

GUÍA DE ARBITRAJE DE INVERSIÓN

COORDINADORES:

Yael Ribco Borman | Sandro Espinoza Quiñones

ARBANZA
ESCUELA DE ARBITRAJE

GUÍA DE ARBITRAJE DE INVERSIÓN

ARBANZA
ESCUELA DE ARBITRAJE

Agradecimiento a:



Cleary Gottlieb Steen
& Hamilton LLP



Curtis, Mallet-Prevost,
Colt & Mosle LLP

GUÍA DE ARBITRAJE DE INVERSIÓN

Coordinadores:
Yael Ribco Borman
Sandro Espinoza Quiñones

ÍNDICE

Introducción	9
<i>Yael Ribco Borman</i>	
<i>Sandro Espinoza Quiñones</i>	
1. Introducción al arbitraje de inversión: origen y evolución del sistema, principales críticas y nuevas perspectivas	13
<i>Juan Felipe Merizalde Urdaneta</i>	
<i>María José Monroy Valencia</i>	
2. La notificación de la intención de arbitrar una controversia y la solicitud de arbitraje en el arbitraje de inversión	39
<i>Ximena Herrera-Bernal</i>	
<i>Juan Pablo Pontón Serra</i>	
3. La jurisdicción en los arbitrajes internacionales de inversión: casos de América Latina	61
<i>Francisco X. Jijón</i>	
4. Jurisdicción y admisibilidad	87
<i>Florencia Villaggi</i>	
<i>Carolina Rocha</i>	
5. Designación del tribunal y emisión de la primera orden procesal	121
<i>José Ángel Rueda García</i>	
<i>Lucía Pérez-Manglano Villalonga</i>	
6. La problemática del derecho aplicable en el arbitraje de inversión	145
<i>Ignacio Torterola</i>	
7. Expropiación, trato nacional y trato de la nación más favorecida	179
<i>Luis Miguel Velarde Saffer</i>	
<i>Isabella Cannatà</i>	

8. Trato justo y equitativo, protección y seguridad plenas, cláusula paraguas <i>Caroline Richard</i> <i>Rosario Galardi</i>	199
9. Defensas y excepciones a la responsabilidad del Estado <i>Yael Ribco Borman</i>	215
10. Los daños en el arbitraje de inversión <i>Krystle Baptista Serna</i> <i>Cruz Bosch Albarracín</i>	233
11. Valuación de daños en arbitraje: visión del experto <i>Daniela Bambaci</i> <i>Alejandro Martinolich</i>	261
12. Estrategias para la redacción efectiva de memoriales en el arbitraje internacional <i>Ari D. MacKinnon</i> <i>Elisa Zavala A.</i> <i>Alejandro Nava Cuenca</i>	277
13. Preparación de audiencias en arbitrajes de inversión <i>Luciana T. Ricart</i> <i>Fernando A. Tupa</i>	295
14. Interrogatorio cruzado en el arbitraje internacional <i>Mélida N. Hodgson</i>	321

INTRODUCCIÓN

De los 1.229 arbitrajes de inversión de los que se tiene conocimiento hasta la fecha,¹ 337 casos (es decir, un 27 %) fueron iniciados contra Estados de América Latina y el Caribe. De esos 1.229 casos, solamente 55 (es decir, menos del 5 %) fueron iniciados por inversionistas nacionales de un Estado de América Latina o el Caribe.

Además, según las estadísticas del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (“**CIADI**”), el 28 % de los casos registrados entre 1966 y 2022 fueron contra un Estado de América del Sur, América Central o el Caribe.² De hecho, solamente en el año fiscal 2022, se registraron ante el CIADI 17 casos contra Estados de América del Sur, América Central o el Caribe (de un total de 50 casos registrados, esto es, un 34 %).³

A pesar de ser una de las regiones con mayor injerencia del sistema de arbitraje de inversión, hemos identificado que la variedad y calidad del material disponible en español es relativamente limitado. Por ello, hemos concebido esta guía con el objetivo de hacer accesible el conocimiento sobre arbitraje de inversión al público latinoamericano. Para ello, hemos recopilado una serie de artículos escritos por algunos de los practicantes más reconocidos de arbitraje de inversión en América Latina,⁴ con el afán de permitir un acercamiento integral (si bien no exhaustivo) a las diferentes etapas de un arbitraje de inversión.

