado invocado por medio de la cláusula.<sup>139</sup>

El tribunal estableció que, «al incluir el término «situaciones similares» en el artículo II(2) del TBI se debe concluir que los Estados contratantes acordaron restringir el ámbito de aplicación de la cláusula NMF, en el sentido de abordar tratos discriminatorios entre inversiones de inversionistas de uno de los Estados contratantes y de inversionistas de un tercer Estado, siempre y cuando dichas inversiones se encuentren en circunstancias fácticas similares».<sup>140</sup>

Pérez Aznar refiriéndose a la aplicación de las cláusulas NMF ha enseñado que, «para que un inversionista pueda hacer valer una cláusula NMF para beneficiarse de una cláusula contenida en un tercer tratado, se debe cumplir con ciertos requisitos inherentes a la cláusula, debe existir: «trato», «circunstancias similares», que debe ser «menos favorable» que aquel otorgado a un inversionista de un tercer Estado. Las palabras de cada cláusula pueden variar, pero estos tres elementos son inherentes a cada cláusula».<sup>141</sup>

La decisión en *Ickale c/ Turkmenistán* podría sugerir una naciente disconformidad en la aceptación de la cláusula NMF para la importación de protecciones sustantivas. Así, debe replantearse la manera de cómo los tribunales han abordado el análisis de la cláusula NMF a las protecciones sustantivas, distanciándose de asunciones generalizadas sobre su permisividad.<sup>142</sup>

A mayor abundamiento, recientemente, los Estados al redactar TBI o TII han restringido la aplicación de la cláusula NMF respecto de protecciones sustantivas. Un ejemplo de dicha restricción se encuentra en el Acuerdo Económico y Comercial Global (CETA, por sus siglas en inglés) entre la Unión Europea y Canadá, el que entró en vigencia en septiembre del año 2017. El numeral 4 del artículo 8.7 sostiene:

Para mayor seguridad, el «trato» mencionado en los apartados 1 y 2 no incluye los procedimientos para la solución de diferencias en materia de inversión entre inversores y Estados que se establecen en otros tratados internacionales sobre inversiones y en otros acuerdos comerciales. *Las obligaciones sustantivas que figuran en otros tratados internacionales y en otros acuerdos comerciales no constituyen en sí mismas un «trato», por lo que no pueden dar lugar a una infracción del presente artículo*, a falta de medidas adoptadas o mantenidas por una Parte en virtud de dichas obligaciones.<sup>143</sup>

Un segundo ejemplo lo encontramos en el Protocolo de Cooperación y Facilitación de Inversiones Intra-Mercosur.<sup>144</sup> El artículo 5.7 establece: «Para mayor certeza, las disposiciones de este artículo [No discriminación] no se aplicarán para incorporar disposiciones sustantivas ni de solución de controversias no contenidas en el presente protocolo».

<sup>139</sup> *Ickale Insaat Limited vs. Turkmenistán. ICSID Case n.º ARB/10/24*. Laudo de fecha 8 de marzo de 2016, párrafo 328-329.

<sup>140</sup> *Ickale Insaat Limited vs. Turkmenistán. ICSID Case n.º ARB/10/24*. Laudo de fecha 8 de marzo de 2016, párrafo 332.

<sup>141</sup> PÉREZ AZNAR, Facundo. «The Use of Most Favoured Nation Clauses to Import Substantive Treaty Provisions in International Investment Agreements». *Journal of International Economic Law*, 2017, vol. 20 (4), p. 798.

<sup>142</sup> BATIFORT, Simon *et al.* «The New Debate on the Interpretation of MFN clause in Investment Treaties: Putting Breaks in Multilateralization». *American Journal of International Law*, 2017, vol. 111, p. 877.

<sup>143</sup> [https://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ceta/ceta-chapter-by-chapter/index\\_es.htm](https://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ceta/ceta-chapter-by-chapter/index_es.htm)

<sup>144</sup> Disponible en línea en <https://www.mercosur.int/documento/protocolo-de-cooperacion-y-facilitacion-de-inversiones-intra-mercrosur/>

#### **5.4. *Extensión del consentimiento del Estado anfitrión a mecanismos procesales***

En este segundo apartado, revisaremos la aplicación de la cláusula NMF respecto de las cláusulas de resolución de conflictos. En efecto, en estos casos, el inversionista extranjero utiliza la cláusula para «importar» un trato más favorable concedido a un tercer inversionista en relación con el mecanismo de solución de controversias. Lo particular de esta situación, es que la jurisdicción del tribunal arbitral no se funda en la cláusula arbitral del tratado base, sino en el tratado comparador.

En este sentido, los inversionistas extranjeros han utilizado la cláusula NMF para importar el consentimiento del Estado anfitrión respecto de ofertas de arbitraje más beneficiosas contenidas en un segundo tratado o, derechamente, para acceder a un determinado foro arbitral como el CIADI.

A continuación, revisaremos la aplicación de la cláusula NMF desde dos perspectivas: (i) la aplicación de cláusula para «superar» condiciones procesales contenidos en las ofertas de arbitraje; y (ii) la aplicación de la cláusula como herramienta para recurrir a una nueva sede de arbitraje no contemplada en el tratado base.

##### **5.4.1. *Aplicación de la cláusula NMF como un mecanismo para «superar» condiciones al consentimiento contenidas en la oferta de arbitraje del Estado anfitrión***

Según dijimos, el Estado anfitrión, al suscribir un TBI o TII, normalmente realiza una oferta de arbitraje a los inversionistas extranjeros por medio del cual —y luego de dar cumplimiento a los requisitos establecidos en el tratado específico— pueden someter una disputa a un tribunal internacional.

Vimos que estas ofertas de arbitraje del Estado anfitrión contienen ciertas condiciones previas que, de no ser cumplidas por el inversionista extranjero, impide que el tribunal tenga jurisdicción, o bien, impida el ejercicio de aquella jurisdicción, según corresponda. A modo ejemplar, la oferta de arbitraje puede tener una condición de que antes de que la disputa sea sometida a arbitraje, el inversionista debe agotar las acciones judiciales domésticas o esperar un tiempo determinado.

Por ejemplo, el Tratado Bilateral de Inversión entre Argentina y Argelia (2000), contiene en su artículo 8 (2) un período de enfriamiento, en los siguientes términos: «Si la controversia no hubiera podido ser solucionada en un *plazo de seis meses* a partir del momento en que hubiera sido planteada por una u otra de las partes involucradas, será sometida a pedido del inversor [...].»

La respuesta frente a la pregunta de si la cláusula NMF se puede utilizar para «importar» el consentimiento de un tercer tratado que no contenga dichos condicionantes es un tema que ha generado debate y líneas jurisprudenciales divergentes.<sup>145</sup> Podemos ilustrarlo de la siguiente manera: El Estado A y el Estado B suscriben un TBI. En dicho TBI, los inversionistas no pueden iniciar un arbitraje en contra del Estado anfitrión mientras la disputa no sea sometida con anterioridad a los tribunales domésticos de aquel Estado anfitrión, o transcurran a los menos dieciocho meses desde que fue sometida la disputa a los tribunales locales.

Sin embargo, el Estado B suscribió un tratado con el Estado C, en el cual los inversionistas del Estado C pueden, en caso de suscitarse un conflicto a luz del tratado entre un inversionista del Estado C y el Estado B, recurrir directamente arbitraje sin necesidad de cumplir con condición previa alguna.

Frente a esa situación, si el tratado entre A y B nada dice sobre la aplicación de la cláusula NMF a la cláusula de resolución de conflicto, ¿puede el inversionista del Estado A recurrir a la cláusula NMF

<sup>145</sup> *Impregilo SpA c/ Argentina. ICISD Case n.º ARB/07/17*. Decisión del Comité de Anulación de fecha 24 de enero de 2014, ¶ 135.

del tratado base argumentando que el tratamiento al inversionista del Estado C es más favorable<sup>146</sup>; y, por lo tanto, ¿puede someter directamente la disputa a arbitraje en contra del Estado B en virtud de la cláusula de solución de conflictos entre el Estado B y C?

En el caso *Emilio Agustín Maffezini c/ España*, el tribunal debió pronunciarse sobre algo similar. En ese caso, un inversionista argentino buscó por medio de la cláusula NMF del tratado base, beneficiarse de la oferta de arbitraje del tratado bilateral entre Chile y España (1991). En dicho caso, el tratado entre Argentina y España (1991) obligaba al inversionista a recurrir a los tribunales domésticos y esperar, al menos, dieciocho meses para obtener un pronunciamiento sobre el caso. El tratado entre Chile y España, en cambio, obligaba al inversionista extranjero a esperar solo seis meses desde el inicio de un conflicto para someter la disputa en arbitraje.

El tribunal en Maffezini determinó que la cláusula NMF sí era aplicable al mecanismo de resolución de disputas. Para resolver de esa manera, el tribunal se apoyó en dos elementos. El primero consiste en la amplitud del lenguaje de la cláusula NMF. La cláusula señalaba que se aplicaría a «todas las materias regidas por el presente acuerdo».<sup>146</sup> El segundo argumento, consistió en que el tribunal determinó que el trato diferenciado en cuanto al recurso a arbitraje internacional consistía en un tratamiento que podía resultar más favorable.<sup>147</sup>

Con todo, el tribunal en Maffezini señaló que la aplicación de la cláusula NMF al mecanismo de solución de controversias no era ilimitada. El tribunal fijó cuatro escenarios en los cuales, por razones de política pública, no sería posible por el inversionista invocar la cláusula NMF al mecanismo de solución de controversias: (i) cuando se ha estipulado el agotamiento de los recursos internos; (ii) cuando se ha estipulado una bifurcación de camino o *fork in road*; (iii) cuando se ha acordado un mecanismo determinado para el arbitraje; y (iv) cuando se ha acordado reglas de procedimiento específicas.

En ese sentido, el tribunal sentenció que:

En este sentido, es posible prever numerosas situaciones que no guardan relación con el caso actual. En primer lugar, si una parte contratante ha condicionado su consentimiento para el arbitraje al agotamiento de los recursos internos, condición que está permitida por el Convenio del CIADI, no podría prescindirse de esta exigencia invocando la cláusula de la nación más favorecida en relación a un acuerdo con terceros que no contenga este elemento, debido a que la condición estipulada refleja una regla fundamental de derecho internacional. Segundo, si las partes han acordado un mecanismo de solución de controversias que incluya la llamada «bifurcación del camino», esto es, la opción de someterse a los tribunales nacionales o bien al arbitraje internacional, pero en que una vez tomada la decisión esta es definitiva e irrevocable, esta estipulación no puede ignorarse mediante la invocación de la cláusula. Esta conclusión es imperativa cuando se considera que, de otro modo, se alteraría el carácter definitivo de los arreglos pactados que muchos países estiman importantes como cuestión de política pública. En tercer lugar, si el acuerdo escoge un mecanismo determinado para el arbitraje, como, por ejemplo, el CIADI, esta opción no se puede cambiar invocando la cláusula, buscando someter la controversia a un sistema distinto de arbitraje. Finalmente, si las partes han acordado someterse a un sistema de arbitraje altamente institucionalizado que incorpore reglas de procedimiento precisas, como sucede, por ejemplo, con el Tratado de Libre Comercio de América del Norte y mecanismos similares, es claro que ninguno de ellos podría ser alterado mediante la aplicación de la cláusula, pues estas disposiciones específicas denotan la voluntad precisa de las partes contratante.<sup>148</sup>

La decisión en Maffezini ha generado un intenso debate respecto a la posibilidad de aplicar la cláusula NMF al mecanismo de solución de controversias. La discusión principal consiste en determinar (i) si existe un consentimiento claro del Estado anfitrión para someterse a un mecanismo de solución de controversias diferente al pactado en el tratado base; y (ii) si el mecanismo de solución de controversias constituye trato.

<sup>146</sup> *Emilio Agustín Maffezini c/ España. ICSID Case n.º ARB/97/7.* Decisión sobre jurisdicción de fecha 25 de junio de 200, párrafo 60.

<sup>147</sup> *Emilio Agustín Maffezini c/ España. ICSID Case n.º ARB/97/7.* Decisión sobre jurisdicción de fecha 25 de junio de 200, párrafo 61.

<sup>148</sup> *Emilio Agustín Maffezini c/ España. ICSID Case n.º ARB/97/7.* Decisión sobre jurisdicción de fecha 25 de junio de 200, párrafo 63.

Respecto al primer elemento, se sostiene que el inversionista no puede argumentar que las condiciones previas al acceso directo a arbitraje contenidas en el tratado base, constituyen una violación a la cláusula NMF. Señalan que el arbitraje depende del consentimiento de las partes (enfocado en el Estado anfitrión), y las partes son libres de prestar su consentimiento de la manera que mejor les parezca.<sup>149</sup>

El énfasis en el consentimiento claro y expreso fue realizado por el tribunal en *Plama c/ Bulgaria (2005)*. Frente a la cuestión de si es aplicable la cláusula NMF a los mecanismos procesales, el tribunal determinó que el consentimiento del Estado anfitrión para arbitrar debe ser claro y sin ambigüedades; de manera que la cláusula NMF no es aplicable a los mecanismos de solución de controversias, salvo que la cláusula no deje duda alguna de su aplicación.<sup>150</sup>

Un argumento adicional para desuchar la aplicación de la cláusula NMF a los mecanismos procesales, consiste en centrar el análisis en la jurisdicción del tribunal, para, incluso, conocer sobre la opción de aplicar la cláusula. Así, consiste en que, primeramente, para invocar la cláusula, debe establecerse la jurisdicción del tribunal bajo el tratado base; y que, previo a ello, malamente podría invocarse la cláusula NMF.<sup>151</sup> En un caso reciente, el tribunal en *Kimberly Clark c/ Venezuela (2021)* desestimó un caso por ausencia de jurisdicción en virtud de lo anterior:

De acuerdo al tribunal, existen dos razones principales, cada una determinante para el resultado, por las que no se puede adoptar la posición de KCN [demandante]. En primer lugar, como cuestión de principio, un tribunal que carece de jurisdicción (*ratione voluntatis*) no puede aplicar las garantías sustantivas del tratado, incluida la NMF.<sup>152</sup>

En cuanto al tratamiento, la discusión se ha reconducido a que el trato contenido en el tratado base es menos favorable que aquel establecido en el tratado comparador. Así, se debe demostrar que la espera de dieciocho meses para acceder al arbitraje internacional, *vis-à-vis* el acceso directo a arbitraje, constituye en, los hechos, trato.

Quienes apoyan la aplicación de la cláusula NMF al mecanismo de solución de controversias sostienen que, si su redacción es neutra o nada dice al respecto, se debe considerar a los mecanismos de solución de controversias como parte de la cláusula. Así, salvo exclusión expresa, el Estado anfitrión ha otorgado el consentimiento para someterse al mecanismo de solución de controversias del tratado comparador. Lo mismo se ha sostenido para efectos de entender el mecanismo de solución de controversias como trato; siempre y cuando el principio *ejusdem generis* se cumpla.<sup>153</sup>

Un autor ha sostenido que la distinción entre la aplicación de la cláusula NMF a protecciones sustantivas y mecanismos de solución de controversias no tiene sentido; ya que el mecanismo de solución de controversias sería, también, una protección sustantiva del inversionista. Sostiene que la cláusula NMF debe ser entendida como un mecanismo de distribución o de acceso a la justicia. Entendida la cláusula como un mecanismo de acceso a la justicia, haría desaparecer la distinción entre protecciones sustantivas y mecanismos procesales, ya que la distribución de justicia entre los tribunales domésticos (esperar dieciocho meses o iniciar litigios domésticos) y tribunales internacionales supone un análisis de acceso a la justicia; y, por lo tanto, un asunto de protección sustantiva.<sup>154</sup>

<sup>149</sup> DOUGLAS, Zachary. «The MFN Clause in Investment Arbitration: Treaty Interpretation of the Rails». *Journal of International Dispute Settlement*, 2011, vol. 2 (1), p. 107.

<sup>150</sup> *Plama Consortium Limited vs. Bulgaria. ICSID CASE n.º ARB/03/24* de fecha 8 de febrero de 2005, párrafo 218; 222

<sup>151</sup> DOUGLAS, Zachary. «The MFN Clause in Investment Arbitration: Treaty Interpretation of the Rails». *Journal of International Dispute Settlement*, 2011, vol. 2 (1), p. 107.

<sup>152</sup> *Kimberly-Clark y otros c/ Venezuela. ICSID Case n.º ARB(AF)/18/3*. Laudo de fecha 5 de noviembre de 2021, párrafo 165.

<sup>153</sup> *Renta 4 vs. Rusia. SCC Case n.º 24/2007*, *separate opinion* Charles N. Brower de fecha 29 de marzo de 2009; *Air Austria vs. Eslovaquia. UNCITRAL ad-hoc arbitration* de fecha 9 de octubre de 2009 *separate opinion* Charles N. Brower.

<sup>154</sup> SCHILL, Stephan. Allocating Adjudicatory Authority. Most Favoured Nation Clauses as a Basis of Jurisdiction-A Reply to Zachary. *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 2, (2), 2011, p. 362

### 5.4.2. *La cláusula NMF como mecanismo para recurrir a una nueva sede de arbitraje*

A continuación, revisaremos la aplicación de la cláusula NMF como extensión del consentimiento del Estado anfitrión para acceder a un foro arbitral no contemplado en el tratado base.

El supuesto de hecho es el que sigue: el TBI entre el Estado A y el Estado B establece que el foro arbitral para la resolución de conflictos inversionista-Estado es *ad hoc* bajo las reglas UNCITRAL. Sin embargo, el TBI entre el Estado B y el Estado C establece que el foro arbitral para la resolución de conflictos inversionista-Estado es el CIADI. En ese caso, ¿puede el inversionista del Estado A, a través de la cláusula NMF, recurrir al CIADI como mecanismo de solución de controversias contenido en el TBI entre B y C?

El tribunal en *Garanti Koza c/ Turkmenistán* (2016) debió resolver la situación anterior. En el caso, el tratado aplicable era el TBI celebrado entre el Reino Unido y Turkmenistán (1995). Dicho TBI en su artículo 8 establecía que, si el inversor y el Estado anfitrión no se ponían de acuerdo en el foro arbitral, la disputa debía ser resuelta en un arbitraje *ad hoc*. El inversionista invocó el mecanismo de solución de controversias contenido en el TBI entre Suiza y Turkmenistán (2008) que permitía al inversionista escoger entre arbitraje *ad hoc* bajo las reglas UNCITRAL o arbitraje bajo el Convenio CIADI.

El tribunal determinó que la cláusula NMF sí podía ser aplicada al sistema de resolución de conflictos; y, en particular, acceder directamente a arbitraje bajo el Convenio CIADI. Para decidir la cuestión, se embarcó en un análisis escalonado.

En primer lugar, el tribunal analizó si la cláusula NMF era aplicable al mecanismo de solución de controversias del tratado base. El tribunal determinó que sí, ya que la cláusula NMF señala que era aplicable a los artículos 1 a 11 del TBI; en circunstancias que el mecanismo de solución de controversias se encuentra en el artículo 8.

En segundo lugar, el tribunal analizó el requisito del consentimiento. El tribunal determinó que Turkmenistán —a través de la cláusula NMF— si había consentido a arbitrar bajo el Convenio CIADI. Para dicho efecto, el tribunal señaló que no había duda de que Turkmenistán había consentido someterse a arbitraje internacional. Así, el tribunal sentenció que, «en cualquier caso, el consentimiento esencial del Estado receptor —el consentimiento de resolver disputas con inversionistas del Reino Unido, por medio de arbitraje internacional— no necesita ser importado por medio de la cláusula NMF, porque dicho consentimiento se encuentra en el artículo 8(1) del TBI». <sup>155</sup>

En ese sentido, el tribunal determinó que el Estado anfitrión ya había consentido a someterse a arbitraje internacional. Luego, continuó con el análisis para determinar si el foro disponible constituye un trato menos favorable.<sup>156</sup> En esa línea, se puede inferir que el tribunal determinó que, una vez superada la barrera del consentimiento a arbitrar, el foro no es diferente a otras condiciones procesales para recurrir a arbitraje internacional.<sup>157</sup> Lo relevante sería el consentimiento al arbitraje.

El tercer y último escalón del análisis, fue determinar si el foro residual de arbitraje internacional *ad hoc* bajo las reglas UNCITRAL contenido en el tratado constituye un trato menos favorable que la elección discrecional entre arbitraje *ad hoc* bajo las reglas UNCITRAL o bajo el Convenio CIADI.<sup>158</sup>

<sup>155</sup> *Garanti Koza vs. Turkmenistán. ICSID Case n.º ARB/11/20.* Decisión sobre jurisdicción de fecha 3 de julio de 2013, párrafo 75.

<sup>156</sup> *Garanti Koza vs. Turkmenistán. ICSID Case n.º ARB/11/20.* Decisión sobre jurisdicción de fecha 3 de julio de 2013, párrafo 75.

<sup>157</sup> *Garanti Koza vs. Turkmenistán. ICSID Case n.º ARB/11/20.* Decisión sobre jurisdicción de fecha 3 de julio de 2013, párrafo 77.

<sup>158</sup> *Garanti Koza vs. Turkmenistán. ICSID Case n.º ARB/11/20.* Decisión sobre jurisdicción de fecha 3 de julio de 2013, párrafo 67.

El tribunal señaló que no es posible determinar si un foro es objetivamente más favorable que otro. Cada uno de los foros tiene sus propias ventajas y desventajas. Sin perjuicio de ello, el tribunal señaló que la opción de poder recurrir a uno u otro foro sí constituye un trato más favorable.<sup>159</sup>

La decisión de la mayoría fue duramente criticada en la opinión disidente de la coárbito Laurence Boisson de Chazournes. La disidencia señala que no es posible invocar el acceso directo al arbitraje bajo el Convenio CIADI por medio de la cláusula de la NMF contenida en el tratado base. Argumentó que no es posible importar el consentimiento contenido en el tratado comparador con el fin de acceder a un foro arbitral, cuyo acceso directo no existe en el tratado base.

Para ello, la disidencia sostiene que lo solicitado por el inversionista escapa a la determinación de si ha existido un trato menos favorable o no. La cláusula NMF no puede servir de base para «crear» un consentimiento que no se encuentra otorgado en el tratado base.<sup>160</sup> Boisson desarrolló los argumentos de Brigitte Stern en su opinión disidente en *Impregilo c/ Argentina (2011)* y del tribunal en *Mafezzini c/ Argentina*.

En esa línea, expresó que antes de que una disposición sobre resolución de conflictos pueda ser importada al tratado base, el derecho o acceso a arbitraje internacional —en este caso al arbitraje bajo el Convenio CIADI— tiene que ser capaz de poder ser invocado por el inversionista en el tratado base.<sup>161</sup> En el mismo sentido, Boisson citó al tribunal en Mafezzini, el cual determinó que uno de los límites de política pública respecto a la aplicación de las cláusulas NMF era que estas no podían crear un acceso a un foro arbitral que las partes no habían contemplado o previsto para resolver sus disputas.

La disidencia, además, argumentó que la cláusula NMF no tiene por finalidad suplir la ausencia de consentimiento, sino que el consentimiento es implementado de la manera más favorable para el inversionista.<sup>162</sup>

Finalmente, Boisson señaló que no se cumplía con el principio *ejudem generis*, principio fundamental para la aplicación de la cláusula NMF. Así, el tratado base contiene una delimitación para la aplicación de la cláusula. El tratado base no contiene el consentimiento del Estado anfitrión para acceder a arbitraje bajo el Convenio CIADI, salvo acuerdo mutuo entre las partes. De esta manera, la cláusula NMF del tratado no se ajusta a los derechos contemplados para los inversionistas en el tratado comparador; razón por la cual no resulta posible «crear» consentimiento si este no existe en el tratado base.<sup>163</sup>

#### **5.4.3. Extensión del consentimiento del Estado anfitrión en relación con recurrir a arbitraje**

Como hemos señalado, la cláusula NMF ha sido utilizada para obtener el trato más favorable que el Estado ha otorgado en un segundo tratado, ya sea para protecciones sustantivas y/o procedimentales.

Sin embargo, la cláusula en estudio también ha sido invocada para efectos de obtener acceso por parte del inversionista a un arbitraje Inversionista-Estado, cuando el TBI aplicable no lo contemplaba. En efecto, lo anterior ocurrió en *Christian Doutremepuich y Antoine Doutremepuich c/ Mauricio (2019)*.

<sup>159</sup> *Garanti Koza vs. Turkmenistán. ICSID Case n.º ARB/11/20*. Decisión sobre jurisdicción de fecha 3 de julio de 2013, párrafo 94.

<sup>160</sup> *Garanti vs. Turkmenistán. ICSID Case n.º ARB/11/20, dissenting opinion* Laurence Boisson de Chazournes, de fecha 3 de julio de 2013, párrafo 55.

<sup>161</sup> *Garanti vs. Turkmenistan. ICSID Case n.º ARB/11/20, dissenting opinion* Laurence Boisson de Chazournes, de fecha 3 de julio de 2013, párrafo 59.

<sup>162</sup> *Garanti vs. Turkmenistan. ICSID Case n.º ARB/11/20, dissenting opinion* Laurence Boisson de Chazournes, de fecha 3 de julio de 2013, párrafo 561.

<sup>163</sup> *Garanti vs. Turkmenistan. ICSID Case n.º ARB/11/20, dissenting opinion* Laurence Boisson de Chazournes, de fecha 3 de julio de 2013, párrafo 67.

Hasta donde llegan las noticias de estos autores, dicho caso es el único en que se ha ventilado si la cláusula NMF puede ser utilizada para obtener acceso a arbitraje inversionista-Estado contenido en un segundo tratado, en circunstancias que el tratado base no lo contemplaba.

Una referencia a los hechos será, entonces, de utilidad. Veamos. En dicho caso, el TBI aplicable fue el de Francia y Mauricio (1973). Dicho TBI no contemplaba el arbitraje inversionista-Estado como mecanismo de solución de controversias de acceso directo.

En *Doutremepuich*, los demandantes no contaban con acceso a arbitraje inversionista-Estado. Así, los demandantes buscaron dicho mecanismo de solución de controversias contenido en el TBI celebrado entre Finlandia y Mauricio (2007). Para ese efecto, los demandantes invocaron la cláusula NMF contenida en el artículo 8.2 del TBI (tratado base).

El tribunal determinó que los inversionistas no podían utilizar la cláusula NMF del tratado base para acceder al arbitraje Inversionista-Estado contenido en el segundo tratado.

Lo relevante del laudo, es que el tribunal desechó la solicitud del inversionista en base al consentimiento otorgado por Mauricio en el tratado base, y que la cláusula NMF del tratado base no permitía importar el consentimiento otorgado por Mauricio en el segundo tratado. Igualmente, y en relación con el consentimiento, el tribunal determinó que el principio *ejusdem generis* no se cumplía.

En cuanto a lo primero, el tribunal señaló, que se debe prestar atención a si la materia contenida en el TBI entre Finlandia y Mauricio, y que los inversionistas buscaban invocar por medio de la cláusula NMF (acceso directo a arbitraje inversionista-Estado), se encuentra regulada en el tratado base.<sup>164</sup> El tribunal razonó que no. El tribunal estableció que si bien el tratado base contemplaba el arbitraje Inversionista-Estado, no lo regulaba. El tratado entre Francia y Mauricio contemplaba la obligación de los Estados contratantes de incluir una cláusula arbitral en el contrato de inversión que celebrarían con el inversionista; pero no un acceso directo al arbitraje por medio del TBI.<sup>165</sup>

En cuanto a lo segundo, el tribunal se enfocó en si ambos TBI, respecto a la materia que los inversionistas deseaban beneficiarse, compartían una misma identidad. Así, la pregunta que debía ser respondida es si existe una identidad sustancial entre las materias reguladas en los artículos que regulaban los mecanismos de solución de controversias de cada uno de los tratados.<sup>166</sup> El tribunal respondió la pregunta negativamente. Para ello, dictaminó:

De esta manera, mientras que Finlandia ha otorgado el consentimiento para arbitrar conflictos del tratado en el artículo 9 del TBI Finlandia-Mauricio, el demandado [Mauricio] no ha otorgado consentimiento alguno para arbitrar —ni siquiera para disputa contractuales— en el artículo 9 del TBI Francia-Mauricio. En virtud de estas diferencias fundamentales, no puede existir una identidad sustancial entre las materias de ambos artículos.<sup>167</sup>

Cualquier otra solución resultaría en que el demandado se vería constreñido a obligaciones que no contempló; y, por lo tanto, menoscabaría los límites de la cláusula NMF en el derecho internacional a la luz del principio *ejusdem generis*. El demandado no consintió a arbitraje inversionista-Estado en el tratado, ya fuere para conflictos de tratado o contractuales. Utilizar la cláusula NMF para importar el consentimiento crearía al demandado nuevas obligaciones que jamás asumió.<sup>168</sup>

<sup>164</sup> *Doutremepuich vs. Mauritius. Case CPA n.º 2018-37*, ¶decisión sobre jurisdicción de fecha 23 de agosto de 2019, párrafos 212 a 213. Traducción libre de los autores.

<sup>165</sup> *Doutremepuich vs. Mauritius. Case CPA n.º 2018-37*, ¶decisión sobre jurisdicción de fecha 23 de agosto de 2019, párrafo 214. Traducción libre de los autores.

<sup>166</sup> *Doutremepuich vs. Mauritius. Case CPA n.º 2018-37*, ¶decisión sobre jurisdicción de fecha 23 de agosto de 2019, párrafo 218. Traducción libre de los autores.

<sup>167</sup> *Doutremepuich vs. Mauritius. Case CPA n.º 2018-37*, ¶decisión sobre jurisdicción de fecha 23 de agosto de 2019, párrafo 218. Traducción libre de los autores.

<sup>168</sup> *Doutremepuich vs. Mauritius. Case CPA n.º 2018-37*, ¶decisión sobre jurisdicción de fecha 23 de agosto de 2019, párrafo 219. Traducción libre de los autores.

\*\*\*\*\*

La cláusula de la NMF es una protección sustantiva que gozan los inversionistas extranjeros, pero que requiere de una manifestación de voluntad para su inclusión en el instrumento aplicable. La base de operación de la cláusula es que un inversionista puede, por el intermedio de la cláusula NMF, hacerse valer de un tratamiento —siempre que se cumplan los requisitos— más beneficioso contenido en un segundo tratado.

Lo central es que, de una revisión de la operatividad y mecánica de la cláusula NMF, se puede sostener que realmente no opera para «importar» el consentimiento del Estado anfitrión. El consentimiento está presente en la cláusula NMF del tratado base. La cláusula NMF —verificándose sus requisitos— permite «importar» protecciones sustantivas o procesales, pero que el Estado anfitrión consintió desde un principio.

La otra cara de la moneda es que la cláusula NMF opera como límite al consentimiento del Estado anfitrión. Esto, porque el análisis no consiste en importar directamente la cláusula del tratado comparador, sino que se debe analizar si, por medio de la cláusula NMF, el Estado anfitrión consintió a la protección que se pretende importar. De no cumplirse los requisitos de operación de la NMF, el Estado anfitrión ha limitado el alcance de la cláusula y su consentimiento; y, por lo tanto, el inversionista no podrá valerse del tratado comparador.

Con todo, hemos visto que la cláusula de la NMF se ha aplicado por los tribunales tanto a materias sustantivas como procesales. La aceptación de su aplicación dependerá del cumplimiento de los requisitos de operación de la cláusula. Es un elemento privativo del tribunal interpretar la cláusula para determinar el cumplimiento de los requisitos en cuestión.

Por último, hemos visto que la cláusula NMF es usualmente utilizada para «importar» protecciones sustantivas del tratado comparador, y que los tribunales frente a dicha posibilidad no se detienen mayormente en el cumplimiento de los requisitos de operación de la cláusula. En cuanto a la aplicación de la cláusula NMF a mecanismos procesales, existe un intenso debate a nivel doctrinario y jurisprudencial. La aplicación de la cláusula NMF a dichos mecanismos dependerá, entonces, de la inclusión expresa de dicha opción en la cláusula; o frente a su silencio, de una interpretación del tribunal respectivo.

## 6. EL CONSENTIMIENTO DEL INVERSIONISTA A SER CONTRADEMANDADO

No exento de dificultades se ha encontrado la facultad de los Estados Anfitriones de contrademandar a los inversionistas extranjeros que inician un arbitraje en su contra.

En este punto, cabe recordar que la mayoría de las cláusulas de resolución de controversias Inversionista-Estado no establecen el derecho a presentar una reconvención. Aún más, en los hechos los TII no suelen establecer las obligaciones que el inversionista debe observar dentro del ordenamiento jurídico del Estado anfitrión, dado que dichos tratados han sido originalmente concebidos como una manera de regular el comportamiento de los Estados, mediante la imposición de obligaciones para con los inversionistas extranjeros.

En efecto, las obligaciones de los inversionistas normalmente surgen de la ley interna o de los contratos concluidos con el Estado anfitrión o sus agencias; pero dichas obligaciones escapan de la jurisdicción de los tribunales internacionales de inversión y recaen sobre los tribunales domésticos. Precisamente, en *Sergei Paushok vs. The Goverment of Mongolia (2011)*, sobre la base del TBI Mongolia-Federación Rusa (1995), el tribunal se pronunció de esta forma:

El primer punto a tener en cuenta es que *la jurisdicción del tribunal se basa en el Tratado y no en la relación contractual entre las Partes*, aunque al analizar si se han producido incumplimientos del Tratado puede ser necesario analizar si se han producido incumplimientos contractuales [...]. Las

demandas reconvencionales surgen del derecho público mongol y plantean exclusivamente cuestiones de incumplimiento del derecho público mongol, incluidas las leyes fiscales de Mongolia. *Todas estas cuestiones entran de lleno en el ámbito de la jurisdicción exclusiva de los tribunales mongoles*, son asuntos regidos por el derecho público mongol, y no puede considerarse que constituyan una parte indivisible de las reclamaciones de las Demandantes basadas en el TBI y en el derecho internacional o que creen un nexo razonable entre las reclamaciones de las Demandantes y las Reconvenencias que justifique su consideración conjunta por parte de un tribunal arbitral investido exclusivamente de jurisdicción en virtud del TBI.<sup>169</sup>

En sentido similar, el tribunal en *Spyridon Roussalis vs. Romania (2011)*, en el marco del TBI Grecia-Rumanía (1997), decidió:

El TBI no impone obligaciones a los inversores, solo a los Estados contratantes. Por lo tanto, cuando el TBI especifica que la ley aplicable es el propio TBI, las reconvenencias quedan fuera de la jurisdicción del tribunal [...]. El artículo 2(6) del TBI [...] confirma que el Estado anfitrión se compromete a cumplir con las obligaciones que ha contraído con respecto a las inversiones de los inversionistas. No permite que se presenten reclamaciones sobre las obligaciones del inversionista [...]. Por todas estas razones, por opinión mayoritaria, el tribunal considera que la demanda reconvencional está fuera de su jurisdicción en el presente procedimiento.<sup>170</sup>

No obstante, el Convenio CIADI,<sup>171</sup> y otras reglas utilizadas en arbitrajes de inversión (por ejemplo, el Reglamento de arbitraje de la CNUDMI-2010),<sup>172</sup> si establecen la posibilidad del Estado anfitrión para presentar contrademandas, siempre que estas hayan otorgado su consentimiento en arbitrarlas. Esto fue reconocido en la decisión del tribunal en *Spyridon Roussalis vs. Romania (2011)*:

En virtud de estas reglas [artículo 46 del Convenio del CIADI y artículo 40 de las Reglas de Arbitraje del CIADI], el tribunal determinará las reconvenencias que surjan directamente del objeto de la controversia, siempre que estén dentro del alcance del consentimiento de las Partes y sean, por lo demás, de la competencia del Centro. Por lo tanto, la primera cuestión que el tribunal debe determinar es si —e independientemente de las reconvenencias particulares presentadas en este procedimiento por la demandada— las Partes consintieron que las reconvenencias del Estado fueran arbitradas [...].<sup>173</sup>

Del análisis de las reglas arbitrales aplicables a procedimientos entre inversionistas y Estados anfitriones, se han inferido dos requisitos generales para efectos de que una contrademanda pueda ser deducida y acogida a tramitación por un tribunal arbitral:<sup>174</sup>

- a) Lo reclamado en la demanda reconvencional debe encontrarse dentro de la jurisdicción del tribunal; y
- b) Lo reclamado en la demanda reconvencional debe estar conectado a lo reclamado en la demanda principal.

Así fue resuelto por el tribunal que declaró su competencia para conocer una contrademanda de un Estado anfitrión en *Antoine Goetz vs. Burundi (2012)*, el que a pesar de reconocer que el TBI Bélgica/Luxemburgo-Burundi (1989), no hacía referencia a las demandas reconvencionales, determinó su competencia sobre la base del artículo 46 del Convenio CIADI; dado que las reclamaciones

<sup>169</sup> Sergei Paushok, *CJSC Golden East Company and CJSC Vostokneftegaz Company vs. The Government of Mongolia*. Arbitraje CNUDMI, April 28<sup>th</sup>, 2011, párrafos 685 y 694.

<sup>170</sup> *Spyridon Roussalis vs. Romania. ICSID Case n.º ARB/06/1*, December 7<sup>th</sup>, 2011, párrafos 871, 875 y 876.

<sup>171</sup> Artículo 46: «Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal deberá, a petición de una de ellas, resolver las demandas incidentales, adicionales o reconvencionales que se relacionen directamente con la diferencia, siempre que estén dentro de los límites del consentimiento de las partes y caigan además dentro de la jurisdicción del Centro».

<sup>172</sup> Artículo 21. (3): «En su contestación, o en una etapa ulterior de las actuaciones si el tribunal arbitral decidiese que, dadas las circunstancias, la demora era justificada, el demandado podrá formular una reconvenCIÓN o hacer valer una demanda a efectos de compensación, siempre y cuando el tribunal sea competente para conocer de ellas».

<sup>173</sup> *Spyridon Roussalis vs. Romania. ICSID Case n.º ARB/06/1*, December 7<sup>th</sup>, 2011, párrafos 863 y 864.

<sup>174</sup> UNCTAD. *Investor-State Dispute Settlement. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II*, 2014, p. 116.

caían dentro de su jurisdicción, estas se encontraban dentro del consentimiento otorgado por las partes y, se relacionaban directamente con la materia en disputa:<sup>175</sup>

El artículo 46 del Convenio de Washington y el artículo 40 del Reglamento de Arbitraje exigen además que la reconvenCIÓN esté directamente relacionada con el objeto del litigio [...]. La reconvenCIÓN se refiere a los daños alegados por Burundi como consecuencia de estos mismos incumplimientos. Por lo tanto, está directamente relacionado con el objeto del litigio y es, por tanto, admisible.<sup>176</sup>

Recientemente, el tribunal en *David Aven y otros vs. La República de Costa Rica (2018)*, en el marco del TLC entre República Dominicana-Centroamérica-Estados Unidos (2004), confirmó que los tribunales internacionales de inversión disponen de jurisdicción para conocer y resolver contrademandas. Sin embargo, la decisión fue un paso más allá, estableciendo, adicionalmente, que los inversionistas extranjeros asumen ciertas obligaciones para con el Estado anfitrión por medio de los TBI; debiendo ser considerados sujetos de derecho internacional en algunas materias, como aquellas relativas al medioambiente:

¿Qué sucede con las obligaciones del inversionista que surgen de la inversión según el derecho internacional? El presente tribunal comparte los criterios del tribunal del caso Urbaser de que *no es posible admitir que los inversionistas que operan a nivel internacional tengan inmunidad porque no son sujetos de derecho internacional*. Es particularmente convincente cuando se trata de derechos y obligaciones que son de interés de todos los Estados, tal como sucede en la protección del medioambiente (...). En virtud de la Sección A del Artículo 10 del DR-CAFTA, *los inversionistas extranjeros tienen la obligación de observar y cumplir las medidas adoptadas por los Estados receptores para proteger el medioambiente [...]*. No existen motivos sustantivos para eximir a los inversionistas extranjeros del alcance de las reclamaciones por incumplimiento de obligaciones [...].

Además, la admisión de las reconvenções tiene numerosas ventajas prácticas en lo que respecta a *economía y eficacia procesal*, para el beneficio tanto del Estado receptor como del inversionista extranjero [...]. En consecuencia, el tribunal no encuentra ninguna razón de principio para declarar inadmisible una reconvenCIÓN en la que el Estado demandado afirma que el inversionista extranjero ha incumplido obligaciones [...].<sup>177</sup>

Esta discusión, como lo señala el fallo antes transscrito, surgió también recientemente en el marco del TBI de España-Argentina (1991), en donde el tribunal en *Urbaser S.A. vs. La República Argentina (2016)*, señaló:

El tribunal observa que las demandantes admiten que su aceptación no incluía ninguna exclusión específica de una potencial demanda reconvencional por parte del Estado demandado. Nunca se expresó la más mínima preocupación en ese sentido. Por lo tanto, no es posible asumir que la exclusión de una demanda reconvencional de la República Argentina no había sido uno de los objetivos de la aceptación del proceso arbitral internacional por las demandantes.<sup>178</sup>

\* \* \* \* \*

En fin, ante la inconsistencia en los fallos de los tribunales arbitrales de inversión, algunos TII han decidido resolver expresamente esta cuestión. Así, por ejemplo, el artículo 9.19 CPTPP, dispone que, «cuando el demandante someta una reclamación [...] el demandado podrá contrademandar en relación con las cuestiones de hecho y de derecho de la reclamación o presentar una reclamación con el propósito de exigir una compensación por parte del demandante».

<sup>175</sup> No obstante, una vez entrado en el fondo del asunto, el tribunal arbitral rechazó el mérito de la demanda reconvencional deducida por Burundi.

<sup>176</sup> *Antoine Goetz & Consorts et S.A. Affinage des Métaux vs. République du Burundi. Affaire CIRDI n.º ARB/01/2*, June 21, 2012, párrafo 285.

<sup>177</sup> *David Aven y otros vs. La República de Costa Rica. Caso n.º UNCT/15/3*, 18 de septiembre de 2018, párrafos 736-742.

<sup>178</sup> *Urbaser S.A. y Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia Ur Partzuergoa vs. La República Argentina. CLADI n.º ARB/07/26*, 8 de diciembre de 2016, párrafo 1146.

Entonces, el CPTPP no solo permite expresamente la facultad de presentar demandas reconvencionales en contra del inversionista, sino, que, además, elimina cualquiera duda respecto de si el inversionista otorgó su consentimiento para arbitrar contrademandas; y, por ende, ser asentada la jurisdicción del tribunal.

## 7. CONCLUSIONES

Iniciamos estas líneas con un objetivo modesto, pero claro. Expusimos las nociones generales en torno al consentimiento al arbitraje internacional en las disputas inversionista-Estado; y creemos, que ese objetivo se encuentra cumplido.

El consentimiento es la piedra fundamental de diversos institutos jurídicos, y el arbitraje internacional no constituye una excepción. En eso no hay novedad. Lo que sí resulta relevante, es entender cómo opera el consentimiento de las partes en el marco del sistema de arbitraje inversionista-Estado. Los Estados soberanos, al prestar su consentimiento a arbitrar, ceden soberanía a un mecanismo de solución de controversias transfronterizo y heterónomo que no se encuentra sujeto al, potencial, control del Estado. En consecuencia, el consentimiento que prestan los Estados para someterse a arbitraje es, por regla general, acotado y sujeto al cumplimiento de condiciones previas.

En ese contexto, podemos agrupar el consentimiento estudiado de un Estado anfitrión en dos etapas: (i) la primera, el consentimiento en una etapa previa a la materialización del arbitraje; y (ii) la segunda, una vez iniciado el arbitraje.

En la etapa previa a la materialización del arbitraje, el consentimiento del Estado anfitrión puede encontrarse condicionado al cumplimiento de ciertos requisitos previos, como lo son los períodos de enfriamiento y el agotamiento de los recursos locales. Asimismo, y para evitar la duplicidad de procedimientos judiciales, los Estados anfitriones se preocupan de introducir a los TII, cláusulas que exigen al inversionista que decida si la controversia se resolverá en los tribunales nacionales o a través de un arbitraje internacional. La elección por uno de dichos foros puede, por expresa disposición del TII, precluir la posibilidad de elegir otro bajo el principio denominado *electa una via, non datur recursus ad alteram*.

En cuanto a la segunda etapa, revisamos la noción de inversión bajo el sistema del Convenio CIADI, y fuera de él. Además, nos detuvimos en la mecánica y operatividad de la cláusula NMF. De dicha revisión, podemos llegar a la conclusión que ya hemos adelantado más de una vez: la determinación del alcance del consentimiento de un Estado es algo que debe analizarse con cautela.

Los Estados al renunciar parcialmente a su soberanía prestan consentimientos calificados. El consentimiento en cuanto a la noción de inversión y la cláusula MFN, pareciera cuestiones simples de satisfacer, pero en la práctica no lo son. Así, la noción de inversión bajo el Convenio CIADI requiere del cumplimiento de condiciones objetivas, cuyas bases, asentadas por los tribunales de *Fedax* y *Salini*, han sido aplicadas en mayor o menor medida hasta la actualidad. Por cierto, que la aplicación de las bases asentadas en *Fedax* y *Salini*, se encuentran sujetas a la libre interpretación y aplicación de los tribunales, lo anterior debido a que no existe el precedente en arbitraje internacional.

En cuanto a cláusula NMF ocurre algo similar. La ampliación del consentimiento del Estado anfitrión por intermedio de la cláusula no es tan sencilla como parece. Se deben cumplir con una serie de requisitos para beneficiarse de un trato más favorable —ya sea sustutivo o adjetivo— contenido en el tratado comparador. Así las cosas, la cláusula NMF opera más bien como un límite al consentimiento que como una ampliación.

Finalmente, dimos cuenta que, ante la inconsistencia en los fallos de los tribunales arbitrales de inversión respecto de la facultad del Estado anfitrión de contrademandar al Inversionista, es que algunos TII han decidido resolver expresamente esta cuestión. De este modo, no solo se otorga el derecho del Estado a presentar demandas reconvencionales en contra del inversionista en relación

con las cuestiones de hecho y de derecho que envuelven a la reclamación inicial, sino, que, además, se elimina cualquiera duda respecto de si el inversionista otorgó su consentimiento para arbitrar contrademandas y, por ende, ser asentada la jurisdicción del tribunal.

## 8. BIBLIOGRAFÍA

BATIFORT. Simon y Benton J. HEATH. «The New Debate on the Interpretation of MFN clause in Investment Treaties: Putting Breaks in Multilateralization». *American Journal of International Law*, 2017, vol. 111, 2017.

BORZU, Sabahi, Noah RUBBINS y Don WALLACE Jr. *Investor-State Arbitration*. Oxford University Press, 2019, 2<sup>nd</sup> ed.

DELAUME, Georges R. «Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States». *The International Lawyer Delaume*, 1966, vol. 1, issue 1, 1966.

DELAUME, Georges R. «ICSID Arbitration and the Courts». *The American Journal of International Law*, 1983, vol. 77.

DOUGLAS, Zachary. «The MFN Clause in Investment Arbitration: Treaty Interpretation of the Rails». *Journal of International Dispute Settlement*, 2011, vol. 2, issue 1.

DOUGLAS, Zachary. *Draft articles on most-favoured-nation clauses with commentaries*, 1978.

DOUGLAS, Zachary. *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentaries*, 2001.

DUMBERRY, Patrick. «The importation of the FET standard through MFN Clauses: An Empirical Study of BIT's». *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, 2017, vol. 32, issue 1.

DUMBERRY, Patrick. «Shopping for a better deal: the use of MFN clauses to get 'better' fair and equitable treatment protection». *Arbitration International*, 2017, vol. 33, issue 1, 2017.

LIM, Chin Leng, Jean HO, Martins PAPARINSKIS. *International Investment Law and Arbitration*. Cambridge University Press, 2021, 2<sup>nd</sup> ed.

MAUPIN Julie. «MFN based jurisdiction in Investor-State Arbitration: is there any hope for a consistent approach?». *Journal of International Economic Law*, 2011, vol. 14, issue 1.

MCLACHLAN, Campbell, Laurence SHORE y Matthew WEINIGER. *International Investment Arbitration-Substantive Principles*. Oxford: Oxford University Press.

MERRILLS, John G. *International Dispute Settlement*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

PAPARINSKIS Martins. «MFN Clauses and International Dispute Settlement: Moving beyond Mafefzini and Plama?». *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 2011, vol. 26, issue 2.

PAULSSON, Jan. «Arbitration without privity». *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 1995, vol. 10, issue 2.

PÉREZ AZNAR, Facundo. «The Use of Most Favoured Nation Clauses to Import Substantive Treaty Provisions in International Investment Agreements». *Journal of International Economic Law*, 2017, vol. 20, issue 4.

REDFERN, Alan y Martin HUNTER. *International Arbitration*. Reino Unido: Oxford University Press, 2015.

SCHILLI, Stephan. «Allocating Adjudicatory Authority. Most Favoured Nation Clauses as a Basis of Jurisdiction-A Reply to Zachary». *Journal of International Dispute Settlement*, 2011, vol. 2, issue 2.

SCHREUER, Christoph. «Consent to arbitration». *The Oxford Handbook of International Investment Law*, 2008.

SCHREUER, Christoph H *et al.* «Article 25 - Jurisdiction». *The ICSID Convention. A Commentary*. Cambridge University Press, 2009.

UNCTAD. «Most Favoured Nation Treatment». *UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II*, 2010.

UNCTAD. «Investor-State Dispute Settlement». *UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II*, 2014.



## CAPÍTULO 7

### LAS INSTITUCIONES ARBITRALES, EL ÁRBITRO Y EL PRINCIPIO *COMPÉTENCE DE LA COMPÉTENCE*

*María Florencia Sarmiento* \*

*Laura Zinnerman* \*\*

**Sumario:** 1. El arbitraje internacional institucional.— 1.1. Introducción a los orígenes del arbitraje institucional.— 1.2. Principales características y beneficios del arbitraje institucional.— 1.3. Diferencias con el arbitraje internacional *ad hoc*.— 1.4. Instituciones arbitrales.— 1.4.1. Asociación Americana de Arbitraje (AAA).— 1.4.2. Cámara de Comercio Internacional (CCI) - Corte Internacional de Arbitraje.— 1.4.3. Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI).— 1.4.4. Corte Permanente de Arbitraje (CPA).— 1.4.5. Cámara de Comercio de Estocolmo (CCE).— 1.4.6. Otros.— 2. El árbitro.— 2.1. La naturaleza de la autoridad del árbitro.— 2.1.1. Nociones básicas.— 2.1.2. Fuentes.— 2.2. Características de la relación entre el árbitro y las partes.— 2.2.1. Formalidades.— 2.3. Derechos, obligaciones y poderes del árbitro.— 2.3.1. Nociones básicas.— 2.3.2. Imparcialidad e independencia.— 2.4. Recusaciones.— 2.4.1. Procedimiento.— 2.4.2. Estándar.— 2.4.3. Causales.— 2.5. La relación entre el árbitro y el juez.— 3. Principio *compétence de la compétence*.— 3.1. Introducción.— 3.2. Orígenes del principio.— 3.3. Efectos del principio.— 3.3.1. Efecto positivo.— 3.3.2. Efecto negativo.— 3.4. Particularidades del principio en arbitraje de inversiones.

#### 1. EL ARBITRAJE INTERNACIONAL INSTITUCIONAL

En primer lugar, resulta pertinente definir cada uno de los siguientes términos: «arbitraje», «internacional», «institucional». El arbitraje es definido como un mecanismo alternativo de solución de controversias internacionales bajo el cual un tribunal arbitral, compuesto generalmente por uno o tres árbitros elegidos por las partes e investidos de poder por ellas, emite una decisión jurídicamente obligatoria.

El término «institucional» se utiliza para marcar la diferencia entre los arbitrajes que son puramente nacionales y los que de alguna manera trascienden las fronteras nacionales, por lo que son internacionales. Distintos factores pueden determinar si un arbitraje es internacional, como, por ejemplo, el carácter internacional de la disputa, la nacionalidad de las partes o su lugar de negocios y la sede del arbitraje. Dentro del arbitraje internacional se encuentran los arbitrajes comerciales, donde se resuelven las disputas derivadas de una obligación contractual, y los arbitrajes de inversiones, donde la disputa surge entre un Estado y un inversor extranjero.

Existen dos tipos de arbitraje internacional: el *ad hoc* y el institucional. El arbitraje internacional «institucional» es aquel en el que, por voluntad de las partes, la administración del procedimiento arbitral es llevada a cabo por una institución especializada de carácter permanente, a la que las partes

---

\* LL.M. en Solución de Controversias Internacionales, CIDS.

\*\* LL.M. en Solución de Controversias Internacionales, CIDS.

voluntariamente encomiendan una serie de funciones relacionadas con el arbitraje.<sup>1</sup> En contraposición, en el arbitraje *ad hoc*, las partes determinan la totalidad del procedimiento arbitral.

La presente sección se ocupa de desarrollar los orígenes del arbitraje institucional (1.1), para luego analizar las principales características de este tipo de arbitraje (1.2) y sus diferencias con el arbitraje *ad hoc* (1.3). Por último, se exponen brevemente las diversas instituciones arbitrales que administran arbitrajes institucionales (1.4).

### 1.1. *Introducción a los orígenes del arbitraje institucional*

En sus inicios, el arbitraje era un proceso simple y relativamente informal, según el cual dos comerciantes en disputa sobre el precio o la calidad de los bienes entregados recurrían a un tercero a quien conocían y en quien confiaban para que decidiera dicha disputa. Los dos comerciantes acordaban acatar la decisión, no porque el incumplimiento conllevara una sanción legal, sino porque esto era lo que se esperaba de ellos en la comunidad en la que desarrollaban su negocio.<sup>2</sup>

Este sistema de solución de conflictos de manera privada podría haber continuado como tal sin intervención o regulación alguna. Sin embargo, los Estados modernos decidieron intervenir para evitar que las actividades comerciales se encontraran sujetas únicamente a un sistema de justicia privada. Como consecuencia, en primer lugar, tuvo su origen la regulación nacional del arbitraje. Luego, con la globalización y la creciente actividad comercial transnacional, surgió la necesidad de regular el arbitraje internacional, ya que una ley nacional no resultaba adecuada para tratar conflictos surgidos en distintas jurisdicciones y que involucraran partes de distintas nacionalidades. Así fueron emergiendo de manera paulatina tratados y convenciones internacionales que vinculan las leyes nacionales y proporcionan, en la medida de lo posible, un sistema de ejecución mundial, tanto de acuerdos de arbitraje como de laudos arbitrales.<sup>3</sup>

### 1.2. *Principales características y beneficios del arbitraje institucional*

Como se explicó, el arbitraje institucional es aquel que es administrado por una institución arbitral especializada bajo sus propias reglas de arbitraje.<sup>4</sup> Existe una gran cantidad de instituciones en diversas partes del mundo.<sup>5</sup> Cada institución posee sus propias reglas arbitrales, las cuales suelen seguir un patrón similar, influenciadas tanto por el derecho civil<sup>6</sup> como por el *common law*.<sup>7</sup> El denominador común de las diversas reglas arbitrales es que están formuladas específicamente para arbitrajes que deben ser administrados por la institución en cuestión; y, generalmente, se incorporan al contrato principal entre las partes o al tratado bilateral de inversión (TBI) mediante una cláusula arbitral. Las reglas regulan todo el proceso arbitral, desde el inicio con la designación de los árbitros hasta su conclusión con el laudo arbitral.

En arbitraje comercial, las partes que acuerdan someter cualquier disputa a arbitraje institucional incorporan el reglamento que contiene las reglas arbitrales de esa institución en la cláusula de solución de controversias, es decir, la cláusula arbitral. En arbitraje de inversiones, en el TBI pueden detallarse las reglas de procedimiento en distintas cláusulas, o puede hacerse referencia a reglas arbitrales, las que el inversor aceptará al momento de prestar su consentimiento al arbitraje bajo el tratado en cuestión.

Esta incorporación automática es la ventaja principal del arbitraje institucional, ya que el reglamento prevé solución para una amplia variedad de supuestos que surgen durante el procedimiento.

<sup>1</sup> FERNÁNDEZ CABALLERO, Gracia. «El arbitraje institucional». En *El derecho y sus razones* (Virginia de Carvalho Leal (ed.), Bubok Publishing 2013), p. 223.

<sup>2</sup> BLACKABY, Nigel *et al. Redfern and Hunter on International Arbitration*. Oxford University Press, 2015, 6.<sup>a</sup> edición, p. 4.

<sup>3</sup> BLACKABY, Nigel *et al. Redfern and Hunter on International Arbitration*. Oxford University Press, 2015, 6.<sup>a</sup> edición, p. 5.

<sup>4</sup> Ver s. 0 arriba.

<sup>5</sup> Ver s. 0 abajo.

<sup>6</sup> Por ejemplo, la CCI.

<sup>7</sup> Por ejemplo, la LCIA.