En el Capítulo 1, **Juan Felipe Merizalde Urdaneta** y **María José Monroy Valencia** presentan una introducción al arbitraje de inversión, sus orígenes y la evolución del sistema. Además, en su artículo reseñan las principales críticas que se le han hecho al sistema, así como algunas reformas y potenciales soluciones al sistema.

En el Capítulo 2, **Ximena Herrera-Bernal**, con la colaboración de **Juan Pablo Pontón Serna**, propone algunas ideas y consejos prácticos a ser considerados de cara

1 UNCTAD, Investment Dispute Settlement Navigator (<https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement>, consultado el 29 de diciembre de 2022).

2 Estadísticas de carga de trabajo del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, Informe 2022-2, p. 12.

3 Estadísticas de carga de trabajo del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, Informe 2022-2, p. 24.

4 El contenido de cada Capítulo fue preparado por el/la/los/las autores y no refleja la visión de los coordinadores académicos.

a la elaboración de una notificación de la intención de arbitrar una controversia o una solicitud de arbitraje en el arbitraje de inversión.

En el Capítulo 3, **Francisco X. Jijón** analiza el concepto de jurisdicción, enfocándose en particular en el contexto del arbitraje internacional de inversión en América Latina.

En el Capítulo 4, **Florencia Villaggi** y **Carolina Rocha** analizan varias objeciones y defensas que se pueden invocar con relación a la jurisdicción de un tribunal arbitral y la admisibilidad de los reclamos.

En el Capítulo 5, **José Ángel Rueda García** y **Lucía Pérez-Manglano Villalonga** reseñan algunos lineamientos y aspectos a tener en cuenta al momento de designar un tribunal arbitral, así como el proceso de negociación y dictado de la primera orden procesal en un arbitraje de inversión.

En el Capítulo 6, **Ignacio Torterola** presenta varios aspectos relevantes para la selección y determinación del derecho aplicable en un arbitraje de inversión.

En el Capítulo 7, **Luis Miguel Velarde Saffer** e **Isabella Cannatà** examinan los aspectos más destacables de las protecciones contra la expropiación o nacionalización, así como los estándares de trato nacional y trato de la nación más favorecida.

En el Capítulo 8, **Caroline Richard** y **Rosario Galardi** analizan los estándares de trato justo y equitativo y protección y seguridad plena, así como la cláusula paraguas.

En el Capítulo 9, **Yael Ribco Borman** analiza diversas defensas y excepciones a la responsabilidad del Estado en el marco de un arbitraje de inversión.

En el Capítulo 10, **Krystle Baptista Serna** y **Cruz Bosch Albarracín** explican una serie de nociones relativas a los daños en el arbitraje de inversión, incluyendo las nociones de compensación, daño y valoración.

En el Capítulo 11, **Daniela Bambaci** y **Alejandro Martinolich** presentan diversas consideraciones sobre la valuación de los daños en el arbitraje de inversión desde la perspectiva de un experto en valuación de daños.

En el Capítulo 12, **Ari D. MacKinnon**, **Elisa Zavala** y **Alejandro Nava Cuenca** ofrecen estrategias para la redacción efectiva de memoriales en el arbitraje internacional.

En el Capítulo 13, **Luciana T. Ricart** y **Fernando A. Tupa** ofrecen consejos para la preparación de audiencias en arbitrajes de inversión.

En el Capítulo 14, **Mélida N. Hodgson** ofrece consejos concretamente prácticos para la preparación y realización de interrogatorios cruzados en el arbitraje internacional.

Confiamos en que los artículos proporcionarán los elementos básicos que todo practicante debe tener en consideración al enfrentarse a un arbitraje de inversión y que facilitarán la inclusión de más y mejores practicantes latinoamericanos en el mundo del arbitraje de inversión.