Por ejemplo, si el arbitraje debe llevarse a cabo ante un tribunal arbitral de tres árbitros, pero la parte demandada se niega a nombrar a un árbitro, el reglamento se ocupará de tal situación.

Otra ventaja del arbitraje institucional es que la mayoría de las instituciones arbitrales proporcionan personal especializado para administrar el arbitraje. Así, la institución se asegurará de que se designe el tribunal arbitral, de que se realicen pagos por adelantado con respecto a los honorarios y gastos de los árbitros, de que se tengan en cuenta los plazos y, en general, de que el arbitraje se desarrolle de la manera más fluida y eficiente posible. Además, de ser necesario, la institución arbitral mediante su secretaría puede brindar asistencia a las partes en el curso del procedimiento.<sup>8</sup>

### **1.3. *Diferencias con el arbitraje internacional ad hoc***

La principal diferencia entre un arbitraje *ad hoc* y un arbitraje institucional es que en el *ad hoc* las partes tienen mayor libertad para establecer sus propias reglas de procedimiento, siempre y cuando estas reglas respeten el principio de igualdad entre las partes y permitan a cada una oportunidad razonable de presentar su caso.

Este arbitraje, a diferencia del institucional, se lleva a cabo sin participación alguna de una institución arbitral. Sin embargo, el procedimiento se rige generalmente por un conjunto de reglas establecidas, como las de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), que proporcionan una base y un marco según el cual el tribunal y las partes pueden agregar, modificar o remover las disposiciones que deseen.

La ventaja que presenta un arbitraje *ad hoc* es la posibilidad de configurarse y amoldarse para satisfacer las necesidades de las partes, según los hechos de la controversia en concreto, teniendo en cuenta la naturaleza de la disputa, el monto y la complejidad del caso. Cabe destacar que, para que ello se haga de manera eficiente y efectiva, resulta necesario que las partes cooperen entre ellas. Este requisito de cooperación se cuenta entre las principales desventajas de este tipo de arbitraje ya que, frente a la ausencia de cooperación entre las partes, el procedimiento arbitral puede verse demorado o frenado.

### **1.4. *Instituciones arbitrales***

Como resultado de la rápida expansión del uso del arbitraje internacional y el crecimiento de los negocios internacionales, en la actualidad existen diversas instituciones arbitrales en el mundo. La mayoría de ellas cuentan con su propio reglamento y, en algunos casos, sus propias reglas de arbitraje que regulan diversos aspectos del procedimiento arbitral.

Si bien su principal función consiste en administrar procesos arbitrales, las instituciones arbitrales ejercen otras funciones que contribuyen al desarrollo de la práctica arbitral internacional. En este sentido, brindan asesorías tanto a las partes respecto de las cláusulas de arbitraje, como a los grupos de interés sobre los diversos medios alternativos para la resolución de conflictos.

Por último, las instituciones arbitrales organizan eventos dirigidos a la comunidad jurídica nacional e internacional para la difusión del conocimiento relativo a este mecanismo de solución de controversias.<sup>9</sup>

<sup>8</sup> BLACKABY, Nigel *et al. Redfern and Hunter on International Arbitration*. Oxford University Press, 2015, 6.<sup>a</sup> edición, pp. 45 y ss.

<sup>9</sup> Esis, Ivette. «El rol de las instituciones arbitrales en el desarrollo del arbitraje internacional». Revista de Dereito Internacional, 2019, n.<sup>o</sup>16, pp. 36-50.

#### **1.4.1. Asociación Americana de Arbitraje (AAA)**

Fundada en 1926, la AAA es el organismo principal para la administración de disputas de arbitraje en los Estados Unidos y es la institución arbitral líder en Norteamérica. La AAA gestiona casos de arbitraje internacional a través de su Centro Internacional para la Resolución de Disputas (ICDR), creado como consecuencia del creciente uso del arbitraje para la solución de conflictos internacionales.<sup>10</sup>

#### **1.4.2. Cámara de Comercio Internacional (CCI) - Corte Internacional de Arbitraje**

Una de las instituciones internacionales líderes en el mundo es la CCI, también conocida como ICC por sus siglas en inglés, establecida en París en 1923. Los arbitrajes que se llevan a cabo bajo el Reglamento de la CCI son administrados por una Secretaría permanente, con personal administrativo altamente capacitado, bajo la supervisión de la Corte Internacional de Arbitraje de dicha institución. Cabe destacar que la Corte no es una corte en el sentido ordinario de la palabra, ya que no forma parte de ningún sistema judicial. Por el contrario, es un órgano administrativo responsable del procedimiento arbitral y cuenta con profesionales de todo el mundo.

El Reglamento de la CCI proporciona el marco institucional para la conducción del procedimiento arbitral. Dicho Reglamento es constantemente revisado y modificado, teniendo en cuenta las necesidades del comercio internacional.<sup>11</sup>

Existen varias características que distinguen a la CCI como institución arbitral. En primer lugar, las partes deben redactar y firmar al inicio del procedimiento un documento denominado «acta de misión», que enumera y resume la información sobre las partes, sus reclamaciones y la reparación solicitada, la sede del arbitraje, y cualquier otra información pertinente relacionada con el proceso para que las partes interesadas estén al tanto de cuáles serán los parámetros bajo los que se conducirá el arbitraje.<sup>12</sup> En segundo lugar, la Corte realiza un escrutinio de cada proyecto de laudo, con el fin de garantizar que los laudos emitidos por tribunales bajo el Reglamento de la CCI estén debidamente motivados y traten todas las cuestiones a ser resueltas por medio del arbitraje en cuestión, incluidos los intereses y las costas. El laudo no se remite a las partes hasta tanto no haya sido revisado por la Corte de la CCI, y en caso de irregularidades, se reenvía a los árbitros con comentarios para su consideración.<sup>13</sup>

En 2020, la Corte de la CCI registró un total de 946 casos nuevos, el mayor número de casos registrados desde 2016. Si bien la sede de la CCI se encuentra en París, la institución administra arbitrajes en todo el mundo.<sup>14</sup>

#### **1.4.3. Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)**

El CIADI fue establecido por el Convenio del CIADI y es una de las cinco organizaciones del Grupo del Banco Mundial, con sede en Washington, Estados Unidos. Presta servicios de conciliación y arbitraje para ayudar a resolver disputas sobre inversiones internacionales.

En este sentido, la Convención del CIADI marcó un hito en la solución de conflictos internacionales en materia de inversiones, ya que otorgó tanto a personas físicas como a empresas consideradas inversores en un Estado extranjero, el derecho a presentar reclamos contra un Estado ante un

<sup>10</sup> American Arbitration Association. Más información disponible en <https://www.adr.org/>

<sup>11</sup> La última modificación entró en vigor el 1 de enero de 2021.

<sup>12</sup> Artículo 23, Reglamento de Arbitraje de la CCI. Este documento se conoce en inglés como *Terms of Reference*.

<sup>13</sup> MOSES, Margaret. *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*. Cambridge University Press, 2012, 2.<sup>a</sup> edición, p. 11; BLACKABY, Nigel et al. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. Oxford University Press, 2015, 6.<sup>a</sup> edición, p. 49.

<sup>14</sup> CCI. *ICC Dispute Resolution Statistics: 2020*, disponible en <https://iccwbo.org/publication/icc-dispute-resolution-statistics-2020/>

tribunal arbitral internacional. Antes de la Convención, los inversores debían recurrir a sus propios gobiernos para que se ocuparan de su caso a nivel interestatal, bajo el principio denominado «protección diplomática». En definitiva, el Convenio del CIADI, junto con los TBI y los tratados de libre comercio (TLC) instituyeron un sistema según el cual entidades no estatales, corporaciones o individuos pueden demandar a los Estados directamente.

Los arbitrajes CIADI se caracterizan por ser verdaderamente «deslocalizados» o «desnacionalizados» ya que se rigen por un tratado internacional y no por leyes nacionales o domésticas.<sup>15</sup> En el 2020, el CIADI registró 54 casos en virtud del Convenio del CIADI y del Reglamento del Mecanismo Complementario.<sup>16</sup>

#### **1.4.4. *Corte Permanente de Arbitraje (CPA)***

La CPA fue establecida por la Convención para la Solución Pacífica de Controversias Internacionales, concluida en La Haya (también conocida como la Convención de La Haya) en 1899 y revisada en 1907 con el objetivo de «buscar los medios más eficaces para asegurar a todos los pueblos los beneficios de una paz real y duradera». La CPA administró su primer arbitraje comercial entre una parte privada y un Estado en 1935, tarea que continúa hasta la actualidad.

La CPA no es un tribunal, sino un órgano administrativo cuyo objetivo es disponer de medios permanentes y fácilmente accesibles que le permitan actuar como registro para los propósitos del arbitraje internacional.<sup>17</sup>

La Secretaría de la CPA cumple diversas funciones, desde la designación de árbitros en su rol de autoridad nominadora conforme al Reglamento de la CNUDMI, hasta la administración de arbitrajes que involucren tanto a particulares como a Estados. Los tribunales *ad hoc* pueden hacer uso de sus cualidades administrativas y de las instalaciones del Palacio de la Paz en La Haya para el desarrollo del procedimiento si así lo desean.<sup>18</sup>

#### **1.4.5. *Cámara de Comercio de Estocolmo (CCE)***

La Cámara de Comercio de Estocolmo (CCE), conocida como SCC por sus siglas en inglés, se estableció en 1917. Consta de una Junta y una Secretaría y proporciona servicios de resolución de disputas tanto para partes suecas como para partes internacionales. En al menos 120 de los TBI vigentes, se cita a Suecia como sede o a la SCC como el foro para resolver disputas entre inversores y el Estado. Actualmente, la SCC es la segunda institución más grande del mundo en lo atinente a disputas relativas a inversiones.<sup>19</sup>

#### **1.4.6. *Otros***

En el mundo globalizado actual, se crean constantemente nuevas instituciones arbitrales. Por ejemplo, en Asia se encuentra el Centro de Arbitraje Comercial y Económico Internacional de China (CIETAC) establecido en Beijing en abril de 1956, cuyo centro de arbitraje regional se ubica desde 1985 en Hong Kong. Siguiendo con esta tendencia, en 1991 se estableció el Centro de Arbitraje Internacional de Singapur (SIAC) en Singapur.<sup>20</sup>

Finalmente, cabe mencionar la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA), que debe sus orígenes a la Cámara de Arbitraje de Londres, fundada el 23 de noviembre de 1892. La LCIA

<sup>15</sup> BLACKABY, Nigel *et al. Redfern and Hunter on International Arbitration*. Oxford University Press, 2015, 6.<sup>a</sup> edición, p. 54.

<sup>16</sup> CIADI. *Carga de casos del CIADI - Estadísticas*. 2021-1, p. 7.

<sup>17</sup> DALY, Brooks *et al. Guía del Reglamento de Arbitraje de la CPA*. Corte Permanente de Arbitraje, 2017, p. 4.

<sup>18</sup> BLACKABY, Nigel *et al. Redfern and Hunter on International Arbitration*. Oxford University Press, 2015, 6.<sup>a</sup> edición, p. 55.

<sup>19</sup> Cámara de Comercio de Estocolmo. Más información disponible en: <https://sccinstitute.com/about-the-scc/>

<sup>20</sup> BLACKABY, Nigel *et al. Redfern and Hunter on International Arbitration*. Oxford University Press, 2015, 6.<sup>a</sup> edición, p. 49.

alcanzó en 2020 un máximo histórico en casos de arbitraje, con 444 casos de los cuales 407 fueron arbitrajes bajo sus propias reglas.<sup>21</sup>

## 2. EL ÁRBITO

En el arbitraje, el árbitro desempeña un rol fundamental ya que es el encargado de decidir la disputa. La presente sección se ocupa, en primer lugar, de esbozar los orígenes y características de la autoridad del árbitro (2.1), para luego analizar la relación que vincula al árbitro y las partes durante el desarrollo del procedimiento arbitral (2.2). Seguidamente, se examinan los derechos y las obligaciones que competen al árbitro (2.3). En particular, se profundiza sobre uno de sus deberes primordiales, esto es, el de mantener la imparcialidad e independencia, incluyendo el procedimiento para la recusación de un árbitro y las causales para impulsar dicha recusación (2.4). Por último, la sección expone brevemente las potenciales instancias de interacción entre el árbitro y el juez (2.5).

### 2.1. *La naturaleza de la autoridad del árbitro*

#### 2.1.1. *Nociones básicas*

Tanto en el orden local como en el orden internacional, la legitimidad de un tribunal investido con el poder de adjudicar disputas entre distintas partes litigantes representa una de las bases fundamentales del sistema de resolución de disputas de que se trate.<sup>22</sup> Sin perjuicio de ello, la noción de legitimidad adquiere un rol visiblemente más preponderante en el orden internacional ya que dicho orden carece de un mecanismo coercitivo capaz de promover la confianza en el sistema. En efecto, la ejecución de las decisiones emitidas por tribunales internacionales y, en particular, tribunales arbitrales internacionales, se encuentra a cargo de la voluntad de los mismos estados de los que dichos tribunales derivan su legitimidad. Ello difiere de los tribunales locales, cuya legitimidad no deriva de ningún orden externo.<sup>23</sup>

Esta legitimidad característica de los tribunales puede entenderse ya sea desde un aspecto normativo, es decir, examinando las razones que justifican la autoridad de una institución, o desde un aspecto descriptivo, vinculado con la percepción que los individuos poseen acerca de la legitimidad de la institución.<sup>24</sup>

Examinada desde ambos aspectos, esa legitimidad de todo tribunal descansa, en primera instancia, en la autoridad que éste reviste. De dicha autoridad dependen, por lo tanto, la naturaleza, la eficacia y la capacidad para adjudicar disputas de un tribunal. Por lo tanto, cualquier aproximación al derecho de las inversiones internacionales y al arbitraje como mecanismo para dirimir disputas surgidas bajo tal derecho requiere examinar los poderes y deberes de los tribunales arbitrales, ejercidos en virtud de la autoridad atribuida a los árbitros que los conforman.

#### 2.1.2. *Fuentes*

La principal característica de la autoridad del árbitro, en contraposición a aquella que detentan los tribunales estatales, es que la primera se trata de una atribución de carácter privado.<sup>25</sup> En el caso de

<sup>21</sup> LCIA, *2020 Annual Casework Report*, disponible en: <https://www.lcia.org/LCIA/reports.aspx>

<sup>22</sup> MARISI, Flavia. «Independence and Impartiality: The Role of Soft Law in International Arbitration», *Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*, 2019, vol. 85, n.º 4, pp. 326-345, pp. 326-327.

<sup>23</sup> CARDAMONE, Daniela. «Independence of International Courts». En *Judicial Power in a Globalized World* (P. Pinto de Albuquerque & K. Wojtyczek (eds.), Springer 2019), pp. 91-104, 94.

<sup>24</sup> TORRES PÉREZ, Aida. «From Judicial Independence to Interdependence in the International Sphere», *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2017, vol. 24, pp. 462-483, p. 464.

<sup>25</sup> ALLSOP, James. «The Authority of the Arbitrator». En *Arbitration International* (W. W. Park (ed.). Oxford University Press 2014), vol. 30, n.º 4, pp. 639-660, p. 640.

los árbitros de tribunales arbitrales internacionales, dicha autoridad procede de dos fuentes principales: (i) el acuerdo entre las partes; y (ii) la ley aplicable.<sup>26</sup>

El acuerdo de partes incluye los poderes otorgados expresamente al árbitro y aquellos conferidos indirectamente, a través de la elección del reglamento de arbitraje que rige el procedimiento arbitral. En este sentido, la autoridad del árbitro es eminentemente un producto del consentimiento de las partes.<sup>27</sup>

En principio, las partes se encuentran facultadas para otorgar a los árbitros —por ejemplo, a través de la cláusula compromisoria o en el compromiso arbitral— todos aquellos poderes que consideren conducentes para la resolución eficiente de sus disputas. Estos poderes pueden incluir, entre muchos otros, la capacidad de ordenar la producción de documentos, de requerir la presencia de testigos o de examinar la controversia en cuestión.<sup>28</sup> Sin embargo, dichos poderes no pueden exceder los confines de lo previsto en la ley aplicable. En particular, el acuerdo de las partes deberá observar, en lo vinculado a la autoridad del árbitro, la ley aplicable al procedimiento, ya sea que dicha ley se trate de una elección expresa o implícita de las partes, o bien que involucre disposiciones procedentes de la ley de la sede del arbitraje que resulten de aplicación.

Por otra parte, los tribunales arbitrales no cuentan con ciertos poderes eminentemente coercitivos que caracterizan a los tribunales estatales, y la posibilidad de otorgarlos a un tribunal de naturaleza privada no se encuentra dentro del marco de acción de las partes litigantes. No obstante, en diversas circunstancias, dichos poderes resultan esenciales para garantizar el cumplimiento de las órdenes dictadas por los árbitros. Por lo tanto, con el objeto de suplir esta ausencia de poderes coercitivos, las leyes de diversas jurisdicciones otorgan a los tribunales arbitrales determinados poderes de tal carácter que de lo contrario quedarían limitados a los tribunales estatales.<sup>29</sup> Alternativamente, invisten a los tribunales locales la potestad de ejercer dichos poderes en sustitución de los tribunales arbitrales.

El alcance de la ley aplicable en relación con la autoridad del árbitro no se limita a extender los poderes otorgados por las partes al tribunal arbitral, sino que puede asimismo restringirlos. Como consecuencia, cualquier poder otorgado al árbitro a través del acuerdo de partes —ya sea en forma directa o en forma indirecta— que contravenga, o se extralímite de, lo previsto en disposiciones obligatorias de la ley aplicable es considerado un exceso de autoridad, de lo que se derivará su invalidez.<sup>30</sup>

## 2.2. *Características de la relación entre el árbitro y las partes*

Debido a que la autoridad del árbitro proviene del consentimiento de las partes y se circunscribe a lo que dicho consentimiento disponga —con las limitaciones impuestas por la ley aplicable, en su caso—,<sup>31</sup> el mencionado arreglo da origen a una relación especial y distinta a aquella que vincula a las partes en litigio.

Existen diversas teorías acerca de la naturaleza de la relación entre el árbitro y las partes, entre otras: (i) jurisdiccional (*status approach*); (ii) contractual (*contractual approach*); (iii) híbrida; y (iv) sistema autónomo.

<sup>26</sup> ALLSOP, James. «The Authority of the Arbitrator». En *Arbitration International* (W. W. Park (ed.). Oxford University Press 2014), vol. 30, n.º 4, pp. 639-660, p. 640. The sources of an arbitrator's authority can be expressed, at one level of analysis, uncontroversially. First, the authority stems from the agreement of the parties. This basal fact not only gives content and sets limits to the arbitrator's authority, but also it defines the essence of the power being deployed: private (not public) power. [...] Second, the authority and its limits are derived from applicable law, in particular the law governing procedure. This may come from the choice of the parties or the national law of the seat. Ver también BLACKABY, Nigel *et al. Redfern and Hunter on International Arbitration*. Oxford University Press, 2015, 6.<sup>a</sup> edición, para. 5.06.

<sup>27</sup> MOURRE, Alexis. «Chapter 1. Sed Quis Custodiet Ipsos Custodes? On Jurisdiction Upon Arbitrators». En *Is Arbitration only as Good as the Arbitrator? Status, Powers and Role of the Arbitrator*. Dossiers of the ICC Institute of World Business Law (Y. Derains & L. Lévy (eds.), Kluwer Law International 2011), vol. 8, pp. 13-24, p. 13.

<sup>28</sup> BLACKABY, Nigel *et al. Redfern and Hunter on International Arbitration*. Oxford University Press, 2015, 6.<sup>a</sup> edición, para. 5.06.

<sup>29</sup> BLACKABY, Nigel *et al. Redfern and Hunter on International Arbitration*. Oxford University Press, 2015, 6.<sup>a</sup> edición, para. 5.11.

<sup>30</sup> BLACKABY, Nigel *et al. Redfern and Hunter on International Arbitration*. Oxford University Press, 2015, 6.<sup>a</sup> edición, para. 5.08.

<sup>31</sup> Ver s. 2.1.2 arriba.

- i. Para la primera teoría, la figura del árbitro es asimilable a la del juez en tanto ejerce una función judicial o quasi-judicial. Los poderes del árbitro son de carácter estatutario y se encuentran investidos en él en forma automática, por el solo hecho de aceptar la designación correspondiente. Conforme a esta teoría, el resultado es que los árbitros gozan de beneficios análogos a los que poseen los jueces, incluyendo las inmunidades típicas de estos últimos.<sup>32</sup> Sin embargo, se critica de esta corriente que, al considerar ciertos poderes y obligaciones de los árbitros como investidos en ellos en virtud de la ley, desestima la autonomía de la voluntad de las partes en un arbitraje para determinar libremente el procedimiento arbitral. Ello atentaría contra una de las características más importantes del arbitraje como método de resolución de controversias.<sup>33</sup>
- ii. La segunda teoría se basa en la premisa de que la relación entre el árbitro y las partes es de naturaleza contractual, ya que tiene su origen en el consentimiento de las partes, y no en un orden externo como ocurre, por ejemplo, en el caso de un juez nacional que forma parte de la rama judicial de un Estado.<sup>34</sup> No obstante, la teoría puramente contractual no proporciona una explicación directa a los elementos de naturaleza judicial involucrados en el arbitraje.<sup>35</sup>

Dentro de la escuela contractual, la doctrina tampoco es uniforme en cuanto al instrumento contractual que sustenta la relación entre el árbitro y las partes. Una vertiente sostiene que el otorgamiento al árbitro de la autoridad para dirimir las disputas entre las partes a través de la cláusula arbitral torna a dicho acuerdo uno tripartito, incluyendo al árbitro. Otros mantienen que el contrato entre las partes, por un lado, y el árbitro, por el otro, es un contrato separado y autónomo del acuerdo arbitral que vincula a las partes en disputa.<sup>36</sup>

- iii. Considerando las limitaciones expuestas en relación con las dos teorías anteriores, la tercera corriente propone incorporar elementos de ambas, reconociendo el origen contractual del arbitraje y de la relación entre el árbitro y las partes, pero sin desestimar la importancia del derecho local como marco normativo que los regula.<sup>37</sup>
- iv. Por último, la teoría autónoma rechaza cualquier clasificación del arbitraje según la preponderancia contractual o jurisdiccional que lo caracterice. Por el contrario, propone una visión autónoma del arbitraje como institución, que no se encuentra atada a ningún derecho local, sino que surge de un marco legal «a-nacional». Como tal, el contrato entre las partes en disputa y el árbitro debe seguir la misma suerte, constituyendo un contrato autónomo e independiente de legislaciones nacionales.<sup>38</sup>

### 2.2.1. Formalidades

El proceso de formación del contrato entre las partes y el árbitro es asimilable a aquel de otros contratos. Comienza mediante una oferta a través de la cual las partes vinculadas por el acuerdo arbitral

<sup>32</sup> Como lo analizan, por ejemplo, LIONNET, Klaus. «The Arbitrator's Contract». En *Arbitration International* (W. W. Park (ed.). Oxford University Press 1999), vol. 15, n.º 2, pp. 161-170, pp. 162 y ss.; BLACKABY, Nigel *et al. Redfern and Hunter on International Arbitration*. Oxford University Press, 2015, 6.<sup>a</sup> edición, paras. 5.51-5.55.

<sup>33</sup> LIONNET, Klaus. «The Arbitrator's Contract». En *Arbitration International* (W. W. Park (ed.). Oxford University Press 1999), vol. 15, n.º 2, pp. 161-170, pp. 163-164.

<sup>34</sup> MOURRE, Alexis. «Chapter 1. Sed Quis Custodiet Ipsos Custodes? On Jurisdiction Upon Arbitrators». En *Is Arbitration only as Good as the Arbitrator? Status, Powers and Role of the Arbitrator*. Dossiers of the ICC Institute of World Business Law (Y. Derains & L. Lévy (eds.), Kluwer Law International 2011), vol. 8, pp. 13-24, p. 13.

<sup>35</sup> FAN, Kun. «Arbitrator's Contracts». En SSRN (2017), disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3480939>, p. 6.

<sup>36</sup> BORN, Gary. *International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 2021, 3ra edición, p. 2118: «There is disagreement concerning the nature of the arbitrator's contract. Some authorities have characterized the contract as a trilateral one, in which the arbitrator is joined as a party to the original bilateral arbitration agreement between the parties. Others have treated the arbitrator's contract as a separate agreement, distinct from the parties' arbitration agreement, arising between the arbitrators and the parties and defining their respective rights and obligations vis-à-vis one another».

<sup>37</sup> FAN, Kun. «Arbitrator's Contracts». En SSRN (2017), disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3480939>, pp. 6-8.

<sup>38</sup> FAN, Kun. «Arbitrator's Contracts». En SSRN (2017), disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3480939>, p. 9.

invitan al potencial árbitro a aceptar su designación como tal. En caso de que el árbitro acepte dicha oferta, se produce la celebración del contrato.

Pese a que los coárbitros son en la práctica seleccionados por una de las partes en litigio, la nominación se considera efectuada por ambas partes a efectos del contrato, en tanto se realiza al amparo del acuerdo de arbitraje. Ello tiene importantes implicancias para el desarrollo del arbitraje, ya que el árbitro adquiere derechos y obligaciones en relación con todas las partes involucradas, y no únicamente con la parte que propuso su designación.<sup>39</sup>

La celebración del contrato con el árbitro no exige requisitos de forma. Por lo tanto, puede concluirse de forma expresa, a través de la firma de un documento por las partes y el árbitro en el que se establecen los términos de la designación de este último, o de forma implícita, como suele ocurrir en arbitrajes institucionales en los que no siempre se firma un documento específico entre las partes y el árbitro relativo a su nombramiento.<sup>40</sup>

Por su parte, se prevén para la terminación del contrato del árbitro escenarios semejantes a los que usualmente se presentan en otros tipos de contratos. El contrato puede finalizar principalmente: (i) por el cumplimiento de su objeto, ya sea una vez emitido el laudo final o, en el caso de que se presenten solicitudes de interpretación o corrección de dicho laudo, una vez finalizados tales procedimientos; o (ii) por terminación anticipada, si las partes acuerdan revocar el mandato del árbitro o si el árbitro presenta su renuncia en forma previa a la finalización del procedimiento arbitral. En este último supuesto, la ley o el reglamento institucional que resulten aplicables pueden, en su caso, tener disposiciones específicas acerca de la viabilidad de una renuncia injustificada del árbitro a su mandato.<sup>41</sup> Una vez concluido el mandato del árbitro y, con él, el contrato que regulaba su vínculo con las partes, el mandato del árbitro se torna en *functus officio*, subsistiendo únicamente ciertos términos como los relativos a la confidencialidad de las actuaciones y la inmunidad de los árbitros.<sup>42</sup>

### **2.3. Derechos, obligaciones y poderes del árbitro**

#### **2.3.1. Nociones básicas**

El contrato entre las partes y el árbitro da origen a diversos derechos y deberes recíprocos. A través del contrato, celebrado al amparo del acuerdo de las partes y dentro de los confines de lo dispuesto por la ley aplicable, las partes también invisten al árbitro de los poderes necesarios para que el tribunal arbitral pueda desempeñar en forma eficaz y eficiente su tarea principal de resolver la disputa.

Entre los derechos adquiridos por el árbitro a través del contrato con las partes se destacan:

- i. El derecho a recibir una compensación por las tareas desempeñadas, así como a recuperar todo gasto en el que haya incurrido en el marco del normal desarrollo del procedimiento arbitral;
- ii. El derecho a una cooperación de buena fe por las partes que permita al tribunal arbitral cumplir con su función y conducir el procedimiento de forma eficiente; y
- iii. El derecho a conservar determinadas inmunidades que limiten su responsabilidad por actos u omisiones ocurridos en el contexto del arbitraje, las que diferirán según lo que en el caso concreto dispongan el acuerdo entre las partes, el reglamento institucional y la ley aplicable.<sup>43</sup>

<sup>39</sup> BORN, Gary. *International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 2021, 3.<sup>a</sup> edición, pp. 2123-2124.

<sup>40</sup> FAN, Kun. «*Arbitrator's Contracts*». En SSRN (2017), disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3480939>, s. II.

<sup>41</sup> BORN, Gary. *International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 2021, 3.<sup>a</sup> edición, pp. 2125-2127.

<sup>42</sup> BORN, Gary. *International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 2021, 3.<sup>a</sup> edición, p. 2124.

<sup>43</sup> BORN, Gary. *International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 2021, 3.<sup>a</sup> edición, pp. 2167-2190.

Si bien los poderes atribuidos a los árbitros varían conforme a lo acordado por las partes y en base a las limitaciones impuestas por la ley aplicable, algunos de los poderes que suelen concederse al árbitro para el correcto desempeño de su mandato incluyen los poderes para:

- i. Establecer y conducir el procedimiento arbitral de la forma que considere apropiada;
- ii. En ausencia de acuerdo de partes al respecto, determinar la ley aplicable al procedimiento, la sede y el idioma del arbitraje;
- iii. Requerir la producción de documentos;
- iv. Requerir la presencia de testigos; y
- v. Dictar medidas provisionales.<sup>44</sup>

Por último, los deberes de los árbitros en relación con las partes, adquiridos a través de la celebración del contrato con ellas, suelen categorizarse según sean impuestos por las partes mismas, por la ley aplicable o por consideraciones de ética en el desempeño de sus funciones. Entre las obligaciones principales del árbitro se incluyen las siguientes:

- i. Determinar los derechos de las partes y resolver diligentemente la disputa entre ellas de manera final y vinculante, observando, en el curso del arbitraje, la buena fe y las disposiciones obligatorias de procedimiento que resulten aplicables;
- ii. Actuar y conducir el procedimiento conforme al derecho aplicable y en observancia del acuerdo entre las partes;
- iii. Mantener la confidencialidad de las actuaciones, incluso una vez finalizado su mandato; y
- iv. Permanecer imparcial e independiente durante todo el procedimiento arbitral, así como revelar cualquier circunstancia sobreviviente que pudiera dar lugar a dudas justificadas sobre la concurrencia de dichas características.<sup>45</sup>

### 2.3.2. *Imparcialidad e independencia*

Dentro de las diversas obligaciones del árbitro, la de mantener la imparcialidad e independencia es objeto de especial consideración, debido al impacto que los deberes de imparcialidad e independencia han generado en el derecho de las inversiones internacionales y en el arbitraje bajo tratados de inversión en general. Los conceptos de imparcialidad e independencia resultan esenciales para el ejercicio de la función arbitral, en tanto contribuyen a la referida legitimidad de los tribunales arbitrales internacionales.<sup>46</sup>

Ambas nociones, aunque distintas, se encuentran considerablemente relacionadas.<sup>47</sup> En términos generales, un tribunal como tal debería ser suficientemente independiente de las partes en disputa, mientras que los árbitros que lo componen deberían dar una percepción de imparcialidad en el caso concreto.<sup>48</sup> En palabras de los autores de *Redfern and Hunter on International Arbitration*:

<sup>44</sup> BLACKABY, Nigel *et al. Redfern and Hunter on International Arbitration*. Oxford University Press, 2015, 6.<sup>a</sup> edición, paras. 5.15 y ss.

<sup>45</sup> BORN, Gary. *International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 2021, 3.<sup>a</sup> edición, s. 13.04.

<sup>46</sup> Ver s. 2.1.1 arriba.

<sup>47</sup> TORRES PÉREZ, Aida. «From Judicial Independence to Interdependence in the International Sphere». *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2017, vol. 24, pp. 462-483, p. 467; PAPAYANNIS, Diego. «Independence, impartiality and neutrality in legal adjudication», *Rerum Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, 2016, vol. 28, para. 5.

<sup>48</sup> FOLLESDAL, Andreas. «Survey Article: The Legitimacy of International Courts». *Journal of Politi*, 2016, vol. 28, para. 5.1, 28, n.<sup>o</sup> 4, pp. 476-499, p. 484. En el mismo sentido, ver, en relación con la imparcialidad e independencia de los tribunales internacionales

«Independence» is generally considered to be concerned with questions arising out of the relationship between an arbitrator and one of the parties, whether financial or otherwise. This is thought to be susceptible to an objective test, because it has nothing to do with an arbitrator's (or prospective arbitrator's) state of mind. By contrast, the concept of «impartiality» is considered to be connected with actual or apparent bias of an arbitrator—either in favour of one of the parties, or in relation to the issues in dispute. Impartiality is thus a subjective and more abstract concept than independence, in that it involves primarily a state of mind.<sup>49</sup>

Por lo tanto, una posible distinción entre ambos conceptos que contempla las consideraciones antedichas consiste en describir la imparcialidad como una ausencia de sesgo por parte del árbitro, y la independencia como una ausencia de control externo.<sup>50</sup> Adicionalmente a los contrastes entre las nociones de imparcialidad e independencia, cada uno de dichos deberes comprende diferentes aspectos que deben ser observados por un tribunal arbitral internacional en cumplimiento de las obligaciones asumidas por los árbitros en virtud de su mandato.

En lo relativo al deber de independencia de los árbitros, si bien existen numerosas corrientes interpretativas acerca de sus distintas aristas, una de las diferenciaciones más comunes distingue entre la llamada independencia estructural de los tribunales arbitrales como órganos y la independencia individual de los árbitros respecto de las partes.<sup>51</sup>

Debido a que la independencia individual de los árbitros examina la relación de los mismos con las partes en disputa o con la disputa en sí misma, dicho aspecto se encuentra entrañablemente relacionado con la noción de imparcialidad del árbitro. Una posible distinción reside en que la independencia individual se focaliza, principalmente, en los vínculos objetivos que existen entre el árbitro y las partes o la disputa, mientras que la imparcialidad como tal hace referencia a un estado mental del árbitro, de índole eminentemente subjetivo.<sup>52</sup>

Por su parte, el deber de imparcialidad como tal se refiere a «the absence of prejudgment of the decision-maker in relation to the case, or to the parties [...]. It encompasses both the actual absence

en general, TORRES PÉREZ, Aida. «From Judicial Independence to Interdependence in the International Sphere». *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2017, vol. 24, pp. 462-483, p. 467: «On the face of it, impartiality encapsulates the notion of the judge as a neutral third. Impartiality is understood as the lack of interest or bias with regard to the parties or the object of the case. Independence refers to a set of institutional and other factors to ensure that judges take decisions free from the influences and pressures of other actors».

<sup>49</sup> BLACKABY, Nigel *et al.* *Redfern and Hunter on International Arbitration*. Oxford University Press, 2015, 6.<sup>a</sup> edición, paras. 4.77-4.78. Ver también, por ejemplo, *Hope Services LLC c/ República de Camerún*, Caso CIADI n.<sup>o</sup> ARB/20/2, decisión sobre la propuesta de recusación del profesor Pierre Mayer, 21 de agosto de 2020, para. 66; *AS PNB Banka y otros c/ República de Letonia*, Caso CIADI n.<sup>o</sup> ARB/17/47, Decisión sobre las Propuestas de Recusación de los Sres. James Spigelman, Peter Tomka y John M. Townsend, 16 de junio de 2020, para. 157; CARON, David D. & Lee M. CAPLAN. *The UNCITRAL Arbitration Rules: A Commentary*. Oxford University Press, 2013, 2.<sup>a</sup> edición, p. 213: «In general, impartiality means that an arbitrator will not favor one party more than another, while independence requires that the arbitrator remain free from the control of either party. Impartiality thus refers to the arbitrator's internal disposition, while independence refers to external control over the arbitrator. Impartiality is a state of mind and thus somewhat elusive, while independence involves some relationship and is thus much more a question of fact. There is, however, no strict division between the two concepts, as external factors or conditions —although not necessarily sufficient to put in question the arbitrator's independence— might strengthen the objective justifiability of the doubts expressed by a party about an arbitrator's impartiality».

<sup>50</sup> Entre otras decisiones, ver *Raiffeisen Bank International AG y Raiffeisenbank Austria dd c/ República de Croacia*. Caso CIADI n.<sup>o</sup> ARB/17/34, decisión sobre la propuesta de recusación de Stanislav Alexandrov, 17 de mayo de 2018, para. 82.

<sup>51</sup> Ver, por ejemplo, GIORGETTI, Chiara *et al.* «Independence and Impartiality in Investment Dispute Settlement: Assessing Challenges and Reform Options». En *Journal of World Investment & Trade*, 2020, vol. 21, pp. 441-474, pp. 444-445: «The notion of independence is generally used to refer to the institutional independence of the judiciary and adjudicators from the other branches of government. In addition, independence is also used to designate the absence of legally relevant relationships between the adjudicator and the parties to a dispute». En la misma línea se pronunció recientemente, por ejemplo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En su Dictamen 1/17 relativo al mecanismo de resolución de disputas inversor-Estado incluido en el Acuerdo Integral sobre Economía y Comercio (CETA), entendió que la independencia de un tribunal arbitral comprende dos connotaciones, es decir: (i) un aspecto externo que involucra que el órgano encargado de adjudicar la disputa no se encuentre sujeto a jerarquías o instrucciones de ninguna fuente, y esté por lo tanto protegido de influencias externas; y (ii) un aspecto interno, relacionado a su vez con la imparcialidad del tribunal y que requiere que éste mantenga la distancia con las partes y con la disputa, cifrándose a la estricta aplicación del derecho correspondiente (Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Dictamen 1/17, 30 de abril de 2019, paras. 202-203).

<sup>52</sup> KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle & Michele POTESIÀ. Reporte Suplementario CIDS. «The Composition of a Multilateral Investment Court and of an Appeal Mechanism for Investment Awards», 2017, para. 73.

of pre-disposition and conflicts of interest and the perception thereof, because “[n]ot only must justice be done; it must also be seen to be done”».<sup>53</sup>

## 2.4. Recusaciones

### 2.4.1. Procedimiento

En caso de que alguna de las partes litigantes considere que uno o varios de los miembros que forman el tribunal arbitral no cumple, en determinado momento, con los requisitos de imparcialidad e independencia, puede poner en marcha el procedimiento para la recusación del árbitro en cuestión.

Conforme al principio de la autonomía de la voluntad de las partes que rige el arbitraje, las partes tienen libertad para establecer el procedimiento a seguir en caso de recusación de alguno de los miembros del tribunal arbitral. Si bien es posible prever cuestiones relativas a la recusación de árbitros en el acuerdo arbitral, es usual que las partes se atengán a lo previsto en el reglamento de arbitraje aplicable en virtud de la elección de las partes.<sup>54</sup> En el caso de arbitrajes *ad hoc*, las reglas de procedimiento aplicables a la recusación serán las que surjan de la ley de arbitraje de la sede.<sup>55</sup>

Al margen de las particularidades de cada reglamento de arbitraje, el procedimiento para la recusación de árbitros previsto en cada uno de ellos es esencialmente similar.<sup>56</sup> La parte que impulse la recusación de un árbitro tiene un período limitado de tiempo desde que conoce o debió conocer las circunstancias que dan origen a la recusación para notificar su intención de recusar al árbitro.

En algunos casos, el reglamento relevante fija directamente el plazo a considerar —por ejemplo, el artículo 13(1) del Reglamento CNUDMI prevé un plazo de 15 días. En otros, se condiciona la oportunidad de la recusación a criterios de razonabilidad, entendidos a la luz de los deberes de buena fe y cooperación de las partes— en este sentido, la Regla 9 de las Reglas de Arbitraje del CIADI dispone que la propuesta de recusación debe realizarse «sin demora».

Sin perjuicio de las diversas similitudes en el procedimiento para decidir recusaciones bajo los distintos reglamentos de arbitraje, una diferencia de relevancia concierne sobre quién recae la decisión de la recusación. Al respecto, el artículo 13(4) del Reglamento CNUDMI establece que, en caso de que las partes no se pongan de acuerdo sobre la procedencia de la recusación, será la autoridad nominadora quien adopte la decisión. Por el contrario, conforme al artículo 58 del Convenio CIADI, la decisión sobre una recusación recae sobre los coárbitros —excepto en caso de empate de votos o si se trata de la recusación de un árbitro único o de la mayoría del tribunal, en cuyo caso el Presidente del Consejo Administrativo del CIADI es el encargado de resolverla—.<sup>57</sup>

### 2.4.2. Estándar

Al decidir una propuesta de recusación, los individuos encomendados con dicha tarea —ya sea que se trate de los restantes miembros del tribunal arbitral o de una autoridad nominadora— deben analizar los hechos que dan origen a la recusación a la luz del estándar aplicable. En general, los mismos

<sup>53</sup> GIORGETTI, Chiara *et al.* «Independence and Impartiality in Investment Dispute Settlement: Assessing Challenges and Reform Options». En *Journal of World Investment & Trade*, 2020, vol. 21, pp. 441-474, pp. 444-445.

<sup>54</sup> BORN, Gary. *International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 2021, 3.<sup>a</sup> edición, paras. 2054-2055.

<sup>55</sup> BLACKABY, Nigel *et al.* *Redfern and Hunter on International Arbitration*. Oxford University Press, 2015, 6.<sup>a</sup> edición, para. 4.106.

<sup>56</sup> BORN, Gary. *International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 2021, 3.<sup>a</sup> edición, para. 2055.

<sup>57</sup> Ver, por ejemplo, SCHREUER, Christoph *et al.* *The ICSID Convention, A Commentary*. Cambridge University Press, 2009, 2.<sup>a</sup> edición, p. 1210: «The provision dealing with the decision on a proposal to disqualify underwent certain changes during the Convention’s drafting. The basic principle that the other members of the commission or tribunal should make the decision was always accepted. A decision by the Chairman was foreseen originally only for cases of single conciliators or arbitrators. Subsequently, the Chairman’s power was extended to cases where the other members are equally divided and, later still, to cases where the proposed disqualification concerns the majority of the members».

reglamentos de arbitraje contienen el estándar bajo el que deben analizarse las recusaciones sujetas a dichas reglas.

Dentro de los estándares encontrados más frecuentemente en los reglamentos de arbitraje que suelen resultar de aplicación en arbitrajes bajo tratados de inversión destaca el de «dudas justificadas». Bajo el artículo 12(1) del Reglamento CNUDMI, las partes pueden solicitar la recusación de un árbitro «si existen circunstancias de tal naturaleza que den lugar a dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia».

La inclusión de la palabra «justificadas» para caracterizar a las dudas que ameritarían hacer lugar a una recusación denota la intención de los autores del Reglamento CNUDMI de establecer un estándar objetivo de recusación, desde la perspectiva de un tercero razonable.<sup>58</sup> Es decir, las dudas deberían ser objetivamente razonables para que proceda la recusación del árbitro.<sup>59</sup> Por otra parte, la referencia a «dudas» justificadas demuestra que basta con que exista una apariencia de sesgo para aceptar la propuesta de recusación, sin requerirse prueba concreta de la existencia de dicha parcialidad.<sup>60</sup>

En contraste con la terminología adoptada por el Reglamento CNUDMI, el artículo 57 del Convenio CIADI, que regula las condiciones para proponer la recusación de uno o varios miembros de un tribunal arbitral, hace referencia a una «carencia manifiesta de las cualidades» requeridas para actuar como árbitro en un arbitraje CIADI. Dichas cualidades se encuentran previstas en el artículo 14(1) y constan de «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».

Diversos tribunales en arbitrajes CIADI han interpretado el estándar del artículo 57. En este sentido, existe consenso respecto a que dicho estándar comprende tanto la noción de independencia como la de imparcialidad, pese a que las versiones en distintos idiomas del Convenio CIADI divergen en cuanto a los términos utilizados —entre otras, la versión en español se refiere a «imparcialidad de juicio», en tanto que la versión en inglés utiliza el vocablo *independent judgment*—.<sup>61</sup>

Asimismo, se ha sostenido que el estándar de recusación del Convenio CIADI requiere *a relatively high burden* para que proceda dicha recusación, debido a que la carencia debe ser «manifiesta», esto es, debe establecerse clara y objetivamente.<sup>62</sup> En palabras del tribunal en *Blue Bank c/ Venezuela*, «la carencia de las cualidades [...] debe ser obvia o evidente; y [...] ello guarda relación con “la facilidad con la cual la alegada carencia de las cualidades pueda ser percibida”».<sup>63</sup>

<sup>58</sup> Por ejemplo, *AWG Group Ltd. c/ República Argentina*, Caso CNUDMI, decisión sobre la segunda propuesta de recusación de un miembro del tribunal arbitral, 12 de mayo de 2008, para. 22. Ver también *Vito G. Gallo c/ Gobierno de Canadá*, Caso PCA n.º 55798, decisión sobre la recusación del señor J. Christopher Thomas, QC, 14 de octubre de 2009, paras. 19, 36.

<sup>59</sup> CARON, David D. & Lee M. CAPLAN. *The UNCITRAL Arbitration Rules: A Commentary*. Oxford University Press, 2013, 2.ª edición, p. 208: «The inclusion of the word «justifiable» in article 12(1), to define the kind of doubt required to sustain a challenge, reflects UNCITRAL's clear intention of establishing an objective standard for impartiality and independence. While a party's subjective concerns about an arbitrator's bias may prompt a challenge, it is the objective reasonableness of these concerns that is ultimately determinative».

<sup>60</sup> BORN, Gary. *International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 2014, 2.ª edición, pp. 1894-95: «[...] it is clear that the standard of impartiality and independence under article 12(2) is an objective one (requiring “justifiable” doubts) and that the standard does not require proof of a certainty or likelihood of partiality or dependence (instead requiring only justifiable “doubts”»). Ver también *id.*, p. 1919: «Statements that an “appearance” or “impression” of bias is not grounds for removal of an arbitrator are of limited accuracy or assistance. “Partiality” or “bias”, in the sense of a subjective state-of-mind of the arbitrator, can virtually never be proved, at least if it is not admitted».

<sup>61</sup> Ver, por ejemplo, *Blue Bank International & Trust (Barbados) Ltd. c/ República Bolivariana de Venezuela*. Caso CIADI n.º ARB/12/20, decisión sobre la propuesta de la República Bolivariana de Venezuela de recusación del señor Álvaro Castellanos, 2 de marzo de 2018, para. 77.

<sup>62</sup> *OPIC Karimum Corporation c/ República Bolivariana de Venezuela*. Caso CIADI n.º ARB/10/14, decisión sobre la propuesta de recusación del profesor Philippe Sands, 5 de mayo de 2011, para. 45.

<sup>63</sup> *Blue Bank International & Trust (Barbados) Ltd. c/ República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI n.º ARB/12/20, Decisión sobre la Propuesta de la República Bolivariana de Venezuela de Recusación del señor Álvaro Castellanos, 2 de marzo de 2018, para. 78.

### 2.4.3. *Causales*

Las potenciales causales de recusación por las que una parte puede proponer el apartamiento de un árbitro del arbitraje en cuestión son ilimitadas, ya que esencialmente cualquier hecho o circunstancia que involucre a uno o más miembros del tribunal arbitral puede dar lugar a una recusación. En cada caso concreto, será necesario analizar los hechos que dan origen a la recusación para determinar si la relación existente invocada por la parte que propone la recusación amerita el desplazamiento del árbitro. No obstante, una posible categorización de los hechos que podrían motivar una recusación incluye:

- i. Relaciones entre el árbitro y las partes: existen diversos escenarios en los que un árbitro puede encontrarse vinculado con una de las partes. Las Directrices IBA contienen numerosos ejemplos de situaciones que recaen en esta categoría. Por ejemplo, la sección 1.1 de la Parte II incorpora dentro del Listado Rojo Irrenunciable el supuesto de identidad entre una de las partes y el árbitro. También es posible que una parte designe al mismo árbitro en diversos procedimientos arbitrales, lo que puede generar cuestionamientos acerca de la independencia e imparcialidad de dicho árbitro. En estos casos, es menester examinar no solamente la existencia de la conexión, sino las características cualitativas de la misma, para determinar si, por su intensidad y materialidad, podría dar lugar a una falta de juicio independiente e imparcial.<sup>64</sup>
- ii. Relaciones entre el árbitro y los representantes de las partes: de igual forma, varias situaciones de conexión entre el árbitro y los representantes de una de las partes pueden dar lugar a dudas sobre su imparcialidad e independencia. Un supuesto típico contenido en la sección 2.3.3 de las Directrices IBA es el de un árbitro y el representante de una de las partes que son parte de la misma firma de abogados. Similarmente, la designación del mismo árbitro en múltiples casos que involucran a la misma firma de abogados podría dar lugar a cuestionamientos sobre su independencia o imparcialidad.
- iii. Situaciones de *issue conflict*: estas situaciones tienen lugar cuando el árbitro ya se ha pronunciado con una opinión específica sobre las cuestiones en disputa, ya sea en laudos anteriores o en trabajos académicos, con una dimensión tal que su capacidad de decidirlas imparcialmente se ve cuestionada.<sup>65</sup>
- iv. Situaciones de *double batting*: comprenden circunstancias en las que un individuo que se encuentra actuando como árbitro en una disputa está a la vez representando, o representó, a una de las partes en otra disputa que versa sobre la misma cuestión jurídica.<sup>66</sup> Por lo tanto, se discute la capacidad de dicho individuo en su calidad de árbitro para decidir la disputa en forma imparcial, siendo que se encuentra defendiendo una postura u otra sobre la cuestión en el caso en el que actúa como abogado de parte.<sup>67</sup>

### 2.5. *La relación entre el árbitro y el juez*

El principio que prima en la relación entre el árbitro y el juez es el de no interferencia de estos últimos en el arbitraje. La operación de este principio es esencial para garantizar la eficacia del procedimiento

<sup>64</sup> BLACKABY, Nigel *et al. Redfern and Hunter on International Arbitration*. Oxford University Press, 2015, 6.<sup>a</sup> edición, paras. 4.119, 4.121.

<sup>65</sup> GIORGETTI, Chiara *et al. «Independence and Impartiality in Investment Dispute Settlement: Assessing Challenges and Reform Options»*. En *Journal of World Investment & Trade*, 2020, vol. 21, pp. 441-474, pp. 458-459. Una decisión emblemática a este respecto es *CC Devas c/ India*, en el que la autoridad nominadora sostuvo que el hecho de que un árbitro hubiere lidiado con el mismo concepto legal en disputa en cuatro ocasiones previas daba lugar a dudas sobre su habilidad para decidir la controversia con una mente abierta (*CC/Devas (Mauritius) Ltd, Devas Employees Mauritius Private Limited y Telcom Devas Mauritius Limited c/ Repùblica de India*, Caso CPA n.<sup>o</sup> 2013-09, Decisión sobre la Recusación de la Demandada al Hon. Marc Lalonde como Presidente y Prof. Francisco Orrego Vicuña como Co-Árbitro, 30 de septiembre de 2013, para. 64).

<sup>66</sup> BLACKABY, Nigel *et al. Redfern and Hunter on International Arbitration*. Oxford University Press, 2015, 6.<sup>a</sup> edición, paras. 4.132.

<sup>67</sup> GIORGETTI, Chiara *et al. «Independence and Impartiality in Investment Dispute Settlement: Assessing Challenges and Reform Options»*. En *Journal of World Investment & Trade*, 2020, vol. 21, pp. 441-474, pp. 459-460.

arbitral internacional, apartándolo de las incidencias que comúnmente se suscitan ante los tribunales locales y que pueden generar demoras y contradicciones en el proceso.<sup>68</sup>

Sin embargo, los tribunales arbitrales no cuentan con ciertos poderes coercitivos característicos de las cortes locales.<sup>69</sup> De igual manera, existen diversas etapas en un arbitraje en las que el auxilio del juez puede resultar necesario, ya sea para impulsar el procedimiento arbitral o para garantizar su eficacia. Por lo tanto, el juez asume en dichas situaciones un rol en apoyo del arbitraje.<sup>70</sup>

Dentro de las etapas del procedimiento arbitral en las que puede resultar necesaria o beneficiosa la intervención del juez en auxilio del mandato del árbitro, se destacan principalmente los siguientes hitos:

- i. Antes del arbitraje: en determinadas situaciones, el juez debe examinar cuestiones relativas a un potencial arbitraje en forma previa al surgimiento del mismo. Ejemplos de ello son: la función del juez frente a una cláusula arbitral en la etapa previa al arbitraje, cuyos alcances pueden variar dependiendo de la jurisdicción de que se trate; el apoyo al procedimiento arbitral previo a la constitución del tribunal, entre otros, en caso de que una de las partes se rehúse a nombrar a su coárbitro; o el dictado de medidas provisionales que sean necesarias para la preservación del *statu quo* —por ejemplo, para garantizar la preservación de pruebas—.
- ii. Durante el arbitraje: al igual que en la etapa previa al arbitraje, el juez puede proceder al dictado y a la ejecución de medidas provisionales para salvaguardar el procedimiento arbitral.
- iii. Después del arbitraje: el rol del juez deviene de relevancia para garantizar la efectividad del laudo, tanto en un potencial procedimiento de anulación como para lograr su reconocimiento y ejecución.

### 3. PRINCIPIO COMPÉTENCE DE LA COMPÉTENCE

#### 3.1. Introducción

Existe un principio íntimamente ligado a la autoridad de los árbitros en el ámbito del arbitraje internacional conocido como principio *compétence de la compétence* en francés o *kompetenz-kompetenz* en alemán (competencia de la competencia). En términos generales, el principio competencia de la competencia establece que los tribunales internacionales tienen el poder de considerar y decidir las disputas relativas a su propia jurisdicción. En otras palabras, un tribunal internacional es juez de su propia jurisdicción y decide de manera obligatoria para las partes, si tiene el poder para entender o juzgar la controversia, determinando así tanto la existencia como el alcance de su propia jurisdicción.<sup>71</sup> En este sentido, la doctrina está íntimamente ligada a la asignación de competencias para conocer y decidir disputas sobre jurisdicción entre tribunales arbitrales y tribunales nacionales.

<sup>68</sup> BORN, Gary. *International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 2021, 3.<sup>a</sup> edición, pp. 2353-2354.

<sup>69</sup> Ver también s. 2.1.2 arriba.

<sup>70</sup> Ver, por ejemplo, ALLSOP, James. «The Authority of the Arbitrator». En *Arbitration International* (William W. Park (ed.). Oxford University Press 2014), vol. 30, n.<sup>o</sup> 4, pp. 639-660, pp. 654-655: «[...] the strength of the arbitrator's authority and the efficiency of arbitration can depend to a degree on the virtuous circle of the relationship between arbitration and the supporting or supervising court. There is a clear relationship between the skill and experience of the supervising court and the encouragement to, and health of, arbitration within a jurisdiction».

<sup>71</sup> GONZÁLEZ NAPOLITANO, Silvina. *Lecciones de Derecho Internacional Público*. Erreius, 2019, p. 795.

El principio es ampliamente reconocido por prácticamente todos los ordenamientos jurídicos nacionales y el derecho internacional. Sin embargo, a pesar de esta amplia aceptación, existen desacuerdos respecto a la aplicación y consecuencias de este, ya que los principales sistemas legales toman posiciones diversas.<sup>72</sup>

Esta última sección se encarga de desarrollar los orígenes del principio (3.2), para luego analizar los efectos del mismo (3.3). Por último, la sección concluye con una breve descripción de las particularidades del principio en el contexto del arbitraje de inversiones (3.4).

### 3.2. *Orígenes del principio*

Fouchard, Gaillard y Goldman citan un caso de 1949 como primera expresión de la versión francesa del principio denominado *compétence de la compétence*.<sup>73</sup> Sin embargo, el principio existe desde mucho antes de que la expresión fuera utilizada por primera vez en 1949 por un tribunal francés. De hecho, el primer caso donde se estableció la regla de que un tribunal tiene jurisdicción para determinar su propia jurisdicción parece haber sido el caso *Betsey* entre los Estados Unidos y el Reino Unido en 1797.<sup>74</sup>

En el ámbito del derecho internacional, el principio se suele atribuir al caso *Alabama* de 1871, el arbitraje más famoso del siglo, en el que se planteó una cuestión vital sobre los daños indirectos reclamados por Estados Unidos y donde se aplicó el principio.

Los libros modernos sobre arbitraje consideran que este principio es una invención del siglo XX, cuando en realidad es mucho anterior. Prueba de la larga data de este principio se desprende de la conducta adoptada por los Estados ante los tribunales internacionales: por ejemplo, Rosenne señala que la competencia de la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI) para decidir su propia jurisdicción parece no haber sido cuestionada.<sup>75</sup> De hecho, la propia CPJI reafirmó el principio en varias ocasiones.<sup>76</sup> En un caso donde se cuestionó la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) para decidir sobre su propia jurisdicción, la Corte endorso el principio al establecer que «desde el caso *Alabama*, siguiendo los precedentes anteriores, se ha reconocido en general que, en ausencia de cualquier acuerdo en contrario, un tribunal internacional tiene el derecho de decidir sobre su propia jurisdicción y tiene el poder de interpretar con este propósito los instrumentos que rigen esa jurisdicción». (traducción propia)<sup>77</sup>

El principio competencia de la competencia, es un principio crucial de la solución de controversias internacionales que ha sido frecuentemente aplicado y hasta expresamente reconocido, pero tiene ciertos límites en cuanto a sus efectos.<sup>78</sup> Por ejemplo, en el contexto de controversias entre inversores y Estados, la autoridad de un tribunal arbitral para pronunciarse sobre su propia jurisdicción puede estar sujeta a la revisión de los tribunales nacionales con respecto a los arbitrajes *ad hoc*; o la revisión de un comité *ad hoc* con respecto a los arbitrajes del CIADI.