Por último, agradecemos enormemente a cada uno de los autores por su esfuerzo e invaluable contribución a la comunidad arbitral.

Yael Ribco Borman
Sandro Espinoza Quiñones

INTRODUCCIÓN AL ARBITRAJE DE INVERSIÓN: ORIGEN Y EVOLUCIÓN DEL SISTEMA, PRINCIPALES CRÍTICAS Y NUEVAS PERSPECTIVAS

Juan Felipe Merizalde Urdaneta
María José Monroy Valencia

Sumario:

1. Introducción
2. Origen y evolución del sistema de protección de inversiones
3. Críticas al sistema de protección de inversiones
4. Nuevas perspectivas
5. Conclusión

JUAN FELIPE MERIZALDE URDANETA

Abogado formado y entrenado en derecho civil y common law con más de 15 años de experiencia en arbitraje internacional. Su práctica se centra en arbitraje internacional, tanto en materia comercial como de inversiones, particularmente en disputas que involucran a partes latinoamericanas. Ha actuado como abogado y árbitro en más de 80 arbitrajes representando a Estados, entidades estatales y partes privadas bajo las principales reglas e instituciones arbitrales. Juan Felipe es Co-director del Grupo Arb-40 de la Comisión de Arbitraje de la International Bar Association (IBA) y Presidente de la Comisión Disciplinaria de la División Mayor del Fútbol Colombiano (DIMAYOR). Cuenta con una doble titulación de las Universidades del Rosario, en Bogotá, y Panthéon Assas, en París, y cursó maestrías en las Universidad de Nueva York y Panthéon-Assas. Está admitido a la práctica del derecho en Colombia y Nueva York, obtuvo la aprobación de Special Legal Consultant de la Barra de Washington D.C. y aprobó el Examen de la Barra de París.

MARÍA JOSÉ MONROY VALENCIA

Abogada asociada de Adell & Merizalde y Profesora asistente de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. Su práctica se centra en el arbitraje de inversión y el derecho internacional público. Ha ocupado cargos académicos como investigadora en proyectos de más de 30 países, incluyendo el Columbia Center on Sustainable Investment (CCSI) y el Human Rights Institute de la International Bar Association (IBAHRI). Cuenta con un Grado en Derecho y una Maestría en Derecho Internacional de la Universidad de los Andes, así como certificaciones de la Universidad de Columbia, la Academia de Derecho Internacional de la Haya y ARBANZA.

INTRODUCCIÓN AL ARBITRAJE DE INVERSIÓN: ORIGEN Y EVOLUCIÓN DEL SISTEMA, PRINCIPALES CRÍTICAS Y NUEVAS PERSPECTIVAS

1. Introducción

Asian Agricultural Products Ltd. c. la República de Sri Lanka (Caso CIADI No. ARB/87/3) fue el primer procedimiento arbitral basado en un tratado de inversión.¹ Desde entonces, el número de arbitrajes de inversión ha crecido exponencialmente. Hoy, con más de 1.190 controversias entre inversionistas y Estados² y aproximadamente 3.300 acuerdos para la protección de inversiones,³ no cabe duda de que el Sistema de Solución de Controversias entre Inversionistas y Estados (el “SCIE”) es una de las principales instituciones jurídicas del Derecho Internacional Público.

Esta situación ha centrado la atención en la creciente industria del arbitraje de inversión generando diversos y extensos debates sobre la eficacia y la legitimidad general del SCIE sin alcanzar una respuesta concluyente.⁴ Varios actores del SCIE se encuentran analizando las principales críticas a este sistema y trabajan de manera conjunta en distintas iniciativas para su reforma sistémica. Lo anterior lleva a preguntarnos si el SCIE debería desaparecer del todo, modificarse, o si, por el contrario, es importante mantenerlo para la subsistencia de la paz social entre inversionistas extranjeros y Estados receptores de la inversión.

Como veremos en este artículo, muchas de las críticas planteadas parten de una lectura sesgada de las estadísticas e ignoran varios factores externos que influyen en el funcionamiento del SCIE. Además, los esfuerzos de aquellos actores del SCIE que analizan estas críticas y buscan solucionarlas, debe ser digna de elogio.