<sup>72</sup> Para más desarrollo sobre las diversas posturas, ver BORN, Gary. *International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 2021, 3ra edición, pp. 1139-1348.

<sup>73</sup> GAILLARD, Emmanuel y John SAVAGE. *Fouchard, Gaillard and Goldman on International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 1999, para 651.

<sup>74</sup> ROSENNE, Shabtai. *The International Court of Justice*. Martinus Nijhoff, 2006, 4.<sup>a</sup> edición, vol. 2, pp. 812 y ss. Para extractos de la decisión, ver DIE LA PRADELLE, Alfred y Jacques POLITIS. *Recueil des Arbitrages Internationaux*, Les Editions Internationales, 1932, vol. 1 (1798-1855), pp. 51 y ss.

<sup>75</sup> ROSENNE, Shabtai. *The International Court of Justice*. Martinus Nijhoff, 2006, 4.<sup>a</sup> edición, vol. 2, p. 815.

<sup>76</sup> Interpretation of Greco-Turkish Agreement, PCIJ Rep Series B n.<sup>o</sup> 16 (1926), 20.

<sup>77</sup> Nottebohm case (Liechtenstein v Guatemala) Preliminary Objections Judgment, ICJ Rep 1953.

<sup>78</sup> CRAWFORD, James. «Continuity and Discontinuity in International Dispute Settlement: An Inaugural Lecture». En *Journal of International Dispute Settlement*, 2010, vol. 1, n.<sup>o</sup> 1, pp. 3-24.

### 3.3. *Efectos del principio*

El principio competencia de la competencia tiene dos efectos, uno positivo y uno negativo. El efecto positivo es aquel que les permite a los árbitros conocer en disputas que caigan dentro del alcance de la cláusula arbitral, mientras que el efecto negativo es aquel que prohíbe a los tribunales nacionales pronunciarse sobre esas mismas disputas.<sup>79</sup> A continuación, se examinan ambos efectos en detalle.

#### 3.3.1. *Efecto positivo*

De acuerdo con este principio, un tribunal arbitral tiene jurisdicción para considerar y decidir cualquier disputa sobre su propia jurisdicción.

El efecto positivo del principio es ampliamente aceptado y aplicado tanto en arbitrajes comerciales como en controversias Estado-Estado o inversor-Estado.<sup>80</sup>

En este sentido, las principales convenciones internacionales de arbitraje, implícita o explícitamente, reconocen el efecto positivo del principio. Por ejemplo, el Convenio del CIADI, en el artículo 41(2) establece que «el Tribunal podrá considerar de oficio en cualquier estado del procedimiento, si la diferencia que se le ha sometido cae dentro de la jurisdicción del Centro y es de su propia competencia».

A su vez, las reglas de arbitraje institucional también reconocen casi uniformemente el principio competencia de la competencia de los tribunales arbitrales. El Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, en su artículo 23(1), establece que el tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, así como acerca de toda excepción relativa a la existencia o a la validez de un acuerdo de arbitraje. El Reglamento de Arbitraje de la CCI,<sup>81</sup> el Reglamento de Arbitraje de la CPA<sup>82</sup> y las Reglas de Arbitraje de la LCIA<sup>83</sup> contienen una disposición similar consagrando el principio.

Por su parte, la Ley Modelo de la CNUDMI, formulada para ayudar a los Estados a reformar y modernizar sus leyes sobre el procedimiento arbitral, autoriza expresamente a los árbitros a considerar y dictar laudos sobre su propia jurisdicción. En el Capítulo IV sobre la «Competencia del Tribunal Arbitral» se encuentra el Artículo 16 titulado «Facultad del tribunal arbitral para decidir acerca de su competencia», según el cual:

El tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje. A ese efecto, una cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará *ipso jure* la nulidad de la cláusula compromisoria.

Se desprende del texto del artículo que la Ley Modelo otorga inequívocamente a los árbitros la competencia para considerar objeciones a su propia jurisdicción, incluidas las impugnaciones relativas a la existencia y a la validez del acuerdo de arbitraje. El artículo reconoce explícitamente el efecto positivo del principio de competencia de la competencia, es decir, la autoridad de los árbitros para entender en, y dirimir, disputas sobre su propia jurisdicción, independientemente de si el acuerdo de arbitraje celebrado entre las partes contiene disposiciones expresas en este sentido.<sup>84</sup>

<sup>79</sup> GAILLARD, Emmanuel. «L'effet négatif de la compétence-compétence». En *Etudes de procédure et d'arbitrage en l'honneur de Jean-François Poudret* (J. Haldy, J. M. Rapp y P. Ferrari (eds.). Faculté de droit de l'Université de Lausanne 1999), pp. 387-402.

<sup>80</sup> BORN, Gary. *International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 2021, 3.<sup>a</sup> edición, pp. 1139-1348.

<sup>81</sup> Reglamento de Arbitraje de la CCI, 2021, artículo 6(5).

<sup>82</sup> Reglamento de Arbitraje de la CPA, 2012, artículo 23(1).

<sup>83</sup> Reglas de Arbitraje de la LCIA, 2020, artículo 23(1).

<sup>84</sup> BORN, Gary. *International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 2021, 3.<sup>a</sup> edición, pp. 1139-1348.

El efecto positivo del principio también se encuentra incorporado en la legislación nacional de arbitraje de diversas jurisdicciones<sup>85</sup> y en numerosos acuerdos de inversión.<sup>86</sup> En contraposición, la recepción del aspecto negativo del principio *compétence-compétence* varía según la jurisdicción de que se trate y resulta más controvertido, por lo que merece especial atención y será tratado a continuación.

### 3.3.2. Efecto negativo

La contracara del efecto positivo del principio de competencia de la competencia es su aspecto negativo. Conforme al llamado aspecto negativo del principio, en tanto los tribunales arbitrales son competentes para decidir sobre su propia jurisdicción,<sup>87</sup> los tribunales judiciales que se enfrenten a la cuestión de existencia o validez de una cláusula arbitral deben diferir al tribunal arbitral cualquier decisión sobre la jurisdicción de este último.<sup>88</sup>

Como lo explican Gaillard y Banifatemi, no se trata de una regla de exclusividad, sino de prioridad.<sup>89</sup> En otras palabras, el efecto negativo del principio de competencia de la competencia implica que el tribunal arbitral será el primero en decidir sobre su propia jurisdicción, mientras que los tribunales judiciales ejercerán el control relativo a cuestiones de existencia o validez de la cláusula arbitral únicamente en dos supuestos: (i) inicialmente, para llevar a cabo una evaluación *prima facie* de dicho acuerdo arbitral que permita verificar que dicho acuerdo no es «nulo, ineficaz o inaplicable»;<sup>90</sup> y (ii) en una etapa ulterior, incluyendo en un eventual procedimiento de anulación o reconocimiento y ejecución del laudo arbitral.<sup>91</sup>

El aspecto negativo del principio de competencia de la competencia se encuentra receptado en diversos instrumentos jurídicos, tanto en convenciones internacionales como en legislaciones nacionales. En efecto, el artículo II(3) de la Convención de Nueva York establece que «[el] tribunal de todo Estado Contratante, al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, deberá, a instancia de una de ellas, remitirlas a arbitraje, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable». En el mismo sentido, el artículo 8(1) de la Ley Modelo CNUDMI dispone como sigue: «[el] tribunal al que se someta un litigio sobre un asunto que es objeto de un acuerdo de arbitraje remitirá a las partes al arbitraje si lo solicita cualquiera de ellas, a más tardar, en el momento de presentar el primer escrito sobre el fondo del litigio, a menos que se compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible».

Por su parte, los régímenes domésticos han generalmente adoptado este principio conforme se encuentra previsto en las disposiciones de la Convención de Nueva York y la Ley Modelo CNUDMI, aunque con matices en lo relativo al alcance de la revisión de la cláusula arbitral por los tribunales

<sup>85</sup> Por ejemplo, Ley de Arbitraje inglesa de 1996, Sección 30(1); Código Procesal Civil francés, artículo 1465; Ley Suiza de Derecho Internacional Privado, artículo 186(1).

<sup>86</sup> Por ejemplo, TBI Argentina-Emiratos Árabes Unidos, Artículo 28(2) que establece: «[el] tribunal arbitral podrá considerar de oficio, en cualquier etapa del procedimiento, si la controversia se encuentra dentro de su jurisdicción o competencia».

<sup>87</sup> Ver s. 3.3.1 arriba.

<sup>88</sup> GAILLARD, Emmanuel & Yas BANIFATEMI. «Negative Effect of Competence-Competence: The Rule of Priority in Favour of the Arbitrators». En *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards. The New York Convention in Practice* (E. Gaillard & D. Di Pietro (eds.), Cameron May 2008), pp. 259-260.

<sup>89</sup> GAILLARD, Emmanuel & Yas BANIFATEMI. «Negative Effect of Competence-Competence: The Rule of Priority in Favour of the Arbitrators». En *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards. The New York Convention in Practice* (E. Gaillard & D. Di Pietro (eds.), Cameron May 2008), pp. 259-260. Ver también, por ejemplo, GRSBERGER, Daniel & Nathalie VOSER. «Chapter 2: The Arbitration Agreement and the Jurisdiction of the Arbitral Tribunal». En *International Arbitration: Comparative and Swiss Perspectives*, Schulthess Juristische Medien AG, 2021, 4.<sup>a</sup> edición, para. 552.

<sup>90</sup> Convención de Nueva York, artículo II(3); GAILLARD, Emmanuel & Yas BANIFATEMI. «Negative Effect of Competence-Competence: The Rule of Priority in Favour of the Arbitrators». En *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards. The New York Convention in Practice* (E. Gaillard & D. Di Pietro (eds.), Cameron May 2008), p. 259.

<sup>91</sup> Ver, por ejemplo, SOLIMENE, Fabio. «The Doctrines of Kompetenz-Kompetenz and Separability and their Contribution to the Development of International Commercial Arbitration». En *Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management* (M. O'Reilly (ed.), Sweet & Maxwell 2014), vol. 80, n.<sup>o</sup> 3, pp. 249-255, p. 251.

locales.<sup>92</sup> Así, mientras que los tribunales de ciertas jurisdicciones se circunscriben a una revisión estrictamente *prima facie* de la existencia y validez de la cláusula arbitral, al menos en la etapa inicial del procedimiento,<sup>93</sup> otros implementan un mecanismo de revisión más exhaustivo, sin importar de la etapa del procedimiento de que se trate.<sup>94</sup> Estas distinciones se deben a diversos motivos, entre otros: (i) no todas las jurisdicciones han adoptado la Ley Modelo CNUDMI; (ii) aquellas que la han adoptado, no necesariamente lo han hecho enteramente o de la misma forma; y (iii) la jurisprudencia de jurisdicciones cuya legislación recepta la Ley Modelo CNUDMI tampoco han zanjado la cuestión de cuál sería el estándar de revisión conforme a la literalidad de su texto, es decir, si debería llevarse a cabo una revisión exhaustiva o únicamente *prima facie*.<sup>95</sup>

Un ejemplo de jurisdicción cuya legislación contempla un alcance amplio para la acepción negativa del principio de competencia de la competencia es Francia. El artículo 1448 del Código Procesal Civil francés dispone que «[e]n caso de que una controversia derivada de un acuerdo arbitral se someta a un tribunal estatal, el mismo deberá declararse incompetente, excepto si el tribunal arbitral no estuviera aun conociendo de la controversia y si el acuerdo arbitral fuere manifiestamente nulo o manifiestamente inaplicable» (traducción propia). De acuerdo con lo establecido en dicha disposición, el único supuesto en el que el efecto negativo del principio podría quedar desplazado en la etapa inicial del procedimiento sería si se presentaran las siguientes dos condiciones: (i) que el acuerdo arbitral fuera manifiestamente nulo o manifiestamente inaplicable; y (ii) que la disputa no hubiere sido todavía sometida a un tribunal arbitral.<sup>96</sup>

Como se percibe de la letra misma del artículo 1448, el estándar para que los tribunales judiciales franceses se encuentren facultados para intervenir al comienzo del procedimiento es muy elevado.<sup>97</sup> En primer lugar, la nulidad o inaplicabilidad manifiesta de la cláusula arbitral exige un estándar de prueba excepcionalmente alto, lo que implica que rara vez será alcanzado.<sup>98</sup> En segundo lugar, las dos condiciones establecidas por la disposición en cuestión deben satisfacerse de manera concomitante, y no alternativa. Afirma, entre otros, Barceló que el objetivo principal de la aproximación francesa a la acepción negativa del principio de competencia de la competencia es «evitar que una de las partes obstruya o demore el arbitraje».<sup>99</sup>

<sup>92</sup> GIRSBERGER, Daniel & Nathalie VOSER. «Chapter 2: The Arbitration Agreement and the Jurisdiction of the Arbitral Tribunal». En *International Arbitration: Comparative and Swiss Perspectives*, Schulthess Juristische Medien AG, 2021, 4.<sup>a</sup> edición, para. 500; RAGNWALDH, Jacob. «Competence-compétence - The Power of an Arbitral Tribunal to Decide the Existence and Extent of its Own Jurisdiction». En *International Arbitration: The Coming of a New Age?* ICCA Congress Series (A. Jan Van den Berg (ed.), Kluwer Law International 2013), vol. 17, pp. 224-234, pp. 232 y ss. Existen ciertas jurisdicciones, entre ellas China, que no acuerdan relevancia al efecto negativo del principio de competencia y que, por lo tanto, permiten que los tribunales judiciales examinen las cuestiones de existencia, validez o alcance de la cláusula arbitral en forma previa o concomitante a los tribunales arbitrales. No obstante, no se trata de la posición mayoritaria en las legislaciones domésticas (ver generalmente BORN, Gary. *International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 2021, 3.<sup>a</sup> edición, p. 1142).

<sup>93</sup> Ello no significa necesariamente que esas mismas jurisdicciones no lleven a cabo una revisión exhaustiva de la cuestión una vez emitido el laudo arbitral, como es el caso de los tribunales franceses que en dicha etapa posterior realizan una revisión *de novo* (ver, por ejemplo, PARK, William W. «The Arbitrator's Jurisdiction to Determine Jurisdiction». En *International Arbitration 2006: Back to Basics?* ICCA Congress Series (A. Jan Van den Berg (ed.), Kluwer Law International 2007) vol. 13, pp. 55-153, p. 67).

<sup>94</sup> Ver, por ejemplo, RAGNWALDH, Jacob. «Compétence-compétence - The Power of an Arbitral Tribunal to Decide the Existence and Extent of its Own Jurisdiction». En *International Arbitration: The Coming of a New Age?* ICCA Congress Series (A. Jan Van den Berg (ed.), Kluwer Law International 2013), vol. 17, pp. 224-234, p. 233.

<sup>95</sup> BACHAND, Frédéric. «Does Article 8 of the Model Law Call for *Prima Facie* or Full Review of the Arbitral Tribunal's Jurisdiction?». *Arbitration International*, 2006, vol. 22, n.<sup>o</sup> 3, pp. 463-476, p. 463.

<sup>96</sup> Ver, por ejemplo, GIRSBERGER, Daniel & Nathalie VOSER. «Chapter 2: The Arbitration Agreement and the Jurisdiction of the Arbitral Tribunal». En *International Arbitration: Comparative and Swiss Perspectives*. Schulthess Juristische Medien AG, 2021, 4.<sup>a</sup> edición, para. 554.

<sup>97</sup> TUCA, Irina. «Separability and Competence-Competence: A Comparative Perspective». *Revista Română de Arbitraj*, 2020, vol. 14, n.<sup>o</sup> 3, pp. 15-28, p. 20.

<sup>98</sup> A modo comparativo, el Grupo de Trabajo encargado de la redacción del referido artículo 8(1) de la Ley Modelo CNUDMI contempló la posibilidad de añadir el término «manifiestamente» precediendo a las expresiones «nulo, ineficaz o de ejecución imposible». Sin embargo, optó por no incluirlo para que el examen de los tribunales locales acerca de la validez de la cláusula arbitral no se limitara a una revisión *prima facie* (ver HOLTZMANN, Howard M. & Joseph E. NEUHAUS. *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary*, Kluwer Law International, 1989, p. 303).

<sup>99</sup> BARCELÓ, John J. «Who Decides the Arbitrators' Jurisdiction? Separability and Competence-Competence in Transnational Perspective». *Cornell Law Faculty Publications*, 2003, vol. 36, pp. 1115-1136, p. 1125 (traducción propia). BARCELÓ continúa afirmando como sigue: «The French doctrine allows greater court scrutiny if a party goes to court before the case has been presented to

En contraposición a la legislación francesa, la ley inglesa contempla una visión ciertamente más limitada de los alcances del efecto negativo del principio. En principio, la sección 9 de la Ley de Arbitraje inglesa de 1996 replica en esencia lo dispuesto en los artículos II(3) de la Convención de Nueva York y 8(1) de la Ley Modelo CNUDMI. Así, dicha sección establece que, en caso de que una parte inicie un proceso judicial en relación con una disputa sujeta a una cláusula arbitral, la otra parte podrá invocar tal cláusula para solicitar la suspensión del procedimiento judicial.<sup>100</sup> Conforme a la sección 9(4), el tribunal judicial de que se trate «deberá otorgar la suspensión excepto que considere que la cláusula arbitral es nula, ineficaz o de ejecución imposible».<sup>101</sup>

Por otra parte, la sección 32 de la Ley de Arbitraje inglesa prevé el supuesto de que, una vez comenzado el arbitraje, una de las partes busque oponerse a la existencia o validez de la cláusula arbitral. En tal caso, mientras el tribunal arbitral se encuentra decidiendo sobre su propia jurisdicción, los tribunales judiciales no se verán impedidos de hacer lo propio conforme a dicha disposición.<sup>102</sup> No obstante, la sección 32(2) requiere que la intervención del tribunal judicial se haga con el consentimiento por escrito de todas las partes o con el permiso del tribunal arbitral. A su vez, la sección 32(4) permite al tribunal arbitral, si lo estima conveniente, proseguir con el arbitraje y emitir el laudo mientras tramita el proceso judicial, lo que otorga al tribunal arbitral cierta deferencia para dar curso al procedimiento arbitral.<sup>103</sup>

De lo expuesto se desprende que, si bien la legislación inglesa no recepta tan patentemente como la francesa la acepción negativa del principio *compétence-compétence*, diversos aspectos de este se manifiestan, al menos, parcialmente, en la Ley de Arbitraje inglesa. Sin embargo, las cortes inglesas no siempre han reconocido los efectos del aspecto negativo, o lo han hecho restrictivamente.<sup>104</sup> A modo ilustrativo, en el emblemático caso *Fiona Trust*, se reconoció la regla de prioridad al sostener que, en principio, el tribunal arbitral debería ser el primer tribunal que examine su propia jurisdicción para resolver la disputa.<sup>105</sup> Pese a ello, se indicó que dicha regla se encuentra sujeta a la existencia de una cláusula arbitral válida, y cuyo alcance cubra la cuestión en disputa.<sup>106</sup> Por lo tanto, la decisión otorgó a los tribunales nacionales un margen de discreción sobre la existencia, validez y alcance de la cláusula arbitral, imponiendo limitaciones al efecto negativo del principio de competencia de la competencia. Con todo, la decisión sí parece reconocer que el estándar aplicable por el tribunal judicial para el examen relativo a la cláusula arbitral debe ser *prima facie*.<sup>107</sup> La aplicación práctica que la jurisprudencia futura otorgue a lo dispuesto por esta decisión en la materia está pendiente de determinación.<sup>108</sup>

arbitrators, on the theory that such a party is more likely to be acting in good faith with legitimate concerns about the arbitrators' jurisdiction. But even here, initial court review is only to establish a *prima facie* case for arbitration. If this *prima facie* test is met, or if an arbitral tribunal is already seized, the arbitrators themselves must be the first to give full consideration to jurisdictional challenges. [...] an early award on jurisdiction can then be the subject of annulment proceedings at the seat of arbitration. If the seat is in France, the annulment review will be *de novo*.

<sup>100</sup> Ley de Arbitraje inglesa de 1996, sección 9(1).

<sup>101</sup> Ley de Arbitraje inglesa de 1996, sección 9(4) (traducción propia).

<sup>102</sup> TUCA, Irina. «Separability and Competence-Competence: A Comparative Perspective», *Revista Română de Arbitraj*, 2020, vol. 14, n.º 3, pp. 15-28, pp. 22-23.

<sup>103</sup> SUSLER, Ozlem. «The English Approach to Compétence-Compétece», *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, 2013, vol. 13, pp. 415-439, pp. 430-431.

<sup>104</sup> SUSLER, Ozlem. «The English Approach to Compétence-Compétece», *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, 2013, vol. 13, pp. 415-439, pp. 432-433.

<sup>105</sup> *Fiona Trust & Holding Corporation & Ors v Yuri Privalov & Ors* [2007] EWCA Civ 20, para. 34.

<sup>106</sup> *Fiona Trust & Holding Corporation & Ors v Yuri Privalov & Ors* [2007] EWCA Civ 20, paras. 34-35.

<sup>107</sup> En este sentido se manifiesta, por ejemplo, Brekoukakis al sostener que (BREKOULAKIS, Stavros. «Chapter II: The Arbitrator and the Arbitration Procedure - The Negative Effect of Compétence-Compétece: The Verdict has to be Negative». En *Austrian Yearbook on International Arbitration* (C. Klausegger, P. Klein *et al* (eds.), Manz Verlag 2009), vol. 2009, pp. 237-258, p. 249): «[...] in Fiona Trust, the Court of Appeal gave clear precedence to an arbitral tribunal over a national court in examining the validity of an arbitration agreement. The decision also seems to suggest that by reference to the doctrine of separability English national courts should limit their review under Sections 9 (4) and 72 to a *prima facie* examination. According to the Court of Appeal in Fiona Trust, full acceptance of the doctrine of separability requires national courts not to examine in full an arbitration agreement whose validity is disputed on the basis that the main contact is null or void».

<sup>108</sup> Para un relevamiento de ciertas decisiones de relevancia al respecto, incluyendo *Fiona Trust*, ver GAILLARD, Emmanuel & Yas BANIFATEMI. «Negative Effect of Competence-Competence: The Rule of Priority in Favour of the Arbitrators». En *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards. The New York Convention in Practice* (E. Gaillard & D. Di Pietro (eds.), Cameron May 2008), pp. 266-268.

En esencia, el aspecto negativo del principio de competencia de la competencia, al igual que el positivo, no representa un desplazamiento total de los tribunales nacionales frente a la decisión sobre la jurisdicción del tribunal arbitral, sino que, únicamente, provee un mecanismo de coordinación entre ambos. Dependiendo de los alcances que la legislación y la jurisprudencia de cada jurisdicción le otorguen, esa coordinación respecto al análisis de la jurisdicción del tribunal arbitral puede manifestarse de distintas formas, como los ejemplos de Francia e Inglaterra evidencian.

Empero, independientemente de las distintas aproximaciones a la acepción negativa del *compétence-compétence*, cabe cuestionarse si esta tiene una base legal concreta o si, por el contrario, se trata de una construcción de naturaleza práctica para evitar que una de las partes pueda demorar u obstruir la actuación del tribunal arbitral. A este respecto, se ha sugerido que el efecto negativo del principio —al igual que el positivo— es una ficción que parte de una premisa legalmente deficiente: la falta de soporte legal para justificar que un tribunal cuya jurisdicción se cuestiona sea quien decida sobre esa misma jurisdicción en disputa.<sup>109</sup>

No obstante, hay quienes van más allá al afirmar que, particularmente, el efecto negativo del principio de competencia de la competencia no debería adoptarse. Según sostiene Brekoulakis, la acepción positiva del principio, que permite al tribunal arbitral decidir sobre su propia jurisdicción, pese a que la misma se encuentra cuestionada, encuentra su justificación en cuestiones estructurales del arbitraje. Es decir, si bajo el principio de autonomía de la voluntad de las partes, estas deciden en teoría incorporar una cláusula arbitral para someter sus disputas a dicho foro, sería desacertado permitir que una de ellas pudiera libremente invocar la invalidez o inexistencia de dicha cláusula arbitral para lograr que el procedimiento arbitral quedara completamente desplazado hasta tanto un tribunal judicial decidiera sobre el asunto. Sin embargo, «llevar esta ficción legal un paso más allá, y otorgar jurisdicción exclusiva a un foro cuya validez se encuentra disputada, desafía no solo a la lógica, pero también a cualquier principio de legitimidad».<sup>110</sup>

Sea como fuere, lo cierto es que con el actual tratamiento que la mayoría de las legislaciones domésticas confieren al principio de competencia de la competencia y, en concreto, a su aspecto negativo, no resulta ya necesario recurrir a una ficción legal para establecer su aplicabilidad. En efecto, para garantizar su operatividad, el principio de competencia de la competencia requiere de un ordenamiento jurídico a nivel doméstico que otorgue a los jueces las herramientas para determinar si una cláusula arbitral es nula, ineficaz o de ejecución imposible. Son esas mismas normas aplicables las que proporcionan la base para que sea el tribunal arbitral el que decida sobre su propia jurisdicción; y, en algunos casos, como lo es ostensiblemente la legislación francesa, para que lo haga en forma prioritaria.

Por otra parte, es menester destacar que la misma lógica aplica a la potestad de los jueces estatales de pronunciarse sobre su propia competencia. Como señala, por ejemplo, Boucaron-Nardetto, se trata de «un poder que puede ejercer toda jurisdicción por el solo hecho de poseer la calidad de órgano jurisdiccional» al que se somete una determinada disputa.<sup>111</sup>

En todo caso, el nivel de reconocimiento que cada jurisdicción adjudique al efecto negativo del principio de competencia de la competencia dependerá en gran parte de sus inclinaciones respecto al arbitraje como mecanismo de resolución de disputas: «cuanto más el arbitraje internacional es visto

<sup>109</sup> Ver, por ejemplo, LEW, Julian D. M. & Loukas A. MISTELIS *et al. Comparative International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 2003, para. 14.16.

<sup>110</sup> BREKOULAKIS, Stavros. «Chapter II: The Arbitrator and the Arbitration Procedure - The Negative Effect of Compétence-Compétence: The Verdict has to be Negative». En *Austrian Yearbook on International Arbitration* (C. Klausegger, P. Klein *et al* (eds.), Manz Verlag, 2009), vol. 2009, pp. 237-258, p. 251 (traducción propia).

<sup>111</sup> BOUCARON-NARDETTO, Magali. «Le principe compétence-compétence en droit de l'arbitrage». Université Nice Sophia Antipolis (2011), disponible en: <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-00727123>, p. 376.

como un proceso enteramente autónomo, que no se encuentra anclado en ningún ordenamiento jurídico nacional en particular y que opera conforme a reglas específicas, más firmemente es el efecto negativo del *compétence-compétence* reconocido y aplicado».<sup>112</sup>

### 3.4. Particularidades del principio en arbitraje de inversiones

El principio de competencia de la competencia resulta aplicable tanto en el ámbito del arbitraje comercial internacional como en el del arbitraje de inversiones. Así lo han reconocido diversos tribunales arbitrales en casos bajo tratados de inversión.<sup>113</sup>

Sin embargo, la determinación del consentimiento de las partes en el arbitraje de inversiones usualmente presenta ciertas divergencias con respecto al arbitraje comercial internacional, lo que genera efectos en la aplicación de la teoría del *compétence-compétence*. En el arbitraje comercial, la base del consentimiento de las partes para arbitrar sus disputas suele derivar de una cláusula arbitral acordada por ambas, comúnmente al momento de negociar el contrato que la contiene.<sup>114</sup> Por el contrario, explica Douglas, en el arbitraje de inversiones, el consentimiento de una de las partes se encuentra usualmente desvinculado temporal y físicamente del consentimiento de la otra.<sup>115</sup> En efecto, comúnmente los Estados ratifican un instrumento —el tratado de inversiones de que se trate— en el que incorporan una oferta dirigida a potenciales inversores extranjeros provenientes del otro o los otros Estados parte en el tratado, para arbitrar disputas surgidas de dicho instrumento.<sup>116</sup> Únicamente cuando un inversor en concreto acepta dicha oferta se considera perfeccionado el consentimiento.<sup>117</sup>

Es posible que, al momento de delimitar los alcances de su consentimiento a arbitrar controversias, el Estado imponga condiciones cuya satisfacción deviene, en opinión de ciertos autores, un

<sup>112</sup> GAILLARD, Emmanuel & Yas BANIFATEMI. «Negative Effect of Competence-Competence: The Rule of Priority in Favour of the Arbitrators». En *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards. The New York Convention in Practice* (E. Gaillard & D. Di Pietro (eds.). Cameron May 2008), pp. 259-269 (traducción propia).

<sup>113</sup> *Pereno Ecuador Ltd. c/ República de Ecuador y Empresa Estatal Petrolífera del Ecuador (Petroecuador)*. Caso CIADI n.º ARB/08/6. Decisión sobre Anulación, 28 de mayo de 2021, para. 94: «Under the principle of *compétence de la compétence*, a tribunal is the judge of its own competence and has the power to determine whether it has jurisdiction under the parties' arbitration agreement. ICSID annulment proceedings do not avail for a *de novo* review of jurisdiction. That would be tantamount to an appeal. As explained by Prof. Schreuer, "the stability of the system could be threatened if an *ad-hoc* committee could simply substitute its view on jurisdiction for that of the tribunal. Ver también, entre otros, *Bilon de Delaware y otros c/ Gobierno de Canadá*, Caso CPA n.º 2009-04, laudo sobre jurisdicción y fondo, 17 de marzo de 2015, para. 341: «It is well established that tribunals constituted under international law are competent to rule on their jurisdiction even in the absence of a jurisdictional challenge»; *Hochst Aktiengesellschaft c. República Argentina*, Caso CIADI n.º ARB/07/31, decisión sobre jurisdicción, 24 de octubre de 2011, para. 11: «It is well established that the Tribunal has the competence to decide upon challenges to its jurisdiction. If it finds that it has jurisdiction, the position is unproblematic. If it finds that it lacks jurisdiction, a pedant might object that it had no right to determine even that question; but the Law has chosen to side with pragmatism rather than pedantry and *Kompetenz-Kompetenz* is a firmly established principle, adopted in article 41(1) of the ICSID Convention. The Tribunal proceeds accordingly».

<sup>114</sup> DOUGLAS, Zachary. «The Plea of Illegality in Investment Treaty Arbitration». En *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal* (M. Kinnear & C. McLachlan (eds.). Oxford University Press 2014), vol. 29, n.º 1, pp. 155-186, p. 161: «For commercial arbitration, the economic aspects of the transaction are negotiated at the same time as the arbitration agreement and both are usually recorded in a single instrument: the commercial contract. The commercial bargain and the undertaking to resort to arbitration are thus intertwined in a temporal and physical sense, and it is precisely the *raison d'être* of the doctrine of separability to untie them juridically in order to preserve the effectiveness of arbitration in circumstances where one party attacks the validity of the commercial bargain».

<sup>115</sup> DOUGLAS, Zachary. «The Plea of Illegality in Investment Treaty Arbitration». En *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal* (M. Kinnear & C. McLachlan (eds.). Oxford University Press 2014), vol. 29, n.º 1, pp. 155-186, p. 161: «... investment treaty arbitration is characterized by a temporal and physical disconnect between the economic interests underlying the dispute and the conclusion of an agreement to arbitrate. The foreign national must have already acquired assets in the host State that satisfy the requirements of an investment set out in the investment treaty in order to be in a position to accept the host State's offer to arbitrate, which is also found within the treaty. The arbitration agreement is perfected upon the filing of a notice of arbitration by the foreign national: both the material conditions for consent and the formal requirements for an arbitration agreement are satisfied at that juncture. There is no coincidence in time between the acquisition of the relevant assets and the perfection of an arbitration agreement [...]».

<sup>116</sup> El consentimiento del Estado, requerido para arbitrar disputas entre éste y un inversor extranjero, puede emanar de diversos instrumentos, incluyendo legislación al respecto o un acuerdo específico entre las partes. No obstante, es común encontrar tal consentimiento en los tratados de inversión celebrados por el Estado en cuestión.

<sup>117</sup> RAMEAU, Rose. «The Battle between Consent and the Principle of Competence-Competence in Investment Arbitration». *University of Ghana Law Journal*, 2015, vol. 28, pp. 84-102, p. 89.

elemento necesario para que dicho consentimiento pueda perfeccionarse.<sup>118</sup> En tal caso, incluso si el inversor no cumple con las condiciones impuestas e inicia un procedimiento arbitral, la noción de competencia de la competencia impulsa a que el tribunal arbitral decida sobre su propia jurisdicción pese a la falta de perfeccionamiento del consentimiento. Al hacerlo, podría entrar en contraposición con la soberanía del Estado involucrado, la que le permite condicionar su consentimiento al arbitraje.<sup>119</sup> Por lo tanto, debido a la particular naturaleza del consentimiento en el arbitraje de inversiones y considerando los mecanismos para su perfeccionamiento, los tribunales arbitrales deben contemplar tales particularidades al aplicar el principio de competencia de la competencia, para así evitar interferir con lo dispuesto por los Estados conforme a su soberanía.

<sup>118</sup> RAMEAU, Rose. «The Battle between Consent and the Principle of Competence-Competence in Investment Arbitration», *University of Ghana Law Journal*, 2015, vol. 28, pp. 84-102, p. 89.

<sup>119</sup> RAMEAU, Rose. «The Battle between Consent and the Principle of Competence-Competence in Investment Arbitration», *University of Ghana Law Journal*, 2015, vol. 28, pp. 84-102, pp. 90-91. En igual sentido, RAMEAU examina el caso *BG Group plc c. República Argentina* en el que, frente a una situación como la esbozada, el tribunal arbitral determinó que tenía jurisdicción respecto de la disputa en cuestión y que el inversor se encontraba eximido de cumplir con el requisito de litigar previamente en Argentina durante 18 meses. Así, entiende que «[...] the arbitral tribunal used its power under the competence-competence theory and usurped the first bite from the local court. [...] fit overreached its competence-competence power when it denied Argentina the right to enforce its condition precedent [...]. [...] Such a ruling amounts to a violation of Argentina's sovereign powers» (RAMEAU, Rose. «The Battle between Consent and the Principle of Competence-Competence in Investment Arbitration», *University of Ghana Law Journal*, 2015, vol. 28, pp. 84-102, pp. 93-94, 96, 98-99).



## **CAPÍTULO 8**

### **TRANSPARENCIA EN EL ARBITRAJE DE LAS INVERSIONES**

*María Solana Beserman Balco \**

**Sumario:** 1. Introducción al tema.— 2. Principales áreas de interés en pos de mayor transparencia.— 2.1. Nombramiento de árbitros.— 2.2. Litigios financiados por terceros.— 2.3. Intervención de *amicus curiae*.— 2.4. Transmisión de audiencias.— 2.5. Publicación de documentos.— 2.6. Publicación de laudos.— 3. Aportes a la transparencia en el arbitraje de inversiones: tratados.— 3.1. Tratado de Libre Comercio de América del Norte (ILCAN) y Tratado entre los Estados Unidos de América, los Estados Unidos Mexicanos y Canadá (T-MEC).— 3.2. Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos de América (DR-CAFTA).— 3.3. Acuerdo Económico y Comercial Global (CETA).— 3.4. Tratado Modelo Bilateral de Inversiones de Estados Unidos de América.— 3.5. Acuerdo Modelo de Promoción y Protección de Inversiones Extranjeras de Canadá.— 3.6. Convención de las Naciones Unidas sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado (Convención de Mauricio sobre la Transparencia).— 4. Aportes institucionales a la transparencia en el arbitraje de inversiones.— 4.1. Reglamento de la UNCITRAL sobre la transparencia en los arbitrajes entre inversionistas y Estados en el marco de un tratado.— 4.2. Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI).— 4.3. Cámara de Comercio Internacional (CCI).— 4.4. Corte Permanente de Arbitraje (CPA).— 4.5. Cámara de Comercio de Estocolmo (CCE).— 4.6. Centro de Arbitraje Internacional de Singapur (SIAC).— 5. Tensiones entre transparencia y confidencialidad.— 6. Conclusiones. 7. Bibliografía.

### **1. INTRODUCCIÓN AL TEMA**

Los conflictos en materia de inversiones extranjeras normalmente giran en torno a temáticas sensibles que ponen en juego los aspectos financieros y políticos del Estado receptor de la inversión. Así, el objeto litigioso puede suscitar aspectos relacionados con los derechos humanos en general, la salud, el medio ambiente y la corrupción, entre otros temas.

Dado que las decisiones tomadas por el tribunal arbitral son susceptibles de afectar adversamente tanto los intereses del Estado receptor, así como los de su población, resulta lógico que el arbitraje de inversiones atrape el interés del público en general.

Una crítica habitual a este sistema de resolución de conflictos ha sido que el mismo tiende a favorecer los intereses del inversor por encima de los del Estado receptor.

Asimismo, se lo ha percibido con un alto grado de secretismo, lo cual coadyuvó a que en algunos casos ciertos Estados denunciaran los convenios que daban jurisdicción al sistema. Tal ha sido el caso de Bolivia, Venezuela y Ecuador, si bien este último volvió a ratificar la convención en el año 2021.<sup>1</sup>

\* MJur, University of Oxford.

<sup>1</sup> Véase denuncia de Bolivia fechada 2 de mayo de 2007 en: Sitio web CIADI. *Noticias*. «Denuncia del Convenio CIADI», 16 de mayo de 2007. Véase denuncia de Ecuador fechada 6 de julio de 2009 en: Sitio web CIADI. *Noticias*. «Denuncia del Convenio CIADI de

Y es dable mencionar que en el recientemente entrado en vigor T-MEC suscripto por Estados Unidos, México y Canadá, este último ha optado por quedar fuera del mecanismo de solución de conflictos allí convenido.<sup>2</sup>

Ante este escenario, uno de los mayores desafíos actuales del arbitraje de inversiones es lograr un adecuado balance entre la protección de los intereses del inversor y los intereses regulatorios del Estado receptor, que, a su vez, contempla el interés del público en general.

Consecuentemente, la noción de transparencia y sus modalidades de implementación cobran gran importancia.

Ahora bien, ¿qué significa el término «transparencia» en el arbitraje de inversiones?

Una primera acepción podría asemejarse a ausencia total o parcial de confidencialidad, otorgando al tribunal arbitral y a las partes total discreción para informar al público todos los aspectos del arbitraje que consideraran oportunos.

Una segunda opción sería vincularlo con determinados actos enfocados a salvaguardar el interés del público, tales como la realización de audiencias públicas o la presentación de escritos de terceros.

Conjugando ambas acepciones, es también posible definir a la transparencia en el arbitraje de inversiones como un conjunto de elementos —obligaciones y mecanismos— aplicables, principalmente, a las partes y al tribunal arbitral, tendientes a reducir la confidencialidad que suele caracterizar al arbitraje como método de resolución de conflictos, en atención al interés público suscitado por el objeto litigioso y a la participación de una parte estatal.

Como será abordado más adelante en este capítulo, esta forma de definir el alcance del término directamente por sus componentes es bastante característica de los acuerdos entre Estados en materia de inversiones y de los reglamentos arbitrales institucionales. En efecto, estos no suelen incluir una definición del término transparencia, sino que el mismo se desprende de las obligaciones y mecanismos allí dispuestos y de la interpretación efectuada por el tribunal arbitral cuando las reglas prevén discreción. Las divergencias constatadas entre dichos acuerdos y reglamentos revelan la existencia de un amplio menú de posibilidades de transparencia, entre las cuales los Estados ciertamente ejercen su derecho a elección.

En las siguientes secciones de este capítulo, se analizará cuáles son los aspectos del arbitraje de inversiones que interesan particularmente al público en general y a los usuarios del sistema. Luego, se abordarán los aportes actuales a la transparencia en el marco de diversos tratados negociados por los Estados y de varias instituciones arbitrales cuyos reglamentos pueden resultar aplicables al arbitraje. Finalmente, se esbozarán noción sobre la diáda en tensión «transparencia y confidencialidad» y se resumirán conclusiones sobre el tema.

---

parte de Ecuador», 9 de julio de 2009; y nuevo depósito del instrumento de ratificación del Convenio CIADI del 4 de agosto de 2021 en: Sitio web CIADI. *Novedades*. «Ecuador ratifica el Convenio CIADI», 4 de agosto de 2021. Ver denuncia de Venezuela fechada 24 de enero de 2012 en: Sitio web CIADI. *Novedades*. «Venezuela presenta una notificación bajo el artículo 71 del Convenio CIADI», 26 de enero de 2012.

<sup>2</sup> Ver T-MEC, capítulo 14, anexo 14-E, «Solución de controversias de inversión México-Estados Unidos relacionadas con contratos de gobierno cubiertos».

## 2. PRINCIPALES ÁREAS DE INTERÉS EN POS DE MAYOR TRANSPARENCIA

En el año 2016, el Subcomité de la International Bar Association (en adelante, «IBA») especializado en arbitrajes de inversiones basados en tratados publicó un reporte con las conclusiones de una encuesta realizada a 109 usuarios del sistema en diversos roles, a fines de examinar las crecientes críticas al arbitraje de inversiones y analizar la necesidad de impulsar su reforma.<sup>3</sup>

Por su parte, la Escuela de Arbitraje Internacional del Centro de Derecho Comercial de la *Queen Mary University of London* (en adelante, «QMUL») publicó en el año 2020 los resultados de una encuesta a 86 personas —exclusivamente inversores y sus representantes—, a fines de evaluar una agenda de reformas a partir de la visión del inversor.<sup>4</sup>

De la revisión de ambos reportes surge que el interés en la transparencia en el arbitraje de inversiones comprende principalmente a las siguientes áreas:

### 2.1. *Nombramiento de árbitros*

El 100 % de los inversores encuestados por la QMUL indicaron que la posibilidad de elegir a los árbitros es muy importante, dado que así las partes pueden asegurar que aquellos posean la experiencia, conocimiento y antecedentes apropiados para resolver la disputa.

En consonancia con ello, más del 80 % de los encuestados por la IBA respondieron que las partes deberían retener el derecho a nombrar a los árbitros.

En lo que respecta a la búsqueda de transparencia, del Reporte de la IBA surge que para el 80 % de los encuestados deberían revelarse tanto los nombramientos efectuados por una misma parte en distintos casos como los realizados por distintas partes representadas por el mismo estudio jurídico.

Asimismo, denota el Reporte de la IBA un deseo de mayor transparencia cuando es la institución arbitral quien nombra a los árbitros, así como en todo lo referido a las solicitudes de recusación.

Ahora bien, en lo que respecta al deber de revelar que pesa sobre los árbitros, cabe mencionar que las Directrices IBA sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional 2014,<sup>5</sup> ciertamente, brindan una guía para estas cuestiones, aunque limitadas al ámbito privado de la disputa que se trate. Así, su denominado «distado naranja» comprende un número no exhaustivo de situaciones específicas que, dependiendo de los hechos del caso podrían, a los ojos de las partes, crear dudas acerca de la imparcialidad o independencia del árbitro; y que, por lo tanto, el árbitro debe revelar. Los casos de sucesivos nombramientos por una parte o por un mismo estudio jurídico se corresponderían con este listado. Aunque como ya fuera adelantado, lo único previsto por las directrices es que el árbitro revele la situación, mas no crear una base pública con dicha información.

Respecto de las decisiones tomadas por la institución arbitral en materia de nombramientos y recusaciones, dado el rol vital del árbitro en la conducción del procedimiento arbitral y decisión del resultado del litigio, resulta sensato que se pretenda que la institución arbitral fundamente y comunique adecuadamente sus resoluciones en esta materia.

<sup>3</sup> International Bar Association. «Consistencia, eficiencia y transparencia en arbitrajes de inversiones basados en tratados», noviembre del 2018. Disponible en: <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=a8d68c6c-120b-4a6a-af04-4397bc22b569> (acceso: 16 de octubre de 2021).

<sup>4</sup> Queen Mary University of London. «Encuesta 2020 de QMUL-CCIAG: Percepciones de inversores sobre el sistema internacional de resolución de disputas», mayo de 2020. Disponible en: <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/QM-CCIAG-Survey-ISDS-2020.pdf> (acceso: 16 de octubre de 2021).

<sup>5</sup> International Bar Association. «Directrices IBA sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional 2014», adoptadas el 23 de octubre de 2014.

## 2.2. *Litigios financiados por terceros*

La gran mayoría de los encuestados por la IBA respondieron que el financiamiento de litigios por terceros es un tema preocupante, pero que no debería incidir sobre la distribución de costos del arbitraje. Sin embargo, para el 45 % de los entrevistados sí sería deseable que la parte demandante financiada por un tercero caucionara los costos.

Por su parte, del Reporte de la QMUL se desprende que para un 74 % de los inversores el financiamiento de litigios por terceros debería encontrarse permitido. Favorablemente, un 69 % apoya la necesidad de su regulación.

En cuanto al alcance del deber de revelar, una mayoría del 70 % considera que no debería existir obligación de revelar la identidad del financiador.

Ciertamente, la existencia de un tercero financiador modifica la ecuación procesal del litigio en punto a quién es la contraparte y aumenta el riesgo de conflictos de intereses. En efecto, dicho tercero suele tener participación activa en la formación de estrategias y toma de decisiones.

En vistas a ello, se ha propuesto regular su participación de dos formas: a través de códigos de conducta y mediante reglas procesales en los ámbitos locales, internacionales e institucionales.

Para Saravia Frías, el núcleo mínimo de regulación debería contemplar los siguientes elementos: 1) obligación de divulgar la presencia del tercero, la identidad de los fondos y los términos del acuerdo de financiamiento; 2) obligación de respetar las obligaciones de confidencialidad que rigen para las partes; 3) previsión de consecuencias legales para el caso de incumplimiento de las obligaciones de transparencia y confidencialidad; 4) prohibición de que el tercero adquiera el control total de un caso o participe en las decisiones estratégicas más importantes y en los acuerdos para resolver la contienda; 5) establecimiento de una garantía obligatoria para el tercero que cubra los costos y las sentencias en caso de pérdida; y 6) pautas para evaluar si el tercero ha vulnerado los principios de buena fe y debido proceso.<sup>6</sup>

## 2.3. *Intervención de amicus curiae*

En palabras de Mariel Dimsey, la participación de los *amicus curiae*—también conocidos como «amigos del tribunal»—es central para la transparencia en el arbitraje de inversiones.<sup>7</sup> En rasgos generales y sin perjuicio de los requisitos establecidos por cada reglamentación en particular, el propósito del *amicus* es brindar al tribunal arbitral información adicional a la provista por las partes, fuera del campo de experiencia de los árbitros o que de otra manera no tomarían en consideración adecuadamente, relacionada al objeto litigioso, sobre el cual dicha parte tiene interés.

Para más del 50 % de los entrevistados por la IBA, las condiciones para el año 2014 de participación de terceros en el arbitraje eran suficientes.

En las próximas secciones se brindará un detalle de las experiencias y avances regulatorios sobre este tema, en el marco de diversos acuerdos entre Estados y reglamentos institucionales.

## 2.4. *Transmisión de audiencias*

Dada la importancia que las audiencias para la producción de la prueba (presentación de documentos, declaraciones testimoniales y de expertos, contrainterrogatorios, etc.) o para alegatos orales pueden

<sup>6</sup> SARAVIA FRÍAS, Bernardo, *Financiamiento de litigios por terceros. Un nuevo paradigma luego del COVID-19*. Buenos Aires: Editorial La Ley, 8 de junio de 2020.

<sup>7</sup> DIMSEY, Mariel. En: Euler, Dimitrij, Markus Gehring y Maxi Scherer. «Transparencia en Arbitrajes Internacionales de Inversiones. Una guía sobre las Reglas UNCITRAL sobre la Transparencia». Cambridge University Press, 2015, capítulo 4.

tener en un arbitraje de inversiones, su transmisión o retransmisión bien abre el proceso arbitral a la participación y escrutinio del público.

Sin duda alguna, los avances tecnológicos actuales han facilitado la posibilidad de brindar acceso al público a la transmisión o retransmisión de las audiencias.

Surge del Reporte de la IBA que, para el 55 % de los encuestados, las audiencias no deberían ser públicas obligatoriamente. Sin perjuicio de ello, como se verá en los siguientes apartados, las regulaciones modernas tienden a prever que las audiencias sean abiertas; y, a su vez, establecen mecanismos para proteger la información sensible que allí se comparte. A modo de ejemplo, el tribunal arbitral podría disponer que la porción de la audiencia que involucra información confidencial se lleve a cabo de manera cerrada, o podría retrasar la retransmisión de la audiencia unas horas, para evitar divulgar información confidencial que, de otra manera, en una transmisión en vivo sería imposible omitir compartir.<sup>8</sup>

## 2.5. *Publicación de documentos*

De forma similar a lo que ocurre con las audiencias, existe interés del público en general y de las partes no litigantes en conocer el contenido de los documentos del proceso arbitral.

Según las Reglas de la IBA sobre Práctica de la Prueba en el Arbitraje Internacional, el término «documento» comprende todo escrito, comunicación, foto, diseño, programa o datos de cualquier tipo, ya consten en papel, soporte electrónico, audio, visual o en cualquier otro medio.<sup>9</sup>

En su encuesta, la IBA se limitó a consultar a los entrevistados si la publicación de los memoriales de las partes debería ser compulsoria. Un 50 % respondió por la negativa, un poco más del 40 % por la afirmativa, y el porcentaje restante manifestó no tener opinión al respecto. La encuesta no indagó sobre los restantes documentos presentes en un procedimiento arbitral.

Como será próximamente abordado, muchos reglamentos hoy identifican expresamente cuáles documentos se publican de forma obligatoria, o salvo acuerdo en contrario de las partes; y en qué casos el tribunal posee discreción para decidir, si ordenar o no, la divulgación de un documento.

## 2.6. *Publicación de laudos*

Para más del 90 % de los encuestados por la IBA, la publicación de laudos parciales y finales debería ser obligatoria.

En lo que respecta a definir qué decisiones arbitrales se corresponden con la categoría de laudo, siguiendo al doctor Roque Caívano, en términos generales, suele definirse al laudo como «toda decisión tomada por los árbitros después de haber considerado los argumentos de las partes y analizado minuciosamente los fundamentos invocados por ellas, que de manera definitiva y motivada ponga fin a una cuestión litigiosa que las partes le han sometido, relacionada con el fondo del asunto». Es decir, que una decisión arbitral es considerada un laudo final, ejecutable al amparo de la Convención de Nueva York, cuando pone fin a la totalidad de las controversias (laudo final) o a una parte de ellas (laudo parcial). Y en cuanto a las decisiones cautelares, señala el doctor Caívano que, si bien existe

<sup>8</sup> En *Vattenfall AB y otros vs. República Federal de Alemania*. Caso CIADI n.º ARB/12/12, el tribunal arbitral decidió retrasar la retransmisión de la audiencia cuatro horas. Ver sitio web CIADI, *Novedades. Vattenfall AB y otros vs. República Federal de Alemania. Caso CIADI n.º ARB/12/12, audiencia pública*», 29 de septiembre de 2016. Disponible en: <https://icsid.worldbank.org/news-and-events/news-releases/vattenfall-ab-and-others-v-federal-republic-germany-icsid-case-no> (acceso: 10 de octubre de 2021).

<sup>9</sup> International Bar Association. «Reglas de la IBA sobre Práctica de la Prueba en el Arbitraje Internacional 2020», adoptadas el 17 de diciembre de 2020. Definiciones.

jurisprudencia internacional contradictoria, las mismas pueden ser laudos en el sentido de la Convención de Nueva York, puesto que el silencio de dicha Convención no debería interpretarse como una prohibición.<sup>10</sup>

Naturalmente, dado el carácter obligatorio y vinculante del laudo como sentencia arbitral, y su consecuente impacto directo en los intereses de las partes; y, potencialmente, del Estado receptor y su población, existe gran atención al respecto.

### 3. APORTES A LA TRANSPARENCIA EN EL ARBITRAJE DE INVERSIONES: TRATADOS

El término «tratado de inversiones» normalmente comprende todo tratado bilateral o multilateral —incluidos los tratados comúnmente denominados «acuerdos de libre comercio», «acuerdos de integración económica», «acuerdos marco o de cooperación en materia de comercio e inversiones», o «tratados bilaterales de inversiones»— que contenga disposiciones sobre la protección de las inversiones o los inversionistas y el derecho de los inversionistas a recurrir al arbitraje contra las partes contratantes en ese tratado de inversiones.<sup>11</sup>

En las siguientes secciones, se abordará lo previsto en materia de transparencia en arbitrajes de inversiones en el marco de diversos tratados negociados entre Estados en las últimas décadas.

#### 3.1. *Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) y Tratado entre los Estados Unidos de América, los Estados Unidos Mexicanos y Canadá (T-MEC)*

El Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) suscripto entre los Estados Unidos Mexicanos, Canadá y Estados Unidos de América entró en vigencia en 1994. Su capítulo 11 trata específicamente las cuestiones referidas a inversiones y el mecanismo de solución de controversias instaurado para resolver conflictos entre una parte y un inversionista de otra parte. Luego de establecer que las partes contendientes intentarán primero dirimir su controversia mediante consulta o negociación,<sup>12</sup> faculta al inversionista a someter su reclamo a arbitraje en los términos del artículo 1120.<sup>13</sup>

En lo referido a la transparencia en los arbitrajes llevados a cabo en el marco de este Tratado, cabe destacar las siguientes notas:

Respecto del *acceso a los documentos del arbitraje*, en el año 2001, mediante las «Notas interpretativas de ciertas disposiciones del capítulo 11»,<sup>14</sup> la Comisión de Libre Comercio del TLCAN expresó que nada de lo dispuesto en el TLCAN imponía una obligación general de confidencialidad para las partes contendientes ni les impedía otorgar acceso al público a documentos presentados ante un tribunal constituido conforme al capítulo 11 o expedidos por él, salvo las excepciones específicas y limitadas expresamente previstas en las reglas aplicables. En el mismo documento, dispuso que las partes acor-

<sup>10</sup> CAIVANO, Roque J. *Control judicial en el arbitraje*. Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot, 2011, pp. 301-303.

<sup>11</sup> Ver en el mismo sentido, Convención de las Naciones Unidas sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado, 2014, artículo 1.2 «Definiciones».

<sup>12</sup> TLCAN. Artículo 1118. «Solución de controversias mediante consulta y negociación: Las partes contendientes intentarán primero dirimir la controversia por vía de consulta o negociación».

<sup>13</sup> TLCAN. Artículo 1120. «Sometimiento de la reclamación al arbitraje:

1. Salvo lo dispuesto en el Anexo 1120.1 41 y siempre que hayan transcurrido seis meses desde que tuvieron lugar los actos que motivan la reclamación, un inversionista contendiente podrá someter la reclamación a arbitraje de acuerdo con: a) el Convenio de CIADI, siempre que tanto la Parte contendiente como la Parte del inversionista, sean Estados parte del mismo; b) las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI, cuando la Parte contendiente o la Parte del inversionista, pero no ambas, sean Estado parte del Convenio del CIADI; o c) las Reglas de Arbitraje de UNCITRAL.

2. Las reglas aplicables al procedimiento arbitral seguirán ese procedimiento salvo en la medida de lo modificado en esta sección».

<sup>14</sup> Comisión de Libre Comercio del TLCAN. «Notas interpretativas de ciertas disposiciones del capítulo 11», 31 de julio de 2001.

daban poner a disposición del público, de manera oportuna, todos los documentos del arbitraje, excepto información comercial reservada, información confidencial, e información respecto de la cual una parte debiera guardar reserva según las reglas aplicables al arbitraje. Por último, se estableció que las partes contendientes podían revelar a otras personas aquellos documentos necesarios para la preparación de sus casos, siempre y cuando aseguraran que dichas personas protegerían la información confidencial allí contenida.

Acerca de la *participación de terceros en el arbitraje*, cabe distinguir entre Estados parte no contendientes y otros terceros. Los primeros se encuentran facultados a efectuar presentaciones ante el tribunal arbitral sobre cuestiones de interpretación del Tratado,<sup>15</sup> y tienen derecho a recibir los documentos de la disputa, incluyendo las pruebas ofrecidas y las comunicaciones escritas presentadas por las partes contendientes.<sup>16</sup>

Respecto de la situación de otros terceros, el TLCAN no contenía previsiones específicas. Los primeros tribunales arbitrales en dirimir cuestiones vinculadas a la participación de estos terceros en arbitrajes de inversiones fueron quienes se pronunciaron en los renombrados casos *Methanex vs. USA*<sup>17</sup> y *UPS vs. Canadá*.<sup>18</sup>

En *Methanex vs. USA*, una compañía canadiense productora de metanol había iniciado un arbitraje contra los Estados Unidos, bajo el capítulo 11 del TLCAN por la supuesta violación de los estándares de protección contenidos en los artículos 1105 (nivel mínimo de trato) y 1110 (expropiación) del Tratado, tras la prohibición del MTBE —compuesto químico fabricado con metanol— en el mercado de la gasolina en el Estado de California. Ante las peticiones de intervención efectuadas por cuatro organizaciones no gubernamentales, fundadas en cuestiones ambientales, el tribunal arbitral decidió que poseía facultades para decidir si aceptar presentaciones escritas de terceros de conformidad con el artículo 15.1 de las Reglas UNCITRAL de 1976<sup>19</sup> y que los hechos del caso trascendían el interés comercial de las partes. Sin embargo, entendió que no correspondía permitir la participación de dichos terceros en audiencias, a falta del consentimiento de ambas partes litigantes, por aplicación del artículo 25.4 de dichas Reglas.<sup>20</sup>

Por su parte, en *UPS vs. Canadá*, una compañía estadounidense había promovido un arbitraje contra Canadá, también bajo el capítulo 11 del TLCAN, por la supuesta violación de los estándares de protección contenidos en los artículos 1102 y 1202 (trato nacional), 1105 (nivel mínimo de trato), 1502 (monopolios y empresas del Estado) y 1503 (empresas del Estado) del Tratado, tras la expansión de Canada Post (el monopolio de correo postal) a los sectores de encomiendas y mensajería, en formas que la demandante consideraba anticompetitivas.

En este caso, dos organizaciones externas solicitaron ser reconocidas en calidad de parte y, alternativamente, intervenir como *amicus curiae*. Luego de rechazar la petición principal, el tribunal citó el razonamiento de los árbitros en el caso *«Methanex»* y también declaró que poseía facultades para

<sup>15</sup> TLCAN. Artículo 1128: «Participación de una Parte: Previa notificación escrita a las partes contendientes, una Parte podrá presentar comunicaciones a un tribunal sobre una cuestión de interpretación de este Tratado».

<sup>16</sup> TLCAN. Artículo 1129: «Documentación. 1. Una Parte tendrá a su costa derecho a recibir de la Parte contendiente una copia de: a) las pruebas ofrecidas al Tribunal; y b) las comunicaciones escritas presentadas por las partes contendientes. 2. Una Parte que reciba información conforme a lo dispuesto en el párrafo 1, dará tratamiento a la información como si fuera una Parte contendiente».

<sup>17</sup> *Methanex Corporation vs. Estados Unidos de América*. Caso TLCAN. Reglas UNCITRAL 1976. Decisión del tribunal arbitral sobre solicitudes de terceros para intervenir como *amicus curiae*, 15 de enero de 2001, párrafo 53.

<sup>18</sup> *United Parcel Service of America Inc. vs. Gobierno de Canadá*. Caso TLCAN. Reglas UNCITRAL 1976. Decisión sobre solicitudes para intervenir y participar como *amicus curiae*, 17 de octubre de 2001.

<sup>19</sup> Reglamento de arbitraje UNCITRAL 1976. Artículo 15.1: «Con sujeción a lo dispuesto en el presente Reglamento, el tribunal arbitral podrá dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado, siempre que se trate a las partes con igualdad y que, en cada etapa del procedimiento, se dé a cada una de las partes plena oportunidad de hacer valer sus derechos».

<sup>20</sup> Reglamento de arbitraje UNCITRAL 1976. Artículo 25.4: «Las audiencias se celebrarán a puerta cerrada, a menos que las partes acuerden lo contrario. El tribunal arbitral podrá exigir el retiro de cualquier testigo o testigos durante la declaración de otros testigos. El tribunal arbitral es libre de decidir la forma en que ha de interrogarse a los testigos».

decidir si aceptar presentaciones escritas de terceros de conformidad con el artículo 15.1 de las Reglas UNCITRAL de 1976.

Con posterioridad a estas decisiones, la Comisión de Libre Comercio del TLCAN emitió una declaración sobre participación de terceros en el arbitraje,<sup>21</sup> recomendando un procedimiento a seguir para tramitar dicha solicitud y criterios a considerar por el tribunal al momento de determinar si autorizarla.<sup>22</sup> En primer lugar, expresó que ninguna disposición del TLCAN limitaba la discreción de un tribunal para aceptar comunicaciones escritas de una persona o entidad que no fuera una parte contendiente. Luego, acerca del procedimiento a seguir, estableció, en lo principal, los requisitos de la solicitud del tercero, la fijación de una fecha para que las partes contendientes opinaran sobre la solicitud efectuada, y los criterios a considerar por el tribunal, entre los cuales es dable destacar: si la comunicación del tercero podría asistir al tribunal al ofrecer una perspectiva, un conocimiento o un criterio particular distinto del de las partes, sobre cuestiones en el ámbito de la disputa, si el tercero posee un interés significativo en la disputa, y la existencia de un interés público sobre el objeto de arbitraje. Asimismo, la declaración propicia que el tribunal asegure que la presentación del tercero evite perturbar el procedimiento y no sea indebidamente gravosa para las partes contendientes ni las perjudique indebidamente.

Cabe destacar que dicha declaración fue la primera en reconocer que la participación de terceros en el arbitraje no dependía necesariamente del consentimiento de las partes litigantes.

<sup>21</sup> Comisión de Libre Comercio del TLCAN. Declaración de la Comisión de Libre Comercio sobre la participación de partes no contendientes, 7 de octubre de 2003.

<sup>22</sup> En lo pertinente, la Declaración establece lo siguiente:

«B. Procedimientos

1. Cualquier parte no contendiente, que sea una persona de una Parte o que tenga una presencia importante en el territorio de una Parte, y que desee presentar una comunicación escrita ante un tribunal (el “solicitante”) solicitará autorización del Tribunal para presentar esa comunicación. El solicitante anexará la comunicación a la solicitud.
2. La solicitud de autorización para presentar una comunicación: (a) se hará por escrito, será fechada y firmada por la persona que la presente, e incluirá la dirección y demás información que permita ponerse en contacto con el solicitante; (b) se limitará a 5 páginas mecanografiadas; (c) describirá al solicitante incluyendo, cuando sea pertinente, su membresía y condición jurídica (e.g., compañía, cámara de comercio u otro tipo de organización no gubernamental), sus objetivos generales, la naturaleza de sus actividades y cualquier organización matriz (incluida cualquier empresa que controle directa o indirectamente al solicitante); (d) revelará si el solicitante tiene o no alguna afiliación, directa o indirecta, con cualquier parte contendiente; (e) identificará a cualquier gobierno, persona u organización que haya proporcionado asistencia financiera o de cualquier otro tipo en la preparación de la comunicación; (f) especificará la naturaleza del interés que el solicitante tiene en el arbitraje; (g) identificará las cuestiones específicas de hecho o de derecho relativas al arbitraje que el solicitante aborda en su comunicación escrita; (h) explicará, con referencia a los factores previstos en el párrafo 6, las razones por las cuales el tribunal debería aceptar su comunicación; y (i) se redactará en uno de los idiomas del arbitraje.
3. La comunicación que presente una parte no contendiente: (a) será fechada y firmada por la persona que la presente; (b) será concisa y, en ningún caso excederá de 20 páginas mecanografiadas, incluidos sus apéndices; (c) contendrá una declaración precisa que sustente la posición del solicitante sobre las cuestiones respectivas; (d) solo abordará cuestiones que estén en el ámbito de la disputa.
4. La solicitud de autorización de una parte no contendiente para presentar una comunicación y la comunicación misma serán entregadas a todas las partes contendientes y al tribunal.
5. El tribunal fijará una fecha apropiada para que las partes contendientes opinen sobre la solicitud de autorización de una parte no contendiente para presentar una comunicación.
6. Al determinar si otorga autorización a una parte no contendiente para presentar una comunicación, el tribunal considerará, entre otras cosas, la medida en que: (a) la comunicación de la parte no contendiente podría asistir al Tribunal en la resolución de las cuestiones de hecho o de derecho relativas al arbitraje, al ofrecer una perspectiva, un conocimiento o un criterio particulares distintos de los de las partes contendientes; (b) la comunicación de la parte no contendiente abordaría cuestiones que están en el ámbito de la disputa; (c) la parte no contendiente tiene un interés significativo en el arbitraje; y, (d) existe un interés público sobre el objeto del arbitraje.
7. El tribunal asegurará que: (a) cualquier comunicación de una parte no contendiente evite perturbar los procedimientos; y (b) tales comunicaciones no sean indebidamente gravosas para las partes contendientes ni las perjudiquen indebidamente.
8. El tribunal emitirá una decisión sobre si otorga autorización a una parte no contendiente para presentar una comunicación. Si otorga la autorización, el Tribunal fijará una fecha apropiada para que las partes contendientes respondan por escrito la comunicación de la parte no contendiente. En esa fecha, las Partes del TLCAN no contendientes podrán abordar, conforme al artículo 1128, cualquier cuestión de interpretación del tratado que presente la comunicación de una parte no contendiente.
9. La autorización a una parte no contendiente de presentar una comunicación no requiere que el Tribunal aluda a ella durante el arbitraje. La autorización a una parte no contendiente para presentar una comunicación tampoco da derecho a las partes no contendientes a realizar comunicaciones ulteriores en el arbitraje.
10. El acceso a documentos por las partes no contendientes que presenten solicitudes conforme a estos procedimientos se regirá por lo dispuesto en la Nota de la CLC del 31 de julio de 2001».

Respecto de la *transmisión de audiencias o apertura de audiencias al público*, si bien el TLCAN no contiene disposiciones específicas, los tres Estados parte han emitido declaraciones afirmando que consentirían, y requerirían el consentimiento del inversor litigante, para llevar a cabo audiencias públicas, en el marco de arbitrajes iniciados bajo el capítulo 11 del TLCAN, con la salvedad de asegurar la protección de información confidencial.<sup>23</sup>

El Tratado entre los Estados Unidos de América, los Estados Unidos Mexicanos y Canadá (T-MEC) de sustitución del TLCAN fue suscrito entre los Estados Unidos Mexicanos, Canadá y Estados Unidos de América el 30 de noviembre de 2018 (su protocolo modificatorio el 10 de diciembre de 2019) y entró en vigencia el 1 de julio de 2020. Su capítulo 14 y sus anexos 14-C y 14-D tratan específicamente las cuestiones referidas a inversiones y el mecanismo de solución de controversias instaurado para resolver conflictos entre una parte y un inversionista de otra parte.

Como ya fuera adelantado, Canadá no ha consentido dicho mecanismo. Por ello, en el artículo 14.2 se precisa que un inversionista solo podrá someter una reclamación a arbitraje conforme a ese capítulo, según dispuesto en el anexo 14-C (Transición para Reclamaciones de Inversión y Reclamaciones Pendientes), el anexo 14-D (Solución de Controversias de Inversión México-Estados Unidos) o el anexo 14-E (Solución de Controversias de Inversión México-Estados Unidos Relacionadas con Contratos de Gobierno Cubiertos).

En particular, el anexo 14-C establece que las partes consienten, respecto de una inversión existente, en someter una reclamación a arbitraje de conformidad con la sección B del capítulo 11 del TLCAN. Ello, hasta tres años después de la terminación del TLCAN.<sup>24</sup>

Asimismo, se aclara que un arbitraje iniciado bajo el capítulo 11 del TLCAN durante su vigencia podrá proceder hasta su conclusión.<sup>25</sup>

Por su parte, el anexo 14-D sobre solución de controversias, luego de establecer que las partes contendientes deberían intentar primero dirimir su controversia mediante consulta o negociación,<sup>26</sup> faculta al inversionista a someter su reclamo a arbitraje en los términos del artículo 14.D.3.<sup>27</sup>

<sup>23</sup> Ver Declaración de los Estados Unidos de América y de Canadá sobre audiencias públicas en arbitrajes bajo el capítulo 11 del TLCAN, 7 de octubre de 2003; y Declaración Conjunta de la Comisión de Libre Comercio del TLCAN, «Década de Logros», 16 de julio de 2004.

<sup>24</sup> T-MEC. Anexo 14-C. Punto 3: «El consentimiento de una Parte conforme al párrafo 1 expirará tres años después de la terminación del TLCAN de 1994».

<sup>25</sup> T-MEC. Anexo 14-C. Punto 5: «Para mayor certeza, un arbitraje iniciado tras el sometimiento de una reclamación conforme a la Sección B del capítulo 11 (Inversión) del TLCAN de 1994 mientras el TLCAN de 1994 esté en vigor podrá proceder hasta su conclusión de conformidad con las disposiciones de la Sección B del capítulo 11 (Inversión) del TLCAN de 1994, la jurisdicción del tribunal con respecto a tal reclamación no es afectada por la terminación del TLCAN de 1994, y el artículo 1136 (Definitividad y ejecución del laudo) del TLCAN de 1994 (con excepción del párrafo 5) aplica con respecto a cualquier laudo emitido por el tribunal».

<sup>26</sup> T-MEC. Artículo 14.D.2. «Consulta y Negociación:

1. En caso de una controversia de inversión calificada, la demandante y la demandada deberían buscar inicialmente resolver la controversia mediante consulta y negociación, que podrá incluir el uso de procedimientos de carácter no vinculante con participación de terceros, tales como buenos oficios, conciliación o mediación.

<sup>27</sup> T-MEC. Artículo 14.D.3. «Sometimiento de la reclamación al arbitraje:

1. En caso de que una parte contendiente considere que una controversia de inversión calificada no puede ser resuelta mediante consulta y negociación: (a) la demandante, por cuenta propia, podrá someter a arbitraje conforme a este Anexo una reclamación en el sentido de: (i) que la demandada ha violado: (A) el artículo 14.4 (trato nacional) o el artículo 14.5 (trato de nación más favorecida), salvo con respecto al establecimiento o la adquisición de una inversión, o (B) el artículo 14.8 (expropiación y compensación), salvo con respecto a expropiación indirecta, y que la demandante ha sufrido pérdidas o daños con motivo de, o como consecuencia de, esa violación; (b) y la demandante, en representación de una empresa de la demandada que sea una persona moral propiedad de la demandante o que esté bajo su control directo o indirecto, podrá someter a arbitraje conforme a este Anexo una reclamación en el sentido de: (i) que la demandada ha violado: (A) el artículo 14.4 (trato nacional) o el artículo 14.5 (trato de nación más favorecida), salvo con respecto al establecimiento o la adquisición de una inversión, o (B) el artículo 14.8 (expropiación y compensación), salvo con respecto a expropiación indirecta, y (ii) que la empresa ha sufrido pérdidas o daños con motivo de, o como consecuencia de, esa violación [...]

En lo referido a la transparencia en los arbitrajes llevados a cabo en el marco de este Tratado, cabe destacar las siguientes notas:

El tratado innova respecto de su predecesor al contener un artículo específico denominado «Transparencia de los procedimientos arbitrales» (artículo 14.D.8).

Respecto de la *publicación de documentos*, en la primera parte de dicho artículo se prevé que la demandada pondrá a disposición del público y de la parte no contendiente los documentos del arbitraje, que allí se mencionan de forma detallada.<sup>28</sup> El mismo artículo, en sus secciones subsiguientes, establece mecanismos de protección para la información confidencial.<sup>29</sup>

Acerca de la *realización de audiencias*, la sección 2 de este artículo establece que las mismas son públicas y que el tribunal realizará los arreglos pertinentes para resguardar la información protegida de las partes.

Respecto de la *participación de terceros en el arbitraje*, al igual que su predecesor TLCAN, dispone que la parte no contendiente puede presentar comunicaciones orales y escritas acerca de la interpretación del tratado.<sup>30</sup>

3. La demandante podrá presentar una reclamación a la que se refiere el párrafo 1 conforme a alguna de las siguientes alternativas: (a) el Convenio del CIADI y las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje del CIADI, siempre que tanto la demandada como la Parte de la demandante sean partes del Convenio del CIADI; (b) el Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI, siempre que la demandada o la Parte de la demandante sea una parte del Convenio del CIADI; (c) el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI; o (d) si la demandante y la demandada lo acuerdan, cualquier otra institución arbitral o cualesquiera otras reglas de arbitraje [...].

5. Las reglas de arbitraje aplicables conforme al párrafo 3 que estén vigentes en la fecha en que la reclamación o reclamaciones hayan sido sometidas a arbitraje conforme a este Anexo, regirán el arbitraje salvo en la medida en que sean modificadas por este Tratado [...].

<sup>28</sup> T-MEC. Artículo 14.D.8. Parte 1: «1. Sujeto a los párrafos 2 y 4, la demandada, después de recibir los siguientes documentos, los transmitirá con prontitud a la Parte del anexo no contendiente y los pondrá a disposición del público: (a) la notificación de intención; (b) la notificación de arbitraje; (c) los alegatos, escritos y comunicaciones presentados al tribunal por una parte contendiente y cualquier comunicación escrita presentada de conformidad con el artículo 14.D.7.2 y el artículo 14.D.7.3 (conducción del arbitraje) y el artículo 14.D.12 (acumulación de procedimientos); (d) las minutos o transcripciones de las audiencias del tribunal, cuando estén disponibles; y (e) las órdenes, laudos y decisiones del tribunal».

<sup>29</sup> T-MEC. Artículo 14.D.8. Partes 2 a 5: «2. El tribunal realizará audiencias abiertas al público y determinará, en consulta con las partes contendientes, los arreglos logísticos pertinentes. Si una parte contendiente pretende utilizar en una audiencia información catalogada como información protegida o de otra manera sujeta al párrafo 3 lo informará al tribunal. El tribunal realizará los arreglos pertinentes para proteger dicha información de su divulgación, lo cual podrá incluir mantener la audiencia cerrada al público mientras dure la discusión de esa información.

3. Nada en este Anexo, incluido el párrafo 4(d), exige a la demandada que ponga a disposición del público o que de otra manera divulgue durante o después de las actuaciones arbitrales, incluida la audiencia, información protegida o que proporcione o permita el acceso a información que podrá retener de conformidad con el Artículo 32.2 (Seguridad Esencial) o el Artículo 32.7 (Divulgación de Información).

4. Cualquier información protegida que sea presentada al tribunal será protegida de divulgación de conformidad con los siguientes procedimientos: (a) sujeto al subpárrafo 4(d), ni las partes contendientes ni el tribunal revelarán a la Parte del Anexo no contendiente o al público ninguna información protegida cuando la parte contendiente que proporciona la información la designa claramente de conformidad con el subpárrafo (b); (b) cualquier parte contendiente que afirme que determinada información constituye información protegida, la designará claramente de acuerdo con cualquier procedimiento establecido por el tribunal; (c) una parte contendiente, de acuerdo con cualquier procedimiento establecido por el tribunal, presentará una versión redactada del documento que no contenga la información protegida. Solo la versión redactada será difundida de conformidad con el párrafo 1; y (d) el tribunal, sujeto al párrafo 3, decidirá acerca de cualquier objeción referente a la designación de información alegada como información protegida. Si el tribunal determina que la información no fue designada apropiadamente, la parte contendiente que presentó la información podrá: (i) retirar toda o parte de su presentación que contenga tal información, o (ii) convenir en volver a presentar documentos completos y redactados con designaciones corregidas de conformidad con la determinación del tribunal y el subpárrafo (c).

En todo caso, la otra parte contendiente, cuando sea necesario, volverá a presentar documentos completos y redactados en los que se haya eliminado la información retirada de conformidad con el subpárrafo (d)(i) por la parte contendiente que presentó primero la información, o volver a designar la información compatible con la designación realizada conforme al subpárrafo (d)(ii) de la parte contendiente que presentó primero la información.

5. Nada en este Anexo requiere a la demandada negar acceso al público a información que requiere ser divulgada por su ordenamiento jurídico. La demandada deberá procurar aplicar aquel ordenamiento jurídico de tal manera que se proteja contra su divulgación la información que haya sido designada como información protegida».

<sup>30</sup> T-MEC. Artículo 14.D.7. «Conducción del arbitraje [...] 2. La Parte del anexo no contendiente podrá presentar comunicaciones orales y escritas ante el tribunal referentes a la interpretación de este Tratado».

Como novedad respecto del TLCAN, su texto regula expresamente la participación de otros terceros, estableciendo, en lo principal, los requisitos que debe cumplir la solicitud del *amicus curiae*, la obligación de dar traslado de la misma a las partes, y que el tribunal posee discreción para aceptar tales presentaciones, tras consultarla con las partes.<sup>31</sup>

### **3.2. Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos de América (DR-CAFTA)**

El DR-CAFTA fue suscripto en el año 2004 entre la República de Costa Rica, la República Dominicana, la República de El Salvador, la República de Guatemala, la República de Honduras, la República de Nicaragua y los Estados Unidos de América. Su capítulo 10 trata lo relativo a inversiones y el mecanismo de solución de controversias instaurado para resolver conflictos entre una parte y un inversionista de otra parte. Tras establecer que la consulta y la negociación debería ser el método primario de resolución de conflictos entre las partes contendientes, faculta al inversionista a someter su reclamo a arbitraje en los términos del artículo 10.16.<sup>32</sup>

En lo referido a la transparencia en los arbitrajes llevados a cabo en el marco de este tratado, cabe destacar las siguientes notas:

El tratado contiene un artículo titulado «Transparencia de las actuaciones arbitrales», en el cual se dispone, acerca de la *publicación de documentos*, que la demandada pondrá a disposición del público y de las partes no contendientes los documentos del arbitraje, que allí se mencionan de forma detallada.<sup>33</sup> El mismo artículo, en sus secciones subsiguientes, establece mecanismos de protección para la información confidencial.<sup>34</sup>

<sup>31</sup> T-MEC. Artículo 14.D.7. «Conducción del arbitraje [...] 3. Después de consultarla con las partes contendientes, el tribunal podrá aceptar y considerar comunicaciones *amicus curiae* por escrito referentes a alguna cuestión de hecho o derecho que se encuentre dentro del ámbito de la controversia que puedan asistir al tribunal en la evaluación de las comunicaciones y argumentos de las partes contendientes, por parte de una persona o entidad que no sea una parte contendiente pero que tenga un interés significativo en el procedimiento de arbitraje. Cada comunicación identificará el autor, revelar cualquier afiliación, directa o indirecta, con cualquier parte contendiente; e identificar a cualquier persona, gobierno o a cualquier otra entidad que haya proporcionado o proporcionará, cualquier asistencia financiera o de otro tipo en la preparación de la comunicación. Cada comunicación se presentará en el idioma del arbitraje y cumplirá con los límites de páginas y plazos establecidos por el tribunal. El tribunal proporcionará a las partes contendientes la oportunidad de responder a tales comunicaciones. El tribunal asegurará que las comunicaciones no interrumpan o impliquen una carga innecesaria al procedimiento arbitral, ni que prejuzguen injustamente a cualquiera de las partes contendientes».

<sup>32</sup> DR-CAFTA. Artículo 10.16. «Sometimiento de una reclamación a arbitraje: 1. En caso de que una parte contendiente considere que no puede resolverse una controversia relativa a una inversión mediante consulta y negociación: (a) el demandante, por cuenta propia, podrá someter a arbitraje una reclamación, de conformidad con esta Sección, en la que se alegue: (i) que el demandado ha violado (A) una obligación de conformidad con la Sección A, (B) una autorización de inversión, o (C) un acuerdo de inversión; y (ii) que el demandante ha sufrido pérdidas o daños en virtud de dicha violación o como resultado de ésta, y (b) el demandante, en representación de una empresa del demandado que sea una persona jurídica propiedad del demandante o que este bajo su control directo o indirecto, podrá de conformidad con esta Sección, someter a arbitraje conforme una reclamación en la que se alegue: (i) que el demandado ha violado (A) una obligación de conformidad con la Sección A, (B) una autorización de inversión, o (C) un acuerdo de inversión; y (ii) que la empresa ha sufrido pérdida o daños en virtud de dicha violación o como resultado de esta [...] 3. Siempre que hayan transcurrido seis meses desde que tuvieron lugar los hechos que motivan la reclamación, el demandante podrá someter la reclamación a la que se refiere el párrafo 1: (a) de conformidad con el Convenio del CIADI y las Reglas de Procedimiento para Procedimientos Arbitrales del CIADI, siempre que tanto el demandado como la Parte del demandante sean partes del Convenio del CIADI; (b) de conformidad con las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI, siempre que el demandado o la Parte del demandante sean parte del Convenio del CIADI; o (c) de conformidad con las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI [...]».

<sup>33</sup> DR-CAFTA. Artículo 10.21. Parte 1: «1. Sujeto a los párrafos 2 y 4, el demandado, después de recibir los siguientes documentos, los transmitirá con prontitud a las Partes no contendientes y los pondrá a disposición del público: (a) la notificación de intención; (b) la notificación de arbitraje; (c) los alegatos, escritos de demanda y notas explicativas presentados al tribunal por una parte contendiente y cualquier comunicación escrita presentada de conformidad con el artículo 10.20.2 y 10.20.3 y el artículo 10.25; (d) las actas o transcripciones de las audiencias del tribunal, cuando estén disponibles; y (e) las órdenes, laudos y decisiones del tribunal».

<sup>34</sup> DR-CAFTA. Artículo 10.21. Partes 2 a 5:

Asimismo, respecto de la *realización de audiencias*, en la sección 2 de este artículo se establece que las mismas son públicas y que el tribunal realizará los arreglos pertinentes para proteger la información protegida de las partes.

Respecto de la *participación de terceros en el arbitraje*, se dispone, de forma similar a otros tratados ya reseñados, que las partes no contendientes se encuentran facultadas para efectuar presentaciones escritas u orales sobre la interpretación del Tratado.<sup>35</sup>

Asimismo, en el artículo 10.20.3 se establece que el tribunal puede aceptar comunicaciones de *amicus curiae*.<sup>36</sup> El articulado se limita a reconocer esta facultad del tribunal arbitral; mas, sin detallar requisitos o pautas para la consideración de dicha solicitud. Por lo tanto, el tribunal arbitral posee discreción para determinar dichos requisitos.

Un ejemplo de ello es el conocido caso *Pac Rim vs. El Salvador*.<sup>37</sup> Allí, una compañía estadounidense vinculada a la industria de la minería inició un arbitraje contra la República de El Salvador, bajo este tratado, por la supuesta violación de las protecciones consagradas por los artículos 10.3 (trato nacional), 10.4 (trato de nación más favorecida), 10.5 (nivel mínimo de trato) y 10.7 (expropiación e indemnización).

Respecto de las presentaciones en calidad de *amicus*, el tribunal arbitral emitió una orden invocando el artículo 10.20.3 DR-CAFTA —ya reseñado— y la Regla 37.2 del CIADI —a abordar más adelante— mediante la cual invitaba a toda persona o entidad no contendiente a solicitar permiso para efectuar una presentación en calidad de *amicus*, cumpliendo los requisitos allí establecidos, vinculados a declarar su relación con las partes, su interés en la disputa y los motivos por los cuales el tribunal debería aceptar la solicitud.<sup>38</sup>

35. El tribunal realizará audiencias abiertas al público y determinará, en consulta con las partes contendientes, los arreglos logísticos pertinentes. Sin embargo, cualquier parte contendiente que pretenda usar en una audiencia información catalogada como información deberá informarlo así al tribunal. El tribunal realizará los arreglos pertinentes para proteger dicha información de su divulgación.

36. Nada de lo dispuesto en esta Sección exige al demandado que ponga a disposición información protegida o que proporcione o permita el acceso a información que podrá retener de conformidad con el artículo 21.2 (Seguridad Esencial) o el artículo 21.5 (divulgación de información).

37. Cualquier información protegida que sea presentada al tribunal será protegida de divulgación de conformidad con los siguientes procedimientos:

(a) sujeto al subpárrafo (d), ni las partes contendientes ni el tribunal revelarán a ninguna Parte no contendiente o al público ninguna información protegida cuando la parte contendiente que proporciona la información la designe claramente de esa manera de acuerdo con el subpárrafo (b);

(b) cualquier parte contendiente que afirme que determinada información constituye información protegida, la designará claramente al momento de ser presentada al tribunal;

(c) una parte contendiente deberá, en el mismo momento que presenta un documento que contiene información alegada como información protegida, presentar una versión redactada del documento que no contenga la información. Solo la versión redactada será proporcionada a las Partes no contendientes y será pública de acuerdo al párrafo 1; y

(d) el tribunal decidirá acerca de cualquier objeción en relación con la designación de información alegada como información protegida. Si el tribunal determina que la información no fue designada apropiadamente, la parte contendiente que presentó la información podrá: (i) retirar todo o parte de su presentación que contenga tal información, o (ii) convenir en volver a presentar documentos completos y redactados con designaciones corregidas de acuerdo con la determinación del tribunal y con el subpárrafo (c). En todo caso, la otra parte contendiente deberá, cuando sea necesario, volver a presentar documentos completos y redactados, los cuales omitan la información retirada de conformidad con (i) por la parte contendiente que presentó primero la información, o que redesignen la información de forma consistente con la designación realizada de conformidad con (ii) de la parte contendiente que presentó primero la información.

38. Nada de lo dispuesto en esta Sección requiere al demandado negarle acceso al público a información que, de acuerdo a su legislación, debe ser divulgada.

35. DR-CAFTA. Artículo 10.20. Realización del arbitraje: «[...] 2. Una Parte no contendiente podrá presentar comunicaciones orales o escritas ante el tribunal con respecto a la interpretación de este Tratado».

36. DR-CAFTA. Artículo 10.20. Realización del arbitraje: «[...] 3. El tribunal estará facultado para aceptar y considerar comunicaciones *amicus curiae* que provengan de una persona o entidad que no sea una parte contendiente».

37. *Pac Rim Cayman LLC vs. República de El Salvador*, Caso CIADI n.º ARB/09/12.

38. Ver Orden del 10 de junio de 2010: «De conformidad con el artículo 10.20.3 del Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y los Estados Unidos (DR-CAFTA-US) y la Regla de Arbitraje 37(2) del CIADI, el tribunal invita a toda persona o entidad que no sea una Parte Contendiente en este procedimiento de arbitraje o una Parte Contratante del DR-CAFTA-US a solicitar permiso por escrito al tribunal para hacer presentaciones en calidad de *amicus curiae*.

### 3.3. *Acuerdo Económico y Comercial Global (CETA)*

Este tratado fue suscrito entre la Unión Europea y Canadá el 30/11/2016 y entró provisionalmente en vigencia el 21 de septiembre de 2017. Su capítulo 8 trata lo referente a inversiones y el mecanismo de solución de controversias entre una parte y un inversionista de otra parte. Luego de establecer que —en la medida de lo posible— las diferencias deberían resolverse de forma amistosa,<sup>39</sup> faculta al inversor de una parte a someter su reclamo a arbitraje en los términos del artículo 8.23.<sup>40</sup> Cabe señalar, no obstante, que el sistema de resolución de disputas en materia de inversiones aún no se encuentra provisionalmente en vigencia,<sup>41</sup> sino que requiere que todos los miembros de la Unión Europea ratifiquen el tratado.<sup>42</sup>

En lo referido a transparencia en el marco de arbitrajes llevados a cabo bajo este tratado, cabe destacar las siguientes notas:

Respecto del *financiamiento de litigios por terceros*, se establece la obligación de comunicar a la otra parte el nombre y domicilio del tercero financiador.<sup>43</sup>

Acerca de la *publicación de documentos*, en el artículo 8.36<sup>44</sup> se dispone que será de aplicación el Reglamento sobre transparencia de UNCITRAL —a abordarse detalladamente en una próxima sección— con las modificaciones contenidas en dicho artículo, entre las cuales se destaca poner asimismo

---

Dichas solicitudes por escrito deben: (1) ser enviadas por correo electrónico al CIADI a [icsidsecretariat@worldbank.org](mailto:icsidsecretariat@worldbank.org) antes del miércoles 16 de junio de 2010; (2) en ningún caso podrán superar las 20 páginas en total (incluido el apéndice descrito a continuación); (3) estar en uno de los idiomas del presente procedimiento, esto es, en inglés o español; (4) estar fechadas y firmadas por la persona o el firmante autorizado de la entidad que realiza la solicitud, verificando el contenido, con la dirección y otros datos de contacto; (5) describir la identidad y los antecedentes del solicitante, la naturaleza de su membresía, si se trata de un organismo, y la naturaleza de su relación con las Partes Contendientes o las Partes Contratantes; (6) declarar si el solicitante recibió, de forma directa o indirecta, algún apoyo financiero o de otro tipo de cualquiera de las Partes Contendientes, las Partes Contratantes o cualquier persona relacionada con el objeto de este procedimiento de arbitraje; (7) detallar la naturaleza del interés del solicitante en el presente procedimiento de arbitraje y que motivó dicha solicitud; (8) incluir (como apéndice de la solicitud) una copia de las presentaciones escritas del solicitante a ser entregadas en este procedimiento de arbitraje, en el supuesto de que el Tribunal otorgue permiso para dicha presentación; dichos escritos solo podrán abordar cuestiones dentro del alcance del objeto de este procedimiento de arbitraje; y (9) explicar, en la medida que no se haya respondido previamente, el o los motivos por los que el tribunal debe permitir al solicitante la presentación de escritos en este procedimiento de arbitraje en calidad de *amicus curiae*.

<sup>39</sup> CETA. Artículo 8.19. Consultas:

«1. En la medida de lo posible, las diferencias deben resolverse de forma amistosa. Podrá acordarse la solución en cualquier momento, incluso una vez que la demanda haya sido presentada de conformidad con el artículo 8.23. A menos que las partes en la diferencia acuerden un plazo más largo, se celebrarán consultas en un plazo de sesenta días a partir de la presentación de la solicitud de consultas con arreglo al apartado 4 [...].»

<sup>40</sup> CETA. Artículo 8.23. Presentación de una demanda ante el tribunal:

«1. En caso de que una diferencia no se haya resuelto mediante consultas, podrán presentar una demanda con arreglo a la presente sección: a) un inversor de una Parte en su propio nombre; o b) un inversor de una Parte, en nombre de una empresa establecida localmente que sea de su propiedad o que controle directa o indirectamente.

2. Podrá presentarse una demanda con arreglo a las normas siguientes: a) el Convenio del CIADI y las reglas procesales aplicables a los procedimientos de arbitraje; b) el Reglamento del mecanismo complementario del CIADI, en caso de que no sean aplicables las condiciones para los procedimientos con arreglo a la letra a); c) el Reglamento de arbitraje de la CNUDMI; o d) cualquier otra normativa que acuerden las partes en la diferencia [...].»

<sup>41</sup> Boletín Oficial de la Unión Europea. Aviso acerca de la aplicación provisional del CETA. 16 de septiembre de 2017.

<sup>42</sup> A agosto del 2021, CETA ha sido ratificado por República Checa, Dinamarca, Estonia, España, Croacia, Latvia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Austria, Portugal, Rumanía, Eslovaquia, Finlandia, Suecia y el Reino Unido.

<sup>43</sup> CETA. Artículo 8.26. Financiación de una tercera parte:

«1. Cuando exista financiación de una tercera parte, la parte en la diferencia que se beneficie de ella deberá comunicar a la otra parte en la diferencia y al tribunal el nombre y la dirección del financiador de la tercera parte. 2. La comunicación se efectuará en el momento de la presentación de la demanda, o, en caso de que el acuerdo de financiación haya concluido o de que la donación o la subvención se hayan realizado tras la presentación de una demanda, sin dilación alguna en cuanto concluya el acuerdo o se realice la donación o la subvención.»

<sup>44</sup> CETA. Artículo 8.36. Transparencia del procedimiento:

«1. El Reglamento sobre transparencia de la CNUDMI, modificado por el presente capítulo, será de aplicación en relación con los procedimientos con arreglo a la presente sección.

2. La solicitud de celebración de consultas, la notificación en la que se solicite que se determine cuál es el demandado, la notificación de determinación del demandado, el consentimiento a la mediación, el anuncio de que se pretende recusar a un miembro del

a disposición del público la solicitud de celebración de consultas, la notificación de determinación del demandado, el anuncio de que se pretende recusar a un árbitro, y pruebas.

Acerca de la *realización de audiencias*, la sección 5 de este artículo establece que las mismas son públicas y que el tribunal realizará los arreglos pertinentes para proteger la información confidencial de las partes.

Respecto de la *información a suministrar a la parte no contendiente*, en el artículo 8.38<sup>45</sup> se establece que la demandada deberá entregarle: i) en todo caso: la solicitud de consultas, la notificación de determinación de la parte demandada, la demanda del artículo 8.23; ii) previa solicitud de la parte no contendiente: los demás documentos del arbitraje; y iii) previa solicitud de la parte no contendiente y siempre que aquella soporte los gastos: las pruebas del arbitraje.

Respecto de la *participación de la parte no contendiente en el arbitraje*, dicho artículo, en sus subsiguientes secciones, prevé que el tribunal aceptará que esta parte no contendiente efectúe observaciones orales o escritas sobre la interpretación del tratado, y asimismo, prevé que tras consultar a las partes, el tribunal podrá invitarle a formular similares observaciones.<sup>46</sup>

Respecto de la *participación de otros terceros en el arbitraje*, cabe remitir a lo dispuesto por el Reglamento sobre Transparencia de UNCITRAL —adoptado por referencia mediante el artículo 8.36 ya reseñado—.

A su vez, debe señalarse que en las Reglas de Procedimiento de Arbitraje del CETA, se prevé expresamente la posibilidad de que *amicus curiae* presenten observaciones sobre el arbitraje, debiendo indicar su interés en la disputa.<sup>47</sup>

tribunal, la decisión sobre la recusación de un miembro del tribunal y la solicitud de acumulación se incluirán en la lista de documentos que deben ponerse a disposición del público de conformidad con el artículo 3, apartado 1, del Reglamento sobre transparencia de la CNUDMI.

3. Se incluirán pruebas en la lista de documentos que deben ponerse a disposición del público con arreglo al artículo 3, apartado 2, del Reglamento sobre transparencia de la CNUDMI.

4. No obstante lo dispuesto en el artículo 2 del Reglamento sobre transparencia de la CNUDMI, antes de que se constituya el tribunal, Canadá o la Unión Europea, según proceda, publicará oportunamente los documentos pertinentes de conformidad con el apartado 2, sin perjuicio de que se expurgue información confidencial o protegida. Estos documentos podrán ponerse a disposición del público mediante comunicación a la central de depósito.

5. Las audiencias serán públicas. El tribunal determinará, en consulta con las partes en la diferencia, las disposiciones logísticas adecuadas para facilitar el acceso del público a dichas audiencias. Si el tribunal determina que es necesario proteger información confidencial o protegida, adoptará las disposiciones necesarias para mantener la privacidad de la parte de la audiencia que requiere tal protección.

6. Ninguna disposición del presente capítulo requerirá que un demandado oculte al público información que deba facilitarse en virtud de sus leyes. El demandado debe aplicar dichas leyes con sensibilidad hacia la protección contra la revelación de la información que haya sido declarada confidencial o protegida.

<sup>45</sup> CETA. Artículo 8.38. Parte al margen de la diferencia:

«1. En un plazo de treinta días después de que se haya recibido o inmediatamente después de que se haya resuelto cualquier diferencia sobre información confidencial o protegida, el demandado entregará a la Parte al margen de la diferencia: a) una solicitud de consultas, una notificación en la que se solicite que se determine cuál es el demandado, una notificación de la determinación del demandado, una demanda presentada de conformidad con el artículo 8.23, una solicitud de acumulación, y cualesquiera otros documentos que se adjunten a dichos documentos; b) previa solicitud: i) los escritos procesales, las memorias, las solicitudes y los expedientes presentados al tribunal por una parte en la diferencia; ii) los escritos presentados al tribunal con arreglo a lo dispuesto en el artículo 4 del Reglamento sobre transparencia de la CNUDMI; iii) las actas o transcripciones de las audiencias del tribunal, en caso de que estén disponibles; y iv) las órdenes, los laudos y las decisiones del tribunal; y c) previa solicitud y con los gastos soportados por la Parte al margen de la diferencia, la totalidad o parte de las pruebas que se hayan presentado al tribunal, a menos que las pruebas solicitadas estén a disposición del público».

<sup>46</sup> CETA. Artículo 8.38. Parte al margen de la diferencia.

«2. El tribunal aceptará o, tras celebrar consultas con las partes en la diferencia, podrá invitar a que la Parte al margen de la diferencia formule observaciones oralmente o por escrito sobre la interpretación del presente Acuerdo. La Parte al margen de la diferencia podrá asistir a una audiencia que se celebre con arreglo a la presente sección.

3. El tribunal no sacará ninguna conclusión en caso de que no se formulen observaciones con arreglo al apartado 2.

4. El tribunal velará por que se dé a las partes en la diferencia una oportunidad razonable de que presenten sus observaciones sobre cualquier observación formulada por la Parte en el Acuerdo que está al margen de la diferencia».

<sup>47</sup> CETA. Anexo 29.A. Reglas de procedimiento de arbitraje:

«Escritos presentados *amicus curiae*.

### 3.4. *Tratado Modelo Bilateral de Inversiones de Estados Unidos de América*

El Tratado Modelo Bilateral de Inversiones de Estados Unidos de América del año 2012 es la propuesta modelo actual del país norteamericano para negociar tratados en materia de fomento y protección de inversiones con otros países. Luego de establecer que las partes deberían buscar resolver sus conflictos de forma amistosa,<sup>48</sup> faculta al inversor de una parte a someter su reclamo a arbitraje en los términos del artículo 24.<sup>49</sup>

En materia de transparencia, cabe destacar que ya el Tratado Modelo estadounidense del año 2004 establecía previsiones al respecto. Del mismo modo de que su predecesor, el Tratado del año 2012 presenta las siguientes notas:

En idénticos términos que artículo 10.21 del DR-CAFTA, contiene una sección titulada «Transparencia de las actuaciones arbitrales», en la cual se dispone, acerca de la *publicación de documentos*, que la demandada pondrá a disposición del público y de las partes no contendientes los documentos del arbitraje, que allí se mencionan de forma detallada.<sup>50</sup> El mismo artículo, en sus secciones subsiguientes, establece mecanismos de protección para la información confidencial.<sup>51</sup>

43. Las personas no gubernamentales establecidas en una Parte podrán presentar observaciones *amicus curiae* a la Comisión de Arbitraje de conformidad con los puntos que figuran a continuación.

44. A menos que las Partes acuerden lo contrario en los cinco días siguientes a la fecha de constitución del panel arbitral, este podrá recibir escritos no solicitados a condición de que se presenten en los diez días siguientes a la fecha de constitución del panel arbitral no superen las quince páginas mecanografiadas, incluidos los posibles anexos, y sean directamente pertinentes al asunto sometido a la consideración del panel arbitral.

45. En las observaciones se indicará si la presenta una persona física o jurídica, se describirán las características de la actividad que ejerce dicha persona y sus fuentes de financiación y se especificará también la naturaleza del interés que dicha persona tiene en el procedimiento de arbitraje. Se redactarán en las lenguas elegidas por las Partes de conformidad con los puntos 48 y 49. 46. El panel arbitral enumerará en su laudo todas las observaciones que haya recibido de conformidad con tales reglas. No estará obligado a responder en su laudo a lo alegado en dichas comunicaciones. El panel arbitral presentará toda la información que haya obtenido a las Partes para que formulen sus observaciones al respecto».

<sup>48</sup> TBI Modelo de Estados Unidos 2012. Artículo 23. Consulta y negociación: «En caso de una diferencia sobre inversiones, la demandante y el demandado deben en primer lugar buscar resolver su conflicto mediante consulta y negociación, lo cual puede comprender el uso de procedimientos no vinculantes auxiliados por terceros».

<sup>49</sup> TBI Modelo de Estados Unidos 2012. Artículo 24. Sometimiento de una reclamación a arbitraje:  
«1. En caso de que una parte contendiente considere que no puede resolverse una controversia relativa a una inversión mediante consulta y negociación: (a) el demandante, por cuenta propia, podrá someter a arbitraje una reclamación, de conformidad con esta Sección, en la que se alegue: (i) que el demandado ha violado (A) una obligación de conformidad con los artículos 3 a 10, (B) una autorización de inversión, o (C) un acuerdo de inversión; y (ii) que el demandante ha sufrido pérdidas o daños en virtud de dicha violación o como resultado de ésta, y (b) el demandante, en representación de una empresa del demandado que sea una persona jurídica propiedad del demandante o que esté bajo su control directo o indirecto, podrá de conformidad con esta Sección, someter a arbitraje conforme una reclamación en la que se alegue: (i) que el demandado ha violado (A) una obligación de conformidad con los artículos 3 a 10, (B) una autorización de inversión, o (C) un acuerdo de inversión; y (ii) que la empresa ha sufrido pérdidas o daños en virtud de dicha violación o como resultado de ésta [...]».

3. Siempre que hayan transcurrido seis meses desde que tuvieron lugar los hechos que motivan la reclamación, el demandante podrá someter la reclamación a la que se refiere el párrafo 1: (a) de conformidad con el Convenio del CIADI y las Reglas de Procedimiento para Procedimientos Arbitrales del CIADI, siempre que tanto el demandado como la Parte del demandante sean partes del Convenio del CIADI; (b) de conformidad con las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI, siempre que el demandado o la Parte del demandante sean parte del Convenio del CIADI; (c) de conformidad con las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI; o (d) si el demandante y la demandada lo acuerden, de conformidad con cualquier otras reglas o institución arbitral [...]».

<sup>50</sup> TBI Modelo de Estados Unidos 2012. Artículo 29. Parte 1:  
«1. Sujeto a los párrafos 2 y 4, el demandado, después de recibir los siguientes documentos, los transmitirá con prontitud a la Parte no contendiente y los pondrá a disposición del público: (a) la notificación de intención; (b) la notificación de arbitraje; (c) los alegatos, escritos de demanda y notas explicativas presentados al tribunal por una parte contendiente y cualquier comunicación escrita presentada de conformidad con el artículos 28.2, 28.3 y 33; (d) las actas o transcripciones de las audiencias del tribunal, cuando estén disponibles; y (e) las órdenes, laudos y decisiones del tribunal».

<sup>51</sup> TBI Modelo de Estados Unidos 2012. Artículo 29. Partes 2 a 5:  
«2. El tribunal realizará audiencias abiertas al público y determinará, en consulta con las partes contendientes, los arreglos logísticos pertinentes. Sin embargo, cualquier parte contendiente que pretenda usar en una audiencia información catalogada como información deberá informarlo así al tribunal. El tribunal realizará los arreglos pertinentes para proteger dicha información de su divulgación.

3. Nada de lo dispuesto en esta Sección exige al demandado que ponga a disposición información protegida o que proporcione o permita el acceso a información que podrá retener de conformidad con el Artículo 18 (Seguridad Esencial) o el Artículo 19 (Divulgación de Información).

Asimismo, respecto de la *realización de audiencias*, en la sección 2 de este artículo se establece que las mismas son públicas y que el tribunal realizará los arreglos pertinentes para resguardar la información protegida de las partes.

Respecto de la *participación de terceros en el arbitraje*, se dispone, de forma similar a otros tratados ya reseñados, que la parte no contendiente se encuentra facultada para efectuar presentaciones escritas u orales sobre la interpretación del tratado.<sup>52</sup>

Asimismo, en el artículo 28.3 se establece que el tribunal puede aceptar comunicaciones de *amicus curiae*.<sup>53</sup> El articulado se limita a reconocer esta facultad del tribunal arbitral; mas, sin detallar requisitos o pautas para la consideración de dicha solicitud. Por lo tanto, el tribunal arbitral posee discreción para determinar dichos requisitos.

### **3.5. Acuerdo Modelo de Promoción y Protección de Inversiones Extranjeras de Canadá**

Este Acuerdo Modelo del año 2021 es la propuesta modelo actual del país canadiense para negociar tratados en materia de promoción y protección de inversiones con otros países. Luego de establecer que las partes deberían buscar resolver sus conflictos de forma amistosa,<sup>54</sup> faculta al inversor de una parte a someter su reclamo a arbitraje en los términos del artículo 27.<sup>55</sup>

En materia de transparencia, cabe destacar que ya los Acuerdos Modelo canadienses de los años 2004 y 2014 establecían previsiones al respecto. Continuando con el camino pavimentado por sus antecesores, el actual Acuerdo 2021 presenta las siguientes notas:

De forma similar al CETA —ya reseñado—, respecto del *financiamiento de litigios por terceros*, se establece la obligación de comunicar a la otra parte el nombre y domicilio del tercero financiador.<sup>56</sup>

---

4. Cualquier información protegida que sea presentada al tribunal será protegida de divulgación de conformidad con los siguientes procedimientos: (a) sujeto al subpárrafo (d), ni las partes contendientes ni el tribunal revelarán a la Parte no contendiente o al público ninguna información protegida cuando la parte contendiente que proporciona la información la designe claramente de esa manera de acuerdo con el subpárrafo (b); (b) cualquier parte contendiente que afirme que determinada información constituye información protegida, la designará claramente al momento de ser presentada al tribunal; (c) una parte contendiente deberá, en el mismo momento que presenta un documento que contiene información alegada como información protegida, presentar una versión redactada del documento que no contenga la información. Solo la versión redactada será proporcionada a las Partes no contendientes y será pública de acuerdo al párrafo 1; y (d) el tribunal decidirá acerca de cualquier objeción en relación con la designación de información alegada como información protegida. Si el tribunal determina que la información no fue designada apropiadamente, la parte contendiente que presentó la información podrá: (i) retirar todo o parte de su presentación que contenga tal información, o (ii) convenir en volver a presentar documentos completos y redactados con designaciones corregidas de acuerdo con la determinación del tribunal y con el subpárrafo (c). En todo caso, la otra parte contendiente deberá, cuando sea necesario, volverá a presentar documentos completos y redactados, los cuales omitan la información retirada de conformidad con (i) por la parte contendiente que presentó primero la información, o que redesignen la información de forma consistente con la designación realizada de conformidad con (ii) de la parte contendiente que presentó primero la información.

5. Nada de lo dispuesto en esta Sección requiere al demandado negarle acceso al público a información que, de acuerdo a su legislación, debe ser divulgada.

<sup>52</sup> TBI Modelo de Estados Unidos 2012. Artículo 28. Realización del Arbitraje: «[...] 2. La Parte no contendiente podrá presentar comunicaciones orales o escritas ante el tribunal con respecto a la interpretación de este Tratado».

<sup>53</sup> TBI Modelo de Estados Unidos 2012. Artículo 28. Realización del Arbitraje: «[...] 3. El tribunal estará facultado para aceptar y considerar comunicaciones *amicus curiae* que provengan de una persona o entidad que no sea una parte contendiente».

<sup>54</sup> TBI Modelo de Canadá 2021. Artículo 25. Solicitud de consultas. «1. En el caso de una disputa sobre inversiones bajo este Acuerdo, el inversor deberá buscar resolver su diferencia mediante consultas, lo cual podrá comprender el uso de procedimientos no vinculantes o asistidos por terceros, tales como buenos oficios, conciliación o mediación [...]».

<sup>55</sup> TBI Modelo de Canadá 2021. Artículo 27. Sometimiento de una reclamación a arbitraje:

«6. Un inversor [...] podrá someter una reclamación a arbitraje de conformidad con:  
(a) el Convenio del CIADI, siempre que tanto el demandado como la Parte del demandante sean partes del Convenio del CIADI;  
(b) las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI, siempre que el demandado o la Parte del demandante sean parte del Convenio del CIADI; (c) Reglas de Arbitraje de la CNUDMI; o (d) si el demandante y la demandada lo acuerden, de conformidad con cualquier otras reglas o institución arbitral [...]».

<sup>56</sup> TBI Modelo de Canadá 2021. Artículo 42. Financiación de una tercera parte:

Acerca de la *publicación de documentos*, en el artículo 36<sup>57</sup> se dispone que será de aplicación el Reglamento sobre transparencia de UNCITRAL —a abordarse detalladamente en una próxima sección— con las modificaciones contenidas en dicho artículo, entre las cuales se destaca poner asimismo a disposición del público el acuerdo para mediar la disputa, el anuncio de que se pretende recusar a un árbitro, y pruebas.

Acerca de la *realización de audiencias*, la sección 7 de este artículo establece que las mismas son públicas y que el tribunal realizará los arreglos pertinentes para proteger la información confidencial de las partes.

Respecto de la *información a suministrar a la parte no contendiente*, en el artículo 37<sup>58</sup> se establece que la demandada deberá entregarle: i) en todo caso: la demanda del artículo 27; ii) previa solicitud de la parte no contendiente: los demás documentos del arbitraje; y iii) previa solicitud de la parte no contendiente y siempre que aquella soporte los gastos: las pruebas del arbitraje.

Respecto de la *participación de la parte no contendiente en el arbitraje*, dicho artículo, en sus subsiguientes secciones, prevé que el tribunal aceptará que esta parte no contendiente efectúe observaciones orales u escritas sobre la interpretación del tratado; y, asimismo, prevé que, tras consultar a las partes, el tribunal podrá invitarle a formular similares observaciones.<sup>59</sup>

- 
- «1. El demandante que se beneficie con financiación de una tercera parte deberá comunicar a la otra parte en la diferencia y al tribunal el nombre y la dirección del financiador de la tercera parte.
  - 2. El demandante efectuará la comunicación ordenada en el párrafo 1 en el momento de la presentación de la demanda bajo el artículo 27 (Sometimiento de una reclamación a arbitraje), o, en caso de que el acuerdo de financiación haya concluido tras la presentación de una demanda, dentro de los diez días posteriores.
  - 3. El demandante tendrá una obligación continuada de relevar cualquier cambio a la información referida en los párrafos anteriores, incluyendo la terminación de la financiación de la tercera parte».

<sup>57</sup> TBI Modelo de Canadá 2021. Artículo 36. Transparencia del procedimiento:  
 «1. El Reglamento sobre transparencia de la CNUDMI, modificado por el presente Acuerdo, será de aplicación en relación con los procedimientos con arreglo a la presente sección.  
 2. El consentimiento a la mediación, el anuncio de que se pretende recusar a un miembro del tribunal, la decisión sobre la recusación de un miembro del tribunal y la solicitud de acumulación se incluirán en la lista de documentos que deben ponerse a disposición del público de conformidad con el artículo 3, apartado 1, del Reglamento sobre transparencia de la CNUDMI.  
 3. Se incluirán pruebas en la lista de documentos que deben ponerse a disposición del público con arreglo al artículo 3, apartado 2, del Reglamento sobre transparencia de la CNUDMI.  
 4. Previa a la constitución del tribunal, la demandada publicará oportunamente los documentos pertinentes de conformidad con el apartado 2, sin perjuicio de que se expugne información confidencial o protegida. Estos documentos podrán ponerse a disposición del público mediante comunicación a la central de depósito [...]».

7. Las audiencias serán públicas. El tribunal determinará, en consulta con las partes en la diferencia, las disposiciones logísticas adecuadas para facilitar el acceso del público a dichas audiencias. Si el tribunal determina que es necesario proteger información confidencial o protegida, adoptará las disposiciones necesarias para mantener la privacidad de la parte de la audiencia que requiere tal protección.

8. Ninguna disposición del presente Acuerdo requerirá que un demandado oculte al público información que deba facilitarse en virtud de sus leyes. El demandado debe aplicar dichas leyes con sensibilidad hacia la protección contra la revelación de la información que haya sido declarada confidencial o protegida [...]».

<sup>58</sup> TBI Modelo de Canadá 2021. Artículo 37. Participación de la Parte al margen de la diferencia:  
 «1. Las Reglas sobre Transparencia de la CNUDMI serán aplicables respecto de la participación de la Parte al margen de la diferencia, excepto en lo modificado por este Acuerdo.  
 2. El demandado entregará a la Parte al margen de la diferencia: a) una demanda presentada de conformidad con el artículo 27, una solicitud de acumulación, y cualesquiera otros documentos que se adjunten a dichos documentos; b) previa solicitud: i) una solicitud de consultas; ii) los escritos procesales, las memorias, las solicitudes y los expedientes presentados al tribunal por una parte en la diferencia; iii) los escritos presentados al tribunal con arreglo a lo dispuesto en el artículo 4 del Reglamento sobre transparencia de la CNUDMI; iv) las actas o transcripciones de las audiencias del tribunal, en caso de que estén disponibles; y v) las órdenes, los laudos y las decisiones del tribunal; y c) previa solicitud y con los gastos soportados por la Parte al margen de la diferencia, la totalidad o parte de las pruebas que se hayan presentado al tribunal, a menos que las pruebas solicitadas estén a disposición del público».

<sup>59</sup> TBI Modelo de Canadá 2021. Artículo 37. Participación de la Parte al margen de la diferencia  
 «4. El tribunal aceptará o, tras celebrar consultas con las partes en la diferencia, podrá invitar a que la Parte al margen de la diferencia formule observaciones oralmente o por escrito sobre la interpretación del presente Acuerdo. La Parte al margen de la diferencia podrá asistir a una audiencia que se celebre con arreglo a la presente sección.