1 *Asian Agricultural Products Ltd. c. República de Sri Lanka*. CIADI. Caso No. ARB/87/3, Laudo, (27 de junio de 1990).

2 UNCTAD. Investment Dispute Settlement Navigator. Disponible en: <https://investment-policy.unctad.org/investment-dispute-settlement> [consultado el 25 de julio de 2022].

3 UNCTAD. International Investment Agreements Navigator. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements> [consultado el 25 de julio de 2022].

4 Alessandra Asteriti, *Environmental Law in Investment Arbitration: Procedural Means of Incorporation*, en: *The Journal of World Investment & Trade* (2015), 16: 2. doi: 10.1163/22119000-01602002 [consultado el 25 de julio de 2022]; Andrea K. Bjorklund, *The Role of Counterclaims in Rebalancing Investment Law* (2013), pp. 248-273. Disponible en: <https://law.lclark.edu/live/files/14086-lcb172art4bjorklundpdf> [consultado el 25 de julio de 2022].

En este contexto, el objetivo de este trabajo es hacer un esbozo crítico del SCIE, explorando su acontecida trayectoria desde su origen hasta su estado actual, sin perder de vista que el SCIE es un sistema jurídico relativamente nuevo y, como todo sistema, puede ser mejorado en la marcha.

Para estos efectos, primero se hará un recorrido histórico de los antecedentes y la evolución del SCIE (Sección 2). Luego, se identificarán las principales críticas a las que está sujeto (Sección 3) para, finalmente, analizar cómo el Sistema está respondido a estas críticas (Sección 4).

2. Origen y evolución del Sistema de Solución de Controversias entre Inversionistas y Estados

2.1 Antecedentes del Arbitraje Internacional

A lo largo de la historia se pueden encontrar varias controversias resueltas por un tercero especializado distinto del juez natural. Tal vez los antecedentes más antiguos se remontan a la mitología griega en el Juicio de Paris. En este relato, cuenta Ovidio en la *Heroidas*, Eris, la diosa de la discordia, molesta por no haber sido invitada a la boda de Paleos, dejó una manzana dorada sobre una mesa “para la más bella”.⁵ Tres diosas --Hera, Atenea y Afrodita -- reclaman la propiedad de la manzana, lo que lleva a Zeus, en acto de plena sensatez, a elegir a un mortal, Paris, príncipe pastor de Troya, para que dirima la disputa.

Referencias similares a esta forma de resolución de controversias se pueden encontrar en el Derecho Romano.⁶ Sin embargo, es solo hasta la firma de los primeros tratados internacionales de amistad, comercio y navegación⁷ que se establece una clara relación entre el inversionista extranjero y el Estado receptor de la inversión. Algunos de estos tratados ya consagraban protecciones similares a las que encontramos en el arbitraje de inversión.⁸

5 Ovidio. *Las Heroidas*. Traducidas por un mexicano. México: Imprenta de Galván (1828), xvi.71ff, 149-152 y v.35f. Disponible en: http://cdigital.dgb.uanl.mx/la/1080013730_C/1080013730_T1/1080013730.PDF. [consultado el 25 de julio de 2022].

6 Zappalà, Francesco. *Universalismo Histórico del Arbitraje*. En: Revista Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá (Colombia) Volumen 59, Núm. 121: 193-216, julio-diciembre de 2010, pp. 199 - 205. Disponible en: <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/14429> [consultado el 25 de julio de 2022].

7 Tratado de Amistad, Comercio y Libre Navegación firmado el 2 de febrero de 1825 entre las Provincias Unidas del Río de la Plata y Gran Bretaña; Tratado de Amistad, Comercio y Libre Navegación firmado el 25 de mayo de 1908 entre la República de Colombia y el Imperio del Japón.