5. El tribunal no sacará ninguna conclusión en caso de que no se formulen observaciones con arreglo al apartado 4.

6. El tribunal velará por que se dé a las partes en la diferencia una oportunidad razonable de que presenten sus observaciones sobre cualquier observación formulada por la Parte en el Acuerdo que está al margen de la diferencia».

Respecto de la *participación de otros terceros en el arbitraje*, cabe remitir a lo dispuesto por el Reglamento sobre Transparencia de UNCITRAL —adoptado por referencia mediante el artículo 36, inciso 1 ya reseñado—.

**3.6. Convención de las Naciones Unidas sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado (Convención de Mauricio sobre la Transparencia)**

Este Acuerdo fue suscripto el 10 de diciembre de 2014 y se encuentra en vigencia desde el 18 de octubre de 2017.<sup>60</sup> Mediante dicho instrumento, las partes expresan su consentimiento respecto de la aplicación del Reglamento UNCITRAL sobre la Transparencia —a desarrollarse de forma detallada en una próxima sección—, en arbitrajes iniciados por posterioridad a la entrada en vigencia de la Convención,<sup>61</sup> pero basados en tratados de inversiones aprobados antes del 1 de abril de 2014.<sup>62</sup>

En su artículo 2 se determina en qué casos se aplica el Reglamento UNCITRAL sobre Transparencia. En lo principal, se establece, como regla, que dicho reglamento será aplicable siempre que el demandando y el Estado del demandante sean partes de esta Convención y no hayan efectuado reservas sobre su aplicación (aplicación bilateral o multilateral). Luego, se prevé su aplicación cuando solo el Estado demandado (y no el Estado del inversionista demandante) sea parte en la Convención (oferta unilateral de aplicación): no efectúe reservas sobre su aplicación, y el inversor consienta la aplicación del Reglamento sobre Transparencia.<sup>63</sup>

Al respecto, cabe mencionar que las partes se encuentran facultadas a formular reservas a los fines de excluir de su aplicación un determinado tratado de inversiones o un determinado reglamento de arbitraje distinto del Reglamento de Arbitraje de la UNCITRAL, o la posibilidad de ofertas unilaterales de aplicación normada por el artículo 2.2.<sup>64</sup>

<sup>60</sup> A agosto de 2021, ha sido ratificado por Australia, Benín, Bolivia, Camerún, Canadá, Gambia, Madagascar y Suiza.

<sup>61</sup> Convención de Mauricio sobre la Transparencia. Artículo 5. Aplicación a los arbitrajes entre inversionistas y Estados: «La presente Convención y toda reserva, o retiro de una reserva, se aplicarán únicamente a los arbitrajes entre inversionistas y Estados iniciados después de la fecha en que entre en vigor la Convención o en que surta efecto una reserva, o retiro de una reserva, con respecto a cada Parte de que se trate».

<sup>62</sup> Convención de Mauricio sobre la Transparencia. Artículo 1. Ámbito de aplicación: «1. La presente Convención se aplicará a los arbitrajes entre un inversionista y un Estado o una organización regional de integración económica sustanciados de conformidad con un tratado de inversiones celebrado antes del 1 de abril de 2014 (“arbitrajes entre inversionistas y Estados”) [...]».

<sup>63</sup> Convención de Mauricio sobre la Transparencia. Artículo 2. Aplicación del Reglamento de la CNUDMI sobre la Transparencia: «Aplicación bilateral o multilateral

El Reglamento de la CNUDMI sobre la Transparencia se aplicará a todo arbitraje entre inversionistas y Estados, entablado o no de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, en el que el demandado sea una Parte que no haya formulado ninguna reserva pertinente en virtud del artículo 3.1 a) o 3.1 b) y el demandante sea de un Estado que sea una Parte que no haya formulado ninguna reserva pertinente en virtud del artículo 3.1 a).

Oferta unilateral de aplicación

Cuando el Reglamento de la CNUDMI sobre la Transparencia no sea aplicable en virtud del párrafo 1, dicho Reglamento se aplicará a todo arbitraje entre inversionistas y Estados, entablado o no de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, en el que el demandado sea una Parte que no haya formulado ninguna reserva relacionada con ese arbitraje en virtud del artículo 3.1 y el demandante consienta en la aplicación del Reglamento de la CNUDMI sobre la Transparencia.

Versión aplicable del Reglamento de la CNUDMI sobre la Transparencia

Cuando el Reglamento de la CNUDMI sobre la Transparencia sea aplicable en virtud del párrafo 1 o 2, se aplicará la versión más reciente de ese Reglamento respecto de la cual el demandado no haya formulado ninguna reserva en virtud del artículo 3.2 [...].

<sup>64</sup> Convención de Mauricio sobre la Transparencia. Artículo 3. Reservas:

«1. Una Parte podrá declarar que:

- No aplicará la presente Convención a un arbitraje entre inversionistas y un Estado en virtud de un determinado tratado de inversiones, identificado con su título y con el nombre de las partes contratantes en dicho tratado;
- Los párrafos 1 y 2 del artículo 2 no se aplicarán a los arbitrajes entre inversionistas y Estados que se tramiten utilizando un determinado conjunto de reglamentos o procedimientos arbitrales distintos del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, y en los que sea parte demandada;
- El artículo 2.2 no se aplicará a los arbitrajes entre inversionistas y Estados en los que sea parte demandada.

2. En caso de que se revise el Reglamento de la CNUDMI sobre la Transparencia, una Parte podrá, dentro de los seis meses siguientes a la aprobación de dicha revisión, declarar que no aplicará esa versión revisada del Reglamento.

3. Las Partes podrán formular múltiples reservas en un único instrumento. En tal instrumento, cada declaración hecha:

#### 4. APORTES INSTITUCIONALES A LA TRANSPARENCIA EN EL ARBITRAJE DE INVERSIONES

A los fines de responder a la demanda general de mayor transparencia en los arbitrajes de inversiones, también las instituciones arbitrales han ido ajustando sus reglamentos en las últimas décadas y, especialmente, en los últimos años. En las siguientes secciones, se abordará lo previsto por diversos reglamentos arbitrales, en años recientes.

##### 4.1. *Reglamento de la UNCITRAL sobre la transparencia en los arbitrajes entre inversionistas y Estados en el marco de un tratado*

En el caso de la UNCITRAL, su Reglamento sobre Transparencia vigente desde el 1 de abril de 2014 es el resultado de las tareas llevadas a cabo por su Grupo de Trabajo II durante varios años. Cabe recordar que ya en sus períodos de sesiones 41 y 44 de los años 2008 y 2011, la Comisión había reconocido la importancia de garantizar la transparencia de los arbitrajes entablados, en el marco de un tratado, entre inversionistas y Estados y en su período 45 del año 2012 había instado al Grupo de Trabajo a que prosiguiera y concluyera su labor relativa a la norma sobre la transparencia, para someterla a su examen de preferencia en su período de sesiones siguiente.<sup>65</sup>

Respecto de su *ámbito de aplicación*, en el artículo 1 se establece que el Reglamento se aplicará a los arbitrajes llevados a cabo de conformidad con el Reglamento UNCITRAL y basados en tratados celebrados desde el 1 de abril de 2014, salvo acuerdo en contrario de las partes. Así, se prevé su aplicación a las controversias nacidas de tratados celebrados antes del 1 de abril de 2014, si las partes en el tratado pertinente, o las partes litigantes, convienen en aplicarlo. Por último, se establece que el Reglamento podrá aplicarse también en arbitrajes llevados a cabo de conformidad con reglamentos que no sean el Reglamento UNCITRAL, o en procedimientos *ad hoc*.<sup>66</sup>

Al respecto, cabe destacar que los casos *Iberdrola vs. Bolivia* y *BSG vs. Guinea* fueron los pioneros en aplicar el Reglamento, por acuerdo entre las partes, a un arbitraje basado en un tratado concluido con anterioridad al 1 de abril de 2014.

En *Iberdrola vs. Bolivia*, dos compañías españolas que habían invertido en acciones de cuatro sociedades bolivianas en el sector de la distribución de energía eléctrica en Bolivia, habían iniciado un arbitraje contra Bolivia, bajo el TBI España-Bolivia 2001, por la supuesta violación de los estándares de protección contenidos en los artículos 5 (nacionalización y expropiación), 3 (trato justo y equita-

a) Respecto de un determinado tratado de inversiones en virtud del párrafo 1 a);  
 b) Respecto de un determinado conjunto de reglamentos o procedimientos arbitrales en virtud del párrafo 1 b);  
 c) En virtud del párrafo 1 c); o d) En virtud del párrafo 2; constituirá una reserva independiente que podrá ser objeto de retiro independiente conforme al artículo 4.6.

4. No se podrán hacer reservas, salvo las autorizadas expresamente en este artículo».

<sup>65</sup> UNCITRAL, Informe del Grupo de Trabajo II (Arbitraje y Conciliación) sobre la labor de su 57.º período de sesiones (Viena, 1 a 5 de octubre de 2012).

<sup>66</sup> Reglamento UNCITRAL sobre Transparencia. Artículo 1. Ámbito de aplicación

«Aplicabilidad del Reglamento

1. El Reglamento de la CNUDMI sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado (“Reglamento sobre la Transparencia”) se aplicará a los arbitrajes entre inversionistas y Estados entablados, en virtud del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, de conformidad con un tratado que establezca la protección de las inversiones o los inversionistas (“el tratado”) celebrado el 1 de abril de 2014 o después de esa fecha, a menos que las partes en el tratado hayan acordado otra cosa.

2. Con respecto a los arbitrajes entre inversionistas y Estados entablados, en virtud del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, de conformidad con un tratado celebrado antes del 1 de abril de 2014, este Reglamento solamente se aplicará si: a) las partes en un arbitraje (las “partes litigantes”) convienen en su aplicación respecto de ese arbitraje; o b) las partes en el tratado o, en el caso de un tratado multilateral, el Estado del demandante y el Estado demandado han convenido en su aplicación después del 1 de abril de 2014 [...].

Aplicación en arbitrajes que no estén sujetos al Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI

9. El presente Reglamento podrá aplicarse en arbitrajes entre inversionistas y Estados entablados de conformidad con otros reglamentos que no sean el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI o en procedimientos *ad-hoc*».

tivo) y 4 (trato nacional y NMF) del Tratado, tras la nacionalización de la sociedad boliviana Iberbolivia, mediante la cual las demandantes ostentaban la titularidad de la mayoría de acciones en las cuatro empresas bolivianas antes referenciadas.

Tal como refleja el acta de constitución del tribunal arbitral, las partes acordaron aplicar el Reglamento UNCITRAL sobre Transparencia (artículo 1.2.a) y que la Corte Permanente de Arbitraje (“CPA”) asumiera el rol de “archivo” previsto en dicho Reglamento.<sup>67</sup>

En *BSG vs. Guinea*, la compañía multinacional minera de Guernsey había iniciado un arbitraje contra Guinea, de conformidad con el Convenio CIADI, por la supuesta violación de los estándares de protección contenidos en los artículos 5 (expropiación) y 6 (trato justo y equitativo) del Código de Inversiones de Guinea y las protecciones acordadas por el Código de Minería de Guinea de 1995.

En lo aquí pertinente, mediante la Orden de Procedimiento n.º 2 las partes acordaron aplicar el Reglamento UNCITRAL sobre Transparencia (artículos 1.2.a y 1.9), con las modificaciones allí establecidas tendientes a proteger información confidencial.<sup>68</sup>

Como comentario final sobre el ámbito de aplicación del Reglamento, es dable señalar, en consonancia con lo expresado por la doctrina, que al limitar la aplicación del Reglamento a arbitrajes basados en «tratados», se ha fallado en procurar extender su aplicación a arbitrajes basados en contratos y a arbitrajes llevados a cabo bajo normas domésticas.<sup>69</sup>

Respecto de la *publicación de documentos*, el Reglamento aborda su tratamiento en sus artículos 2 y 3.

En el artículo 2 se precisa qué información se publica con el inicio de un arbitraje, sin demoras. Así, se dispone que las partes enviarán al archivo de UNCITRAL copia de la solicitud de arbitraje recibida por el demandado, para que dicho archivo ponga a disposición del público el nombre de los litigantes, la indicación del sector económico afectado y el nombre del tratado marco que vincula a las partes.<sup>70</sup> El Grupo de Trabajo II discutió acerca de la posibilidad de comunicar, sin demoras, al público, una descripción breve del objeto de la demanda.<sup>71</sup> Sin embargo, dicha propuesta no fue adoptada.

Al respecto, se destaca que la publicación de información al inicio del arbitraje es fundamental a los fines de garantizar la efectividad de las restantes previsiones del Reglamento. Ello, pues permite que los ciudadanos del Estado demandado, otros Estados, *amicus* y el público en general conozcan la existencia de la controversia, y puedan ejercer los derechos de participación que el Reglamento les reconoce en los siguientes artículos.

Luego, en el artículo 3 se prevé que, dejando a salvo lo dispuesto por el artículo 7 sobre excepciones a la transparencia, se pondrán a disposición del público, i) en todo caso: la notificación del arbitraje, su respuesta, la demanda, su contestación, comunicaciones de las partes litigantes y de terceros presentados, listado de pruebas, transcripciones de audiencias, órdenes procesales y laudos; ii) a solicitud de cualquier persona: informes periciales y declaraciones testimoniales; y iii) a solicitud de

<sup>67</sup> *Iberdrola SA e Iberdrola Energía SAU vs. Estado Plurinacional de Bolivia*. Caso CPA n.º 2015-05, acta de constitución del tribunal del 7 de agosto de 2015.

<sup>68</sup> *BSG Resources Limited vs. República de Guinea*. Caso CIADI n.º ARB/14/22, Orden Procesal n.º 2 del 17 de septiembre de 2015.

<sup>69</sup> SCHEFER, Nadakavukaren. En Euler, Dimitrij, Gehring, Markus y Scherer, Maxi. «Transparencia en Arbitrajes Internacionales de Inversiones. Una guía sobre las Reglas UNCITRAL sobre la Transparencia». Cambridge University Press, 2015, capítulo 3.

<sup>70</sup> Reglamento UNCITRAL sobre Transparencia. Artículo 2. Publicación de información al inicio del procedimiento arbitral: «Una vez que el demandado haya recibido la notificación del arbitraje, cada una de las partes litigantes transmitirá sin demora una copia de esta al archivo mencionado en el artículo 8. Tras haber recibido la notificación del arbitraje del demandado, o tras haber recibido la notificación del arbitraje y el registro de su transmisión al demandado, el archivo procederá sin demora a poner a disposición del público la información relativa al nombre de las partes litigantes, el sector económico afectado y el tratado en virtud del cual se formula la demanda».

<sup>71</sup> UNCITRAL, Informe del Grupo de Trabajo II (Arbitraje y Conciliación) sobre la labor de su 54.º período de sesiones (Nueva York, 7 al 11 de febrero de 2011).

cualquier persona o por iniciativa del tribunal y previa consulta con las partes litigantes y a costo del solicitante: las pruebas del arbitraje.<sup>72</sup>

Respecto de la *participación de terceros en el arbitraje*, en el Reglamento se establece que i) por iniciativa del tribunal y tras consultar con las partes litigantes, o a instancia de las partes no contendientes, estas últimas se encuentran facultadas para efectuar presentaciones escritas sobre la interpretación del tratado; y que ii) tras consultar con las partes, el tribunal arbitral podrá permitir escritos de las partes no contendientes sobre otras cuestiones objeto del litigio, procurando que no perjudiquen indebidamente a las partes y brindando a las partes oportunidad de efectuar observaciones sobre dichos escritos.<sup>73</sup>

Al respecto, cabe destacar que, si bien el Reglamento innova al prever expresamente que una parte no contendiente podría efectuar una presentación escrita sobre otras cuestiones del litigio, remite a las consideraciones del artículo 4 sobre criterios a considerar por el tribunal para determinar si aceptar tal presentación (presentaciones de *amicus*), y añade que el tribunal deberá verificar que la presentación del Estado no contendiente no equivalga a protección diplomática.

Asimismo, en el Reglamento se prevé la *presentación de escritos por parte de amicus curiae*. Así, se establece un procedimiento a seguir para tramitar dicha solicitud y criterios a considerar por el tribunal, tras consultar con las partes litigantes, al momento de determinar si autorizarla. En lo principal, se fijan los requisitos que debe cumplir la solicitud del tercero, la obligación del tribunal arbitral de asegurar que las partes contendientes puedan formular observaciones sobre los escritos presentados, y los criterios a considerar por el tribunal para admitir dicho escrito: si el escrito del tercero podría ayudar al tribunal a resolver el litigio al aportar una perspectiva, un conocimiento o un criterio particular distinto del de las partes, y si el tercero posee un interés significativo en la disputa. Asimismo, se

<sup>72</sup> Reglamento UNCITRAL sobre Transparencia. Artículo 3. Publicación de documentos:

«1. A reserva de lo dispuesto en el artículo 7, los documentos siguientes se darán a conocer al público: la notificación del arbitraje; la respuesta a la notificación del arbitraje; el escrito de demanda, el escrito de contestación y toda otra declaración o comunicación escritas de cualquier de las partes litigantes; una lista de todas las pruebas correspondientes a dichos documentos y a los informes de los peritos y las declaraciones de los testigos, si esa lista ha sido preparada para las actuaciones, pero no las pruebas en sí; todo escrito presentado por partes en el tratado que no son litigantes y por terceros; las transcripciones de las audiencias, cuando se disponga de ellas; y las órdenes procesales, decisiones y laudos del tribunal arbitral.

2. A reserva de lo dispuesto en el artículo 7, los informes de los peritos y las declaraciones de los testigos, excluidas las pruebas correspondientes, se pondrán a disposición del público si así lo pide cualquier persona al tribunal arbitral.

3. A reserva de lo dispuesto en el artículo 7, el tribunal arbitral podrá decidir, por iniciativa propia o a solicitud de cualquier persona, y previa consulta con las partes litigantes, si las pruebas y demás documentos que emita o reciba el tribunal arbitral no incluidos en los párrafos 1 o 2 supra se publicarán, y de qué forma. Por ejemplo, cabe la posibilidad de que se pongan esos documentos a disposición del público en un sitio determinado.

4. Los documentos que se vayan a poner a disposición del público con arreglo a lo establecido en los párrafos 1 y 2 serán comunicados por el tribunal arbitral al archivo mencionado en el artículo 8 lo antes posible, de conformidad con las disposiciones o plazos para la protección de la confidencialidad o de información protegida establecidos en el artículo 7. Los documentos que se vayan a poner a disposición del público con arreglo a lo establecido en el párrafo 3 podrán ser comunicados por el tribunal arbitral al archivo mencionado en el artículo 8 a medida que se disponga de ellos y, cuando proceda, en su forma expurgada de conformidad con el artículo 7. El archivo hará públicos oportunamente todos los documentos en la forma y el idioma en que los haya recibido.

5. Las personas que reciben acceso a documentos con arreglo a lo establecido en el párrafo 3 sufragarán los gastos administrativos que conlleve facilitar el acceso de esas personas a los documentos, como los gastos de fotocopiado o envío de los documentos a esas personas, pero no los gastos que conlleve facilitar el acceso del público a esos documentos por medio del archivo».

<sup>73</sup> Reglamento UNCITRAL sobre Transparencia. Artículo 5. Escritos presentados por partes en el tratado que no sean litigantes:

«1. El tribunal arbitral permitirá, con arreglo al párrafo 4, que partes en el tratado que no sean litigantes presenten escritos o, tras consultar con las partes litigantes, podrá invitar a partes en el tratado que no sean litigantes a que presenten escritos sobre cuestiones relativas a la interpretación del tratado.

2. El tribunal arbitral, tras celebrar consultas con las partes litigantes, podrá permitir que partes en el tratado que no sean litigantes presenten escritos sobre otras cuestiones que sean objeto del litigio. Para determinar si permite la presentación de tales escritos, el tribunal arbitral tendrá en cuenta, entre otros factores que considere pertinentes, los factores mencionados en el artículo 4, párrafo 3, y, a fin de aportar una mayor certeza, la necesidad de evitar la presentación de escritos en que se apoye la reclamación de un inversionista de modo tal que equivalga a protección diplomática.

3. El tribunal arbitral no sacará conclusión alguna de la falta de escritos o de respuesta ante una invitación formulada con arreglo a lo establecido en los párrafos 1 o 2.

4. El tribunal arbitral asegurará que los escritos presentados no perturben ni dificulten innecesariamente el procedimiento arbitral y no causen ningún perjuicio indebido a ninguna de las partes litigantes.

5. El tribunal arbitral asegurará que se dé a las partes litigantes una oportunidad razonable de hacer observaciones acerca de los escritos presentados por partes en el tratado que no sean litigantes».

propicia que el tribunal asegure que la presentación del tercero evite perturbar el procedimiento y no sea indebidamente gravosa para las partes contendientes ni las perjudique indebidamente.<sup>74</sup>

Acerca de la *realización de audiencias*, en el artículo 6 se establece que, por regla, las mismas son públicas y que, a modo de excepción, el tribunal puede disponer celebrar en privado la parte de la audiencia donde se ventila información confidencial.<sup>75</sup>

Luego, en el artículo 7 del Reglamento, se establecen excepciones a la transparencia, estableciendo mecanismos de protección de información confidencial, que el Estado demandado no se encuentra obligado a divulgar información contraria a sus intereses de seguridad esenciales, y que no se publicará la información que pudiera poner en peligro la integridad del proceso arbitral.<sup>76</sup>

Por último, es dable mencionar que en su artículo 8, el Reglamento fija que el *archivo de la información publicada* conforme al Reglamento será el Secretario General de las Naciones Unidas o una

<sup>74</sup> Reglamento UNCITRAL sobre Transparencia. Artículo 4. Escritos presentados por terceros:

- «1. Tras consultar con las partes litigantes, el tribunal arbitral podrá permitir que una persona que no sea parte litigante ni sea una parte en el tratado ni litigante (“tercero”) presente al tribunal un escrito relativo a cuestiones que sean objeto del litigio.
- 2. El tercero que dese presentar un escrito lo solicitará al tribunal arbitral e indicará, en una declaración escrita concisa, redactada en uno de los idiomas del arbitraje y ajustada al límite de páginas que haya determinado el tribunal, lo siguiente:
- a) Descripción del tercero, indicando, si procede, la organización de que sea miembro y su condición jurídica (por ejemplo, asociación profesional u otra entidad no gubernamental), sus objetivos generales, la índole de sus actividades, y toda entidad matriz (incluida toda entidad que controle directa o indirectamente al tercero);
- b) Divulgación de si el tercero tiene o no algún tipo de afiliación, directa o indirecta, con alguna parte litigante;
- c) Información sobre todo gobierno, persona u organización que haya prestado al tercero i) ayuda financiera o de otra índole para la preparación del escrito; o ii) ayuda considerable en cualquiera de los dos años anteriores a la solicitud presentada por el tercero con arreglo al presente artículo (por ejemplo, la financiación de aproximadamente el 20 % del total de sus operaciones anualmente);
- d) Descripción de la índole del interés del tercero en el arbitraje; y
- e) Indicación de las cuestiones concretas de hecho y de derecho suscitadas en el arbitraje que el tercero dese tratar en su escrito.
- 3. Para determinar si permite la presentación de un escrito, el tribunal arbitral tomará en consideración, entre otros factores que considere pertinentes:
- a) si el tercero tiene un interés considerable en el procedimiento arbitral; y
- b) la medida en que el escrito pueda ayudar al tribunal arbitral a determinar alguna cuestión de hecho o de derecho relativa al procedimiento arbitral, aportar enfoques, conocimientos particulares o puntos de vista distintos a los de las partes litigantes.
- 4. El escrito presentado por el tercero deberá: a) estar fechado y firmado por la persona que lo presente en nombre del tercero; b) ser conciso y no exceder en ningún caso la extensión autorizada por el tribunal arbitral; c) enunciar, en términos precisos, la posición del tercero respecto de las cuestiones en litigio; y d) referirse únicamente a cuestiones en litigio.
- 5. El tribunal arbitral deberá asegurar que los escritos no perturben ni dificulten innecesariamente el procedimiento arbitral y que no causen ningún perjuicio indebido a ninguna de las partes litigantes.
- 6. El tribunal arbitral deberá asegurar que se dé a las partes litigantes una oportunidad razonable de formular observaciones acerca de los escritos presentados por el tercero».

<sup>75</sup> Reglamento UNCITRAL sobre Transparencia. Artículo 6. Audiencias:

- «1. A reserva de lo dispuesto en el artículo 6, párrafos 2 y 3, las audiencias para la presentación de pruebas o para alegatos orales (“audiencias”) serán públicas.
- 2. Cuando sea necesario proteger la información confidencial o la integridad del proceso arbitral con arreglo a lo establecido en el artículo 7, el tribunal arbitral adoptará disposiciones para celebrar en privado la parte de la audiencia que deba ser protegida.
- 3. El tribunal arbitral adoptará disposiciones logísticas para facilitar el acceso del público a las audiencias (incluso, según proceda, organizando la asistencia mediante enlaces de video u otros medios que estime conveniente). No obstante, el tribunal arbitral podrá, tras celebrar consultas con las partes litigantes, decidir que toda la audiencia o parte de ella se celebre en privado cuando resulte necesario por motivos logísticos, por ejemplo, cuando debido a las circunstancias no pueda adoptarse ninguna disposición logística viable para permitir el acceso del público a las audiencias».

<sup>76</sup> Reglamento UNCITRAL sobre Transparencia. Artículo 7. Excepciones a la norma de la transparencia:

- «Información confidencial o protegida
- 1. La información confidencial o protegida, como se define en el párrafo 2 y se determina en cumplimiento de las disposiciones a que se hace referencia en los párrafos 3 y 4, no se pondrá a disposición del público con arreglo a los artículos 2 a 6 [...]»
- 3. El tribunal arbitral, tras celebrar consultas con las partes litigantes, adoptará disposiciones para impedir que se ponga información confidencial o protegida a disposición del público [...] El tribunal arbitral decidirá, previa consulta con las partes litigantes, si determinada información es confidencial o protegida [...]»
- 5. Nada de lo dispuesto en este Reglamento obligará al Estado demandado a poner a disposición del público información cuya divulgación considere contraria a sus intereses de seguridad esenciales.
- Integridad del proceso arbitral
- 6. No se pondrá información a disposición del público con arreglo a los artículos 2 a 6 cuando esa información, si se pusiera a disposición del público, pudiera poner en peligro la integridad del proceso arbitral conforme a lo dispuesto en el párrafo 7.
- 7. El tribunal podrá, por iniciativa propia o a solicitud de una parte litigante, previa consulta con las partes litigantes cuando sea viable, adoptar las medidas adecuadas para impedir o demorar la publicación de información cuando tal publicación pueda poner en peligro la integridad del proceso arbitral porque pueda dificultar la reunión o presentación de pruebas, dar lugar a la intimidación de testigos, abogados de las partes litigantes o miembros del tribunal arbitral, o en circunstancias excepcionales comparables».

institución nombrada por UNCITRAL.<sup>77</sup> Según la doctrina, el archivo tiene el potencial de contribuir a la constitucionalización del régimen de arbitrajes de inversiones, siempre que sea exitosamente manejado.<sup>78</sup>

#### **4.2. *Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI)***

El Convenio CIADI —por el cual se creó el Centro de idéntico nombre— fue suscripto en 1965 y entró en vigencia el 14 de octubre de 1966.

En el año 2006, sus Reglas fueron enmendadas por cuarta vez, a los fines de aumentar la transparencia en los procedimientos arbitrales.

Diez años después, el CIADI dio inicio al actual proceso de enmienda, en el cual participan mediante sugerencias los Estados miembros. Desde entonces, se han publicado 5 documentos de trabajo. De conformidad con el Documento n.º 5, el objeto del CIADI es presentar sus nuevas reglas a fines de 2021, para y entrar en vigor a principios de 2022.<sup>79</sup>

En lo referido a la transparencia en los arbitrajes bajo el Convenio y las Reglas CIADI vigentes, cabe destacar las siguientes notas:

Respecto de la *publicación de documentos y laudos*, en la Regla 22 del Reglamento Administrativo y Financiero se prevé que el Secretario General publicará, en todos los casos, el registro de todas las solicitudes de conciliación y arbitraje y, con el consentimiento de las partes litigantes, laudos, actas y actuaciones del procedimiento.<sup>80</sup> En la práctica, el Centro publica, en su sitio, también el objeto de los arbitrajes que se registran.

Por su parte, en el artículo 48.5 del Convenio CIADI se establece que el Centro no publicará laudos sin el consentimiento de las partes.<sup>81</sup> Sin perjuicio de ello, en la Regla 48 de las Reglas de Arbitraje se prevé que el Centro publique extractos del razonamiento jurídico del tribunal.<sup>82</sup>

A lo dicho, cabe agregar que, de aprobarse la Propuesta de Enmiendas a las Reglas CIADI, conforme lo previsto por el Documento de Trabajo n.º 5, en ausencia del consentimiento de las partes para publicar laudos y decisiones de anulaciones completas, el Centro publicaría los extractos de dichos laudos y decisiones sobre anulaciones (propuesta de Regla 62). A su vez, dicho documento establece que, con el consentimiento de las partes, el Centro publicaría cualquier escrito o documento presentado en el marco del procedimiento, con las supresiones de texto acordadas por las partes, a los fines de proteger información confidencial (propuesta de Regla 64). En la propuesta de Regla 66 se define el alcance de información confidencial o protegida.<sup>83</sup>

<sup>77</sup> A agosto de 2021, el Archivo presenta información sobre 21 casos.

<sup>78</sup> CLAUSSEN, Kathleen; Emi Euler, Dimitrij, Markus Gehring y Maxi Scherer. «Transparencia en Arbitrajes Internacionales de Inversiones. Una guía sobre las Reglas UNCITRAL sobre la Transparencia». Cambridge University Press, 2015, capítulo 10.

<sup>79</sup> CIADI. Documento de Trabajo n.º 5, «Propuesta de Enmiendas a las Reglas del CIADI», junio del 2021.

<sup>80</sup> Reglamento Administrativo y Financiero CIADI. Regla 22. Publicaciones:

«1. El Secretario General publicará de manera apropiada información sobre las actividades del Centro, incluyendo el registro de todas las solicitudes de conciliación y de arbitraje y, en su debida oportunidad, una indicación de la fecha y manera de terminación de cada procedimiento.

2. Si ambas partes en un procedimiento consienten en la publicación de:

(a) los informes de las Comisiones de Conciliación;

(b) los laudos; o (c) las actas y demás actuaciones del procedimiento, el Secretario General hará los arreglos necesarios para que estos documentos sean publicados con miras a fomentar el desarrollo del derecho internacional en materia de inversiones».

<sup>81</sup> Convenio CIADI, Artículo 48.5: «El Centro no publicará el laudo sin consentimiento de las partes».

<sup>82</sup> Reglas de Arbitraje CIADI, Regla 48. Comunicación del laudo: «[...] 4. El Centro no publicará el laudo sin el consentimiento de las partes. Sin embargo, el Centro deberá incluir prontamente en sus publicaciones extractos del razonamiento jurídico del tribunal».

<sup>83</sup> Para una transcripción completa, ver CIADI, Documento de Trabajo n.º 5, «Propuesta de Enmiendas a las Reglas del CIADI», ya citado.

Sobre la *realización de audiencias*, en la Regla 32 se dispone que las mismas serán públicas, salvo objeción en contrario de las partes, y que se asegurará proteger la información confidencial que allí pudiere ser compartida.<sup>84</sup> Un ejemplo de ello es el conocido caso *Vattenfall AB vs. Alemania*.

En el mencionado caso, la compañía sueca y su subsidiaria alemana habían iniciado un arbitraje contra Alemania, bajo el Convenio CIADI y el Tratado de la Carta de Energía, por la supuesta violación de los estándares de protección contenidos en los artículos 10.1 (trato justo y equitativo) y 13 (expropiación) del tratado, tras la decisión del Estado receptor de eliminar gradualmente el uso de energía nuclear.<sup>85</sup> En el marco del procedimiento, las audiencias sobre jurisdicción, méritos y daños fueron retransmitidas con un retraso de cuatro horas, a los fines de asegurar que las partes de las audiencias vinculadas a información confidencial o protegida, fueran removidas de la retransmisión pública.

Adicionalmente, cabe mencionar que la propuesta de Regla 65 del Documento de Trabajo n.º 5 ya mencionado, prevé que, a solicitud de una parte, y salvo oposición de su contraria, el Centro publicará las grabaciones o transcripciones de audiencias.

Respecto de la *participación de terceros en el arbitraje*, en la Regla 37.2 —enmendada en el año 2006— se establece que, tras consultar con ambas partes, el tribunal puede permitir presentaciones escritas de un tercero y que, a los fines de decidir si admitir dicha presentación o no, deberá considerar si el escrito del tercero podría ayudar al tribunal a resolver el litigo al aportar una perspectiva, un conocimiento o un criterio particular distinto del de las partes, y si el tercero posee un interés significativo en la disputa. Asimismo, se propicia que el tribunal asegure que la presentación del tercero evite perturbar el procedimiento y que ambas partes puedan efectuar sus observaciones respecto de la misma.<sup>86</sup>

Sobre este punto, en el Documento de Trabajo n.º 5 se propicia que, al decidir sobre la procedencia de la solicitud, el tribunal asimismo pondere si el *amicus curiae* cuenta con financiamiento de terceros (propuesta de Regla 67).

Por otra parte, es dable destacar que, con anterioridad a las enmiendas del año 2006, ha habido arbitrajes CIADI donde el tribunal abordó la participación de *amicus curiae* en el marco del artículo 44 del Convenio CIADI sobre poderes residuales del tribunal arbitral.<sup>87</sup>

Ejemplo de ello es el caso *Suez y Vivendi vs. Argentina*. Allí, las compañías francesas y españolas habían promovido un procedimiento arbitral contra la República Argentina, en el marco de los TBI Francia-Argentina y España-Argentina, por la supuesta violación de los estándares de protección contenidos en dichos tratados, respecto de sus inversiones en concesiones de distribución y tratamiento de aguas en la ciudad de Buenos Aires y sus municipios aledaños, como consecuencia de las medidas económicas adoptadas por el gobierno argentino a partir del año 2000. Durante la sustanciación del

<sup>84</sup> Reglas de Arbitraje CIADI. Regla 32. Actuaciones orales: «[...] 2. Salvo objeción de alguna de las partes, el Tribunal, tras consultar con el Secretario General, podrá permitir, sujeto a los arreglos logísticos pertinentes, que otras personas, además de las partes, sus apoderados, consejeros y abogados, testigos y peritos durante su testimonio, y funcionarios del Tribunal, asistan a la totalidad o parte de las audiencias, o las observen. En dichos casos el Tribunal deberá establecer procedimientos para la protección de información privilegiada o protegida».

<sup>85</sup> *Vattenfall AB y otros vs. República Federal de Alemania*. Caso CIADI n.º ARB/12/12.

<sup>86</sup> Reglas de Arbitraje CIADI. Regla 37. Visitas e investigaciones; presentaciones de partes no contendientes: «[...] 2. Despues de consultar a ambas partes, el Tribunal puede permitir a una persona o entidad que no sea parte en la diferencia (en esta regla “parte no contendiente”) que efectúe una presentación escrita ante el tribunal, relativa a cuestiones dentro del ámbito de la diferencia. Al determinar si permite dicha presentación, el tribunal deberá considerar, entre otras cosas, en qué medida: (a) la presentación de la parte no contendiente ayudaría al Tribunal en la determinación de las cuestiones de hecho o de derecho relacionadas con el procedimiento al aportar una perspectiva, un conocimiento o una visión particulares distintos a aquellos de las partes en la diferencia; (b) la presentación de la parte no contendiente se referiría a una cuestión dentro del ámbito de la diferencia; (c) la parte no contendiente tiene un interés significativo en el procedimiento. El tribunal deberá asegurarse de que la presentación de la parte no contendiente no perturbe el procedimiento, o genere una carga indebida, o perjudique injustamente a cualquiera de las partes, y que ambas partes tengan la oportunidad de someter observaciones sobre la presentación de la parte no contendiente».

<sup>87</sup> Convenio CIADI. Artículo 44: «[...] Cualquier cuestión de procedimiento no prevista en esta Sección, en las Reglas de Arbitraje o en las demás reglas acordadas por las partes, será resuelta por el tribunal».

procedimiento, cinco organizaciones no gubernamentales peticionaron ser reconocidas como *amicus curiae*.

En su decisión del 19 mayo de 2005, el tribunal resolvió que el artículo 44 del Convenio CIADI le otorgaba la facultad de aceptar, en determinados casos, presentaciones de *amicus curiae* realizadas por personas idóneas que no fueran parte y fijó criterios para analizar la aceptación de dichas presentaciones: la pertinencia del objeto del caso, la aptitud del tercero para desempeñarse como *amicus*, y el procedimiento utilizado para llevar a cabo y analizar dicha solicitud. Declaró que el caso involucraba materias de interés público y dispuso que solo aceptaría dichas presentaciones cuando fueran realizadas por personas con los conocimientos especializados, la experiencia y la independencia necesaria para contribuir a la solución del caso.<sup>88</sup> Posteriormente, con fecha 12 de febrero de 2007, admitió la presentación de un escrito de los peticionantes en calidad de *amicus*.

Respecto de la *participación de partes no contendientes*, a diferencia de los tratados ya reseñados, las Reglas del CIADI no contienen disposiciones específicas.

Sin perjuicio de ello, el repertorio de casos CIADI contiene ejemplos en que la parte no contendiente ha buscado efectuar una presentación en el marco de la antes mencionada Regla 37.2.

En *Siemens AG vs. Argentina*, la empresa alemana había promovido un procedimiento arbitral contra la República Argentina, en el marco del TBI Argentina-Alemania, por la supuesta violación de los estándares de protección contenidos en dicho tratado y en la normativa de inversiones argentina, respecto de su inversión en un proyecto del gobierno argentino para implementar controles migratorios, de identificación personal y de información electoral, como consecuencia de las medidas económicas adoptadas por el gobierno argentino a partir del año 2000.

Tras el laudo del 17 de enero de 2007 favorable a Siemens, Argentina registró una solicitud de anulación ante el CIADI. En el marco de dicho procedimiento de anulación, los Estados Unidos de América efectuó una presentación, en virtud de la Regla 37.2, a los fines de aclarar su postura sobre la obligatoriedad de los Estados parte de cumplir laudos adversos a la luz de lo previsto en el Convenio CIADI. Ello, toda vez que la Argentina había efectuado su propia interpretación de los artículos 53 y 54 del Convenio CIADI y sugerido que los Estados Unidos de América la compartían.<sup>89</sup>

Finalmente, cabe mencionar que en el Documento de Trabajo n.º 5, como enmienda, se propicia incluir una Regla 68 según la cual, el Tribunal: i) debería permitir que la parte no contendiente presentare un escrito sobre la interpretación del tratado objeto de la diferencia; y ii) podría, tras consultar a las partes litigantes, invitar dicha presentación.

Respecto del *financiamiento de litigios por terceros*, el Reglamento no contiene ninguna disposición. En un caso de los últimos años *Muhammet vs. Turkmenistan*, el tribunal arbitral ordenó a las demandantes que informaran si el arbitraje era financiado por terceros, haciendo uso de sus poderes implícitos.

En *Muhammet vs. Turkmenistán*, dos constructoras turcas habían iniciado un procedimiento arbitral contra Turkmenistán, en el marco del TBI Turquía-Turkmenistán, por la supuesta violación de los estándares de protección sobre expropiación, trato justo y equitativo, protección y seguridad plena, trato discriminatorio y cláusula paraguas, contenidos en dicho tratado, respecto de 32 contratos celebrados entre las partes.

A solicitud de la demandada, en la orden de procedimiento del 12 de junio de 2015, el tribunal ordenó a las demandantes informar si existía financiamiento de terceros y, en caso afirmativo, detallar el nombre de dichos terceros y la naturaleza del acuerdo, precisando si el financiador comparte las

<sup>88</sup> *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi Universal S.A. vs. República Argentina*. Caso CIADI n.º ARB/03/19. Decisión del 19 de mayo de 2005. Resolución en respuesta a la petición de transparencia y participación en calidad de *amicus curiae*.

<sup>89</sup> *Siemens A.G. vs. República Argentina*. Caso CIADI n.º ARB/02/8. Presentación de los Estados Unidos de América del 1 de mayo de 2008.

ganancias que podrían resultar del arbitraje. Para así decidir, expresó que poseía poderes implícitos para mandar a llevar una orden de la naturaleza, a los fines de preservar los derechos de las partes y la integridad del procedimiento y, en lo pertinente, determinar si alguno de los árbitros se encontraba afectado por la existencia de un tercero financiador.<sup>90</sup>

#### **4.3. Cámara de Comercio Internacional (CCI)**

La Cámara de Comercio Internacional es, sin dudas, una de las instituciones arbitrales más reconocidas a nivel mundial.

En materia de transparencia en arbitrajes bajo sus Reglas, cabe destacar lo siguiente:

Las Reglas, en su mayor parte, guardan silencio en materia de confidencialidad y divulgación de información y, al respecto, se prevé que, a solicitud de parte, el tribunal puede dictar órdenes de confidencialidad.<sup>91</sup>

De acuerdo con los dichos del secretario general de la CCI, la institución ha tomado una decisión consciente de no incluir en sus Reglas una obligación absoluta de confidencialidad que obligue a las partes, y ha preferido que los asuntos sobre confidencialidad sean decididos por las partes y el tribunal arbitral, en cada caso.<sup>92</sup>

Respecto de la publicación de documentos y laudos, las Reglas no contienen disposiciones específicas, obligando a su publicación. A su vez, debe mencionarse que en el artículo 35 se dispone que sólo se entregarán copias del laudo a las partes.<sup>93</sup>

Sin perjuicio de ello, a través de sus Notas para partes y tribunales arbitrales sobre la conducción de arbitrajes bajo las Reglas de Arbitraje de la CCI, se ha ampliado el universo de publicaciones.

En la nota del año 2019<sup>94</sup> se expresa que la Corte CCI se empeña en hacer del proceso arbitral un procedimiento más transparente, sin comprometer las expectativas de confidencialidad de las partes. Por ello, se explica que, salvo acuerdo en contrario de las partes, la Corte publica, para casos registrados desde 2016: i) los nombres de los/las árbitros; ii) su nacionalidad; iii) su rol en el tribunal arbitral; iv) el método de designación del tribunal; y iv) el estado pendiente o cerrado del caso. Y, para los casos registrados desde julio de 2019, vi) el sector industrial de la disputa; y vii) la razón social de los estudios jurídicos que representan a las partes.<sup>95</sup> Luego, por la Nota del año 2021, se aclara que el número de caso y nombres de las partes y de sus abogados/as no será publicado.<sup>96</sup>

Sobre la publicación de laudos, la Nota establece que, en principio, las partes y los árbitros consienten que los laudos CCI dictados desde el 1 de enero de 2019 sean publicados a más tardar dos años después de su dictado. Luego, prevé que las partes pueden objetar dicha publicación o requerir

<sup>90</sup> *Mubammet Çap & Sebil Insaat Endüstri ve Ticaret Ltd. Sti. vs. Turkmenistán*. Caso CIADI n.º ARB/12/6, Orden de Procedimiento n.º 3 del 12 de junio de 2015.

<sup>91</sup> Reglas de Arbitraje CCI 2021. Artículo 22. Conducción del arbitraje: «[...] 3. A solicitud de cualquier parte, el tribunal arbitral podrá dictar órdenes sobre la confidencialidad del procedimiento arbitral o de cualquier otro asunto relativo al arbitraje y podrá tomar medidas para proteger secretos comerciales o industriales e información confidencial».

<sup>92</sup> KOEPP, Johannes & Cameron SIM. En Euler, Dimitrij, Markus Gehring y Maxi Scherer. «Transparencia en Arbitrajes Internacionales de Inversiones. Una guía sobre las Reglas UNCITRAL sobre la Transparencia». Cambridge University Press, 2015, capítulo 11.

<sup>93</sup> Reglas de Arbitraje CCI 2021. Artículo 35. Notificación, depósito y carácter ejecutorio del laudo: «[...] 2. Copias adicionales del laudo, cuya autenticidad será certificada por el Secretario General, serán expedidas, en cualquier momento, a solicitud de las partes y solo a ellas».

<sup>94</sup> CCI. «Notas para partes y tribunales arbitrales sobre la conducción de arbitrajes bajo las Reglas de Arbitraje de la CCI», 1 de enero de 2019, párrafos 34 a 36.

<sup>95</sup> Para una búsqueda en la base de casos de la CCI, ver: <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/icc-case-information/> y <https://jusmundi.com/en/partnership/icc>

<sup>96</sup> CCI. «Notas para partes y tribunales arbitrales sobre la conducción de arbitrajes bajo las Reglas de Arbitraje de la CCI», 1 de enero de 2021, párrafos 51 a 52.

que el laudo se publique de forma anonimizada, en cuyo caso, el laudo no se publicará o se publicará de forma anonimizada. A su vez, en caso en que existiera un acuerdo de confidencialidad sobre ciertos aspectos del arbitraje o del laudo, la publicación se encontrará sujeta al consentimiento expreso de las partes.<sup>97</sup>

Sobre la realización de las audiencias, en el artículo 26.3 se prevé que las mismas son cerradas, salvo autorización del tribunal y de las partes.<sup>98</sup>

Acerca de la participación de terceros en el arbitraje, por fuera de lo previsto en el artículo 26.3, las Reglas guardan silencio al respecto.

Finalmente, respecto del financiamiento de litigios por terceros, como novedad de las Reglas 2021, en el artículo 11.7 se establece la obligación de comunicar a la Secretaría, al tribunal arbitral y a la otra parte la existencia e identidad de un tercero financiador.<sup>99</sup> Si bien esta regla no obliga a revelar el contenido del acuerdo de financiamiento, los expertos han interpretado que el artículo 11.7 impone una carga mínima de divulgación, que no impide que el tribunal arbitral, en uso de sus facultades ordenatorias, solicite dicha relevación, según las circunstancias del caso.<sup>100</sup>

#### **4.4. Corte Permanente de Arbitraje (CPA)**

La Corte Permanente de Arbitraje, establecida en 1899, es también un ámbito preponderante para los arbitrajes de inversiones.

Al respecto, cabe señalar que, bajo el Reglamento de Arbitraje de la UNCITRAL, el Secretario General de la CPA es la autoridad designadora por *default*, es decir, que designa a la autoridad nominadora en caso de que las partes no hayan acordado una o esta deba ser reemplazada. Y, a su vez, con el consentimiento de las partes, regularmente actúa como autoridad nominadora bajo dicho reglamento, o en arbitrajes *ad hoc*.<sup>101</sup>

Por otra parte, es dable mencionar que el Reglamento de Arbitraje de la CPA del año 2012 para arbitrajes con una parte estatal tomó de modelo el Reglamento de Arbitraje de la UNCITRAL del año 2010.

En materia de transparencia en arbitrajes bajo su administración, cabe destacar lo siguiente:

En el Reglamento de la CPA 2012 no se imponen obligaciones específicas de transparencia.

<sup>97</sup> CCI. «Notas para partes y tribunales arbitrales sobre la conducción de arbitrajes bajo las Reglas de Arbitraje de la CCI», 1 de enero de 2019, párrafos 41 a 45.

<sup>98</sup> Reglas de Arbitraje CCI 2021. Artículo 26. Audiencias: «[...] 3. El tribunal arbitral tendrá la plena dirección de las audiencias, en las cuales todas las partes tienen derecho a estar presentes. Salvo autorización del tribunal arbitral y de las partes, las audiencias no estarán abiertas a personas ajenas al proceso».

<sup>99</sup> Reglas de Arbitraje CCI 2021. Artículo 11. Disposiciones generales: «[...] 7. Con el fin de asistir a potenciales árbitros y a árbitros en el cumplimiento de sus obligaciones previstas bajo los artículos 11(2) y 11(3), cada parte debe informar con prontitud a la secretaría, al tribunal arbitral y a las otras partes de la existencia e identidad de cualquier tercero que haya celebrado un acuerdo para la financiación de las demandas o las defensas, en el marco del cual tenga un interés de carácter económico sobre el resultado del arbitraje».

<sup>100</sup> CAIVANO, Roque J. «Ciclo de Talleres sobre nuevo Reglamento de Arbitraje 2021 de la CCI. Sesión II: Transparencia en el arbitraje CCI», 19 de agosto de 2021.

<sup>101</sup> Reglamento de Arbitraje UNCITRAL 2013. Artículo 6. Autoridad designadora y autoridad nominadora: «1. A menos que las partes hayan elegido ya la autoridad nominadora, una de ellas podrá proponer, en cualquier momento, el nombre o los nombres de una o más instituciones o personas, incluido el del Secretario General de la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya («Secretario General de la CPA»), para que una de ellas actúe como autoridad nominadora.

2. Si, transcurridos 30 días desde la recepción por todas las partes de una propuesta efectuada conforme a lo previsto en el párrafo 1, las partes no han convenido en designar una autoridad nominadora, cualquiera de ellas podrá solicitar al Secretario General de la CPA que designe la autoridad nominadora.

3. Cuando el presente Reglamento prevea un plazo durante el cual una parte debe someter algún asunto a una autoridad nominadora pero no se haya determinado o designado tal autoridad, ese plazo quedará suspendido a partir de la fecha en que una parte inicie el procedimiento para la determinación o designación de una autoridad nominadora hasta que se produzca tal determinación o designación [...]».

En efecto, respecto de la *publicación de documentos y laudos*, las Reglas no contienen disposiciones obligando a su publicación. Asimismo, se prevé que los laudos se publican solo con el consentimiento de las partes o cuando una parte se encuentra obligada por ley a hacerlo conocer.<sup>102</sup>

Respecto de la *realización de audiencias*, se establece que las mismas son cerradas, salvo acuerdo en contrario.<sup>103</sup>

Empero, la CPA muchas veces actúa como entidad administradora de arbitrajes llevados a cabo en el marco de tratados/Reglamentos que sí imponen estándares más altos de transparencia.

Consecuentemente, y en aras a una mayor transparencia, la CPA creó, en el 2014, una base de datos que compila los casos administrados por la CPA donde las partes, voluntariamente acordaron divulgar información sobre el caso, o donde la relevación se produce por aplicación del respectivo tratado/Reglamento.<sup>104</sup>

#### 4.5. Cámara de Comercio de Estocolmo (CCE)

El Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo fundado en 1917 (CCE) es también uno de los principales foros para arbitrajes de inversiones.

En materia de transparencia en arbitrajes bajo su Reglamento, cabe destacar lo siguiente:

Respecto de la *publicación de documentos y laudos*, en el artículo 3 se establece, como regla, una obligación de confidencialidad para la CCE y sus funcionarios, y para el tribunal arbitral, salvo acuerdo en contrario de las partes.<sup>105</sup> Por lo tanto, la publicación o divulgación de documentos del arbitraje requiere el consentimiento previo de las partes.

Respecto de la *realización de audiencias*, se establece que las mismas son cerradas, salvo acuerdo en contrario.<sup>106</sup>

Respecto de la *participación de terceros en el arbitraje*, en el artículo 4 del anexo III sobre controversias derivadas de tratados de inversiones, se prevé que el tribunal debe permitir, (o tras consultar con las partes litigantes, puede invitar) a que la parte signataria no litigante presente escritos sobre la interpretación del respectivo tratado. Además, tras consultar con las partes litigantes, el tribunal puede invitar a que la parte signataria no litigante presente escritos sobre algún aspecto sustancial del arbitraje.<sup>107</sup>

Respecto de la *participación de otros terceros en el arbitraje*, en el artículo 3 del mencionado anexo se establece un procedimiento a seguir para tramitar dicha solicitud y criterios a considerar por el tribunal, tras consultar con las partes litigantes, al momento de determinar si autorizarla. Cabe señalar que el

<sup>102</sup> Reglamento de Arbitraje PCA 2012. Artículo 34. Forma y efectos del laudo:  
«[...]

5. Podrá hacerse público el laudo con el consentimiento de las partes o cuando una parte tenga la obligación jurídica de darlo a conocer para proteger o ejercer un derecho, y en la medida en que así sea, o con motivo de un procedimiento legal ante un tribunal u otra autoridad competente».

<sup>103</sup> Reglamento de Arbitraje PCA 2012. Artículo 28. Audiencias:

«[...] 3. Las audiencias se celebrarán a puerta cerrada a menos que las partes acuerden lo contrario [...]».

<sup>104</sup> Ver <http://peacases.com/web/>

<sup>105</sup> Reglamento de Arbitraje CCE 2017. Artículo 3. Confidencialidad: «Salvo acuerdo en contrario de las partes, la CCE, el tribunal arbitral y cualquier secretaría/ o administrativa/ o del tribunal arbitral deberán mantener la confidencialidad del arbitraje y del laudo».

<sup>106</sup> Reglamento de Arbitraje CCE 2017. Artículo 32. Audiencias: «[...] 3. Salvo acuerdo en contrario de las partes, las audiencias se celebrarán en privado».

<sup>107</sup> Reglamento de Arbitraje CCE 2017. Apéndice III. Artículo 4. Escritos de una parte del tratado que no sea litigante:

«(1) Con arreglo al artículo 3 (9) de este Apéndice, aplicado conforme al artículo 4 (4) *ul infra*, el tribunal arbitral deberá permitir o, tras consultar a las partes, puede invitar a que partes del tratado que no sean litigantes presenten escritos sobre cuestiones de interpretación del tratado que sean sustanciales para la resolución del caso.

(2) Tras consultar a las partes, el tribunal arbitral podrá permitir o invitar a presentar escritos a una parte del tratado que no sea litigante sobre otras cuestiones que sean sustanciales en el arbitraje [...]».

Reglamento admite que sea el tribunal quien, tras consultar con las partes, invite dichas solicitudes. En lo principal, se fijan los requisitos que debe cumplir la solicitud del tercero. En este punto, cabe destacar que el Reglamento obliga al tercero a identificar si ha recibido financiamiento externo en la preparación del escrito. Luego, se precisa la obligación del tribunal arbitral de asegurar que las partes contendientes puedan formular observaciones sobre los escritos presentados, y los criterios a considerar por el tribunal para admitir dicho escrito: si el escrito del tercero podría ayudar al tribunal a resolver el litigio al aportar una perspectiva, un conocimiento o un criterio particular distinto del de las partes, y la relevancia del interés del tercero en la disputa. Asimismo, se propicia que el tribunal asegure que la presentación del tercero evite perturbar el procedimiento y no sea indebidamente gravosa para las partes contendientes ni las perjudique indebidamente.<sup>108</sup>

Finalmente, se fija que en casos en que el tercero solicite acceso a documentos del arbitraje en miras a preparar su escrito, el tribunal deberá consultar con las partes y procurar proteger la información confidencial del arbitraje.

Respecto del *financiamiento de litigios por terceros*, se remite a las consideraciones efectuadas en el párrafo anterior acerca de la obligación del *amicus curiae* de revelar la existencia de dicho financiamiento.

#### **4.6. Centro de Arbitraje Internacional de Singapur (SIAC)**

El Centro de Arbitraje Internacional de Singapur (SIAC) fundado en 1991 es una moderna institución arbitral para arbitrajes comerciales, y también para arbitrajes de inversión.

En el año 2017 publicó sus Reglas para Arbitrajes de Inversiones, con el fin de ofrecer un set específico de normas para esta clase de arbitrajes.

En materia de transparencia en arbitrajes bajo sus Reglas, cabe destacar lo siguiente:

Respecto de la *publicación de documentos y laudos*, las Reglas establecen, primero una regla de confidencialidad, salvo acuerdo en contrario, y luego, consideraciones sobre qué documentos se pueden publicar con y sin el consentimiento expreso de las partes.

<sup>108</sup> Reglamento de Arbitraje CCE 2017. Apéndice III. Artículo 3. Escritos de un tercero:  
 «(I) Toda persona que no sea parte litigante y que tampoco sea parte del tratado no litigante (“tercero”) podrá solicitar al tribunal arbitral permiso para presentar un escrito en el arbitraje.  
 (2) Tal solicitud deberá: (i) presentarse en un idioma del arbitraje; (ii) identificar y describir al tercero, incluyendo si procede, la organización de que sea miembro y su condición jurídica, sus objetivos generales, la índole de sus actividades, y toda entidad matriz o filial, y toda otra entidad o persona que directa o indirectamente controle al tercero. (iii) revelar toda afiliación directa o indirecta con cualquier parte litigante; (iv) identificar todo gobierno, organización o persona que haya directa o indirectamente proporcionado ayuda financiera o de otra índole para la preparación del escrito; (v) especificar la índole del interés que el tercero tiene en el arbitraje; e (vi) identificar las cuestiones concretas de hecho o de derecho suscitadas en el arbitraje que el tercero desea abordar en su escrito.  
 (3) Al determinar si permitir la presentación del escrito, el tribunal arbitral deberá consultar a las partes y deberá tener en cuenta: (i) la índole y relevancia del interés que el tercero tenga en el arbitraje; (ii) si el escrito ayuda al tribunal arbitral a determinar alguna cuestión de hecho o de derecho suscitada en el arbitraje, al aportar una perspectiva, conocimientos particulares o puntos de vista distintos a los de las partes litigantes; y (iii) otras circunstancias relevantes.  
 (4) El tribunal arbitral puede, tras consultar a las partes, invitar a un tercero a presentar un escrito en una cuestión de hecho o de derecho suscitada en el arbitraje. El tribunal arbitral no sacará conclusión alguna de la falta de escrito o de respuesta a la invitación formulada [...].  
 (6) Para preparar su escrito, un tercero puede solicitar al tribunal arbitral acceso a los escritos y a la prueba presentados en el arbitraje. El tribunal arbitral deberá consultar a las partes litigantes antes de emitir su decisión sobre dicha solicitud, y deberá tener en cuenta, y cuando sea apropiado proteger la confidencialidad de la información en cuestión [...].  
 (8) El tribunal arbitral deberá asegurar que las partes litigantes sean otorgadas oportunidad suficiente para formular observaciones a todo escrito de un tercero.  
 (9) El tribunal arbitral deberá asegurar que ningún escrito de un tercero perturbe ni dificulte innecesariamente el procedimiento arbitral, ni que perjudique indebidamente a cualquier parte litigante [...].».

Así, en el artículo 37 se establece que, salvo acuerdo de las partes en contrario, las partes litigantes y no litigantes, los terceros no litigantes, el tribunal arbitral y cualquier persona designada por aquel deberán guardar confidencialidad sobre todos los aspectos relacionados al arbitraje y al laudo.<sup>109</sup>

Luego, en el artículo 38 se precisa que, al haber acordado llevar a cabo el arbitraje de conformidad con las presentes Reglas, las partes han aceptado que la SIAC publique la siguiente información: nacionalidad de las partes, identidad y nacionalidad de los miembros del tribunal arbitral, el tratado o instrumento que sirvió de base al arbitraje, la fecha de comienzo y estado del arbitraje, y extractos anonimizados de los razonamientos del tribunal arbitral y de las decisiones de la Corte sobre recusaciones de árbitros.

A su vez, se establece que, con el consentimiento expreso de las partes, la SIAC puede publicar la identidad de las partes, el contrato base de arbitraje, si existiera, la identidad de la representación judicial de las partes, indicación del sector económico e industria sobre la cual gira entorno el arbitraje, el monto en litigio, detalles del procedimiento arbitral, órdenes, decisiones y laudos.<sup>110</sup>

Respecto de la *realización de audiencias*, en el artículo 21 se establece que las mismas serán cerradas, salvo acuerdo en contrario.<sup>111</sup>

Respecto de la *participación de terceros en el arbitraje y de amicus curiae*, en el artículo 29 se prevé que i) por iniciativa del tribunal y tras consultar con las partes litigantes, o a instancia de las partes no contendientes, estas últimas se encuentran facultadas para efectuar presentaciones escritas sobre la interpretación del tratado base del arbitraje; y que ii) a instancia de la petición de una parte no contendiente o de un *amicus curiae*, o por iniciativa del tribunal y tras consultar con las partes, el tribunal arbitral podrá permitir escritos de las partes no contendientes o de *amicus curiae* sobre otras cuestiones objeto del litigio, procurando que no perjudiquen indebidamente a las partes y brindando a las partes oportunidad de efectuar observaciones sobre dichos escritos.

En este punto se establecen criterios a considerar por el tribunal, tras consultar con las partes litigantes, al momento de determinar si autorizar dicha solicitud: si el escrito del tercero podría ayudar al tribunal a resolver el litigio al aportar una perspectiva, un conocimiento o un criterio particular distinto del de las partes, si el tercero posee un interés significativo en la disputa, y si la presentación del tercero podría vulnerar el derecho a confidencialidad de las partes. Asimismo, se prevé que el tribunal podrá disponer dar acceso al tercero de documentos del arbitraje a los fines de que estructure su participación, pero asegurando el resguardo de la información confidencial que dichos documentos pudieran contener.<sup>112</sup>

<sup>109</sup> Reglas para Arbitrajes de Inversiones SIAC. Artículo 37. Confidencialidad: «37.1. Salvo acuerdo de las Partes en contrario, toda Parte litigante, toda Parte no litigante, todo tercero no litigante, todo árbitro, incluyendo a cualquier árbitro de emergencia, y toda persona designada por el tribunal arbitral, incluyendo a cualquier secretario administrativo y expertos, deberá, en todo momento, guardar confidencialidad acerca de todos los aspectos relacionados al arbitraje y al laudo. Las discusiones y deliberaciones del tribunal serán confidenciales [...]».

<sup>110</sup> Reglas para Arbitrajes de Inversiones SIAC. Artículo 38. Publicaciones: «38.1. En caso en que las Partes hayan acordado llevar a cabo su arbitraje bajo estas Reglas, se considerará que las Partes acordaron que la SIAC pueda publicar información sobre procedimientos llevados a cabo bajo estas Reglas.

38.2. La información que podrá publicarse bajo el artículo 38.1 se limitará a la nacionalidad de las Partes, identidad y nacionalidad de los miembros del tribunal arbitral, el tratado, ley o instrumento que sirvió de base al arbitraje, si existiera, la fecha de comienzo del arbitraje y si el procedimiento se encuentra en curso o terminó. SIAC también podrá publicar extractos anonimizados de los razonamientos del tribunal arbitral y decisiones anonimizadas de la Corte sobre recusaciones a árbitros.

38.3. Con el consentimiento expreso de las Partes, la SIAC puede publicar la identidad de las Partes, el contrato base de arbitraje, si existiera, la identidad de la representación judicial de las Partes, indicación del sector económico e industria sobre la cual gira entorno el arbitraje, el monto en litigio, detalles del procedimiento arbitral, órdenes, decisiones y laudos dictados en el procedimiento».

<sup>111</sup> Reglas para Arbitrajes de Inversiones SIAC. Artículo 21. Audiencias:

«21.4. Salvo acuerdo en contrario de las Partes, toda reunión y audiencia será privada, y todo registro, transcripción o documento utilizado en relación el procedimiento arbitral será confidencial».

<sup>112</sup> Reglas para Arbitrajes de Inversiones SIAC. Artículo 29. Presentaciones de terceros:

Respecto del *financiamiento de litigios por terceros*, en el artículo 24 sobre poderes adicionales del tribunal arbitral, se establece que, salvo acuerdo en contrario, el tribunal podrá disponer que se revele la existencia de un acuerdo de financiamiento del litigio e identidad del financiador; y, si lo considerara apropiado, información acerca del interés del tercero en el resultado del arbitraje y si el tercero ha acordado responsabilidad por costas en caso de resultar vencida la parte financiada.<sup>113</sup>

## 5. TENSIONES ENTRE TRANSPARENCIA Y CONFIDENCIALIDAD

Como ya fuera dicho al inicio de este capítulo, se puede definir a la transparencia en el arbitraje de inversiones como un conjunto de elementos —obligaciones y mecanismos— aplicables, principalmente, a las partes y al tribunal arbitral, tendientes a reducir la confidencialidad que suele caracterizar al arbitraje como método de resolución de conflictos, en atención al interés público suscitado por el objeto litigioso y a la participación de una parte estatal.

Desde una postura a favor de la mayor transparencia posible, podría sostenerse que el arbitraje como método de resolución de conflictos en verdad no tiene nada de confidencialidad por naturaleza, aunque sí un elemento de privacidad. En ese sentido, podría afirmarse que toda vez que la mayoría de los tratados y reglas institucionales vigentes prevén un régimen suficiente de protección a la información confidencial de la disputa, la regla debería ser permitir la divulgación de la información más relevante del arbitraje y la participación activa de la sociedad civil en el arbitraje de inversiones.

Desde una postura a favor de mantener el equilibrio actual entre transparencia y confidencialidad previsto por cada reglamento o tratado específico, podría plantearse si no existe una falacia en pensar que quien defiende la confidencialidad defiende el secretismo. En este sentido, podría apuntarse que el equilibrio alcanzado en cada caso es muy virtuoso.

En particular, respecto de la participación de terceros en el arbitraje de inversiones, debe considerarse que ella altera fundamentalmente la estructura del litigio, en tanto dichos terceros podrían presentar nuevas pruebas y hechos. Sin perjuicio de que la mayoría de las reglas abordadas en secciones anteriores prevén que las partes puedan efectuar observaciones sobre tales presentaciones, no prevén que las partes puedan, por ejemplo, contrainterrogar al tercero en una audiencia. Si, por el contrario, se presentase el testimonio de estos terceros como prueba, naturalmente podría la parte contraria ejercitar dicho derecho.

---

«29.1. Mediante notificación fehaciente al Registro y a las Partes, una Parte No Contendiente podrá efectuar presentaciones escritas ante el tribunal, pero solo sobre cuestiones relativas a la interpretación del tratado que sean relevantes para la disputa. El tribunal también podrá, luego de consultar con las Partes y en atención a las circunstancias del caso, invitar a Partes No Contendientes a efectuar una presentación escrita en los términos del artículo 29.1.

29.2. Mediante notificación fehaciente al Registro y a las Partes, una Parte No Contendiente o un tercero podrá solicitar al tribunal arbitral derecho a efectuar una presentación escrita sobre otras cuestiones que sean objeto del litigio. El tribunal arbitral, podrá, además, tras celebrar consultas con las Partes litigantes y en atención a las circunstancias del caso, invitar a Partes No Contendientes y terceros a efectuar una presentación escrita en los términos del artículo 29.2.

29.3. Para determinar si permitir una solicitud efectuada bajo el artículo 29.2, el tribunal arbitral tendrá en cuenta la opinión de las Partes y, entre otros factores: a) la medida en que el escrito pueda ayudar al tribunal arbitral a determinar alguna cuestión de hecho o de derecho relativa al procedimiento arbitral, al aportar enfoques, conocimientos particulares o puntos de vista distintos a los de las Partes litigantes; b) si el escrito trataría un punto dentro del alcance de la disputa; c) si el tercero tiene un interés considerable en el procedimiento arbitral y/o en otros procedimientos relacionados; y d) si permitir dicho escrito vulneraría el derecho de las Partes a la confidencialidad [...].

29.5 [...] Las Partes litigantes tendrán derecho a responder a dichos escritos [...].

29.8. El tribunal podrá disponer que una Parte No litigante o un tercero reciba acceso a documentos relacionados con el procedimiento, incluyendo presentaciones, evidencia, órdenes, decisiones, laudos y cualquier otro documento presentado por las Partes o por Partes No litigantes o terceros, en tanto sea necesario para su participación en el arbitraje. El tribunal tomará las medidas apropiadas para asegurar la confidencialidad de la información del procedimiento de acuerdo a lo normado por el artículo 37.

29.9. El tribunal arbitral asegurará que los escritos presentados bajo este artículo 29 no perturben ni dificulten innecesariamente el procedimiento arbitral y no causen ningún perjuicio indebido a ninguna de las Partes litigantes [...].

<sup>113</sup> Reglas para Arbitrajes de Inversiones SIAC. Artículo 24. Poderes adicionales del tribunal: «Salvo acuerdo en contrario, además de los poderes previstos en estas Reglas y sujeto a las prohibiciones establecidas por las leyes imperativas aplicables al arbitraje, el tribunal arbitral tendrá poder para: [...] I. disponer la revelación de la existencia de un acuerdo de financiamiento y/o la identidad del financiador y, si lo considerara apropiado, información acerca del interés del tercero en el resultado del arbitraje y si el tercero ha acordado o no responsabilizarse por las costas en caso de resultar vencida la parte financiada».

Por ello, para asegurar un procedimiento que respete el principio de igualdad de armas, resulta crítico que la participación de terceros en arbitrajes de inversiones se limite a instancias donde la intervención del tercero contribuya a mejorar la calidad jurídica del laudo y el desarrollo del derecho de las inversiones, y que no implique, en efecto, agregar un defensor adicional del interés de una de las partes.<sup>114</sup>

Por otra parte, sobre la realización de audiencias públicas en pos de mayor transparencia, se ha dicho que en los casos en que la norma aplicable prevé audiencias abiertas, el inversor podría utilizar esto como técnica para persuadir al Estado temeroso —por la mayor exposición pública que conlleva una audiencia abierta—, y lograr así un acuerdo que ponga fin a la disputa.<sup>115</sup>

## 6. CONCLUSIONES

En los arbitrajes de inversiones, el objeto litigioso suele vincularse con cuestiones sobre derechos humanos en general, salud, medio ambiente y corrupción, entre otras temáticas que, naturalmente suscitan el interés del público en general. Las decisiones tomadas por los tribunales arbitrales que conocen en estos casos son susceptibles de afectar adversamente los intereses del Estado receptor y los de su población. En concreto, como mínimo estará en juego el erario público, y siempre, el derecho de los Estados de poner en ejecución alguna política pública. Consecuentemente, implementar y mejorar los estándares de transparencia aplicables a estos procedimientos ha sido una preocupación de la sociedad civil, de la academia y de las propias instituciones arbitrales.

En respuesta a ello, durante las últimas décadas y, con mayor intensidad en los últimos años, los Estados han concluido tratados, y las instituciones arbitrales han ajustado lo previsto al respecto en sus reglamentos.

En el escenario actual, existe un amplio menú de posibilidades de transparencia, entre las cuales los Estados, ciertamente, ejercen su derecho a elección.

Las excepciones a la transparencia establecidas en cada reglamento tienden a balancear —en diferentes grados y con diferentes alcances— el interés del público en conocer y participar del arbitraje y el interés de las partes en tramitar un arbitraje de forma justa y eficiente.

## 7. BIBLIOGRAFÍA

ALEXANDER, Klint. En: EULER, Dimitrij; GEHRING, Markus y Maxi SCHERER. «Transparencia en arbitrajes internacionales de inversiones. Una guía sobre las Reglas UNCITRAL sobre la transparencia». Cambridge University Press, 2015, capítulo 8.

Boletín Oficial de la Unión Europea. Aviso acerca de la aplicación provisional del CETA, 16 de septiembre de 2017.

BSG Resources Limited vs. República de Guinea. Caso CIADI n.º ARB/14/22, Orden Procesal n.º 2 del 17 de septiembre de 2015.

CAIVANO, Roque J. *Control judicial en el arbitraje*. Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot, 2011, pp. 301-303.

CAIVANO, Roque J. «Ciclo de Talleres sobre nuevo Reglamento de Arbitraje 2021 de la CCI. Sesión II: Transparencia en el arbitraje CCI», 19 de agosto de 2021.

<sup>114</sup> Ver en el mismo sentido: DIMSEY, Mariel. En: Euler, Dimitrij, Markus Gehring y Maxi Scherer. «Transparencia en Arbitrajes Internacionales de Inversiones. Una guía sobre las Reglas UNCITRAL sobre la Transparencia», ya citado.

<sup>115</sup> KLINT, Alexander. En: Euler, Dimitrij, Markus Gehring y Maxi Scherer. «Transparencia en Arbitrajes Internacionales de Inversiones. Una guía sobre las Reglas UNCITRAL sobre la Transparencia». Cambridge University Press, 2015, capítulo 8.

CCI. «Notas para partes y tribunales arbitrales sobre la conducción de arbitrajes bajo las Reglas de Arbitraje de la CCI», 1 de enero de 2019.

CCI. «Notas para partes y tribunales arbitrales sobre la conducción de arbitrajes bajo las Reglas de Arbitraje de la CCI», 1 de enero de 2021.

CETA. Acuerdo Económico y Comercial Global.

CIADI. Documento de Trabajo n.º 5. «Propuesta de Enmiendas a las Reglas del CIADI», junio del 2021.

CLAUSSEN, Kathleen. En: Euler, Dimitrij, Markus Gehring y Maxi Scherer. «Transparencia en Arbitrajes Internacionales de Inversiones. Una guía sobre las Reglas UNCITRAL sobre la Transparencia». Cambridge University Press, 2015, capítulo 10.

Comisión de Libre Comercio del TLCAN. «Notas interpretativas de ciertas disposiciones del capítulo 11», 31 de julio de 2001.

Comisión de Libre Comercio del TLCAN. «Declaración de la Comisión de Libre Comercio sobre la participación de partes no contendientes», 7 de octubre de 2003.

Convención de las Naciones Unidas sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado, 2014.

Convención de Mauricio sobre la Transparencia.

Convenio CIADI.

Declaración de los Estados Unidos de América y de Canadá sobre audiencias públicas en arbitrajes bajo el capítulo 11 del TLCAN, 7 de octubre de 2003; y Declaración Conjunta de la Comisión de Libre Comercio del TLCAN. «Década de logros», 16 de julio de 2004.

Denuncia de Bolivia fechada 2 de mayo de 2007 en: Sitio web CIADI. Novedades. «Denuncia del Convenio CIADI», 16 de mayo de 2007.

Denuncia de Ecuador fechada 6 de julio de 2009 en: Sitio web CIADI. Novedades. «Denuncia del Convenio CIADI de parte de Ecuador», 9 de julio de 2009; y nuevo depósito del instrumento de ratificación del Convenio CIADI del 4 de agosto de 2021 en: Sitio web CIADI. Novedades. «Ecuador ratifica el Convenio CIADI», 4 de agosto de 2021.

Denuncia de Venezuela fechada 24 de enero de 2012 en: Sitio web CIADI. Novedades. «Venezuela presenta una notificación bajo el artículo 71 del Convenio CIADI», 26 de enero de 2012.

DIMSEY, Mariel. En: Euler, Dimitrij, Markus Gehring y Maxi Scherer. «Transparencia en Arbitrajes Internacionales de Inversiones. Una guía sobre las Reglas UNCITRAL sobre la Transparencia». Cambridge University Press, 2015, capítulo 4.

DR-CAFTA - Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos de América.

*Iberdrola S.A. e Iberdrola Energía SAU vs. Estado Plurinacional de Bolivia*. Caso CPA n.º 2015-05, acta de constitución del tribunal del 7 de agosto de 2015.

Internacional Bar Association. «Consistencia, eficiencia y transparencia en arbitrajes de inversiones basados en tratados», noviembre del 2018. Disponible en: <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=a8d68c6c-120b-4a6a-af0-4397bc22b569> (acceso: 16 de octubre de 2021).

International Bar Association. «Directrices IBA sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional 2014», adoptadas el 23 de octubre de 2014.

International Bar Association. «Reglas de la IBA sobre Práctica de la Prueba en el Arbitraje Internacional 2020», adoptadas el 17 de diciembre de 2020.

KOEPP, Johannes & Cameron SIM. En: Euler, Dimitrij, Markus Gehring y Maxi Scherer. «Transparencia en Arbitrajes Internacionales de Inversiones. Una guía sobre las Reglas UNCITRAL sobre la Transparencia». Cambridge University Press, 2015, capítulo 11.

*Methanex Corporation vs. Estados Unidos de América, Caso TLCAN*. «Reglas UNCITRAL 1976». Decisión del tribunal arbitral sobre solicitudes de terceros para intervenir como *amici curiae*, 15 de enero de 2001, párrafo 53.

*Muhammet Çap & Sebil Inşaat Endüstri ve Ticaret Ltd. Sti. vs. Turkmenistán*. Caso CIADI n.º ARB/12/6, Orden de Procedimiento n.º 3 del 12 de junio de 2015.

*Pac Rim Cayman LLC vs. República de El Salvador*. Caso CIADI n.º ARB/09/12.

Queen Mary University of London. «Encuesta 2020 de QMUL-CCIAG: Percepciones de inversores sobre el sistema internacional de resolución de disputas», mayo del 2020. Disponible en: <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/QM-CCIAG-Survey-ISDS-2020.pdf> (acceso: 16 de octubre de 2021).

Reglamento Administrativo y Financiero CIADI.

Reglamento de Arbitraje CCE 2017.

Reglamento de Arbitraje PCA 2012.

Reglamento de arbitraje UNCITRAL 1976.

Reglamento de Arbitraje UNCITRAL 2013.

Reglamento de la UNCITRAL sobre la transparencia en los arbitrajes entre inversionistas y Estados en el marco de un tratado.

Reglas de Arbitraje CCI 2021.

Reglas de Arbitraje CIADI.

Reglas para Arbitrajes de Inversiones SIAC.

SARAVIA FRÍAS, Bernardo. *Financiamiento de litigios por terceros. Un nuevo paradigma luego del COVID-19*. Buenos Aires: Editorial La Ley, 8 de junio de 2020.

SCHEFER, Nadakavukaren. En: Euler, Dimitrij, Markus Gehring y Maxi Scherer. «Transparencia en arbitrajes internacionales de inversiones. Una guía sobre las Reglas UNCITRAL sobre la transparencia». Cambridge University Press, 2015, capítulo 3.

*Siemens A.G. vs. República Argentina.* Caso CIADI n.º ARB/02/8. Presentación de los Estados Unidos de América del 1 de mayo de 2008.

*Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi Universal S.A. vs. República Argentina.* Caso CIADI n.º ARB/03/19. Decisión del 19 de mayo de 2005. Resolución en respuesta a la petición de transparencia y participación en calidad de *amicus curiae*.

T-MEC - Tratado entre los Estados Unidos de América, los Estados Unidos Mexicanos y Canadá.

TBI Modelo de Canadá 2021.

TBI Modelo de Estados Unidos 2012.

TLCAN - Tratado de Libre Comercio de América del Norte.

UNCITRAL. «Informe del Grupo de Trabajo II (arbitraje y conciliación) sobre la labor de su 54.º período de sesiones». Nueva York, 7 al 11 de febrero de 2011.

*United Parcel Service of America Inc. vs. Gobierno de Canadá.* Caso TLCAN. «Reglas UNCITRAL 1976». Decisión sobre solicitudes para intervenir y participar como *amici curiae*, 17 de octubre de 2001.

*Vattenfall AB y otros vs. República Federal de Alemania.* Caso CIADI n.º ARB/12/12.



## CAPÍTULO 9

### LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO EN EL ARBITRAJE DE INVERSIÓN

*Clàudia Baró Huelmo \**

**Sumario:** Introducción.— 1. Marco jurídico de la responsabilidad internacional del Estado.— 1.1. Principios básicos.— 1.2 Elementos de un acto internacionalmente ilícito.— 2. Violaciones de obligaciones internacionales de los Estados en materia de arbitraje de inversión.— 2.1. Incumplimiento de una obligación internacional contenida en un tratado de inversión.— 2.2. Causas de exclusión de la ilicitud y exoneración de la responsabilidad internacional.— 2.2.1. Consentimiento.— 2.2.2. Defensa propia.— 2.2.3. Contramedidas.— 2.2.4. Fuerza mayor.— 2.2.5. Peligro extremo.— 2.2.6. Necesidad.— 2.2.7. Observaciones finales.— 3. Atribución de actos internacionalmente ilícitos al Estado en arbitraje de inversión.— 3.1. Órganos del Estado (artículo CDI 4).— 3.2 Entidades ejerciendo autoridad gubernamental (artículo CDI 5).— 3.3. Dirección o control del Estado (artículo CDI 8).— 3.4. Actos *ultra vires* (artículo CDI 7).— 3.5. Conducta aceptada y reconocida por el Estado (artículo CDI 11).— 3.6. Observaciones finales.— 4. Consecuencias de la responsabilidad internacional del Estado por la comisión de un acto internacionalmente ilícito en el marco del arbitraje de inversiones.— 4.1. Principios básicos.— 4.2. Tipo de remedios.— 4.2.1. Restitución.— 4.2.2. Compensación.— 4.2.3. Satisfacción.— 5. Conclusión.— 6. Referencias bibliográficas.

#### INTRODUCCIÓN

Desde la década de los 1950, la inversión extranjera directa está creciendo en todo el mundo a un ritmo espectacular. Una red de más de 2800 acuerdos internacionales conocidos como tratados bilaterales de inversión («TBIs») ofrecen protección legal a inversores extranjeros. Los TBI no solo obligan a los países anfitriones a proporcionar ciertas protecciones a las inversiones extranjeras, sino que también crean un poderoso derecho de acción privado de los inversores contra el Estado anfitrión si no cumple con esas obligaciones.

En los últimos treinta años, hemos visto un incremento exponencial en el uso de estos derechos de acción privados, en particular, el uso del arbitraje de inversión por parte de inversores extranjeros que consideran que el Estado donde han realizado su inversión no ha cumplido con sus obligaciones bajo el tratado de inversión en cuestión.

El objetivo de este capítulo es explorar la interconexión entre el derecho internacional público, tradicionalmente centrado en las obligaciones de Estados para con Estados, y las particularidades de los arbitrajes de inversión, donde estas obligaciones interestatales son reivindicadas por un inversor extranjero sin participación alguna del Estado del cual el inversor es nacional.

---

\* Abogada asociada a Withers, Ginebra.

## 1. MARCO JURÍDICO DE LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO

### 1.1. *Principios básicos*

El arbitraje es un antiguo método de solución de conflictos mediante el cual los litigantes acuerdan someter su controversia a un tercero para que tome una decisión según las normas y procedimientos pactados. El proceso de arbitraje se basa en el acuerdo de las partes y la autoridad del árbitro se basa en dicho acuerdo.

Además de su papel tradicional como medio para resolver conflictos interestatales, el arbitraje también se ha convertido en un medio importante para resolver disputas comerciales internacionales entre partes privadas y para la solución de conflictos entre inversores y Estados.<sup>1</sup>

El derecho internacional de inversiones y su resolución mediante el arbitraje de inversión son parte del derecho internacional público. El derecho internacional es relevante en el análisis de una demanda bajo un tratado de inversión, en primer lugar, a través de la interpretación del tratado.

El marco para tal ejercicio lo proporcionan los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados («CVDT»). Estos artículos codifican las normas del derecho internacional consuetudinario sobre la interpretación de los tratados. También han sido repetidamente aceptadas por los tribunales arbitrales de inversión como tales. Por supuesto, incluyen también, en el artículo 31(3)(c), un reenvío general a las «normas pertinentes del derecho internacional aplicables en las relaciones entre las partes», en este caso, los Estados que han firmado el tratado en cuestión.<sup>2</sup>

La responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos es una norma consuetudinaria que constituye una de las bases del derecho internacional. La responsabilidad deriva de la personalidad legal de cada Estado bajo el derecho internacional y del hecho que los Estados son los principales sujetos de este conjunto normativo.

Según esta norma, el Estado es responsable de cualquier incumplimiento de sus obligaciones internacionales y deberá reparar los daños causados. Pero lo que constituye una violación del derecho internacional por parte de un Estado depende del contenido real de sus obligaciones internacionales en cada caso concreto; y, especialmente, en lo que respecta a los tratados, esto varía notablemente de un Estado a otro. Incluso, en el marco del derecho internacional general, los distintos Estados pueden tener responsabilidades diferentes, ya que no existe un código uniforme de derecho internacional que refleje las obligaciones de todos los Estados.<sup>3</sup>

En el caso de los arbitrajes de inversión, lo más habitual es que el inversor reclame por una violación del tratado en cuestión. Aplicamos, entonces, el derecho internacional público, lo que lleva que la violación de los tratados de inversión y las consecuencias en términos de la reparación debida están sujetas a las reglas generales de responsabilidad estatal por hechos internacionalmente ilícitos.

La Comisión de Derecho Internacional, el órgano creado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1947 para fomentar el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación,<sup>4</sup> presentó en 2001 su proyecto de artículos sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos (los «artículos CDI»). Los artículos CDI establecen las normas secundarias relativas a la responsabilidad de los Estados, incluyendo las consecuencias jurídicas de la vulneración

<sup>1</sup> SALACUSE, Jeswald W. *The Law of Investment Treaties*. Oxford University Press, 2021, 2.<sup>a</sup> ed., p. 516.

<sup>2</sup> McLACHLAN, Campbell. «Investment Treaties and General International Law». *International and Comparative Law Quarterly*, 2008, vol. 57, n.<sup>o</sup> 2, p. 371.

<sup>3</sup> CRAWFORD, James. «The System of International Responsibility». En *The Law of International Responsibility*. (J. Crawford, A. Pellet, S. Olleson & K. Parlett (eds.). Oxford University Press, 2010), p. 20.

<sup>4</sup> Carta de las Naciones Unidas, art. 13(1)(a).

de obligaciones internacionales.<sup>5</sup> Aunque los artículos CDI no son fuente de derecho *per se*, son ampliamente considerados como la manifestación más representativa de la costumbre internacional sobre responsabilidad internacional de los Estados.<sup>6</sup>

El rol dual de codificación y desarrollo progresivo del derecho internacional de la CDI ha dado lugar a multitud de dudas ya que no hay un consenso general sobre qué artículos han sido codificados al representar costumbre internacional y cuáles de ellos son un desarrollo progresivo del derecho internacional.<sup>7</sup> Una excepción son las normas sobre atribución de hechos internacionalmente ilícitos, reflejadas en los artículos CDI 4 a 11, las cuales han sido universalmente aceptadas como codificación de la costumbre internacional.<sup>8</sup>

Así, pues, a la hora de preparar una estrategia legal basada en alguno de los artículos, los abogados de parte deberán analizar el artículo en cuestión y determinar si se trata de una codificación de la costumbre (y, por tanto, vinculante para los Estados) o bien un desarrollo progresivo, que puede ser que no haya cristalizado como costumbre.<sup>9</sup>

Los Artículos CDI tratan de toda la esfera de la responsabilidad de los Estados, es decir, no se limitan a la violación de obligaciones para con Estados, sino que también son de aplicación cuando hay una violación de obligaciones para con un particular, un grupo o la comunidad internacional.<sup>10</sup> Por consiguiente, son de aplicación en los arbitrajes de inversiones.<sup>11</sup>

A diferencia de la mayoría de tratados internacionales, los tratados de inversión (ya sean bilaterales o multilaterales) crean una serie de derechos y protecciones a favor de individuos. Entre ellos, encontramos la posibilidad de iniciar un procedimiento arbitral directamente contra el Estado por violaciones de los derechos sustantivos acordados en el tratado en cuestión. Históricamente, esta opción estaba reservada a los Estados, los cuales podían ejercer protección diplomática en favor de sus nacionales si estos habían sufrido un daño a manos de otro Estado.<sup>12</sup> La gran diferencia es que, a ojos del derecho internacional, este daño era considerado como un daño al Estado y no al propio individuo.

No obstante, el artículo CDI 33 deja claro que el contenido de la responsabilidad del Estado incluye «cualquier derecho que la responsabilidad internacional del Estado pueda generar directamente en beneficio de una persona o de una entidad distinta de un Estado». De hecho, en el comentario de los artículos CDI, se mencionan los tratados de inversión explícitamente como una situación en la que una «obligación principal se debe a una entidad no estatal» y esa entidad tiene la posibilidad de invocar la responsabilidad del Estado «por cuenta propia y sin la intermediación de ningún Estado».<sup>13</sup>

<sup>5</sup> Comisión de Derecho Internacional, Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su quincuagésimo tercer período de sesiones, vol. II, segunda parte, A/CN.4/SER.A/2001/Add.1 (*Comentario artículos CDI*), p. 32, párrafo 4(a).

<sup>6</sup> Mohammad Ammar Al-Bahloul *cf.* República de Tayikistán. CCE Caso n.º V064/2008. Laudo parcial sobre jurisdicción y fondo, 2 de septiembre de 2009, párrafo 165.

<sup>7</sup> *Archer Daniels Midland Company y Tate & Lyle Ingredients Americas Inc. cf. Estados Unidos Mexicanos*. CIADI Caso n.º ARB(AF)/04/5. Opinión concurrente de Arthur W. Rovine sobre cuestiones de derechos independientes de los inversores, protección diplomática y contramedidas, 21 de noviembre de 2007, párrafo 2. Ver también *Bayındır İnsaat Turizm Ticaret ve Sanayi AS cf. República Islámica de Pakistán*. CIADI Caso n.º ARB/03/29. Laudo, 27 de agosto de 2009, nota al pie 19; SABAH, Borzu. *Compensation and Restitution in Investor-State Arbitration. Principles and Practice*. Oxford University Press, 2011, 1.<sup>a</sup> edición, p. 9.

<sup>8</sup> *Tulip Real Estate y Development Netherlands BV cf. República de Turquía*. CIADI Caso n.º ARB/11/28. Laudo, 10 de marzo de 2014, párrafo 281.

<sup>9</sup> *Cargill Incorporated cf. Estados Unidos Mexicanos*. CIADI Caso n.º ARB(AF)/05/2. Laudo, 18 de septiembre de 2009, párrafo 381. Ver también *FIW Oil Interest Inc. cf. República de Trinidad y Tobago*. CIADI Caso n.º ARB/01/14. Laudo, 3 de marzo de 2006, párrafo 202.

<sup>10</sup> *Comentario artículos CDI*, p. 32, párrafo 5.

<sup>11</sup> HOBÉR, Kaj. «State Responsibility and Attribution». En *The Oxford Handbook of International Investment Law*. (P. Muchlinski, F. Ortino & C. Schreuer (eds.), 2008), pp. 552-553; FEIT, Michael. «Responsibility of the State Under International Law for the Breach of Contract Committed by a State-Owned Entity». *Berkeley Journal of International Law*, 2010, vol. 28, n.º 1, p. 146.

<sup>12</sup> WONG, Jarrod. «The Subversion of State-to-State Investment Treaty Arbitration». *Columbia Journal of Transnational Law*, 2014, vol. 53, n.º 1, p. 9.

<sup>13</sup> DOUGLAS, Zachary. «Other Specific Regimes of Responsibility: Investment Treaty Arbitration and ICSID». En *The Law of International Responsibility* (J. Crawford, A. Pellet, S. Olleson & K. Parlett (eds.). Oxford University Press, 2010), p. 820.

## 1.2. *Elementos de un acto internacionalmente ilícito*

La base de los artículos CDI es el principio consuetudinario según el que todo hecho internacionalmente ilícito del Estado genera su responsabilidad internacional.<sup>14</sup> El hecho internacionalmente ilícito de un Estado puede consistir en una o varias acciones u omisiones o en una combinación de acción y omisión.<sup>15</sup> Hay dos condiciones cumulativas para determinar la existencia de un hecho internacionalmente ilícito: (1) debe constituir una violación de una obligación internacional del Estado; y (2) debe ser atribuible al Estado según el derecho internacional.<sup>16</sup>

Por lo que respecta al primer elemento, no todos los Estados tienen las mismas obligaciones, ya que cada Estado tiene la soberana prerrogativa de elegir a qué normas de derecho internacional se somete a través de su consentimiento. La manera más habitual de asumir obligaciones internacionales es mediante la firma y ratificación de tratados. Dos excepciones a esta norma son el obligado cumplimiento de las normas *ius cogens* y de las normas que hayan cristalizado como costumbre.<sup>17</sup> En el caso del arbitraje de inversión, dichas obligaciones suelen encontrarse en tratados, ya sean bilaterales o multilaterales (ver sección 2).

En relación al segundo elemento, un Estado es una persona jurídica con plena capacidad para actuar en derecho internacional.<sup>18</sup> No obstante, como reconoció la Corte Internacional de Justicia («CIJ»), «[l]os Estados solo pueden actuar por medio y por conducto de la persona de sus agentes y representantes».<sup>19</sup> Por lo tanto, es imprescindible conocer las normas de atribución para vincular el Estado con una acción u omisión determinada. Ello permitirá determinar si el Estado es responsable del hecho internacionalmente ilícito (ver sección 3).

## 2. VIOLACIONES DE OBLIGACIONES INTERNACIONALES DE LOS ESTADOS EN MATERIA DE ARBITRAJE DE INVERSIÓN

### 2.1. *Incumplimiento de una obligación internacional contenida en un tratado de inversión*

Una acción u omisión por parte de un Estado debe calificarse como acto internacionalmente ilícito si constituye una violación de una obligación internacional. En materia de arbitraje de inversión, uno de los estándares de protección que encontramos habitualmente es la obligación del Estado de tratar al inversor de la otra parte de manera justa y equitativa («FET», por sus siglas en inglés). El Estado puede vulnerar dicha obligación, por ejemplo, al denegar un permiso medioambiental de forma arbitraria. Por otro lado, también podría vulnerar la misma obligación si no da respuesta a la petición de dicho permiso medioambiental.

Otras obligaciones que solemos encontrar en tratados de inversión incluyen: (1) protección plena («FPS», por sus siglas en inglés); (2) la prohibición contra medidas discriminatorias, arbitrarias o irrationales; (3) la prohibición contra expropiaciones ilegales (es decir, sin debido proceso, sin compensación adecuada, sin motivo de interés público, o bien realizada de forma discriminatoria); y (4) el principio de trato nacional (es decir, que las inversiones extranjeras deben ser tratados del mismo modo que las inversiones locales), entre otros.

<sup>14</sup> Comentario artículos CDI, p. 33, art. 1.

<sup>15</sup> Comentario artículos CDI, pp. 34-35, párrafo 8, donde se destaca que la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia reafirma este principio.

<sup>16</sup> HÖBER, Kaj, «State Responsibility and Attribution», En *The Oxford Handbook of International Investment Law* (P. Muchlinski, F. Ortino & C. Schreuer (eds.), 2008), pp. 551-553.

<sup>17</sup> Hay un *caveat*: el Estado puede no estar obligado por la costumbre si es un opositor persistente a la norma.

<sup>18</sup> Comentario artículos CDI, p. 36, párrafo 5.

<sup>19</sup> Asentamientos alemanes en Polonia. Opinión consultiva [1923] CPJI Serie B, n.º 6, p. 22.

Una de las cuestiones que los Estados argumentan de forma habitual como defensa frente a la alegada vulneración de estas obligaciones es que han actuado conforme a las obligaciones del Estado según su derecho interno. El artículo CDI 3 deja claro que el Estado no puede alegar la conformidad de su comportamiento a su derecho interno para impedir que ese comportamiento se califique de ilícito según el derecho internacional.<sup>20</sup> De hecho, el comportamiento se calificará como ilícito, aun cuando el Estado esté obligado a ese comportamiento según su derecho interno.<sup>21</sup> En otras palabras, lo que es ilícito en el derecho interno no es necesariamente ilícito en el derecho internacional y lo que es lícito en el derecho interno no es necesariamente lícito en el derecho internacional.<sup>22</sup>

Este principio también se ve reflejado en el artículo 27 de la CVDT y el artículo CDI 32. El artículo 27 de la CVDT se aplica específicamente a las obligaciones derivadas de los tratados.<sup>23</sup> El artículo CDI 32 transpone el principio que un Estado no puede ampararse en su derecho interno para eludir sus obligaciones internacionales a las obligaciones secundarias que se derivan del incumplimiento de una obligación internacional principal.<sup>24</sup>

## 2.2. *Causas de exclusión de la ilicitud y exoneración de la responsabilidad internacional*

A pesar de sus obligaciones contenidas en tratados de inversión, el incumplimiento de dichas obligaciones no siempre dará lugar a un hecho internacionalmente ilícito, si el Estado puede demostrar que se da una causa de exclusión de la ilicitud y exoneración de la responsabilidad internacional. Una consecuencia de la invocación de dichas causas es que el Estado debe reanudar el cumplimiento de la obligación subyacente tan pronto como desaparezcan los hechos que dieron lugar a la causa de exclusión de la ilicitud.

Estas causas se encuentran recopiladas en los artículos CDI 20 a 26. No obstante, el comentario de los artículos CDI indica explícitamente que «establece las circunstancias que excluyen la ilicitud reconocida actualmente por el derecho internacional general», lo que implica que pueden desarrollarse nuevas defensas y lograr un reconocimiento general.<sup>25</sup>

### 2.2.1. *Consentimiento*

El artículo CDI 20 establece que «el consentimiento válido de un Estado a la comisión por otro Estado de un hecho determinado excluye la ilicitud de tal hecho en relación con el primer Estado en la medida en que el hecho permanece dentro de los límites de dicho consentimiento». El artículo CDI 20 puede considerarse una codificación de la norma consuetudinaria *volenti non fit injuria*, es decir, que el ejercicio válido del consentimiento no da lugar a daño. No obstante, ello no tiene ningún efecto sobre el contenido o el valor de la norma primaria que se viola. La obligación primaria no queda derogada por el consentimiento del Estado, sino que la obligación subsiste, aunque se suspenda temporalmente en las circunstancias particulares.

El significado de «válido» es una cuestión controvertida que puede depender de la obligación principal en cuestión, así como de las circunstancias del caso. Pero, en cualquier caso, el consenti-

<sup>20</sup> Comentario artículos CDI, p. 37, art. 3, párrafo 1.

<sup>21</sup> Comentario artículos CDI, p. 37, párrafo 1.

<sup>22</sup> Esta proposición también se ha formulado con respecto a las obligaciones de los tratados. Una formulación muy clara se encuentra en *Electronica Sicala SpA (ELSI) (Estados Unidos de América contra Italia) (Sentencia)* [1989] ICJ Rep 15 (una decisión anterior a los artículos CDI) donde, en el párrafo 73, la CIJ sostuvo que «[el] cumplimiento del derecho municipal y el cumplimiento de las disposiciones de un tratado son cuestiones diferentes. Lo que constituye una violación del tratado puede ser lícito en el derecho interno y lo que es ilícito en el derecho interno puede ser totalmente inocente de la violación de una disposición del tratado».

<sup>23</sup> Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, 1155 UNTS 331, 23 de mayo de 1969 («CVDT»), art. 27.

<sup>24</sup> DUPUY Pierre-Marie. «Relations Between the International Law of Responsibility and Responsibility in Municipal Law». En *The Law of International Responsibility* (J. Crawford, A. Pellet, S. Olleson & K. Parlett (eds.), Oxford University Press, 2010), pp. 176-177.

<sup>25</sup> Comentario artículos CDI, p. 76, párrafo 9.

miento debe estar «claramente establecido» y «efectivamente expresado por el Estado y no simplemente presumido sobre la base de que el Estado habría consentido si se le hubiera preguntado».<sup>26</sup> Además, la persona que da su consentimiento debe estar autorizada para hacerlo en nombre del Estado y el consentimiento debe darse libremente. El alcance del consentimiento también es fundamental: el consentimiento solo excluye la ilicitud para la ocasión o el fin concretos consentidos.<sup>27</sup>

A día de hoy, el consentimiento como causa de exclusión de la ilicitud no ha sido invocado en el arbitraje de inversión. No obstante, cabría la posibilidad de que un Estado dé su consentimiento a la comisión de un acto que vulnere los derechos de un inversor bajo un tratado de inversión o bien los Estados pueden acordar la suspensión del tratado.<sup>28</sup> En ese caso, se debería estudiar la repercusión del consentimiento del Estado en relación a los derechos del inversor en cuestión.

### ***2.2.2. Defensa propia***

El artículo CDI 21 establece que «la ilicitud del hecho de un Estado queda excluida si ese hecho constituye una medida lícita de legítima defensa tomada de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas». Esto hace eco de la reserva del artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas («ONU») del «derecho inherente a la legítima defensa individual o colectiva» como excepción a la prohibición de «la amenaza o el uso de la fuerza» en el artículo 2(4) de la Carta de la ONU.

La legítima defensa funciona tanto como un derecho inherente (bajo la costumbre internacional o el artículo 51 de la Carta de la ONU) como una circunstancia que excluye la ilicitud (codificado en el artículo 21 CDI).<sup>29</sup> Puede ser difícil diferenciarlos, especialmente considerando que el artículo CDI 21 importa las normas primarias aplicables en virtud de la Carta de la ONU (incluidos los requisitos de proporcionalidad y necesidad) sobre cuándo y hasta qué punto opera la legítima defensa.<sup>30</sup>

A día de hoy, la legítima defensa como causa de exclusión de la ilicitud no ha sido invocado en un arbitraje de inversión. Cabrá ver si esta situación cambia o bien con el inicio de conflictos armados (una posibilidad prevista en varios TBI como causa *specialis* de exclusión de ilicitud) o bien con el auge de las nuevas tecnologías y el poder creciente de empresas privadas.

### ***2.2.3. Contramedidas***

Las contramedidas son medidas unilaterales adoptadas por un Estado en respuesta a la violación de sus derechos por el hecho ilícito de otro Estado. Tienen por objeto inducir al Estado infractora cumplir con sus obligaciones internacionales. En otras palabras, la contramedida no es un fin en sí misma, sino un medio para lograr un fin.<sup>31</sup>

Para ser válidas, las contramedidas deben cumplir con una serie de requisitos codificadas en los artículos CDI 49 a 52. Las condiciones son: (1) la existencia de un hecho internacionalmente ilícito que ha perjudicado al Estado que adopta la contramedida; (2) el objeto de la contramedida debe ser inducir al Estado a cumplir con sus obligaciones; (3) la contramedida debe tener carácter temporal, es decir, debe ser reversibles; (4) la contramedida debe ser proporcional al perjuicio sufrido; y (5) la contramedida debe ser notificadas al Estado receptor (a no ser que tenga carácter urgente).

También cabe destacar que hay ciertas obligaciones que no pueden ser afectadas por las contramedidas, por ejemplo, la obligación de abstenerse de la amenaza o el uso de la fuerza según el artículo

<sup>26</sup> Comentario artículos CDI, p. 77, párrafo 6.

<sup>27</sup> CRAWFORD, James. *Brownlie's Principles of Public International Law*, 2019, 9.<sup>a</sup> ed., pp. 547-548.

<sup>28</sup> Comentario artículos CDI, p. 77, párrafo 2.

<sup>29</sup> Comentario artículos CDI, p. 78, párrafo 1.

<sup>30</sup> CRAWFORD, James. *Brownlie's Principles of Public International Law*, 2019, 9.<sup>a</sup> ed., p. 548.

<sup>31</sup> Comentario artículos CDI, p. 139, párrafo 1.

2(4) de la Carta de la ONU o bien contramedidas incompatibles con las obligaciones del Estado en materia de relaciones diplomáticas o consulares.<sup>32</sup>

A diferencia del consentimiento y la legítima defensa, las contramedidas han sido invocadas en arbitrajes de inversión. Por ejemplo, en *Archer c/ México*, el Estado argumentó que el impuesto objeto de la controversia era una contramedida como respuesta a las violaciones de los Estados Unidos del Capítulo 20 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte («TLCAN») en relación con el acceso del azúcar mexicano en los Estados Unidos. En primer lugar, el tribunal determinó que no tenía jurisdicción para determinar si los Estados Unidos habían vulnerado el TLCAN.<sup>33</sup> También decidió que México no había demostrado que el impuesto se hubiera promulgado en respuesta a los supuestos incumplimientos de Estados Unidos ni que la medida estuviera destinada a inducir el cumplimiento por parte de Estados Unidos de sus obligaciones en el marco del TLCAN. Al analizar la proporcionalidad, tampoco consideró que la contramedida fuera proporcional teniendo en cuenta los derechos de los inversores:

Cualquiera de las obligaciones supuestamente violadas por los Estados Unidos no implica normas de protección de las inversiones para los particulares y las empresas, sino que solo establecen obligaciones interestatales relativas al comercio internacional y a la solución de controversias entre Estados. Sin embargo, la Enmienda al IEPS tuvo como resultado el incumplimiento por parte del Demandado de sus obligaciones en virtud de la Sección A. La adopción del impuesto no fue proporcionada o necesaria y razonablemente conectada con el objetivo que se dice seguir.<sup>34</sup>

A pesar de que el tribunal no aceptó la contramedida como causa de exclusión de la ilicitud, no dejó claro si su válida invocación hubiera tenido como consecuencia la falta de indemnización pagable al inversor, como detalla el árbitro Arthur Rovine en su opinión concurrente.<sup>35</sup>

En el mismo contexto fáctico, en el caso de *Corn c/ México*, el tribunal tampoco aceptó la invocación de las contramedidas subrayando que:

[...] la doctrina de las contramedidas, concebida en el contexto de las relaciones entre Estados, no es aplicable a las reclamaciones enmarcadas en el Capítulo XI del TLCAN, ya que son inversionistas, y no Estados, los que las plantean. Un propósito central del Capítulo XI del TLCAN consistió en sacar a esas reclamaciones del plano de las relaciones entre Estados y asegurar que los inversionistas pudieran hacer valer sus derechos directamente contra un Estado receptor. A juicio del Tribunal, ante una reclamación de ese tipo no cabe una defensa basada en que el ilícito no se haya cometido por el demandante, sino por el Estado de su nacionalidad, que no es parte en los procedimientos.<sup>36</sup>

Con base en el comentario del artículo CDI 49, el tribunal resaltó también que «una contramedida no puede extinguir ni afectar de otro modo a los derechos de una parte distinta del Estado responsable del hecho ilícito anterior. Por otra parte, puede afectar a los intereses de esa parte». El tribunal se decidió por la primera opción, destacando que:

[...] el TLCAN confiere a los inversionistas derechos sustantivos independientes y claramente distintos de los del Estado del que son nacionales.

De esta manera resulta claro que los Estados no son las únicas entidades que pueden gozar de derechos conforme al derecho internacional; también las personas físicas y las sociedades pueden

<sup>32</sup> Comentario artículos CDI, p. 141, párrafo 5, p. 143, párrafo 14.

<sup>33</sup> *Archer Daniels Midland Company y Tate & Lyle Ingredients Americas Inc c/ Estados Unidos Mexicanos*. CIADI Caso n.º ARB(AF)/04/5. Laudo, 21 de noviembre de 2007, párrafo 131.

<sup>34</sup> *Ibidem*, párrafo 158.

<sup>35</sup> *Archer Daniels Midland Company y Tate & Lyle Ingredients Americas Inc. c/ Estados Unidos Mexicanos*. CIADI Caso n.º ARB(AF)/04/5. Opinión concurrente de Arthur W. Rovine sobre cuestiones de derechos independientes de los inversores, protección diplomática y contramedidas, 21 de noviembre de 2007, párrafos 4 y ss.

<sup>36</sup> *Corn Products International Inc. c/ Estados Unidos Mexicanos*. CIADI Caso n.º ARB(AF)/04/1. Decisión sobre responsabilidad, 15 de enero de 2008, párrafo 161.

<sup>37</sup> *Ibidem*, párrafo 164.

poseer derechos bajo el derecho internacional. En el caso de los derechos que se digan derivados de un tratado, la cuestión consistirá en establecer si el texto del tratado revela la intención de conferir derechos no solo a las partes del mismo, sino también a personas físicas y/o sociedades.

En el caso del Capítulo XI del TLCAN, el Tribunal considera que la intención de las Partes consistió en conferir derechos sustantivos en forma directa a los inversionistas. Así resulta del lenguaje utilizado, y lo confirma el hecho de que el Capítulo XI conceda derechos procesales a los inversionistas. La noción de que el Capítulo XI haya conferido a los inversionistas un derecho propio, y en beneficio propio, de incoar procedimientos encaminados a exigir el cumplimiento de derechos que no sean suyos, sino exclusivamente del Estado de su nacionalidad, es contraria al sentido común.<sup>38</sup>

Así, pues, parece ser que las contramedidas como causa de exclusión de la ilicitud en el contexto del arbitraje de inversión no podrían ser invocadas válidamente si el tratado de inversión confiere a los inversores extranjeros derechos sustantivos independientes y claramente distintos de los del Estado del que son nacionales.

#### 2.2.4. *Fuerza mayor*

La fuerza mayor, que el artículo CDI 23(1) define como «una fuerza irresistible o un acontecimiento imprevisto, ajenos al control del Estado, que hacen materialmente imposible, en las circunstancias del caso, cumplir con la obligación», puede excluir la ilicitud. La fuerza mayor se distingue de una situación de peligro extremo (artículo 24 CDI) o del estado de necesidad (artículo CDI 25) porque el comportamiento del Estado, que de otra manera sería internacionalmente ilícito, es involuntario o no implica ningún elemento de libre elección.<sup>39</sup> Se trata, por ejemplo, de desastres naturales.<sup>40</sup>

El artículo CDI 23(2) contiene dos excepciones. La primera es que la fuerza mayor no puede invocarse cuando «la situación de fuerza mayor se debe, únicamente o en combinación con otros factores, al comportamiento del Estado que la invoca». La segunda es que no puede invocarse la fuerza mayor cuando «el Estado ha asumido el riesgo de que se produzca esa situación».<sup>41</sup>

Por razones de seguridad jurídica, en el derecho internacional solo se adopta un concepto restringido de fuerza mayor. En este sentido, el tribunal arbitral en el caso *Sempra c/ República Argentina* ha reafirmado que la fuerza mayor no se extiende a las situaciones de crisis política o económica si sus efectos no hacen imposible el cumplimiento de la obligación en cuestión, sino que simplemente la dificultan.<sup>42</sup> A diferencia de la necesidad, la fuerza mayor como causa de exclusión de la ilicitud no ha sido analizada con detalle en el arbitraje de inversión.<sup>43</sup>

#### 2.2.5. *Peligro extremo*

El artículo CDI 24(1) define la situación de peligro como aquella en la que «el autor de ese hecho no tiene razonablemente otro modo, en una situación de peligro extremo, de salvar su vida o la vida de otras personas confiadas a su cuidado». Las situaciones de peligro se producen, sobre todo, cuando, en condiciones meteorológicas extremas, buques o aeronaves buscan refugio en el territorio de otro Estado sin el consentimiento de este. En estas circunstancias, el sujeto de la obligación no tiene otra

<sup>38</sup> *Ibidem*, párrafos 167-169. Ver también *Cargill Incorporated c/ Estados Unidos Mexicanos*. CIADI Caso n.º ARB(AF)/05/2. Laudo, 18 de septiembre de 2009, párrafo 429.

<sup>39</sup> *Comentario artículos CDI*, p. 81, párrafo 1.

<sup>40</sup> *Comentario artículos CDI*, p. 81, párrafo 3.

<sup>41</sup> CRAWFORD, James. *Brownlie's Principles of Public International Law*, 2019, 9.<sup>a</sup> ed., p. 549.

<sup>42</sup> *Sempra Energy International c/ República Argentina*. CIADI Caso n.º ARB/02/16. Laudo, 28 de septiembre de 2007, párrafo 246. Ver también *Enron Corporation y Ponderosa Assets LP c/ República Argentina*. CIADI Caso n.º ARB/01/3. Laudo, 22 de mayo de 2007, párrafo 217. No obstante, cf. *Autopista Concesionada de Venezuela C.A c/ República Bolivariana de Venezuela*. CIADI Caso n.º ARB/00/5. Laudo, 23 de septiembre de 2003.

<sup>43</sup> *(DS)2 S.A, Peter de Sutter y Kristof de Sutter c/ República de Madagascar*. CIADI Caso n.º ARB/17/18. Laudo, 17 de abril de 2020, párrafo 347.

opción que la de incumplir una obligación para salvarse a sí mismo o a las personas confiadas a su cuidado.

El artículo CDI 24(2) contiene dos excepciones, la primera de las cuales, al igual que en el caso de la fuerza mayor, impide invocar el peligro extremo cuando la situación de peligro «se debe, únicamente o en combinación con otros factores, al comportamiento del Estado que la invoca». La segunda cláusula impide la invocación del peligro cuando «es probable que el hecho en cuestión cree un peligro comparable o mayor».44

A día de hoy, el peligro extremo como causa de exclusión de la ilicitud no ha sido invocado en el arbitraje de inversión.

## 2.2.6. Necesidad

El artículo CDI 25(1) trata de los «casos excepcionales en que la única forma que tiene un Estado de salvaguardar un interés esencial amenazado por un peligro grave e inminente es, de momento, no cumplir otra obligación internacional de menor importancia o urgencia».45

Hay cuatro elementos constitutivos del estado de necesidad: (1) un interés esencial; (2) que esté amenazado por un peligro grave e inminente; (3) que solo exista un medio con el que el Estado pueda salvaguardar el interés; y (4) que, en el ejercicio de este medio, el interés del que se prescinda y que esté ordinariamente protegido sea de menor valor que el que se salvaguarda en el estado de necesidad.

Por definición, en los casos de estado de necesidad, el peligro no se habrá producido todavía. En el asunto *Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros*, la CIJ señaló que el Estado que lo invocara no podía ser el único juez de la necesidad,46 pero cierto grado de incertidumbre con respecto al futuro no impediría invocar el estado de necesidad, si el peligro estaba claramente determinado sobre la base de las pruebas razonablemente disponibles en ese momento.47

El estado de necesidad se ha invocado para proteger una gran diversidad de intereses, incluidos la protección del medio ambiente, la preservación de la existencia misma del Estado y de su población en un momento de emergencia pública.<sup>48</sup>

En arbitraje de inversión, el estado de necesidad se ha convertido en la causa de exclusión de ilicitud estrella, ya que ha sido invocada en múltiples ocasiones, principalmente, por Argentina, en relación con medidas adoptadas para enfrentar su crisis financiera de principios de la década de 2000. Los casos derivados de estos hechos presentan dos cuestiones interesantes desde la perspectiva de los artículos CDI y su aplicación en el arbitraje de inversión.

En primer lugar, respecto del artículo CDI 25, la mayoría de tribunales constituidos para decidir la legalidad de las medidas empleadas por Argentina durante su crisis financiera dejaron claro que el estado de necesidad no podía ser invocado válidamente.