8 Ibid. Arts. III, IV, V.

No obstante, pese a la mención explícita de la relación entre inversionista y Estado, para ese entonces, no existían aún órganos o sujetos especializados en la resolución de controversias. De hecho, el mecanismo resolutivo por excelencia era la reacción por la fuerza del Estado cuya nacionalidad poseía el inversionista. Específicamente, cuando un ciudadano extranjero sufría un perjuicio por parte del Estado receptor, se abrían dos posibilidades: (i) el rey, o el que hiciera sus veces, de la nacionalidad de la persona afectada, le otorgaba una carta permitiendo hacer justicia por su propia mano;⁹ o (ii) el Estado intervenía directamente en el Estado infractor, tomando posesión de algún territorio,¹⁰ bloqueando puertos,¹¹ o a través de otras medidas coercitivas.¹²

2.2 Advenimiento de la Protección Diplomática

No fue sino hasta el advenimiento de la Protección Diplomática que estos antecedentes que conllevaban a guerras y conflictos interminables se tornaron civilizados.¹³ La Corte Permanente Internacional de Justicia, en el reconocido fallo de jurisdicción del caso *Mavrommatis*, definió la Protección Diplomática como: “un principio elemental de Derecho Internacional que autoriza al Estado a proteger a sus ciudadanos lesionados por actos contrarios al Derecho Internacional cometidos por otro Estado, del que no ha podido obtener satisfacción a través de las vías ordinarias.”¹⁴

En este sentido, la Protección Diplomática introduce el cambio esencial de permitirle al Estado del inversionista llevar la reclamación a la esfera internacional a nombre del este. En efecto,

9 Aljure Salame, Antonio (panelista). *Historia y contexto del Arbitraje Internacional de Inversión*. Intervención entre 04:25 a 29:15 en el Panel 1: Introducción al arbitraje de inversión: Historia y fundamentación realizado en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá (18 de diciembre de 2018). Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=DelXFdZYXms> [consultado el 25 de julio de 2022].

10 Jardine, William. Plan Jardine Paper. 1839. Disponible en: https://es.wikipedia.org/wiki/William_Jardine

11 Zambrano Durán, María del Carmen. *El bloqueo naval a Venezuela (1902/1903) como elemento cristizador de un nuevo principio de derecho internacional*. En: Relaciones Internacionales, Universidad Nacional de La Plata, Vol. 22 Núm. 45, 2013. Disponible en: <https://revistas.unlp.edu.ar/RR11-IR1/article/view/754> [consultado el 25 de julio de 2022].

12 Lantan, Harold C. *Introducción al Arbitraje de Inversión*. En: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Tecnológica de El Salvador. Año 7, Número 11, febrero 2015, p. 68. Disponible en: <http://biblioteca.utec.edu.sv:8080/jspui/bitstream/11298/1037/1/112981037.pdf>. [consultado el 26 de julio de 2022]

13 Aljure Salame, Antonio. Op.cit. [consultado el 25 de julio de 2022].

14 Corte Permanente Internacional de Justicia. *The Mavrommatis Palestine Concessions*. 30 de agosto de 1924, p. 12. Disponible en: https://www.icj-cij.org/public/files/permanent-court-of-international-justice/serie_A/A_02/06_Mavrommatis_en_Palestine_Arret.pdf [consultado el 26 de julio de 2022].

“al asumir la causa de uno de sus súbditos y poner en marcha en su favor una acción diplomática o una acción judicial internacional, en realidad este Estado hace valer su propio derecho, el derecho que tiene de hacer respetar el Derecho Internacional respecto de la persona de sus nacionales.”

2.3 Primeras Comisiones de Resolución Binacionales o Mixtas

Paralelamente, se crearon las Comisiones de Resolución,¹⁵ en virtud de tratados internacionales, permitiéndole a los nacionales adquirir la calidad de sujeto de Derecho Internacional, por voluntad de las partes del tratado, para poder activar el mecanismo de resolución de controversias. Su objeto principal era el arreglo de cuestiones que los Estados no habían sido capaces de resolver mediante negociación. Si bien es cierto que estas comisiones no podían dictar sentencias, estrictamente hablando, muchas ya funcionaban como tribunales arbitrales.