A modo de ejemplo, en *Enron c/ Argentina*, un caso del CIADI, el tribunal decidió a favor de Argentina en este punto, pero la conclusión del tribunal fue anulada por considerar que el tribunal se excedió manifiestamente en sus facultades. El comité de anulación consideró que el tribunal había cometido un error sobre el requisito de «único medio» de la defensa de necesidad del derecho consuetudinario. Según la interpretación del tribunal, este requisito solo se cumpliría si realmente no hubiera otras medidas que pudieran haberse adoptado. Argentina argumentó que esta interpretación

<sup>44</sup> CRAWFORD, James. *Brownlie's Principles of Public International Law*, 2019, 9.<sup>a</sup> ed., p. 549.

<sup>45</sup> Comentario artículos CDI, p. 85, párrafo 1.

<sup>46</sup> *Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros (Hungria/Eslavaquia)* (Sentencia) [1997], ICJ Rep 7, párrafo 51.

<sup>47</sup> Comentario artículos CDI, p. 89, párrafo 16.

<sup>48</sup> Comentario artículos CDI, p. 88, párrafo 14.

haría redundante todo el principio de necesidad, ya que casi siempre es posible concebir alguna respuesta alternativa a una emergencia. El comité concluyó que el tribunal debería haber explicado por qué insistió en una interpretación literal del requisito de «único medio».<sup>49</sup>

Estos argumentos quizás revelen que está surgiendo una norma primaria de «necesidad financiera». Si es así, no se trata de la norma secundaria de necesidad codificada por el artículo CDI 25, pero revela el papel de *lege ferenda* de esta última de impulsar nuevas normas de excepción.<sup>50</sup>

En segundo lugar, respecto del artículo CDI 55, Argentina justificó sus medidas por referencia a la cláusula de excepción de seguridad o medidas no excluidas contenida en algunos de sus TBI; y, alternativamente, la excepción del estado de necesidad en virtud del derecho internacional consuetudinario.

Se ha planteado así la cuestión de la relación entre estas dos normas, a la que los tribunales han dado respuestas radicalmente diferentes. La cuestión fue discutida por el comité de anulación en *CMS c/ Argentina*, compuesto por Gilbert Guillaume (juez de la CIJ), James Crawford (juez de la CIJ y relator especial de la CDI en materia de responsabilidad estatal) y Nabil Elaraby.

Siguiendo las observaciones contenidas en el comentario al artículo CDI 55, el comité sostuvo que la cláusula de excepción de seguridad o medidas no excluidas era una regla primaria, en la medida en que operaba para excluir la violación del tratado, y que el estado de necesidad era una regla secundaria, porque excluía las consecuencias jurídicas de un hecho ilícito. Dado que las dos normas en cuestión tenían rangos diferentes, no había ningún conflicto normativo que resolver recurriendo al principio de la *lex specialis*.<sup>51</sup>

El comité concluyó que el tribunal debería haber aplicado el artículo XI del BIT y no el artículo CDI 25.<sup>52</sup> Otros tribunales han respaldado posteriormente la decisión de anulación de CMS sobre este punto.<sup>53</sup> No obstante, los comités de anulación del CIADI tienen poderes limitados según el artículo 52 del Convenio del CIADI, lo cual llevó al comité a decidir que «si el Comité actuara como un tribunal de apelación, tendría que reconsiderar el laudo por este motivo» pero que, al tener jurisdicción limitada:

[...] el Comité no puede simplemente sustituir su propia visión del derecho y su propia apreciación de los hechos por las del Tribunal. A pesar de los errores y lagunas identificados en el laudo, lo cierto es que el Tribunal aplicó el artículo XI del Tratado. Aunque lo aplicó de forma críptica y defectuosa, lo aplicó. Por lo tanto, no existe una extralimitación manifiesta de facultades.<sup>54</sup>

Lo que este caso exemplifica es la dificultad de aplicar las normas de derecho internacional público cuando se invocan normas de rangos distintos, especialmente cuando la disposición de un tratado parece reflejar la costumbre internacional.

<sup>49</sup> FAHNER, Jeanique. «The Margin of Appreciation in Investor-State Arbitration: The Prevalence and Desirability of Discretion and Deference», *Hague Yearbook of International Law*, 2013, n.º 26, p. 452.

<sup>50</sup> HEATHCOTE, Sarah. «Circumstances Precluding Wrongfulness in the ILC Articles on State Responsibility: Necessity». En *The Law of International Responsibility* (J. Crawford, A. Pellet, S. Olleson & K. Parlett (eds.). Oxford University Press, 2010), p. 501.

<sup>51</sup> *CMS Gas Transmission Company c/ República Argentina*. CIADI Caso n.º ARB/01/8. Decisión del comité *ad-hoc* sobre la solicitud de anulación de Argentina, 25 de septiembre de 2007, párrafo 134.

<sup>52</sup> *Ibidem*, párrafo 133.

<sup>53</sup> *Continental Casualty Company c/ República Argentina*. CIADI Caso n.º ARB/03/9. Laudo, 5 de septiembre de 2008, párrafos 163-164; *Sempre Energy International c/ República Argentina*. CIADI Caso n.º ARB/02/16. Decisión sobre la solicitud de anulación de Argentina, 29 de junio de 2010, párrafo 115.

<sup>54</sup> *CMS Gas Transmission Company c/ República Argentina*. CIADI Caso n.º ARB/01/8. Decisión del comité *ad-hoc* sobre la solicitud de anulación de Argentina, 25 de septiembre de 2007, párrafo 136.

### 2.2.7. *Observaciones finales*

Finalmente, a modo de observación final de esta sección, cabe destacar que ninguna de las causas mencionadas anteriormente excluirá la ilicitud de cualquier hecho de un Estado que no esté en conformidad con una norma imperativa de derecho internacional general.<sup>55</sup> La CDI dio como ejemplos las prohibiciones de agresión, genocidio, esclavitud, discriminación racial, delitos contra la humanidad y tortura, y el derecho a la libre determinación.<sup>56</sup>

Este principio quedó claro en el caso *Pezgold c/ Zimbabwe*, donde el tribunal decidió que el Estado no dio «una razón legítima para aplicar una política injustificada que discriminaba a los propietarios de tierras por el color de su piel y su herencia ancestral extranjera, contraviniendo así su obligación erga omnes de no incurrir en discriminación racial».<sup>57</sup> Por lo tanto, Zimbabwe no pudo invocar con éxito un estado de necesidad ya que supondría una violación de la norma imperativa contra la discriminación racial en derecho internacional general.

También cabe destacar que las consecuencias de la invocación exitosa de una causa de exclusión de ilicitud no son claras. El artículo CDI 27(b) establece que «la invocación de una circunstancia que excluye la ilicitud en virtud del presente capítulo se entenderá sin perjuicio de [...] La cuestión de la indemnización de cualquier pérdida efectiva causada por el hecho en cuestión». Esta cláusula ha dado lugar a interpretaciones contradictorias en la práctica. Por ejemplo, algunos tribunales internacionales han considerado que la invocación exitosa de la excepción de necesidad implica, no obstante, una obligación de pagar una indemnización al Estado perjudicado por el acto.<sup>58</sup> Por el contrario, otros han decidido que tal obligación no surge con respecto a una declaración de necesidad exitosa.<sup>59</sup>

## 3. ATRIBUCIÓN DE ACTOS INTERNACIONALMENTE ILÍCITOS AL ESTADO EN ARBITRAJE DE INVERSIÓN

Una vez establecida la violación de la obligación, el inversor que solicite compensación por dicha vulneración deberá demostrar que el acto o la omisión causante del hecho internacionalmente ilícito es atribuible al Estado.<sup>60</sup> Las normas de atribución por hechos internacionalmente ilícitos están codificadas en los artículos CDI 4 a 11.<sup>61</sup> A pesar de que estos artículos son de aplicación a la responsabilidad derivada de un Estado respecto a otro Estado, hay consenso en que son aplicables por analogía a los arbitrajes de inversión.<sup>62</sup>

No obstante, hay que tener en cuenta que las normas de atribución solo entran en juego para determinar si los actos u omisiones de una entidad son atribuibles al Estado y si generan, por tanto, responsabilidad estatal. Por lo contrario, no entran en juego cuando no hay una violación del derecho internacional. El ejemplo más claro y que ha sido más debatido en el arbitraje de inversiones es la responsabilidad contractual de entidades con una conexión al Estado.

<sup>55</sup> Comentario artículos CDI, art. 26.

<sup>56</sup> Comentario artículos CDI, pp. 90-91, párrafo 5.

<sup>57</sup> *Bernhard von Pezgold y otros others c/ República de Zimbabwe*. CIADI Caso n.º ARB/10/15. Laudo, 28 de julio de 2015, párrafo 657.

<sup>58</sup> *Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros (Hungria/Eslavonia) (Sentencia) [1997]*, ICJ Rep 7, párrafo 48; *CMS Gas Transmission Company c/ República Argentina*. CIADI Caso n.º ARB/01/8. Laudo, 12 de mayo de 2005, párrafo 390; *Enron Corporation y Ponderosa Assets LP c/ República Argentina*. CIADI Caso n.º ARB/01/3. Laudo, 22 de mayo de 2007, párrafo 345.

<sup>59</sup> *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp y LG&E International Inc. c/ República Argentina*. CIADI Caso n.º ARB/02/1. Decisión sobre responsabilidad, 3 de octubre de 2006, párrafos 260-264.

<sup>60</sup> *Compañía de Aguas del Aconquija S.A y Vivendi Universal c/ República Argentina*. CIADI Caso n.º ARB/97/3. Decisión sobre anulación, 3 de julio de 2002, nota al pie 17.

<sup>61</sup> *Fleming DutyFree Shop Private Limited c/ República de Polonia*. Laudo, 12 de agosto de 2016, párrafo 420; *Gavrilovic y Gavrilovic doo c/ República de Croacia*. CIADI Caso n.º ARB/12/39. Laudo, 26 de julio de 2018, párrafo 779; *Unión Fenosa Gas S.A c/ República Árabe de Egipto*. CIADI Caso n.º ARB/14/4. Laudo, 31 de agosto de 2018, párrafo 9.90.

<sup>62</sup> *William Ralph Clayton y otros c/ Gobierno de Canadá*. CPA Caso n.º 2009-04. Laudo sobre jurisdicción y fondo, 17 de marzo de 2015, párrafo 307; *Jan de Nul NV y Dredging International NV c/ República Árabe de Egipto*. CIADI Caso n.º ARB/04/13. Laudo, 6 de noviembre de 2008, párrafo 156.

La responsabilidad contractual del Estado y su responsabilidad internacional operan en planos distintos.<sup>63</sup> Si bien es cierto que un incumplimiento contractual del Estado puede ser elevado a un incumplimiento de las obligaciones bajo un tratado de inversión, no lo será por el incumplimiento contractual en sí mismo o directamente, sino que ello solo será posible, en tanto que constituya un incumplimiento del derecho internacional por infringir una cláusula de cumplimiento de otras obligaciones, conocida como una cláusula paraguas. Una cláusula paraguas protege las inversiones al incluir las obligaciones o compromisos que el Estado anfitrión contrajo en relación con una inversión extranjera bajo el «paraguas» protector del TBI.<sup>64</sup> Las cláusulas paraguas suelen estar redactadas de forma amplia para cubrir todas las obligaciones imaginables del Estado anfitrión respecto del inversor.

No obstante, dicho paraguas solo entrará en juego si es el Estado (por ejemplo, mediante un órgano estatal) quien se ha obligado en el derecho interno (por ejemplo, mediante un contrato).<sup>65</sup> Un gran número de inversores han intentado hacer uso de las cláusulas paraguas para invocar la responsabilidad del Estado, pero mediante obligaciones que no correspondían al Estado, sino a otras entidades. Por ejemplo, en *Generation Ukraine c/ Ucrania*, el tribunal determinó que las normas de atribución no son de aplicación en relación al incumplimiento de obligaciones contractuales de autoridades municipales.<sup>66</sup> Este también fue el caso en *European Media Ventures c/ República Checa*, donde el tribunal dejó claro que, cuando se trata de un litigio contractual entre las partes de un acuerdo de derecho privado, el comportamiento de dichas partes no es un comportamiento imputable al Estado según el derecho internacional.<sup>67</sup> Por tanto, tal y como determinó el tribunal en *Gavrilović c/ Croacia*, las normas de atribución no pueden aplicarse para crear obligaciones primarias para un Estado en virtud de un contrato en el que este no es parte.<sup>68</sup> Así, pues, no queda duda de que las cuestiones de responsabilidad contractual se rigen por el derecho propio del contrato, no por las normas jurídicas internacionales de atribución.

### 3.1. Órganos del Estado (artículo CDI 4)

Los Estados, al ser personas jurídicas, solo pueden actuar a través de las instituciones y agencias del Estado, sus funcionarios y empleados, denominados colectivamente como órganos del Estado.<sup>69</sup> El artículo 4 CDI establece que:

1. Se considerará hecho del Estado, según el derecho internacional, el comportamiento de todo órgano del Estado, ya sea que ejerza funciones legislativas, ejecutivas, judiciales o de otra índole, cualquiera que sea su posición en la organización del Estado y tanto si pertenece al gobierno central como a una división territorial del Estado.
2. Se entenderá que «órgano» incluye toda persona o entidad que tenga esa condición según el derecho interno del Estado.

La norma general bajo el artículo CDI 4 es, *a priori*, sencilla: los actos de los órganos del Estado son atribuibles al mismo bajo el derecho internacional. Eso quiere decir que, independientemente de,

<sup>63</sup> *Salini Costruttori SpA y Italstrade SpA c/ Reino Hachemita de Jordania*. CIADI Caso n.º ARB/02/13. Decisión sobre jurisdicción, 9 de noviembre de 2004, párrafo 157.

<sup>64</sup> HOBÉR, Kaj. «State Responsibility and Attribution». En *The Oxford Handbook of International Investment Law* (P. Muchlinski, F. Ortino & C. Schreuer (eds.), 2008), pp. 552-553.

<sup>65</sup> *Ibidem*, pp. 552-553, 581-582; FEIT, Michael. «Responsibility of the State Under International Law for the Breach of Contract Committed by a State-Owned Entity». *Berkeley Journal of International Law*, 2010, vol. 28, n.º 1, p. 154.

<sup>66</sup> *Generation Ukraine Inc. c/ Ucrania*. CIADI Caso n.º ARB/00/9. Laudo final, 16 de septiembre de 2003, párrafo 8.12.

<sup>67</sup> *European Media Ventures S.A c/ República Checa*. Laudo parcial sobre responsabilidad, 8 de julio de 2009, párrafo 87. Ver también *Ampal-American Israel Corporation y otros c/ República Árabe de Egipto*. CIADI Caso n.º ARB/12/11. Decisión sobre responsabilidad y tipos de daño, 21 de febrero de 2017, párrafo 81; *Ronald S. Lander c/ República Checa*. Laudo final, 3 de septiembre de 2001, párrafos 202 y 274.

<sup>68</sup> *Gavrilović y Gavrilović doo c/ República de Croacia*, CIADI Caso n.º ARB/12/39. Laudo, 26 de julio de 2018, párrafos 852, 856 y 864. Ver también *CC/Devas (Mauritius) Ltd, Devas Employees Mauritius Private Limited y Telcom Devas Mauritius Limited c/ República de India*. CPA Caso n.º 2013-09. Laudo sobre jurisdicción y fondo, 25 de julio de 2016, párrafo 276.

<sup>69</sup> JENNINGS, Robert y Arthur WATTS. *Oppenheim's International Law. Introduction and Part I*. Pearson Education Limited, 1992, 9.ª ed., p. 540.

si el órgano del Estado actúa de forma gubernamental o comercial, sus actos serán igualmente atribuibles.<sup>70</sup> Esta es una de las grandes diferencias respecto a las inmunidades del Estado, por ejemplo, en temas de ejecución de laudos arbitrales.

No obstante, la interpretación y aplicación del artículo CDI 4 ha resultado ser más compleja en el arbitraje de inversiones. Tribunales arbitrales han atribuido actos u omisiones de órganos del Estado cuando la entidad era un órgano *de iure* o bien un órgano *de facto* del Estado.

En el caso de los órganos *de iure*, ejemplos emblemáticos incluyen acciones del gobierno (por ejemplo, un ministerio), acciones del poder legislativo y acciones de tribunales nacionales.<sup>71</sup> Esto incluye, por ejemplo, los actos de la policía.<sup>72</sup> El punto de partida para saber si una persona o entidad es un órgano *de iure* del Estado es el derecho del propio Estado.<sup>73</sup> Tal y como reconoce el comentario del artículo CDI 4, «cuando el derecho de un Estado caracteriza una entidad como órgano, no se plantean dificultades».<sup>74</sup> Por ejemplo, el tribunal en *Clayton/Bilcon c/ Canadá* consideró que la conducta de un grupo *ad hoc* de evaluación ambiental era atribuible a Canadá, ya que era un órgano *de iure* del Estado, dotado de una clara función estatutaria que incluía la formulación de recomendaciones formales y públicas a las autoridades del Estado.<sup>75</sup>

No obstante ello, si el derecho interno no clasifica a esa persona o entidad como órgano del Estado, se deberá analizar si dicha persona o entidad es un órgano *de facto* del Estado, ya que, como señaló el tribunal en el caso *F-W c/ Trinidad y Tobago*, «el derecho interno del Estado será el punto de partida, pero no el punto final».<sup>76</sup> Este es el caso, por ejemplo, de las subdivisiones en un Estado federal. Según el derecho interno, estas unidades territoriales tienen sus propias funciones ejecutivas, legislativas y judiciales. A pesar de la falta de estatus como «órgano» en el derecho interno, el artículo CDI 4(1) establece claramente que estas entidades constituirán órganos del Estado a efectos de responsabilidad internacional.<sup>77</sup>

<sup>70</sup> *Noble Ventures Inc. c/ Rumania*. CIADI Caso n.º ARB/01/11. Laudo, 12 de octubre de 2005, párrafo 82.

<sup>71</sup> *Comentario artículos CDI*, pp. 41-42, párrafo 6. Ver también *CMS Gas Transmission Company c/ República Argentina*. CIADI Caso n.º ARB/01/8. Laudo sobre jurisdicción, 17 de julio de 2003, párrafo 108; *Iurii Bogdanov, Agurdino-Invest Ltd. y Agurdino-Chimia JSC c/ República de Moldavia*. Laudo, 22 de septiembre de 2005, párrafo 2.2.2.1; *Azurix Corp. c/ República Argentina*. CIADI Caso n.º ARB/01/12. Laudo, 14 de julio de 2006, párrafo 50; *Eastern Sugar BV c/ República Checa*. CCE Caso n.º 088/2004. Laudo parcial, 27 de marzo de 2007, párrafos 200 y 310; *LESJ SpA y Astaldi SpA c/ República Democrática Popular de Argelia*. CIADI Caso n.º ARB/05/3. Laudo, 12 de noviembre de 2008, párrafos 103-110; *Mohammad Annar Al-Bahloul c/ República de Tayikistán*. CCE Caso n.º V064/2008. Laudo parcial sobre jurisdicción y fondo, 2 de septiembre de 2009, párrafo 169; *Robert Azinian, Kenneth Davitian y Ellen Baca c/ Estados Unidos Mexicanos*. CIADI Caso n.º ARB(AF)/97/2. Laudo, 1 de noviembre de 1999, párrafos 98-99; *Saipem SpA c/ República Popular de Bangladés*. CIADI Caso n.º ARB/05/07. Award, 30 de junio de 2009, párrafo 129; *Sistem Muhendislik Insaat Sanayi ve Ticaret AS c/ República de Kirguistán*. CIADI Caso n.º ARB(AF)/06/1. Laudo, 9 de septiembre de 2009, párrafos 117-118; *Jan Oostergestel y Theodora Laurentius c/ República de Eslovenia*. Laudo final, 23 de abril de 2012, párrafo 152; *Swissport DOO Skopje c/ Antigua República Yugoslava de Macedonia*. CIADI Caso n.º ARB/09/16. Laudo, 6 de julio de 2012, párrafo 261; *Dan Cake (Portugal) SA c/ Hungría*. CIADI Caso n.º ARB/12/9. Decisión sobre jurisdicción y fondo, 24 de agosto de 2015, párrafo 143; *Deutsche Telekom c/ India*. CPA Caso n.º 2014-10. Laudo provisional, 13 de diciembre de 2017, párrafo 390; *Joseph Charles Lemire c/ Ucrania*. CIADI Caso n.º ARB/06/18. Decisión sobre jurisdicción y fondo, 14 de enero de 2010, párrafo 37; *AES Corporation y Tau Power BV c/ República de Kazajistán*. CIADI Caso n.º ARB/10/16. Laudo, 1 de noviembre de 2013, párrafo 196; *Flemingo DutyFree Shop Private Limited c/ República de Polonia*. Laudo, 12 de agosto de 2016, párrafo 424; *Tethyan Copper Company Pty Limited c/ República Islámica de Pakistán*. CIADI Caso n.º ARB/12/1. Decisión sobre jurisdicción y fondo, 10 de noviembre de 2017, párrafos 725-729.

<sup>72</sup> *Amco Asia Corporation y otros c/ República de Indonesia*. CIADI Caso n.º ARB/81/1. Laudo, 20 de noviembre de 1984, párrafos 172 y 178; *Gustav F W Hamster GmbH & Co. KG c/ República de Ghana*. CIADI Caso n.º ARB/07/24. Laudo, 18 de junio de 2010, párrafo 292; *Ivan Peter Busta y James Peter Busta c/ República Checa*. CCE Caso n.º V2015/014. Laudo final, 10 de marzo de 2017, párrafo 400.

<sup>73</sup> *Jan de Nul NV y Dredging International NV c/ República Árabe de Egipto*. CIADI Caso n.º ARB/04/13. Laudo, 6 de noviembre de 2008, párrafo 160; *Lee Jong Baek y Central Asian Development Corporation c/ República de Kirguistán*. Cámara de Comercio de Moscú. Caso n.º A-2013/08. Laudo, 13 de noviembre de 2013, párrafos 240-246.

<sup>74</sup> *Comentario artículos CDI*, p. 43, párrafo 11.

<sup>75</sup> *William Ralph Clayton y otros c/ Gobierno de Canadá*. CPA Caso n.º 2009-04. Laudo sobre jurisdicción y fondo, 17 de marzo de 2015, párrafos 308 y 319.

<sup>76</sup> *F-W Oil Interests Inc. c/ República de Trinidad y Tobago*. CIADI Caso n.º ARB/01/14. Laudo, 3 de marzo de 2006, párrafo 203.

<sup>77</sup> *Comentario artículos CDI*, pp. 42-43, párrafos 8-10; *Mytilineo Holdings S.A c/ Unión Estatal de Serbia y Montenegro y la República de Serbia*. Laudo parcial sobre jurisdicción, 8 de septiembre de 2006, párrafo 176; *Metalclad Corp. c/ Estados Unidos Mexicanos*, ARB (AF)/97/1. Laudo, 30 de agosto de 2000, párrafo 73; *Compañía de Aguas del Aconquija S.A y Vivendi Universal c/ República Argentina*. CIADI Caso n.º ARB/97/3. Laudo, 21 de noviembre de 2000, párrafo 49; *Tethyan Copper Company Pty Limited c/ República Islámica de Pakistán*. CIADI Caso n.º ARB/12/1. Decisión sobre jurisdicción y fondo, 10 de noviembre de 2017, párrafos 725-728; *UAB E Energija (Lithuania) c/ República de Letonia*. CIADI Caso n.º ARB/12/33. Laudo, 22 de diciembre de 2017, párrafos 796-801; *Gustav F W*

Esto está relacionado con el principio general de que «un Estado no puede eludir la responsabilidad por el comportamiento de un organismo que, en realidad, actúa como uno de sus órganos simplemente negándole esa condición en virtud de su propio derecho».<sup>78</sup>

Incluso, en los casos en que la entidad no es una subdivisión del Estado, puede seguir siendo un órgano estatal *de facto* a efectos del artículo CDI 4. El tribunal en el caso *Flemingo c/ Polonia* examinó esta cuestión en profundidad, señalando que la entidad en cuestión (i) estaba controlada por y era propiedad del tesoro público polaco;<sup>79</sup> (ii) gestionaba y operaba un aeropuerto internacional (una tarea que no suele delegarse a empresas privadas);<sup>80</sup> (iii) desempeñaba funciones estratégicas para el funcionamiento del Estado;<sup>81</sup> (iv) operaba bajo la supervisión de un ministerio y dependía de él;<sup>82</sup> (v) su equipo directivo era nombrado y destituido por un ministro;<sup>83</sup> y (vi) sus bienes eran de propiedad nacional, entre otros.<sup>84</sup> Así, el tribunal concluyó que la entidad era un órgano del Estado a efectos del artículo 4 CDI.

Otros tribunales de arbitraje de inversión han preferido comenzar su análisis con la cuestión de si la entidad tiene personalidad jurídica propia. Cuando se combina con otros factores que apuntan a la independencia de la entidad,<sup>85</sup> este componente ha resultado, a veces, determinante y algunos tribunales han sostenido que las entidades en cuestión no podían considerarse órganos estatales *de facto*.<sup>86</sup>

Sin embargo, la jurisprudencia dista mucho de ser homogénea. Por ejemplo, en el caso *Unión Fenosa c/ Egipto*, el tribunal consideró que:

[...] las circunstancias suficientes para connotar el estatus de un órgano del Estado a una persona jurídica separada deben ser extraordinarias, implicando funciones y poderes considerados como la quintaesencia de los poderes del Estado, como los ejercidos por las autoridades policiales.<sup>87</sup>

El tribunal justificó este enfoque haciendo referencia al caso *Genocidio Bosnio*, en el que la CIJ exigió «la prueba de un grado particularmente grande de control del Estado», similar a la «dependencia

<sup>78</sup> *Hamester GmbH & Co. KG c/ República de Ghana*. CIADI Caso n.º ARB/07/24. Laudo, 18 de junio de 2010, párrafo 182; *Parkerings-Compagniet AS c/ República de Lituania*. CIADI Caso n.º ARB/05/8. Laudo, 11 de septiembre de 2007, párrafo 258; *S&UR International c/ República Argentina*. CIADI Caso n.º ARB/04/4. Decisión sobre jurisdicción y fondo, 6 de junio de 2012, párrafo 384; *Mobil Exploration y Development Inc. Suc Argentina y Mobil Argentina S.A c/ República Argentina*. CIADI Caso n.º ARB/04/16. Decisión sobre jurisdicción y fondo, 10 de abril de 2013, párrafo 228.

<sup>79</sup> *Commentario artículos CDI*, p. 43, párrafo 11. Cf. *William Ralph Clayton y otros c/ Gobierno de Canadá*. CPA Caso n.º 2009-04. Laudo sobre jurisdicción y fondo, 17 de marzo de 2015, párrafo 315; *Kristian Almás y Geir Almás c/ República de Polonia*, CPA Caso n.º 2015-13. Laudo, 27 de junio de 2016, párrafo 207; *Ortiz Construcciones y Proyectos S.A c/ República Democrática Popular de Argelia*. CIADI Caso n.º ARB/17/1. Laudo, 29 de abril de 2020, párrafo 161.

<sup>80</sup> *Flemingo DutyFree Shop Private Limited c/ República de Polonia*. Laudo, 12 de agosto de 2016, párrafo 427.

<sup>81</sup> *Ibidem*, párrafo 428.

<sup>82</sup> *Ibidem*, párrafo 429.

<sup>83</sup> *Ibidem*, párrafos 430-434.

<sup>84</sup> *Ibidem*, párrafo 430.

<sup>85</sup> *Ibidem*, párrafo 430.

<sup>86</sup> Por ejemplo, la habilidad de nombrar y destituir administradores. Cf. *Deutsche Bank AG c/ República Socialista Democrática de Sri Lanka*. CIADI Caso n.º ARB/09/2. Laudo, 31 de octubre de 2012, párrafo 405(b). No obstante, dicha consideración por si sola no es suficiente si otros factores indican un control estatal. Cf. *Flemingo DutyFree Shop Private Limited c/ República de Polonia*. Laudo, 12 de agosto de 2016, párrafo 431. Tampoco lo es el hecho de que una entidad esté sometida a un régimen de control por parte del Estado en atención a los intereses públicos implicados en su actividad. Cf. *Ulyseas, Inc. c/ República de Ecuador*. CPA Caso n.º 2009-19. Laudo final, 12 de junio de 2012, párrafo 135.

<sup>87</sup> *Jan de Nul NV y Dredging International NV c/ República Árabe de Egipto*. CIADI Caso n.º ARB/04/13. Laudo, 6 de noviembre de 2008, párrafos 158-162; *Bayindir Insaat Turizm Ticaret ve Sanayi AS c/ República Islámica de Pakistán*. CIADI Caso n.º ARB/03/29. Laudo, 27 de agosto de 2009, párrafo 119; *Gustav F W Hamester GmbH & Co KG c/ República de Ghana*. CIADI Caso n.º ARB/07/24. Laudo, 18 de junio de 2010, párrafo 184; *EDF (Services) c/ Rumania*. CIADI Caso n.º ARB/05/13. Laudo, 8 de octubre de 2009, párrafo 190; *Kristian Almás y Geir Almás c/ República de Polonia*. CPA Caso n.º 2015-13. Laudo, 27 de junio de 2016, párrafo 213; *Staur Eiendom AS, EBO Invest AS y Rox Holding AS c/ República de Letonia*. CIADI Caso n.º ARB/16/38. Laudo, 28 de febrero de 2020, párrafo 336; *Limited Liability Company Anto c/ Ucrania*. CCE Caso n.º 080/2005. Laudo final, 26 de marzo de 2008, párrafo 101; *GEA Group Aktiengesellschaft c/ Ucrania*. CIADI Caso n.º ARB/08/16. Laudo, 31 de marzo de 2011, párrafo 262; *He&H Enterprises Investments, Inc. c/ República Árabe de Egipto*. CIADI Caso n.º ARB/09/15. Laudo, 6 de mayo de 2014, párrafo 387.

<sup>88</sup> *Unión Fenosa Gas SA c/ República Árabe de Egipto*. CIADI Caso n.º ARB/14/4. Laudo, 31 de agosto de 2018, párrafo 9.96.

total».<sup>88</sup> En este sentido, el tribunal consideró que la entidad no era un órgano estatal *de facto*<sup>89</sup> a pesar de que (i) era propiedad del Estado en su totalidad;<sup>90</sup> (ii) estaba denominada por el derecho interno como autoridad pública;<sup>91</sup> y (iii) el presidente y el consejo de administración eran designados por funcionarios del gobierno.<sup>92</sup> El tribunal sostuvo que estos factores carecían de relevancia material, ya que no demostraban que la entidad, la *Egyptian General Petroleum Corporation*, careciera de «cuálquier autonomía real».<sup>93</sup>

Por lo tanto, como denota el caso *Flemingo c/ Polonia*, incluso cuando una entidad tiene personalidad jurídica independiente en virtud del derecho interno, puede considerarse un órgano estatal *de facto*, en virtud del artículo CDI 4, aunque no todos los tribunales han adoptado el mismo enfoque.

A modo de curiosidad, tribunales de inversión han considerado que las personas y entidades siguientes no podían ser consideradas como órganos estatales *de facto*: un centro de arbitraje privado;<sup>94</sup> un programa agrícola tripartito entre productores de azúcar, las refinerías y el gobierno;<sup>95</sup> y un administrador concursal.<sup>96</sup> Tal y como dejó claro el tribunal en *Ulysseas c/ Ecuador*, el mero hecho de que una entidad esté sometida a un régimen de control por parte del Estado, en atención a los intereses públicos implicados en su actividad no la convierte en un órgano del Estado.<sup>97</sup>

### 3.2. *Entidades ejerciendo autoridad gubernamental (artículo CDI 5)*

El artículo CDI 5 establece que:

Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de una persona o entidad que no sea órgano del Estado según el artículo 4 pero esté facultada por el derecho de ese Estado para ejercer atribuciones del poder público, siempre que, en el caso de que se trate, la persona o entidad actúe en esa capacidad.

El artículo CDI 5 trata del comportamiento de las entidades que no son órganos del Estado, pero que están facultadas por la ley del Estado en cuestión para ejercer la autoridad gubernamental de un Estado. El artículo CDI 5 exige dos condiciones: (i) la entidad debe estar facultada por el derecho interno para ejercer la autoridad gubernamental; y (ii) el acto en cuestión debe haberse realizado en esa capacidad.<sup>98</sup>

<sup>88</sup> *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Bosnia y Herzegovina c/ Serbia y Montenegro)* (Sentencia) [2007] ICJ Rep 43, párrafo 393.

<sup>89</sup> *Unión Fenosa Gas SA c/ República Árabe de Egipto*. CIADI Caso n.º ARB/14/4. Laudo, 31 de agosto de 2018, párrafo 9.112.

<sup>90</sup> *Ibidem*, párrafo 9.97.

<sup>91</sup> *Ibidem*, párrafo 9.98.

<sup>92</sup> *Ibidem*, párrafo 9.106.

<sup>93</sup> *Ibidem*, párrafo 9.106. Cf. *Ortiz Construcciones y Proyectos SA c/ República Democrática Popular de Argelia*. CIADI Caso n.º ARB/17/1. Laudo, 29 de abril de 2020, párrafos 176, 179, 185, 188.

<sup>94</sup> *Waste Management Inc. c/ Estados Unidos Mexicanos*. CIADI Caso n.º ARB(AF)/00/3. Laudo final, 30 de abril de 2004, párrafo 123.

<sup>95</sup> *GAMI Investments Inc. c/ Estados Unidos Mexicanos*. Laudo final, 15 de noviembre de 2004, párrafos 108-110.

<sup>96</sup> *Peter Franz Voeckinghaus c/ República Checa*. Laudo final, 19 de septiembre de 2011, párrafos 187-188; *MNSS BV y Recupero Credito Acciaio NV c/ Montenegro*. CIADI Caso n.º ARB(AF)/12/8. Laudo, 4 de mayo de 2016, párrafos 314-316.

<sup>97</sup> *Ulysseas, Inc. c/ República de Ecuador*. CPA Caso n.º 2009-19. Laudo final, 12 de junio de 2012, párrafos 126-135.

<sup>98</sup> Comentario artículos CDI, p. 44, párrafo 2. Cf. *Fleming DutyFree Shop Private Limited c/ República de Polonia*. Laudo, 12 de agosto de 2016, párrafo 440; *EDF<sup>2</sup> (Services) c/ Rumania*. CIADI Caso n.º ARB/05/13. Laudo, 8 de octubre de 2009, párrafo 191; *Ortiz Construcciones y Proyectos SA c/ República Democrática Popular de Argelia*. CIADI Caso n.º ARB/17/1. Laudo, 29 de abril de 2020, párrafo 194; *Noble Ventures Inc. c/ Rumania*. CIADI Caso n.º ARB/01/11, Laudo, 12 de octubre de 2005, párrafo 70; *Gustav F W Hamester GmbH & Co. KG c/ República de Ghana*. CIADI Caso n.º ARB/07/24. Laudo, 18 de junio de 2010, párrafo 176; *Luisigterzo Bosca c/ República de Lituania*. CPA Caso n.º 2011-04. Laudo, 17 de mayo de 2013, párrafo 127; *Antoine Abou Laboud y Leila Bounafeb-Abou Laboud c/ República Democrática del Congo*. CIADI Caso n.º ARB/10/4. Laudo, 7 de febrero de 2014, párrafo 378; *Tulip Real Estate y Development Netherlands BV c/ República de Turquía*. CIADI Caso n.º ARB/11/28. Laudo, 10 de marzo de 2014, párrafo 292; *H&H Enterprises Investments, Inc. c/ República Árabe de Egipto*. CIADI Caso n.º ARB/09/15. Laudo, 6 de mayo de 2014, párrafo 387; *Kristian Almás y Geir Almás c/ República de Polonia*. CPA Caso n.º 2015-13. Laudo, 27 de junio de 2016, párrafo 215; *Garanti Koza LLP vs. Turkmenistán*. CIADI Caso n.º ARB/11/20. Laudo, 19 de diciembre de 2016, párrafo; *Saint-Gobain Performance Plastics Europe c/ República Bolivariana de Venezuela*. CIADI Caso n.º ARB/12/13. Decisión sobre responsabilidad y principios de daños, 30 de diciembre de 2016, párrafos 458-460; *Tethyan Copper Company Pty Limited c/ República Islámica de Pakistán*. CIADI Caso n.º ARB/12/1. Decisión sobre jurisdicción y fondo, 10 de noviembre de 2017, párrafo 731; *Unión Fenosa Gas SA c/ República Árabe de Egipto*. CIADI Caso n.º ARB/14/4. Laudo, 31 de agosto de 2018, párrafo 9.114.

La primera cuestión es: ¿qué significa el término «autoridad gubernamental»? El comentario a los artículos CDI deja claro que:

Con el artículo 5 no se pretende determinar exactamente el alcance del «poder público» a efectos de atribuir el comportamiento de una entidad al Estado. Más allá de cierto límite, lo que se considera «poder público» dependerá de la sociedad y de su historia y tradiciones.<sup>99</sup>

Tal y como destacó el tribunal en el caso *F-W c/ Trinidad y Tobago*:

[e]n efecto, la CDI se abstuvo conscientemente de incluir en el proyecto incluso elementos destinados a definir su aplicación en casos particulares. [...] En resumen, la noción pretende ser flexible, no susceptible de una definición general de antemano; y los elementos que entrarían en su definición en casos particulares serían una mezcla de hecho, derecho y práctica.<sup>100</sup>

En cuanto a la primera parte del test, el comentario a los artículos CDI deja claro que el derecho interno debe autorizar explícitamente el ejercicio de la autoridad gubernamental y que

[...] no basta que autorice la actividad como parte de la regulación general de los asuntos públicos. Se trata, pues, de una categoría restringida.<sup>101</sup>

Asimismo, el comentario a los artículos CDI establece que:

El hecho de que una entidad esté clasificada como pública o privada en un ordenamiento jurídico, la existencia de una participación mayor o menor del Estado en su capital o, más generalmente, en la propiedad de su activo y el hecho de que no esté sujeta al control del Poder Ejecutivo: ninguno de estos criterios es decisivo para atribuir al Estado el comportamiento de la entidad. En cambio, el artículo 5 recoge la característica que verdaderamente define todas estas entidades, a saber, que están facultadas, aunque solo sea en una medida limitada o en un contexto preciso, para ejercer ciertas atribuciones del poder público.<sup>102</sup>

A pesar de la falta de definición del término «autoridad gubernamental», la primera parte del test del artículo CDI 5 no ha sido con frecuencia la cuestión central en el contexto del arbitraje de inversión, ya sea porque los Estados demandados no han negado que las entidades pertinentes tuvieran autoridad gubernamental o porque los tribunales han adoptado un enfoque amplio en cuanto a lo que constituye este tipo de autoridad.<sup>103</sup> Por ejemplo, en el caso *Bosh c/ Ucrania*, el tribunal tuvo que determinar si una universidad tenía elementos de autoridad gubernamental bajo la ley ucraniana.<sup>104</sup> El tribunal sostuvo que sí los tenía porque:

[...] la prestación por parte de la Universidad de, entre otras cosas, servicios de educación superior y la gestión de los bienes de propiedad del Estado de conformidad con [varias leyes y decretos

<sup>99</sup> Comentario artículos CDI, p. 45, párrafo 6. *Cf. Ortiz Construcciones y Proyectos S.A c/ República Democrática Popular de Argelia*. CIADI Caso n.º ARB/17/1. Laudo, 29 de abril de 2020, párrafo 201.

<sup>100</sup> *F-W Oil Interests Inc. c/ República de Trinidad y Tobago*. CIADI Caso n.º ARB/01/14. Laudo, 3 de marzo de 2006, párrafo 203.

<sup>101</sup> Comentario artículos CDI, p. 45, párrafo 7. *Cf. EDF (Services) c/ Rumania*. CIADI Caso n.º ARB/05/13. Laudo, 8 de octubre de 2009, párrafo 193; *Ortiz Construcciones y Proyectos S.A c/ República Democrática Popular de Argelia*. CIADI Caso n.º ARB/17/1. Laudo, 29 de abril de 2020, párrafo 195.

<sup>102</sup> Comentario artículos CDI, p. 44, párrafo 3. *Cf. Jan de Nul NV y Dredging International NV c/ República Árabe de Egipto*. CIADI Caso n.º ARB/04/13. Laudo, 6 de noviembre de 2008, párrafo 165; *Tenaris S.A y Talta - Trading e Marketing Sociedade Unipessoal Lda c/ República Bolivariana de Venezuela*. CIADI Caso n.º ARB/11/26. Laudo, 29 de enero de 2016, párrafo 398.

<sup>103</sup> Cf., por ejemplo, *Bayindir Insaat Turizm Ticaret ve Sanayi AS c/ República Islámica de Pakistán*. CIADI Caso n.º ARB/03/29. Laudo, 27 de agosto de 2009, párrafo 121; *Garanti Koza LLP vs. Turkmenistán*. CIADI Caso n.º ARB/11/20, Laudo, 19 de diciembre de 2016, párrafo 335; *United Parcel Service of America Inc c/ Gobierno de Canadá*, CIADI Caso n.º UNCT/02/1. Laudo sobre el fondo, 24 de mayo de 2007, párrafo 77; *Strabag SE c/ Estado de Libia*, CIADI Caso n.º ARB(AF)/15/1. Laudo, 29 de junio de 2020, párrafo 173. Podemos encontrar excepciones en los casos de *OAO Tatneft c/ Ucrania*. CPA Caso n.º 2008-8. Laudo parcial sobre jurisdicción, 28 de septiembre de 2010, párrafo 140; *Tulip Real Estate y Development Netherlands BV c/ República de Turquía*. CIADI Caso n.º ARB/11/28. Laudo, 10 de marzo de 2014, párrafo 293; *Unión Fenosa Gas S.A c/ República Árabe de Egipto*. CIADI Caso n.º ARB/14/4. Laudo, 31 de agosto de 2018, párrafo 9.114; *Staur Eiendom AS, EBO Invest AS y Rox Holding AS c/ República de Letonia*. CIADI Caso n.º ARB/16/38. Laudo, 28 de febrero de 2020, párrafo 342; *Intercean Oil Development Company y Intercean Oil Exploration Company c/ República Federal de Nigeria*. CIADI Caso n.º ARB/13/20. Laudo, 6 de octubre de 2020, párrafo 297.

<sup>104</sup> *Bosh International Inc. y Be&P, LTD Foreign Investments Enterprise c/ Ucrania*. CIADI Caso n.º ARB/08/11. Laudo, 25 de octubre de 2012, párrafo 165.

internos] constituyen formas de autoridad gubernamental que la Universidad está facultada para ejercer por la legislación de Ucrania.<sup>105</sup>

Otros ejemplos de autoridad gubernamental incluyen: la construcción de carreteras y puentes;<sup>106</sup> la privatización culminando en un proceso de aprobación estatal;<sup>107</sup> y la nacionalización.<sup>108</sup>

En cuanto a la segunda parte del test, el comentario a los artículos CDI aclara la justificación del principio de la siguiente manera:

La razón que justifica en derecho internacional la atribución al Estado del comportamiento de una entidad «paraestatal» es que el derecho interno del Estado ha conferido a esa entidad el ejercicio de ciertas atribuciones del poder público. Para que se considere un hecho del Estado a efectos de la responsabilidad internacional, el comportamiento de una entidad de esta clase debe, pues, corresponder a la actividad pública prevista y no a otra actividad privada o comercial que la entidad despliegue. Así, por ejemplo, el comportamiento de una empresa de ferrocarriles a la que se han conferido ciertas funciones de policía se considerará un hecho del Estado en derecho internacional si corresponde al ejercicio de esas funciones, pero no si corresponde a otras actividades (por ejemplo, la venta de billetes o la compra de material rodante).<sup>109</sup>

Esto se ha considerado, al menos, según una visión más restrictiva de lo que constituye el ejercicio de elementos de la autoridad gubernamental, que significa que los actos *iure gestionis* de las entidades estatales o privadas no pueden atribuirse al Estado en virtud del artículo CDI 5, ya que las prerrogativas del poder público no están en juego.<sup>110</sup>

En el caso *Flemingo c/ Polonia*, el demandado confirmó que la entidad en cuestión, PPL, desempeñaba «funciones estratégicas para la existencia del Estado» a través de su explotación y modernización del aeropuerto Chopin.<sup>111</sup> El tribunal también observó que el derecho interno «encomendaba a PPL expresamente la modernización de las terminales del aeropuerto» y que su decisión de rescindir los contratos de arrendamiento «se llevó a cabo en el ejercicio de la tarea gubernamental, delegada por la Ley de PPL».<sup>112</sup> Por último, el tribunal también tuvo en cuenta las declaraciones del Ministerio de Transportes, que confirmó que la modernización del aeropuerto era una cuestión gubernamental.<sup>113</sup> Esto llevó al tribunal a concluir que, si no hubiera considerado que PPL era un órgano del Estado, en virtud del artículo CDI 4, habría considerado sus actos atribuibles a Polonia en virtud del artículo CDI 5.<sup>114</sup>

Del mismo modo, en el caso *Jan de Nul c/ Egipto*, el demandado también reconoció que la entidad en cuestión, la Autoridad del Canal de Suez, estaba facultada, en virtud del derecho interno, «para dictar los decretos relativos a la navegación en el canal», así como «para imponer y recaudar tasas por

<sup>105</sup> *Bosh International Inc. y B&P, LTD Foreign Investments Enterprise c/ Ucrania*. CIADI Caso n.º ARB/08/11, Laudo, 25 de octubre de 2012, párrafo 173. Luego, el tribunal consideró la segunda parte del test y consideró que la decisión de la universidad de celebrar y, posteriormente, rescindir el Contrato de 2003 con B&P no tenía relación con el ejercicio de la autoridad gubernamental de la Universidad (párrafo 177). Por lo tanto, las acciones controvertidas no eran atribuibles al Estado.

<sup>106</sup> *Garanti Koza LLP vs. Turkmenistán*. CIADI Caso n.º ARB/11/20. Laudo, 19 de diciembre de 2016, párrafo, párrafo 335.

<sup>107</sup> *Luitgerz Bosca c/ Repùblica de Lituania*. CPA Caso n.º 2011-04. Laudo, 17 de mayo de 2013, párrafo 127.

<sup>108</sup> *Saint-Gobain Performance Plastics Europe c/ Repùblica Bolivariana de Venezuela*. CIADI Caso n.º ARB/12/13. Decisión sobre responsabilidad y principios de daños, 30 de diciembre de 2016, párrafo 458.

<sup>109</sup> Comentario artículos CDI, p. 45, párrafo 5.

<sup>110</sup> *Ortiz Construcciones y Proyectos S.A c/ Repùblica Democrática Popular de Argelia*. CIADI Caso n.º ARB/17/1. Laudo, 29 de abril de 2020, párrafo 200; *Emilio Agustín Maffezzini c/ Reino de España*. CIADI Caso n.º ARB/97/7. Laudo (Fondo), 13 de noviembre de 2000, párrafo 52; *Limited Liability Company Amto c/ Ucrania*. CCE Caso n.º 080/2005. Laudo final, 26 de marzo de 2008, párrafo 107; *Ulyseas, Inc. c/ Repùblica de Ecuador*. CPA Caso n.º 2009-19. Laudo provisional, 28 de septiembre de 2010, párrafos 138-139, 156.

<sup>111</sup> *Flemingo DutyFree Shop Private Limited c/ Repùblica de Polonia*. Laudo, 12 de agosto de 2016, párrafo 436.

<sup>112</sup> *Ibidem*, párrafo 436.

<sup>113</sup> *Ibidem*, párrafo 436.

<sup>114</sup> *Ibidem*, párrafo 437. Hay que contrastar este caso con *Staur Eiendom AS, EBO Invest AS y Rox Holding AS c/ Repùblica de Letonia*. CIADI Caso n.º ARB/16/38. Laudo, 28 de febrero de 2020, párrafo 342, donde el tribunal consideró que no había habido delegación de autoridad gubernamental a un aeropuerto bajo la ley letona.

la navegación y el paso por el canal».<sup>115</sup> Pasando a la segunda parte de la prueba, el tribunal se basó en el test funcional adoptado por el tribunal en el caso *Maffezini c/ España*, es decir, que el tribunal analizó:

[...] si los actos u omisiones específicos son de naturaleza esencialmente comercial y no gubernamental o, por el contrario, si su naturaleza es esencialmente gubernamental y no comercial. Los actos comerciales no pueden ser atribuidos al Estado, mientras que los actos gubernamentales deben serlo.<sup>116</sup>

Esto llevó al tribunal a concluir que, en su trato con los demandantes durante el proceso de licitación, la Autoridad del Canal de Suez:

[...] actuó como cualquier contratista tratando de conseguir el mejor precio para los servicios que buscaba. No actuó como una entidad estatal. Lo mismo se aplica a la conducta de la SCA en el curso de la ejecución del Contrato.<sup>117</sup>

Por lo tanto, la consideración clave para la segunda parte de la prueba del artículo CDI 5 era «no el elemento de «servicio público», sino el uso de *prérrogatives de puissance publique* o «autoridad gubernamental».<sup>118</sup> Dado que la negativa a conceder una prórroga en el momento de la licitación no demostraba que se hubiera hecho uso de la autoridad gubernamental, el tribunal sostuvo que los actos de la Autoridad del Canal de Suez frente a los demandantes no eran atribuibles a la demandada según el artículo CDI 5 porque cualquier contraparte contractual podría haber actuado de manera similar.<sup>119</sup>

En el caso *Tenaris c/ Venezuela*, los demandantes se centraron en esta segunda parte de la prueba, argumentando que la entidad en cuestión, CVG FMO, tenía un «monopolio gubernamental sobre un recurso natural crítico y, por lo tanto, ejerce autoridad gubernamental».<sup>120</sup> El tribunal consideró que:

[...] no hay pruebas de que CVG FMO haya ejercido atribuciones del poder público con respecto a la asignación de pellas en virtud de Contrato de Suministro. El alegato de las Demandantes de que CVG FMO ejerce atribuciones del poder público al ejercer su monopolio sobre un recurso natural es desacertado, ya que el monopolio no es de CVG FMO sino de CVG. En cualquier caso, el alegato está lejos de los fines del artículo 5 de los artículos de la CDI.<sup>121</sup>

Asimismo, el tribunal aceptó el argumento de la demandada de que la entidad no había sido específicamente facultada por la ley interna para distribuir pellas de madera.<sup>122</sup> El tribunal concluyó su análisis señalando las palabras del tribunal en *Hamester c/ Ghana* de que «no es suficiente que un acto de una entidad pública se haya realizado en el cumplimiento general de algún interés, misión o propósito general para calificar como un acto atribuible». Por lo tanto, el tribunal sostuvo que las acciones de la CVG FMO no eran atribuibles a Venezuela en virtud del artículo CDI 5.<sup>123</sup>

De manera similar, en el caso *InterTrade c/ República Checa*, el demandante afirmó que las tareas de la entidad en cuestión, LCR, «no eran simplemente explotar los bosques del Estado para su máximo

<sup>115</sup> *Jan de Nul NV y Dredging International NV c/ República Árabe de Egipto*. CIADI Caso n.º ARB/04/13. Laudo, 6 de noviembre de 2008, párrafo 166.

<sup>116</sup> *Emilio Agustín Maffezini c Reino de España*. CIADI Caso n.º ARB/97/7. Laudo (Fondo), 13 de noviembre de 2000, párrafo 52 citado en *Jan de Nul NV y Dredging International NV c/ República Árabe de Egipto*. CIADI Caso n.º ARB/04/13. Laudo, 6 de noviembre de 2008, párrafo 168.

<sup>117</sup> *Jan de Nul NV y Dredging International NV c/ República Árabe de Egipto*. CIADI Caso n.º ARB/04/13. Laudo, 6 de noviembre de 2008, párrafo 169.

<sup>118</sup> *Ibidem*, párrafo 170.

<sup>119</sup> *Ibidem*, párrafo 170-171. Cf *EDF (Services) c/ Rumania*. CIADI Caso n.º ARB/05/13. Laudo, 8 de octubre de 2009, párrafos 195-198.

<sup>120</sup> *Tenaris S.A y Talta - Trading e Marketing Sociedade Unipessoal Lda c/ República Bolivariana de Venezuela*. CIADI Caso n.º ARB/11/26. Laudo, 29 de enero de 2016, párrafo 400.

<sup>121</sup> *Ibidem*, párrafo 416.

<sup>122</sup> *Ibidem*, párrafo 417.

<sup>123</sup> *Gustav F W Hamester GmbH & Co .KG c/ República de Ghana*. CIADI Caso n.º ARB/07/24. Laudo, 18 de junio de 2010, párrafo 202. Cf *Bayındır Insaat Turizm Ticaret ve Sanayi AS c/ República Islámica de Pakistán*. CIADI Caso n.º ARB/03/29. Laudo, 27 de agosto de 2009, párrafo 122.

beneficio financiero, sino que tenía claramente el propósito de beneficiar el interés público más amplio». <sup>124</sup> El tribunal discrepó, señalando que «siempre se considera que las entidades estatales actúan en interés público, pero esto, en sí mismo, no es suficiente en virtud del artículo 5». <sup>125</sup> Al examinar los actos controvertidos, el tribunal hizo eco de las conclusiones del tribunal en *Jan de Nul c/ Egypto* y sostuvo que la entidad realizaba una actividad comercial al llevar a cabo la licitación controvertida. <sup>126</sup> El hecho de que la economía del Estado estuviera en plena transición de una economía centralizada a una economía de mercado no afectó al razonamiento del tribunal. <sup>127</sup>

Sin embargo, la decisión no fue unánime, ya que el árbitro Henri Álvarez discrepó sobre la interpretación que la mayoría hizo del proceso de licitación:

En mi opinión, aplicar la etiqueta de «licitación» a los actos denunciados y decir que, por lo tanto, es comercial, simplifica excesivamente el análisis fáctico necesario y no realiza adecuadamente la prueba funcional requerida para determinar si Lesy CR estaba ejerciendo la autoridad gubernamental a través del proceso de licitación. Aunque un proceso de licitación pueda parecer relacionado únicamente con actividades comerciales, es necesario analizar la finalidad de la licitación en cuestión.

Soy de la opinión de que hay pocas funciones más íntimamente relacionadas con la autoridad gubernamental que la gestión de los recursos naturales, como los bosques de propiedad estatal. [...] A través de este proceso de licitación, el Ministerio de Agricultura esperaba cambiar la forma en que se gestionaban los bosques de propiedad estatal, decidiendo a qué empresas se les adjudicarían los contratos de tala de madera basándose en criterios que iban más allá del mejor precio. La determinación de a quién se le concederá el derecho a realizar servicios forestales completos, incluyendo no sólo las actividades de tala, sino también las actividades silvícolas para proteger, conservar y mejorar los bosques, es fundamental para la gestión de los bosques. Considero que se trata de un ejercicio de la autoridad gubernamental. <sup>128</sup>

Por lo tanto, la prueba del artículo CDI 5 se refiere tanto a la habilitación en virtud del derecho interno como a la conducta impugnada realizada por medio de un poder público.

### 3.3. Dirección o control del Estado (artículo CDI 8)

El artículo CDI 8 establece que:

Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de una persona o de un grupo de personas si esa persona o ese grupo de personas actúa de hecho por instrucciones o bajo la dirección o el control de ese Estado al observar ese comportamiento.

Como principio general, el comportamiento de particulares o entidades no es atribuible al Estado en derecho internacional. <sup>129</sup> Sin embargo, puede haber circunstancias en que ese comportamiento es atribuible al Estado porque existe una relación de hecho específica entre la persona o la entidad que observa el comportamiento y el Estado. <sup>130</sup>

El artículo CDI 8 prevé dos supuestos: (1) particulares que actúan por instrucciones del Estado al realizar el comportamiento ilícito; y (2) el particular actúa bajo la dirección o el control del Estado. <sup>131</sup>

<sup>124</sup> *InterTrade Holding GmbH c/ República Checa*. CPA Caso n.º 2009-12. Laudo final, 29 de mayo de 2012, párrafo 182.

<sup>125</sup> *Ibidem*, párrafo 182.

<sup>126</sup> *Ibidem*, párrafo 185.

<sup>127</sup> *Ibidem*, párrafo 187. Cf. *Ceskoslovenska Obchodni Banka AS c/ República Eslovaca*. CIADI Caso n.º ARB/97/4. Decisión del tribunal sobre objeciones jurisdiccionales, 29 de mayo de 1999, párrafo 23.

<sup>128</sup> *InterTrade Holding GmbH c/ República Checa*. CPA Caso n.º 2009-12. Opinión separada de Henri Álvarez, 29 de mayo de 2012, párrafos 14-15.