2.4 Respuesta Latinoamericana: la Doctrina Calvo

Sin embargo, la situación para los recientemente independizados Estados latinoamericanos era diferente. A causa de las reclamaciones diplomáticas de los inversionistas norteamericanos y europeos, avaladas por un derecho internacional que respaldaba la intervención sin límites, la soberanía de los Estados sudamericanos se estaba viendo afectada.¹⁶

En este contexto, surge la Doctrina Calvo como el primer instrumento de derecho internacional que permitía a los Estados latinoamericanos reducir los riesgos de las intervenciones extranjeras.¹⁷ Bajo este supuesto, el derecho aplicable a los inversionistas extranjeros era el nacional y no el de otro Estado, pues, en materia de derechos, estos gozaban del mismo estatus que los ciudadanos nacionales.¹⁸

15 Tratado de Amistad, Comercio y Navegación suscrito entre Estados Unidos de América y Gran Bretaña el 19 de noviembre de 1974 (Tratado Jay o Tratado de Londres de 1974). Disponible en: <https://www.dipublico.org/104489/the-jay-treaty-november-19-1794/> [consultado el 26 de julio de 2022]; Tratado de Washington, entre Gran Bretaña y Estados Unidos, de 8 mayo 1871. Disponible en: http://cdigital.dgb.uanl.mx/la/1020014337/1020014337_079.pdf [consultado el 26 de julio de 2022]; Tratado de Bucareli suscrito entre Estados Unidos y México el 13 de agosto de 1923. Disponible en: <https://www.cndh.org.mx/noticia/el-tratado-de-bucareli-entre-mexico-y-estados-unidos> [consultado el 26 de julio de 2022].

16 Tamburini, Francesco. *Historia y destino de la “Doctrina Calvo”: ¿Actualidad u obsolescencia del pensamiento de Carlos Calvo?* En: Revista de Estudios Histórico-Jurídico, n. 24, Valparaíso 2002. Disponible en: https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0716-54552002002400005 [consultado el 26 de julio de 2022].

17 Aljure Salame, Antonio. Op.cit. [consultado el 25 de julio de 2022].

18 Carnegie Endowment for International Peace. Division of International Law, James Brown

Este postulado fue suscrito por todos los Estados de América Latina, menos Haití, en las distintas Conferencias Panamericanas,¹⁹ haciendo de América el primer continente en llevar a cabo procesos de unificación legislativa a través de tratados internacionales.²⁰ Sin embargo, la integración de toda la región no fue posible debido a que la delegación de Estados Unidos siempre ejerció una fuerte oposición, argumentando que el ciudadano extranjero estaba en un nivel superior al ciudadano nacional. Por lo que, cuando empieza la gran apertura económica y el proceso de globalización, no hay acuerdo sobre el trato que se le debe otorgar al ciudadano extranjero.

2.5 Codificación

Después de varias discusiones relevantes sobre el tema, se empieza a desencadenar un esfuerzo por codificar una regulación sobre la relación entre inversionistas extranjeros y Estados. No obstante, debido a las amplias diferencias de criterio entre los Estados exportadores y los Estados importadores de capital sobre la materia, las iniciativas emergentes, tanto estatales²¹ como no gubernamentales,²² fracasan.²³

Scott, and Pan American Union. Department of Legal Affairs. *The International Conferences of American States, 1889-1928*. En: Oxford university press, New York, 1931. p. 45. Disponible en: <https://catalog.hathitrust.org/Record/000842446> [consultado el 26 de julio de 2022]

19 Primera Conferencia Internacional Americana (1889-1890), Washington; Segunda Conferencia Internacional Americana (1901-1902), México.

20 Tamburini, Francesco. Op.cit. Disponible en: https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0716-54552002002400005#9 [consultado el 26 de julio de 2022].

21 Carnegie Endowment for International Peace. Op. cit., p. 415; Convención sobre derechos y deberes de los estados (Séptima Conferencia Internacional Americana, Montevideo – 1933). Disponible en: <https://www.dipublico.org/14602/convencion-sobre-derechos-y-deberes-De-Los-Estados-Septima-Conferencia-Internacional-Americana-Montevideo-1933/> [Consultado el 26 De Julio De 2022]; Comisión Interina de la Organización Internacional de Comercio. Conferencia de las Naciones Unidas sobre comercio y empleo celebrada en La Habana, Cuba del 21 de noviembre de 1947 al 24 de marzo de 1948. Acta Final y documentos conexos. Convención de la Habana. Disponible en: https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/havana_s.pdf [consultado el 26 de julio de 2022].

22 Draft Convention on Investments Abroad (ABS-Shawcross Draft Convention), 1959. Disponible en: <https://www.international-arbitration-attorney.com/wp-content/uploads/137-volume-5.pdf>; Draft convention on “responsibility of States for damage done in their territory to the person or property of foreigners”, prepared by the Harvard Law School in 1929; Draft convention on the international responsibility of States for injuries to aliens, prepared by the Harvard Law School, 1961 https://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_217.pdf [consultado el 26 de julio de 2022].

23 Zuleta Jaramillo, Eduardo (panelista). *Historia y contexto del Arbitraje Internacional de Inversión*. Intervención entre 29:44 a 58:34 en el Panel 1: Introducción al arbitraje de

En paralelo, se va desarrollando el arbitraje como un mecanismo de resolución de conflictos entre comerciantes. En los contratos celebrados para estos efectos, ya se encontraban cláusulas arbitrales y de protección contractual. Ello impulsó a la unificación y armonización de reglas sobre la materia en tratados internacionales como la Convención de Nueva York de 1958 relativa al reconocimiento y la ejecución de sentencias arbitrales extranjeras.²⁴

Frente a todos estos esfuerzos de crear un tratado que definiera los estándares en materia sustantiva, surge la discusión de si pudiese ser más apropiado la creación de un mecanismo que permitiera solucionar los arbitrajes relativos a inversión en un foro neutral, despolitizado, donde el inversionista pueda reclamar de manera directa contra el Estado. Bajo estas discusiones, se firma la Convención de Washington de 1965 que establece el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (el “**CIADI**” o el “**Centro**”), permitiéndole al inversionista extranjero reclamar la violación a sus derechos por parte del Estado receptor de la inversión.²⁵

De esta manera, el inversionista extranjero adquiere *ius standi* en el ámbito internacional para demandar a un Estado ante un tribunal arbitral. Específicamente, el artículo 25(1) del Convenio del CIADI establece que:

“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 (subrayado fuera de texto).”

Sin embargo, es sólo hasta la proliferación masiva de tratados bilaterales de inversión (“**TBI**”) que incluían el consentimiento de los Estados firmantes para someter la controversia al CIADI, que el Centro se vuelve verdaderamente ac-

inversión: Historia y fundamentación realizado en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá (18 de diciembre de 2018). Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=DelXFdZYXms> [consultado el 25 de julio de 2022].

24 Villalba Cuellar, Juan Carlos y Moscoso Valderrama, Rodrigo Andrés. *Orígenes y Panorama actual del Arbitraje*. En: Prolegómenos - Derechos y Valores, Universidad Militar Nueva Granada, Colombia, vol. XI, núm. 22, julio-diciembre, 2008, pp. 141-170. Disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/876/87602210.pdf> [consultado el 25 de julio de 2022].

25 Lantan, Harold C., Op.cit.; Villalba Cuéllar, Juan Carlos y Moscoso Valderrama, Rodrigo Andrés. Op. Cit.

tivo. Como explican Béguin y otros autores, la actividad del Centro fue “durante mucho tiempo durmiente”.²⁶

2.6 Tribunales de reclamaciones internacionales

En paralelo a la creación de centros para la resolución de controversias relativas a inversión, dándole continuidad a las Primeras Comisiones de Resolución Binacionales o Mixtas, surgen los tribunales de reclamaciones internacionales. A diferencia de las Cortes, el mandato de estos tribunales era limitado a una única controversia. La cual, una vez resuelta, disolvía el tribunal configurado para su resolución. Un ejemplo claro de este fenómeno es el Tribunal creado por los Acuerdos de Argel de 1981 entre los Estados Unidos de América y la República Islámica de Irán para resolver las disputas que surgieron a raíz de la crisis de rehenes de Teherán con la toma de la embajada de los Estados Unidos en 1979, que han sido definidos como “el cuerpo arbitral más importante de la historia”.²⁷