<sup>129</sup> HÖBER, Kai. «State Responsibility and Attribution». En *The Oxford Handbook of International Investment Law* (P. Muchlinski, F. Ortino & C. Schreuer (eds.), 2008), pp. 552-553, p. 557.

<sup>130</sup> *Gustav F W Hamster GmbH & C. KG c/ República de Ghana*. CIADI Caso n.º ARB/07/24. Laudo, 18 de junio de 2010, párrafos 178, 180 y 201.

<sup>131</sup> *Comentario artículos CDI*, p. 49, párrafo 1.

En el texto del artículo 8, los tres términos «instrucciones», «dirección» y «control» son disyuntivos; basta con que se pruebe cualquiera de ellos.<sup>132</sup>

Como señala el comentario de la CDI, se trata de un análisis que debe realizarse caso a caso ya que dependerá de «una relación de hecho específica».<sup>133</sup> Como tal, serán las acciones particulares de la entidad en el caso concreto las que determinen si se aplica la atribución en virtud del Artículo CDI 8. Por tanto, sólo habrá atribución cuando exista una relación entre las instrucciones, la dirección o el control y el comportamiento que presuntamente constituye un hecho internacionalmente ilícito.<sup>134</sup>

En el tercer supuesto, tal y como destaca la CDI, el grado de control que ha de ejercer el Estado es la cuestión clave.<sup>135</sup> Esta cuestión fue uno de los puntos clave en el caso de las *Actividades Militares y Paramilitares en Nicaragua* ante la CIJ. En este caso, la CIJ decidió que:

[P]ese a los considerables subsidios y otras formas de asistencia que les proporcionaban los Estados Unidos, no hay pruebas claras de que los Estados Unidos ejercieran realmente en todos los ámbitos un grado de control suficiente para justificar que se considerara que los contras actuaban por cuenta de los Estados Unidos. [...]

Todas las formas de participación de los Estados Unidos antes mencionadas, e incluso el control general por el Estado demandado sobre una fuerza que depende en gran medida de ese Estado, no implicarían por sí solas, sin pruebas adicionales, que los Estados Unidos dirigieron u ordenaron la perpetración de los actos contrarios a los derechos humanos y el derecho humanitario que denuncia el Estado demandante. Es muy posible que esos actos hayan sido cometidos por miembros de los contras sin el control de los Estados Unidos. Para que ese comportamiento dé lugar a la responsabilidad jurídica de los Estados Unidos, debería en principio probarse que ese Estado ejercía un control efectivo de las operaciones militares o paramilitares en el curso de las cuales se cometieron las presuntas violaciones.<sup>136</sup>

En el contexto de la responsabilidad internacional de los Estados, la CIJ confirmó que una situación general de dependencia y apoyo no bastaría para justificar la atribución del comportamiento al Estado.<sup>137</sup> Así, pues, el artículo CDI 8 se basa en la noción de «control efectivo».<sup>138</sup>

El caso más emblemático concierne a las empresas estatales. A primera vista, las sociedades, aunque sean de propiedad del Estado; y, en ese sentido, estén sujetas a su control, se consideran entidades separadas por lo que su comportamiento, en el curso de sus actividades, no es atribuible al Estado.<sup>139</sup> No obstante, si se cumplen las condiciones del artículo CDI 8, los actos y omisiones de

<sup>132</sup> Comentario artículos CDI, p. 50, párrafo 7; *Tulip Real Estate y Development Netherlands BV c/ República de Turquía*. CIADI Caso n.º ARB/11/28. Laudo, 10 de marzo de 2014, párrafo 303.

<sup>133</sup> Comentario artículos CDI, p. 49, párrafo 1. Ver también *White Industries Australia Limited c/ República de India*. Laudo final, 30 de noviembre de 2011, párrafos 8.1.5, 8.1.19-8.1.21.

<sup>134</sup> Comentario artículos CDI, p. 50, párrafo 7; *EDF (Services) c/ Rumania*. CIADI Caso n.º ARB/05/13. Laudo, 8 de octubre de 2009, párrafos 201, 209 y 213; *Saint-Gobain Performance Plastics Europe c/ República Bolivariana de Venezuela*. CIADI Caso n.º ARB/12/13. Decisión sobre responsabilidad y principios de daños, 30 de diciembre de 2016, párrafos 448-450; *Jan de Nul NV y Dredging International NV c/ República Árabe de Egipto*. CIADI Caso n.º ARB/04/13. Laudo, 6 de noviembre de 2008, párrafo 173.

<sup>135</sup> Comentario artículos CDI, p. 49, párrafo 4.

<sup>136</sup> *Actividades Militares y Paramilitares en Nicaragua (Nicaragua c/ Estado Unidos de América (Fondo) (Sentencia) [1986] ICJ Rep 14*, párrafos 109 y 115.

<sup>137</sup> Comentario artículos CDI, p. 49, párrafo 4. En el contexto de la responsabilidad penal internacional, el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia sostuvo que el grado necesario de control por las autoridades yugoslavas de esas fuerzas armadas que el derecho internacional requiere para considerar internacional el conflicto armado es «un control general que vaya más allá de la simple financiación y armamento de esas fuerzas y que entrañe además una participación en la planificación y la supervisión de las operaciones militares». *Fiscalía c/ Dusko Tadić*, Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia. Caso n.º IT-94-1-A (1999), p. 1546, párrafo 145; Comentario artículos CDI, pp. 49-50, párrafo 5; *Bayindir Insaat Turizm Ticaret ve Sanayi AS c/ República Islámica de Pakistán*. CIADI Caso n.º ARB/03/29. Laudo, 27 de agosto de 2009, párrafo 130; *Electrabel SA c/ Hungría*. CIADI Caso n.º ARB/07/19. Decisión sobre jurisdicción, ley aplicable y fondo, 30 de noviembre de 2012, párrafos 7.64, 7.90, 7.95, 7.109-7.111 y 7.137.

<sup>138</sup> *Teinver SA, Transportes de Ceranias SA y Autobuses Urbanos del Sur SA c/ República Argentina*. CIADI Caso n.º ARB/09/01. Laudo, 21 de julio de 2017, párrafos 722-724; *Gavrilović y Gavrilović doo c/ República de Croacia*. CIADI Caso n.º ARB/12/39. Laudo, 26 de julio de 2018, párrafo 828.

<sup>139</sup> Comentario artículos CDI, p. 50, párrafo 6; *Niko Resources (Bangladesh) Ltd. c/ Bangladesh Petroleum Exploration and Production Company Limited y Bangladesh Oil Gas and Mineral Corporation*. CIADI Caso n.º ARB/10/11 y ARB/10/18. Decisión sobre jurisdicción, 19 de agosto de 2013, párrafos 235 y 245.

empresas estatales pueden ser atribuibles al Estado.<sup>140</sup> Por ejemplo, en *Salini c/ Marruecos*, el tribunal decidió que el grado de control del Estado y su participación en una empresa debían ser analizadas desde dos perspectivas: (1) la perspectiva estructural; y (2) la perspectiva funcional.<sup>141</sup>

En primer lugar, el tribunal examinó el alcance de la propiedad estatal de la sociedad, sosteniendo que, debido a su amplia participación accionarial, así como a la representación ministerial en su consejo de administración y en sus directivos, la entidad estaba controlada y gestionada por el Estado demandado.<sup>142</sup> En segundo lugar, desde la perspectiva funcional, el objeto principal de la entidad era llevar a cabo tareas que están bajo el control del Estado —la construcción, la gestión y la explotación de activos que son competencia de los servicios públicos—.<sup>143</sup> Por lo tanto, el tribunal concluyó que los actos de la entidad eran atribuibles al Estado.<sup>144</sup>

Como contrapunto, el tribunal en *Lao Holdings c/ Laos* consideró que no había pruebas de que el Estado estaba dirigiendo o controlando las acciones de una empresa donde ostentaba una participación minoritaria.<sup>145</sup> De forma similar, en *Tulip c/ Turquía*, el tribunal llegó a la conclusión que:

[...] el peso de las pruebas es fuertemente contrario, para establecer que la decisión de rescindir el Contrato con Tulip JV fue tomada por la Junta de Emlak de forma independiente, en la búsqueda de los intereses comerciales de Emlak y no como resultado del ejercicio del poder soberano de TOKI. El análisis del contenido y la naturaleza de las principales decisiones adoptadas por el Consejo de Administración de Emlak en relación con el Contrato, incluidas las actas y los documentos del orden del día, no permite concluir que Emlak actuara bajo el control, la dirección o las instrucciones gubernamentales de TOKI con el fin de alcanzar un determinado objetivo estatal. Por el contrario, las pruebas confirman que Emlak actuó en cada caso relevante para perseguir lo que percibía como su mejor interés comercial en el marco del Contrato.<sup>146</sup>

No obstante, este razonamiento no fue unánime. En una opinión separada, Michael Jaffe consideró que la prueba testifical del señor Bayraktar demostraba que los intereses soberanos de TOKI fueron la causa de la rescisión del contrato.<sup>147</sup> En cualquier caso, el tribunal decidió de forma unánime que el inversor en cuestión no había demostrado una violación del TBI aplicable.<sup>148</sup>

### 3.4. *Actos ultra vires (artículo CDI 7)*

El artículo CDI 7 establece que:

El comportamiento de un órgano del Estado o de una persona o entidad facultada para ejercer atribuciones del poder público se considerará hecho del Estado según el derecho internacional si tal órgano, persona o entidad actúa en esa condición, aunque se exceda en su competencia o contravenga sus instrucciones.

<sup>140</sup> *Nykomb Synergetics Technology Holding AB c/ República de Letonia*. CCE Caso n.º 118/2001. Laudo, 16 de diciembre de 2003, párrafos 129-130.

<sup>141</sup> *Salini Costruttori SPA y Italstrade SPA c/ Reino de Marruecos*. CIADI Caso n.º ARB/00/4. Decisión sobre jurisdicción, 16 de julio de 2001, párrafo 31.

<sup>142</sup> *Ibidem*, párrafos 32-33.

<sup>143</sup> *Ibidem*, párrafos 32-33.

<sup>144</sup> *Ibidem*, párrafo 35. Ver también *EnCana Corporation c/ República de Ecuador*. LCIA Caso n.º UN 3481. Laudo, 3 de febrero de 2006, párrafo 154; *Ampal-American Israel Corporation y otros c República Árabe de Egipto*. CIADI Caso n.º ARB/12/11. Decisión sobre responsabilidad y tipos de daño, 21 de febrero de 2017, párrafo 146.

<sup>145</sup> *Lao Holdings NV c/ República Democrática Popular Lao*. CIADI Caso n.º ARB(AF)/12/6. Decisión sobre el fondo, 10 de junio de 2015, párrafo 82.

<sup>146</sup> *Tulip Real Estate y Development Netherlands BV c/ República de Turquía*. CIADI Caso n.º ARB/11/28. Laudo, 10 de marzo de 2014, párrafo 311. Ver también *CC/Dervas (Mauritius) Ltd, Dervas Employees Mauritius Private Limited y Telkom Dervas Mauritius Limited c/ República de India*. CPA Caso n.º 2013-09. Laudo sobre jurisdicción y fondo, 25 de julio de 2016, párrafos 282-288; *Limited Liability Company Amto c/ Urania*. CCE Caso n.º 080/2005. Laudo final, 26 de marzo de 2008, párrafo 108; *Kristian Almás y Geir Almás c/ República de Polonia*. CPA Caso n.º 2015-13. Laudo, 27 de junio de 2016, párrafo 272; *Marfin Investment Group Holdings SA y otros c/ República de Chipre*. CIADI Caso n.º ARB/13/27. Laudo, 26 de julio de 2018, párrafo 679; *InterTrade Holding GmbH c/ República Checa*. CPA Caso n.º 2009-12. Laudo final, 29 de mayo de 2012, párrafos 173-177.

<sup>147</sup> *Tulip Real Estate y Development Netherlands BV c/ República de Turquía*. CIADI Caso n.º ARB/11/28. Opinión separada de Michael Evan Jaffe, 10 de marzo de 2014, párrafo 8.

<sup>148</sup> *Ibidem*, párrafo 11.

Esta disposición estipula que, incluso, si un órgano del Estado, o una persona o entidad facultada para ejercer la autoridad gubernamental, se excede en sus atribuciones o contraviene sus instrucciones, la conducta en cuestión es atribuible al Estado. Sin embargo, esta conducta *ultra vires* no debe confundirse con las acciones u omisiones privadas de individuos que resultan ser representantes del Estado. La atribución se limitará a las acciones realizadas en la capacidad oficial de la persona o entidad.<sup>149</sup> El artículo CDI 7 es el equivalente en derecho internacional del concepto de autoridad aparente en derecho privado.<sup>150</sup> Este principio ha sido reconocido en el arbitraje de inversión, aunque no ha sido invocado (y menos aplicado) de forma habitual.<sup>151</sup>

### **3.5. Conducta aceptada y reconocida por el Estado (artículo CDI 11)**

El artículo CDI 11 establece que:

El comportamiento que no sea atribuible al Estado en virtud de los artículos precedentes se considerará, no obstante, hecho de ese Estado según el derecho internacional en el caso y en la medida en que el Estado reconozca y adopte ese comportamiento como propio.

Así, pues, el artículo CDI 11 prevé la atribución al Estado de un comportamiento que no le era atribuible, o podía no haberlo sido, en el momento de la comisión del hecho, pero que ulteriormente el Estado reconoce y adopta como propio.<sup>152</sup>

El artículo CDI 11 ha sido invocado en pocas ocasiones en el arbitraje de inversión. En el caso de *Clayton/Bilcon c/ Canadá*, comentado en la sección relativa al artículo CDI 4, el tribunal consideró que el Estado había adoptado las conclusiones de un órgano asesor. Si el tribunal no hubiera determinado que dicho órgano asesor era un órgano del Estado, el tribunal remarcó que sus actos hubieran sido atribuibles bajo el artículo CDI 11.<sup>153</sup>

Asimismo, en *Saint-Gobain c/ Venezuela*, el tribunal determinó que una empresa estatal, PDVSA (cuyos actos eran atribuibles a Venezuela según el artículo CDI 5, tal y como reconoció el propio Estado) adoptó como propia la toma de una fábrica por parte de los miembros de un sindicato.<sup>154</sup> El tribunal consideró que:

En el presente caso, PDVSA ha reconocido y adoptado como propia la toma de la planta del 15 de mayo de 2010 llevada a cabo por miembros del sindicato. En una serie de notas e informes internos, PDVSA dejó claro que la toma de la planta por parte del sindicato no solo se ajustaba a las intenciones de la Demandada con respecto a la expropiación de la planta, sino que, posteriormente, se convirtió en parte integral del proceso de nacionalización de Norpro Venezuela en el marco del «Plan Guayana Socialista» a ser implementado por el «Ejecutivo Nacional», es decir, el Poder Ejecutivo nacional. El citado memorando interno del 2 de junio de 2010 contiene una cronología de los pasos en el curso de la nacionalización de la planta Norpro, incluyendo la «orden» del presidente Chávez del 15 de mayo de 2010 y la posterior toma de la planta.

El tribunal en *InterTrade c/ República Checa*, también analizado anteriormente, el tribunal reconoció que un Estado puede, con posterioridad a la conducta en cuestión, mediante palabras o acciones, demostrar que respalda la conducta y la adopta como propia. No obstante, dichas palabras o acciones deben ser claras e inequívocas para establecer la atribución en virtud del artículo 11 de los artículos de

<sup>149</sup> Comentario artículo CDI, p. 48, párrafo 9.

<sup>150</sup> HOBER, Kaj. «State Responsibility and Attribution». En *The Oxford Handbook of International Investment Law* (P. Muchlinski, F. Ortino & C. Schreuer (eds.), 2008), pp. 552-553, p. 555.

<sup>151</sup> *Ioannis Kardassopoulos c/ Georgia*. CIADI Caso n.º ARB/05/18. Decisión sobre jurisdicción, 6 de julio de 2007, párrafos 190-191; *Gavriloic y Gavriloic doo c/ República de Croacia*. CIADI Caso n.º ARB/12/39. Laudo, 26 de julio de 2018, párrafo 384; *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited c/ República Árabe de Egipto*. CIADI Caso n.º ARB/84/3. Laudo, 20 de mayo de 1992, párrafos 82-83, 85.

<sup>152</sup> Comentario artículos CDI, p. 54, párrafo 1.

<sup>153</sup> *William Ralph Clayton y otros c/ Gobierno de Canadá*. CPA Caso n.º 2009-04. Laudo sobre jurisdicción y fondo, 17 de marzo de 2015, párrafo 322.

<sup>154</sup> *Saint-Gobain Performance Plastics Europe c/ República Bolivariana de Venezuela*. CIADI Caso n.º ARB/12/13. Decisión sobre responsabilidad y principios de daños, 30 de diciembre de 2016, párrafos 461-462.

la CDI. En ese caso, el tribunal decidió que las declaraciones del nuevo Ministro de Agricultura, disculpándose por los actos del anterior gobierno, no constituía un «reconocimiento y adopción», en virtud del artículo CDI 11.<sup>155</sup>

### 3.6. *Observaciones finales*

A modo de observación final, en relación a la atribución en el arbitraje de inversión, hay que resaltar dos puntos. Tal y como reconoció el tribunal en *Al Tamimi c/ Oman*, las partes contratantes de un tratado pueden, mediante una disposición específica, limitar las circunstancias en las que los actos de una entidad se atribuirán al Estado. En la medida en que las partes hayan optado por hacerlo, cualquier principio más amplio de responsabilidad del Estado en virtud del derecho internacional consuetudinario o representado en los artículos de la CDI no será directamente relevante en virtud del principio *lex specialis*.<sup>156</sup>

En segundo lugar, habrá que ver cómo el derecho internacional evoluciona ante las nuevas formas de actuación de los Estados en el plano internacional. Por ejemplo, en *Masdar c/ España*, el Estado argumentó que el tribunal no tenía jurisdicción *ratione personae* porque el inversor era una empresa controlada por Mubadala, un fondo soberano del gobierno de Abu Dhabi. Según España, eso quería decir que la controversia era realmente entre dos Estados. El tribunal rechazó este argumento tras constatar que los actos de la demandante, como entidad independiente, no podían atribuirse al Estado de Abu Dhabi, porque la entidad no ejercía autoridad gubernamental ni estaba bajo el control efectivo del Estado en sus actividades de inversión.<sup>157</sup>

## 4. CONSECUENCIAS DE LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO POR LA COMISIÓN DE UN ACTO INTERNACIONALMENTE ILÍCITO EN EL MARCO DEL ARBITRAJE DE INVERSIONES

### 4.1. *Principios básicos*

La comisión de un hecho internacionalmente ilícito da lugar a la responsabilidad del Estado; y, por lo general, se traduce en el deber de realizar algún tipo de reparación.<sup>158</sup> Así lo establece el Artículo CDI 31:

1. El Estado responsable está obligado a reparar íntegramente el perjuicio causado por el hecho internacionalmente ilícito.
2. El perjuicio comprende todo daño, tanto material como moral, causado por el hecho internacionalmente ilícito del Estado.

El propósito de las reparaciones no es solo restaurar las condiciones alteradas por las violaciones y rehabilitar las privaciones resultantes, sino también prevenir y disuadir futuros incidentes de violación.

El principio rector es el establecido en el caso *Fábrica Chorzów* en los siguientes términos:

[...] la reparación debe, en toda la medida de lo posible, hacer desaparecer todas las consecuencias del hecho ilícito y restablecer la situación que, con toda probabilidad, habría existido de no haberse cometido el hecho. Los principios que habían de servir para determinar el monto de la indemnización debida por un hecho contrario al derecho internacional eran la restitución en especie o, si ello no fuera posible, el pago en una suma correspondiente al valor que arrojaría la restitución en especie y la concesión, de ser necesario, de una indemnización por los daños o

<sup>155</sup> *InterTrade Holding GmbH c/ República Checa*. CPA Caso n.º 2009-12. Laudo final, 29 de mayo de 2012, párrafo 201.

<sup>156</sup> *Adel A Hamadi Al Tamimi c/ Sultanato de Oman*. CIADI Caso n.º ARB/11/33. Laudo, 27 de octubre de 2015, párrafo 321.

<sup>157</sup> *Masdar Solar & Wind Cooperatif U.A c/ Reino de España*. CIADI Caso n.º ARB/14/1. Laudo, 16 de mayo de 2018, párrafos 169-172.

<sup>158</sup> *Comentario artículos CDI*, p. 96, art. 31.

perjuicios sufridos que no quedasen comprendidos en la restitución en especie o el pago en lugar de la restitución.<sup>159</sup>

La obligación general de reparar se formula en el artículo CDI 31 como corolario inmediato de la responsabilidad del Estado, es decir, como una obligación del Estado responsable resultante de la infracción, más que como un derecho del Estado lesionado.<sup>160</sup> Ello implica que no existe ningún requisito de carácter general, además de los establecidos por la obligación primaria pertinente, de que el Estado deba haber sufrido perjuicio o daño material para obtener reparación por una violación.<sup>161</sup>

No obstante, en arbitraje de inversión, tribunales arbitrales han tenido en cuenta la existencia de daño al considerar si el Estado tiene una obligación de reparar al inversor por la violación del tratado. De hecho, en varios casos, tribunales han decidido no otorgar una indemnización económica de daños por este motivo. Por ejemplo, en *Cervin Investissements c/ Costa Rica*, el tribunal rechazó una demanda por daños porque el demandante no pudo demostrar que la violación del tratado en ese caso, que consistía en una decisión administrativa relativa a las tarifas del gas, causara algún daño al inversor.<sup>162</sup> Asimismo, los tribunales arbitrales tienen en cuenta si el daño es demasiado remoto y, por tanto, no compensable por el Estado.<sup>163</sup>

La segunda parte del artículo CDI 31 establece la cuestión del vínculo causal entre el hecho internacionalmente ilícito y el perjuicio, un área que ha sido ampliamente debatida en el arbitraje de inversión.<sup>164</sup>

En principio, la causalidad debe entenderse en términos de un vínculo causal suficiente y no demasiado remoto entre el hecho internacionalmente ilícito y el perjuicio. Sin embargo, la CDI denotó que es importante que haya un importante margen de maniobra para desarrollar pruebas de causalidad adecuadas para los diferentes tipos de obligaciones.<sup>165</sup>

Por ejemplo, en *Blusun SA c/ Italia*, el tribunal concluyó que los demandantes no habían cumplido con la carga de la prueba para establecer que las medidas del Estado – cambios en el marco legal que afectaba a los proyectos de energía solar – fueron la causa del fracaso del proyecto. De hecho, el tribunal decidió que la causa próxima del fracaso del proyecto fue su incapacidad para obtener financiación.<sup>166</sup>

Cuando la cadena de causalidad se interrumpe o se corta por alguna causa intermedia o externa que no es una consecuencia normal del acto ilícito, los tribunales pueden desestimar una petición de indemnización por daños y perjuicios. En el caso *Lander c/ República Checa*, el tribunal no concedió una indemnización porque consideró que el socio comercial local del señor Lauder era la causa principal e interviniente de la terminación de la licencia objeto de la controversia, lo que rompió la cadena de causalidad.<sup>167</sup>

Paradójicamente, el tribunal de *CME c/ República Checa*, un arbitraje de inversión paralelo iniciado por la empresa holandesa del señor Lauder en relación con la pérdida de la misma licencia, trató

<sup>159</sup> *Fábrica de Chorzów (Fondo)*, Sentencia [1928] CPJI Serie A n.º 17, p. 48.

<sup>160</sup> *Comentarios artículos CDI*, p. 97, párrafo 4.

<sup>161</sup> *Comentarios artículos CDI*, p. 97, párrafo 7.

<sup>162</sup> *Cervin Investissements SA y Rhone Investissements SA c/ República de Costa Rica*. CIADI Caso n.º ARB/13/2. Laudo, 7 de marzo de 2017, párrafos 698-703.

<sup>163</sup> *Ivan Míčula, Viorel Míčula y otros c/ Rumania*. CIADI Caso n.º ARB/05/20. Laudo final, 11 de diciembre de 2013, párrafos 923-27; *Metaldad Corp. c/ Estados Unidos Mexicanos*, ARB (AF)/97/1. Laudo, 30 de agosto de 2000, párrafo 115. Ver también *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp y LG&E International Inc. c/ República Argentina*. CIADI Caso n.º ARB/02/1, Laudo, 25 de julio de 2007, párrafo 89.

<sup>164</sup> *Comentario CDI*, p. 98, párrafo 9.

<sup>165</sup> SABAH, Borzu. *Compensation and Restitution in Investor-State Arbitration. Principles and Practice*. Oxford University Press, 2011, 1.<sup>a</sup> edición, p. 54; *Comentarios artículos CDI*, pp. 98-99, párrafo 10.

<sup>166</sup> *Blusun SA, Jean-Pierre Lecorzier y Michael Stein c/ República Italiana*. CIADI Caso n.º ARB/14/3. Laudo, 27 de diciembre de 2016, párrafo 394.

<sup>167</sup> *Ronald S. Lauder c/ República Checa*. Laudo final, 3 de septiembre de 2001, párrafos 230-35.

estos hechos, no bajo el paraguas de las causas interviniéntes, sino como una cuestión de circunstancias concurrentes que condujeron a la destrucción de la empresa. El tribunal consideró que no existe ninguna práctica en el derecho internacional que justifique la reducción de daños debido a circunstancias concurrentes que provocan el daño al inversor. En consecuencia, el tribunal sostuvo que, aunque la conducta del socio comercial del señor Lauder, en forma concurrente con la República Checa, causó el daño, la República Checa era responsable de la totalidad de los daños.<sup>168</sup>

Las contradicciones entre los tribunales de los casos de *CME* y *Lauder* sobre si los mismos actos gubernamentales causaron un daño resarcible demuestran cómo diferentes tribunales pueden llegar a conclusiones opuestas sobre el requisito de causalidad para probar daños, a pesar de involucrar actos gubernamentales idénticos.

La causalidad también ha sido clave en casos donde los daños de un inversor se han reducido debido a sus propios actos. Por ejemplo, en *MTD c/ Chile*, el tribunal consideró que:

Los TBI no son un seguro contra el riesgo empresarial y el Tribunal considera que los Demandantes deben asumir las consecuencias de sus propias acciones como empresarios experimentados. Su elección de socio, la aceptación de una valoración del terreno basada en supuestos futuros sin protegerse contractualmente en caso de que los supuestos no se materializaran, incluyendo la emisión de los permisos de desarrollo requeridos, son riesgos que las Demandantes asumieron independientemente de las acciones de Chile.<sup>169</sup>

Ello llevó al tribunal a aplicar un descuento del 50 % sobre el valor de la inversión.<sup>170</sup> Al tratarse de un caso del CIADI, esta conclusión, *inter alia*, llevó al inversor a solicitar la anulación del laudo.<sup>171</sup> El comité de anulación (compuesto por Gilbert Guillaume, James Crawford y Sara Ordóñez Noriega) desestimó la solicitud de anulación en los siguientes términos:

Como suele ocurrir en las situaciones de culpa comparativa, el papel de las dos partes que contribuyeron a la pérdida era muy diferente y difícilmente commensurable, y el Tribunal tenía el correspondiente margen de estimación. Además, en una reclamación relativa a un tratado de inversión en la que la contribución es relevante, la infracción del demandado tendrá normalmente un carácter normativo, mientras que la conducta del demandante será diferente, un fracaso en la salvaguarda de sus propios intereses más que una infracción de cualquier obligación debida al Estado anfitrión. En tales circunstancias, no es raro que la pérdida se reparta a partes iguales. Los tribunales internacionales que han llegado a este punto, a menudo no han dado ninguna «explicación exacta» de los cálculos implicados. En este caso, el Tribunal ha analizado con cierta amplitud los incumplimientos de las dos partes, por lo que no había mucho más que decir, y ningún error anulable por no haberlo dicho.<sup>172</sup>

Así, pues, queda claro que tanto la causalidad, la extensión y la conducta del inversor son factores clave a tener en cuenta en términos de reparación.

#### 4.2. *Tipo de remedios*

El artículo CDI 34 establece que «la reparación íntegra del perjuicio causado por el hecho internacionalmente ilícito adoptará la forma de restitución, de indemnización y de satisfacción, ya sea de manera única o combinada».

Estudiaremos estos tres conceptos a continuación.

<sup>168</sup> *CME Czech Republic BV c/ República Checa*. Laudo final, 14 de marzo de 2003, párrafos 575-85; *Comentario artículos CDI*, p. 99, párrafos 12-13.

<sup>169</sup> *MTD Equity Sdn Bhd y MTD Chile SA c/ Chile*. CIADI Caso n.º ARB/01/7. Laudo, 25 de mayo de 2004, párrafo 178. Ver también *Comentario artículos CDI*, p. 117, art. 39.

<sup>170</sup> *MTD Equity Sdn Bhd y MTD Chile SA c/ Chile*. CIADI Caso n.º ARB/01/7. Laudo, 25 de mayo de 2004, párrafo 243.

<sup>171</sup> *MTD Equity Sdn Bhd y MTD Chile SA c/ Chile*. CIADI Caso n.º ARB/01/7. Decisión sobre anulación, 21 de marzo de 2007, párrafo 39.

<sup>172</sup> *Ibidem*, párrafo 101.

#### 4.2.1. Restitución

La restitución, la forma preferida de reparación, es, esencialmente, un retorno al *statu quo ante* e implica, por ejemplo, el cumplimiento de una obligación, la revocación de un acto ilícito, la devolución de bienes sustraídos ilícitamente o la abstención de cometer más conductas ilícitas.<sup>173</sup> La restitución ha sido reconocida como el principal recurso en el derecho internacional porque tiene el potencial de eliminar, jurídica y materialmente, las consecuencias de un acto ilícito en lugar de proporcionar una indemnización, que es, principalmente, un sustituto monetario de la restitución.<sup>174</sup>

Sin embargo, la disponibilidad de la restitución está sujeta a dos condiciones establecidas en el artículo CDI 35: (1) la restitución no debe ser materialmente imposible; y (2) la restitución no debe implicar una carga desproporcionada en relación con el beneficio derivado de la restitución en lugar de la indemnización.

En varios casos de arbitraje de inversión se ha solicitado la restitución material de bienes tangibles, pero no se ha concedido. Un ejemplo en el que se solicitó inicialmente la restitución, pero posteriormente se abandonó, fue el caso *Funnekotter c/ Zimbabue*, que se refería a la expropiación de ciertas tierras agrícolas, pertenecientes a ciudadanos holandeses, como parte de las reformas agrarias en Zimbabue. Los demandantes afirmaron que la restitución no sería ni práctica ni posible y, posteriormente, Zimbabue retiró su oferta de restitución, lo que puso fin a la investigación del tribunal sobre este punto.<sup>175</sup>

Un claro ejemplo de restitución jurídica se encuentra en *ATA c/ Jordania*. En ese caso, el tribunal concluyó que la extinción del acuerdo de arbitraje por parte de Jordania infringió el derecho de la demandante a arbitrar una reclamación contractual; y, por lo tanto, violó el TBI entre Jordania y Turquía. En la etapa de reparación, el tribunal revivió el acuerdo de arbitraje ordenando, entre otras cosas, que los procedimientos judiciales en curso en Jordania en relación con la disputa se dieran por finalizados y que la demandante tenía derecho a proceder a arbitraje.<sup>176</sup>

La escasez de la restitución en el arbitraje de inversión puede deberse a que este tipo de recurso plantea graves dificultades que un tribunal arbitral inversor-Estado no está preparado para resolver. La restitución jurídica requiere actos legislativos, ejecutivos o judiciales específicos por parte del Estado anfitrión para restablecer la posición jurídica anterior del inversor, en virtud de su legislación interna, cuando dichos actos puedan contravenir normas constitucionales o afectar a los derechos de terceros. La restitución material también es problemática debido a la limitada capacidad de los tribunales para supervisar y hacer cumplir las transferencias de bienes entre las partes.<sup>177</sup>

La gran mayoría de los tratados de inversión (especialmente los TBI) no suelen limitar el poder de los tribunales de arbitraje para conceder la restitución. Las excepciones incluyen el artículo 1135 del TLCAN y los recientes modelos de TBI de Estados Unidos y Canadá, que limitan el alcance de los remedios que un tribunal puede conceder a los daños monetarios y a la devolución de la propiedad o una combinación de ellos, excluyendo así la restitución jurídica.<sup>178</sup>

<sup>173</sup> *Comentario CDI*, p. 102, párrafo 2.

<sup>174</sup> SABAH, Borzu. *Compensation and Restitution in Investor-State Arbitration. Principles and Practice*. Oxford University Press, 2011, 1.<sup>a</sup> ed., p. 61; *Comentario CDI*, p. 103, párrafo 3.

<sup>175</sup> *Bernardus Henricus Funnekotter y otros c/ Zimbabue*. CIADI Caso n.<sup>o</sup> ARB/05/6. Laudo, 22 de abril de 2009, párrafos 47, 48, 67, 69, 82 y 107.

<sup>176</sup> *ATA Construction, Industrial and Trading Company c/ Reino Hachemita de Jordania*. CIADI Caso n.<sup>o</sup> ARB/08/2. Laudo, 18 de mayo de 2010, párrafos 121-133. Ver también *Saipem SpA c/ República Popular de Bangladés*. CIADI Caso n.<sup>o</sup> ARB/05/07. Laudo, 30 de junio de 2009.

<sup>177</sup> DOUGLAS, Zachary. «Other Specific Regimes of Responsibility: Investment Treaty Arbitration and ICSID». En *The Law of International Responsibility* (J. Crawford, A. Pellet, S. Olleson & K. Parlett (eds.), Oxford University Press, 2010), p. 829. Ver también *Franck Charles Arif c/ República de Moldavia*. CIADI Caso n.<sup>o</sup> ARB/11/23. Laudo, 8 de abril de 2013, párrafo 572.

<sup>178</sup> SABAH, Borzu. *Compensation and Restitution in Investor-State Arbitration. Principles and Practice*. Oxford University Press, 2011, 1.<sup>a</sup> edición, p. 64

Además, la restitución, por definición, puede no proporcionar una reparación completa, porque solo restablece el *statu quo ante*, mientras que la reparación completa requiere poner a la parte agravada en la posición hipotética en la que se hubiera encontrado en ausencia del acto ilícito. En tales situaciones, la parte perjudicada tiene derecho a recibir una indemnización por sus esas pérdidas, además de la restitución.<sup>179</sup>

#### 4.2.2. Compensación

El artículo CDI 36 establece que:

1. El Estado responsable de un hecho internacionalmente ilícito está obligado a indemnizar el daño causado por ese hecho en la medida en que dicho daño no sea reparado por la restitución.
2. La indemnización cubrirá todo daño susceptible de evaluación financiera, incluido el lucro cesante en la medida en que este sea comprobado.

La compensación es la forma de reparación más solicitada y concedida en los casos de daños a los inversores extranjeros. La definición de compensación del artículo 36 de la CDI exige que el Estado responsable compense los daños causados por su acto ilícito, en la medida en que no puedan repararse mediante la restitución.

La compensación, por lo tanto, debe llenar los vacíos cuando la restitución o su equivalente monetario es inadecuado para reparar completamente los daños económicamente evaluables sufridos por la parte lesionada.<sup>180</sup> La compensación es el recurso que tradicionalmente se considera menos intrusivo en el arbitraje de inversión, ya que el tribunal internacional no ordena al gobierno que siga una conducta concreta, sino que le exige que pague una compensación económica por el daño causado.

Los primeros tribunales que aplicaron el capítulo 11 del TLCAN observaron que los tratados de inversión carecían de cualquier disposición relativa al cálculo de la indemnización por la violación de protecciones distintas de la expropiación. El tribunal del caso *SD Myers c/ Canadá* reconoció que el tribunal arbitral debía llenar ese vacío.<sup>181</sup> Siguiendo el principio de *Chorzów Factory*, la gran mayoría de los tribunales han optado por el valor justo de mercado como base dominante del valor, especialmente en los casos que implican la destrucción total de un negocio rentable.<sup>182</sup>

El tribunal del caso *CMS c/ Argentina*, por ejemplo, definió el valor justo de mercado como:

El precio, expresado en términos de equivalentes de efectivo, al que la propiedad cambiaria de manos entre un hipotético comprador dispuesto y capaz y un hipotético vendedor dispuesto y capaz, actuando en condiciones de igualdad en un mercado libre y sin restricciones, cuando ninguno de ellos está obligado a comprar o vender y cuando ambos tienen un conocimiento razonable de los hechos relevantes.<sup>183</sup>

<sup>179</sup> *Ibidem*, pp. 61-62

<sup>180</sup> *Ibidem*, p. 12.

<sup>181</sup> *SD Myers Inc. c/ Canadá*. Laudo parcial (Fondo), 13 de noviembre de 2000, párrafo 309.  
<sup>182</sup> Ver, por ejemplo, *MTD Equity Sdn Bhd y MTD Chile SA c/ Chile*. CIADI Caso n.º ARB/01/7. Laudo, 25 de mayo de 2004, párrafo 238; *Marvin Roy Feldman Karpa c/ Estado Unidos Mexicanos*. CIADI Caso n.º ARB(AF)/99/1. Laudo, 16 de diciembre de 2002, párrafo 195; *CMS Gas Transmission Company c/ República Argentina*. CIADI Caso n.º ARB/01/8. Laudo, 12 de mayo de 2005, párrafo 409; *Enron Corporation y Ponderosa Assets LP c/ República Argentina*. CIADI Caso n.º ARB/01/3. Laudo, 22 de mayo de 2007, párrafo 360; *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. y LG&E International Inc. c/ República Argentina*. CIADI Caso n.º ARB/02/1. Laudo, 25 de julio de 2007, párrafo 30; *Sempra Energy International c/ República Argentina*. CIADI Caso n.º ARB/02/16. Laudo, 28 de septiembre de 2007, párrafo 403; *BG Group plc c/ República Argentina*. Laudo final, 24 de diciembre de 2007, párrafos 419-429; *National Grid PLC c/ República Argentina*. Laudo, 3 de noviembre de 2008, párrafos 269-270.

<sup>183</sup> *CMS Gas Transmission Company c/ República Argentina*, CIADI Caso No. ARB/01/8, Laudo, 12 de mayo de 2005, párrafo 402.

El valor justo de mercado, por tanto, no es lo que el bien vale para una contraparte concreta, sino lo que vale para el mercado. Suponiendo que se disponga de datos fiables del mercado, el valor justo de mercado puede, en teoría, calcularse de forma objetiva.<sup>184</sup>

A menudo, la indemnización en un arbitraje de inversión se determina sobre la base del valor de la inversión en cuestión en la fecha del acto que violó el tratado. La elección de una fecha para el incumplimiento de un tratado tiene importantes implicaciones para determinar la cuantía de la indemnización ya que el valor de mercado de la inversión dependerá de las condiciones del mercado a dicha fecha.<sup>185</sup> Determinar la fecha de la violación de un tratado no siempre es sencillo. Por descontado, cuando el acto es una expropiación directa; por ejemplo, mediante un decreto o una ley o una medida gubernamental similar, determinar la fecha es sencillo. Pero, actualmente, las expropiaciones directas son raras: son más comunes los actos ilícitos que equivalen a una violación de FET o bien una expropiación indirecta.

El cálculo del valor justo de mercado puede realizarse mediante varios métodos. Dependiendo de la situación y del tipo de empresa o activo que se vaya a valorar, se pueden elegir distintos métodos para obtener una medida relativamente fiable del valor de mercado.<sup>186</sup>

En primer lugar, la valoración del flujo de caja descontado (conocido por sus siglas en inglés, «DCF») es el método de valoración más complejo y habitual, sobre todo para valorar empresas. El DCF calcula el valor de una propiedad basándose en el valor actual de la cantidad de efectivo que la propiedad podría generar para sus propietarios en el futuro. Cualquier modelo DCF depende en gran medida de las hipótesis que realice el tasador.

El DCF consta de dos partes principales. En primer lugar, la previsión de los flujos de caja netos futuros; y, en segundo lugar, el descuento de los flujos de caja netos. Los ingresos futuros no son seguros, por lo que no solo deben ser descontados para reflejar el valor temporal del dinero, sino también ajustados al riesgo.<sup>187</sup>

Sin embargo, en el caso de las empresas de nueva creación sin historial de rentabilidad, evaluar el valor justo de mercado puede no ser posible porque hacerlo requeriría, entre otras cosas, suponer que la empresa generará efectivo en el futuro, lo que es a menudo incierto.<sup>188</sup> En tales situaciones, los tribunales de arbitraje de inversión suelen conceder los costes de inversión a fondo perdido como indemnización.<sup>189</sup> La adjudicación de los gastos de inversión a fondo perdido permite al demandante recuperar su capital invertido más un rendimiento del capital invertido desde la fecha del daño hasta la fecha de la recuperación en forma de intereses.

Finalmente, el método de comparación de mercado permite esencialmente a los tasadores comparar la propiedad en cuestión con propiedades similares vendidas recientemente en el mercado. La comparación de mercados no se ha utilizado mucho en el arbitraje de inversión. Esto se debe, en parte, a que las disputas de los tratados de inversión a menudo conciernen inversiones en mercados emergentes, lo que dificulta encontrar propiedades comparables.<sup>190</sup>

Finalmente, cabe destacar que tribunales en arbitraje de inversión han concedido indemnizaciones por daños morales. El término daño «moral» en el derecho internacional público se utiliza para

<sup>184</sup> SABAH, Borzu. *Compensation and Restitution in Investor-State Arbitration. Principles and Practice*. Oxford University Press, 2011, 1.<sup>a</sup> ed., p. 103; *Comentario CDI*, p. 109, párrafo 22.

<sup>185</sup> *Ibidem*, pp. 104-105.

<sup>186</sup> *Ibidem*, p. 107.

<sup>187</sup> WALDE, Thomas W y SABAH, Borzu. «Compensation, Damages, and Valuation». En *The Oxford Handbook of International Investment Law* (P. Muchlinski, F. Ortino & C. Schreuer (eds.), 2008), p. 1077.

<sup>188</sup> *Comentario CDI*, p. 110, párrafo 26.

<sup>189</sup> SABAH, Borzu. *Compensation and Restitution in Investor-State Arbitration. Principles and Practice*. Oxford University Press, 2011, 1.<sup>a</sup> ed., p. 129; DESIERTO, Diane A. «The Outer Limits of Adequate Reparations for Breaches of Non-Expropriation Investment Treaty Provisions: Choice and Proportionality in Chorzow». *Columbia Journal of Transnational Law*, 2017, vol. 55, n.<sup>o</sup> 2, p. 434.

<sup>190</sup> CME Czech Republic BV c/ República Checa. Laudo final, 14 de marzo de 2003; Waguih Elie George Siag y Clorinda Vecchi c/ República Árabe de Egipto. CIADI Caso n.<sup>o</sup> ARB/05/15. Laudo, 1 de junio de 2009, párrafos 572-584.

referirse a aquellas categorías de daños que no son materiales o financieros.<sup>191</sup> Según el *Comentario de la CDI* al artículo 31:

El daño «moral» comprende hechos tales como el dolor y el sufrimiento individuales, la pérdida de personas queridas o la ofensa personal asociada con la intrusión en el hogar o la vida privada de una persona.

El primer tribunal en arbitraje de inversión que concedió una indemnización por daños morales fue *Benvenuti c/ Congo*. La mayoría del personal de la empresa tuvieron que abandonar el Congo porque su seguridad se vio amenazada y la sede central de la empresa fue ocupada por las fuerzas armadas congoleñas. El tribunal arbitral abordó la cuestión de la pérdida intangible y concluyó que:

El Tribunal tiene motivos para dudar de la simple afirmación de B&B de que perdió su crédito con sus proveedores o banqueros o de que no pudo obtener el personal necesario. Sin embargo, teniendo en cuenta las medidas de las que B&B fue objeto y los procedimientos que de ellas se derivaron, que sin duda han perturbado las actividades de B&B, el Tribunal considera equitativo otorgarle la suma de 5,000 millones de francos CFA en concepto de daños por pérdidas intangibles.<sup>192</sup>

Hubo circunstancias parecidas en el caso de *Desert Line c/ Yemen*. El tribunal tuvo en cuenta el acoso y la detención por parte de Yemen del personal del demandante y también su falta de protección contra las tribus armadas. Los árbitros concluyeron que la violación del TBI por parte de Yemen con respecto al principio FET; y, «en particular, la coacción física ejercida sobre los ejecutivos de la Demandante, fue maliciosa; y, por lo tanto, constituye una responsabilidad basada en la culpa».<sup>193</sup> El tribunal arbitral USD 1 millón, señalando que esta suma era más que simbólica, pero modesta en proporción al valor del proyecto.<sup>194</sup>

#### 4.2.3. *Satisfacción*

El artículo CDI 37(1) establece que:

El Estado responsable de un hecho internacionalmente ilícito está obligado a dar satisfacción por el perjuicio causado por ese hecho en la medida que ese perjuicio no pueda ser reparado mediante restitución o indemnización.

La satisfacción es apropiada para las privaciones no patrimoniales y toma la forma de arrepentimientos, disculpas, castigo de los funcionarios culpables, medidas para prevenir la reincidencia o reconocimiento formal del daño. En los arbitrajes de tratados de inversión no se ha solicitado ni concedido con frecuencia el remedio de la satisfacción ya que las partes no suelen solicitar remedios no pecuniarios.<sup>195</sup>

### 5. CONCLUSIÓN

Como hemos visto, el arbitraje de inversión y el derecho internacional público están interconectados de manera compleja. Un sistema que había sido creado para su aplicación entre Estados es ahora reivindicado por un inversor extranjero sin participación alguna del Estado del cual el inversor es nacional. Es indispensable pues tener en cuenta las tensiones inherentes a su aplicación en el arbitraje de inversión, tal y como hemos explorado en este capítulo en el área de la responsabilidad estatal del Estado.

<sup>191</sup> *Lusitania (Estados Unidos c/ Alemania*. Opinión de la Comisión Mixta de Reclamaciones, 1 de noviembre de 1923, VII UNRIAA, p. 32; *Ahmadou Sadio Diallo (República de Guinea c/ República Democrática del Congo* (Sentencia) [2012] ICJ Rep 324, pp. 10-12, 21.

<sup>192</sup> *Benvenuti y Bonfant SRL c/ República Popular del Congo*. CIADI Caso n.º ARB/77/2. Laudo, 15 de agosto de 1980, p. 361.

<sup>193</sup> *Desert Line Projects LLC c/ República de Yemen*. CIADI Caso n.º ARB/05/17. Laudo, 6 de febrero de 2008, párrafo 290.

<sup>194</sup> *Ibidem*.

<sup>195</sup> SABAH, Borzu. *Compensation and Restitution in Investor-State Arbitration. Principles and Practice*. Oxford University Press, 2011, 1<sup>a</sup> edición, p. 55.

## 6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARKER, John. «The Different Forms of Reparation: Compensation». En *The Law of International Responsibility* (J. Crawford, A. Pellet, S. Olleson & K. Parlett (eds.). Oxford University Press, 2010).
- BEN MANSOUR, Affef. «Circumstances Precluding Wrongfulness in the ILC Articles on State Responsibility: Consents» en *The Law of International Responsibility* (J. Crawford, A. Pellet, S. Olleson & K. Parlett (eds.). Oxford University Press, 2010).
- BINDER, Christina. «Changed Circumstances in Investment Law: Interfaces between the Law of Treaties and the Law of State Responsibility with a Special Focus on the Argentine Crisis». En *International Investment Law for the 21<sup>st</sup> Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer* (C. Binder, U. Kriebaum, A. Reinisch, S. Wittich (eds.), 2009).
- BLYSCHAK, Paul Michael. «State Consent, Investor Interests and the Future of Investment Arbitration: Reanalyzing the Jurisdiction of Investor-State Tribunals in Hard Cases». *Asper Review of International Business and Trade Law*, 2009, n.º 9.
- CHUBB, Kelley. «The State of Necessity Defense: A Burden, not a Blessing to the International Investment Arbitration System». *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, 2013, vol. 14, n.º 2.
- CONDORELLI, Luigi y KRESS, Claus. «The Rules of Attribution: General Considerations en *The Law of International Responsibility* (J. Crawford, A. Pellet, S. Olleson & K. Parlett (eds.). Oxford University Press, 2010).
- CRAWFORD, James. *Brownlie's Principles of Public International Law*, 2019, 9.<sup>a</sup> ed.
- CRAWFORD, James. «The System of International Responsibility» en *The Law of International Responsibility* (J. Crawford, A. Pellet, S. Olleson & K. Parlett (eds.). Oxford University Press, 2010).
- CRAWFORD, James. *State Responsibility. The General Part*. Cambridge Studies in International and Comparative Law, 2013, 1.<sup>a</sup> ed.
- DE FROUVILLE, Olivier. «Attribution of Conduct to the State: Private Individuals». En *The Law of International Responsibility* (J. Crawford, A. Pellet, S. Olleson & K. Parlett (eds.). Oxford University Press, 2010).
- DESIERTO, Diane A. «The Outer Limits of Adequate Reparations for Breaches of Non-Expropriation Investment Treaty Provisions: Choice and Proportionality in Chorzow». *Columbia Journal of Transnational Law*, 2017, vol. 55, n.º 2.
- DOLZER, Rudolf y SCHREUER, Christoph. *Principles of International Investment Law*. Oxford University Press, 2012, 2.<sup>a</sup> ed.
- DOUGLAS, Zachary. «Other Specific Régimes of Responsibility: Investment Treaty Arbitration and ICSID». En *The Law of International Responsibility* (J. Crawford, A. Pellet, S. Olleson & K. Parlett (eds.). Oxford University Press, 2010).
- DUPUY Pierre-Marie. «Relations Between the International Law of Responsibility and Responsibility in Municipal Law». En *The Law of International Responsibility* (J. Crawford, A. Pellet, S. Olleson & K. Parlett (eds.). Oxford University Press, 2010).
- FAHNER, Jeanrique. «The Margin of Appreciation in Investor-State Arbitration: The Prevalence and Desirability of Discretion and Deference». *Hague Yearbook of International Law*, 2013, n.º 26.

FEIT, Michael. «Responsibility of the State Under International Law for the Breach of Contract Committed by a State-Owned Entity». *Berkeley Journal of International Law*, 2010, vol. 28, n.º 1.

FORTEAU, Mathias. «Reparation in the Event of a Circumstance Precluding Wrongfulness». En *The Law of International Responsibility* (J. Crawford, A. Pellet, S. Olleson & K. Parlett (eds.). Oxford University Press, 2010).

FRANCK, Susan D. «The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law through Inconsistent Decisions». *Fordham Law Review*, 2005, vol. 73, n.º 4.

GAZZINI, Tarcisio. «Necessity in International Investment Law: Some Critical Remarks on CMS v Argentina». *Journal of Energy & Natural Resources Law*, 2008, vol. 26, n.º 3.

HEATHCOTE, Sarah. «Circumstances Precluding Wrongfulness in the ILC Articles on State Responsibility: Necessity». En *The Law of International Responsibility* (J. Crawford, A. Pellet, S. Olleson & K. Parlett (eds.). Oxford University Press, 2010).

HOBÉR, Kaj. «State Responsibility and Attribution». En *The Oxford Handbook of International Investment Law* (P. Muchlinski, F. Ortino & C. Schreuer (eds.), 2008).

ISHIKAWA, Tomoko. «Restitution as a Second Chance for Investor-State Relations: Restitution and Monetary Damages as Sequential Options». *McGill Journal of Dispute Resolution*, 2016-2017, vol 3.

JENNINGS, Robert y WATTIS, Arthur. *Oppenheim's International Law. Introduction and Part I*. Pearson Education Limited, 1992, 9.ª ed.

KERBRAT, Yann. «Interaction between the Forms of Reparation». En *The Law of International Responsibility* (J. Crawford, A. Pellet, S. Olleson & K. Parlett (eds.). Oxford University Press, 2010).

KOVÁCS, Csaba. *Attribution in International Investment Law*. Wolters Kluwer International Arbitration Law Library, 2018, 1.ª ed.

LATTY, Franck. «Actions and Omissions» en *The Law of International Responsibility* (J. Crawford, A. Pellet, S. Olleson & K. Parlett (eds.). Oxford University Press, 2010).

LAUTERPACHT, Elihu y NEVILL, Penelope. «The Different Forms of Reparation: Interest» en *The Law of International Responsibility* (J. Crawford, A. Pellet, S. Olleson & K. Parlett (eds.). Oxford University Press, 2010).

LESAFFRE, Hubert. «Circumstances Precluding Wrongfulness in the ILC Articles on State Responsibility: Countermeasures». En *The Law of International Responsibility* (J. Crawford, A. Pellet, S. Olleson & K. Parlett (eds.). Oxford University Press, 2010).

MARKERT, Lars y FREIBURG Elisa. «Moral Damages in International Investment Disputes - On the Search for a Legal Basis and Guiding Principles». *Journal of World Investment & Trade*, 2013, vol. 14, n.º 1.

MCLACHLAN, Campbell. «Investment Treaties and General International Law». *International and Comparative Law Quarterly*, 2008, vol. 57, n.º 2.

MCLACHLAN, Campbell, Laurence SHORE, y Matthew WEINIGER. *International Investment Arbitration: Substantive Principles*. Oxford University Press, 2017, 1.ª ed.

- MOMTAZ, Djamchid. «Attribution of Conduct to the State: State Organs and Entities Empowered to Exercise Elements of Governmental Authority». En *The Law of International Responsibility* (J. Crawford, A. Pellet, S. Olleson & K. Parlett (eds.). Oxford University Press, 2010).
- PAPARINSKIS, Martins. «Investment Treaty Arbitration and the (New) Law of State Responsibility». *European Journal of International Law*, 2013, vol. 24, n.º 2.
- PERRONE, Nicolas M. «The International Investment Regime and Foreign Investor Rights: Another View of a Popular Story». *Manchester Journal of International Economic Law*, 2014, vol. 11, n.º 3.
- PETROCHILOS, Georgios. «Attribution: State Organs and Entities Exercising Elements of Governmental Authority». En *Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues* (K. Yannaca-Small (ed.). Oxford University Press, 2018, 2.ª ed.).
- SABAHİ, Borzu. *Compensation and Restitution in Investor-State Arbitration. Principles and Practice*. Oxford University Press, 2011, 1.ª ed.
- SALACUSE, Jeswald W. *The Law of Investment Treaties*. Oxford University Press, 2021, 2.ª ed.
- SATTOROVA, Mayluda. «Investment Treaty Breach as Internationally Proscribed Conduct: Shifting Scope, Evolving Objectives, Recalibrated Remedies». *Trade, Law & Development*, 2012, vol. 4, n.º 2.
- STERN, Brigitte. «The Elements of an Internationally Wrongful Act». En *The Law of International Responsibility* (J. Crawford, A. Pellet, S. Olleson & K. Parlett (eds.). Oxford University Press, 2010).
- SZUREK, Sandra. «Circumstances Precluding Wrongfulness in the ILC Articles on State Responsibility: Distress». En *The Law of International Responsibility* (J. Crawford, A. Pellet, S. Olleson & K. Parlett (eds.). Oxford University Press, 2010).
- SZUREK, Sandra. «Circumstances Precluding Wrongfulness in the ILC Articles on State Responsibility: Force Majeure». En *The Law of International Responsibility* (J. Crawford, A. Pellet, S. Olleson & K. Parlett (eds.). Oxford University Press, 2010).
- SZUREK, Sandra. «The Notion of Circumstances Precluding Wrongfulness». En *The Law of International Responsibility* (J. Crawford, A. Pellet, S. Olleson & K. Parlett (eds.), Oxford University Press, 2010).
- RATNER, Steven R. «Compensation for Expropriations in a World of Investment Treaties: Beyond the Lawful/Unlawful Distinction». *American Journal of International Law*, 2017, n.º 111.
- THOUVENIN, Jean-Marc. «Circumstances Precluding Wrongfulness in the ILC Articles on State Responsibility: Self-Defence». En *The Law of International Responsibility* (J. Crawford, A. Pellet, S. Olleson & K. Parlett (eds.). Oxford University Press, 2010).
- VASILJEVIC, Mirko y Marko JOVANOVIC. «Necessity as a Ground for Precluding Wrongfulness in International Investment Law». *Annals of the Faculty of Law in Belgrade - International Edition*, 2016.
- WÄLDE, Thomas W y Borzu SABAHİ. «Compensation, Damages, and Valuations». En *The Oxford Handbook of International Investment Law* (P. Muchlinski, F. Ortino & C. Schreuer (eds.), 2008).
- WONG, Jarrod. «The Subversion of State-to-State Investment Treaty Arbitration». *Columbia Journal of Transnational Law*, 2014, vol. 53, n.º 1.

INTRODUCCIÓN AL DERECHO DE LAS  
INVERSIONES INTERNACIONALES  
SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN EL MES DE  
OCTUBRE DEL 2023, CON F.M. SERVICIOS  
GRÁFICOS S.A., MIGUEL ALJOVÍN 414, URB. SANTA RITA,  
MIRAFLORES, TELÉFONO: 620-5795  
LIMA 18, PERÚ