2.7 Apertura económica

De cara a la globalización y la apertura de la economía mundial en la década de los 90, América Latina empezó a acoger la inversión extranjera directa (“IED”), proveniente principalmente de Estados Unidos y de Europa.²⁸ Con el interés de ser un foro atractivo para los inversionistas, varios Estados latinoamericanos sometieron sus legislaciones internas a un proceso de reforma y suscribieron múltiples tratados con los Estados exportadores de capital, ofreciendo así las garantías necesarias.²⁹

26 Béguin, Jacques y Menjuc, Michel q, *Droit du Commerce International*, 860, (Litec, París, 2006); Marzorati Osvaldo J, *Derecho de los Negocios Internacionales*, tomo 2, p. 382, Astrea, Buenos Aires 2007.

27 Caron, David D. *The Nature of the Iran-United States Claims Tribunal and the Evolving Structure of International Dispute Resolution*. En: *The American Journal of International Law*, Vol. 84, No. 1, Enero 1990, p. 104, Publicado por: Cambridge University Press. Disponible en: <https://www.jstor.org/stable/2203017> [consultado el 25 de julio de 2022]; Acuerdos de Argel de enero de 1981 entre Estados Unidos e Irán. Disponible en: http://www.parstimes.com/history/algiers_accords.pdf [consultado el 26 de julio de 2022].

28 Granato, Leonardo y Nahuel Oddone, Carlos. *La protección internacional del inversor extranjero a través de los acuerdos bilaterales de inversión*. En: *Revista Tendencias*, Universidad de Nariño, Vol. VIII, núm. 2, 2do. semestre 2007, pp. 44-45. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3986087.pdf> [consultado el 27 de julio de 2022].

29 Granato, Leonardo y Nahuel Oddone, Carlos. *Derecho Internacional, ¿Protección del Inversor Extranjero y Acuerdos Bilaterales, Quo Vadis?* En: *Revista Universidad EAFIT*, Medellín, Colombia, octubre-diciembre, año/vol. 43, núm. 148, pp. 25-41. Disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/215/21514803.pdf> [consultado el 27 de julio de 2022].

Encontramos así la implementación de algunas iniciativas regionales para promover el comercio, como el Tratado de Montevideo de 1960 que crea la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (la “**ALALC**”);³⁰ su posterior versión de 1980, que creó la Asociación Latinoamericana de Integración (la “**ALADI**”);³¹ el Pacto Andino de 1969, que crea la Comunidad Andina de Naciones (la “**CAN**”);³² y la creación del Mercado Común del Sur (“**Mercosur**”) en 1991.³³

Estas políticas de integración económica vieron un reflejo en las legislaciones nacionales³⁴ pero, sobre todo, dieron lugar al antecedente más importante del arbitraje de inversión: la firma de varios tratados bilaterales y multilaterales para la protección de las inversiones. Estos tratados buscaban crear un marco neutral para garantizar el cumplimiento de las obligaciones del Estado anfitrión hacia los inversionistas. Específicamente, su objeto era proteger a los inversionistas de la expropiación arbitraria y garantizar un trato no discriminatorio para las inversiones extranjeras en Estados donde el poder judicial no era totalmente independiente del gobierno.

2.8 El Boom de los TBI y demandas de inversión

En los últimos años, hemos presenciado una proliferación acelerada de acuerdos de inversión desde el primero firmado en 1959 entre Alemania y Paquistán.³⁵

30 Tratado que establece una Zona de Libre Comercio e instituye la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (Tratado de Montevideo). Montevideo, 18 de febrero de 1960. Disponible en: http://apw.cancilleria.gov.co/tratados/AdjuntosTratados/b1267_ALADI%20-%201960%20-%20TRATADO%20DE%20MONTEVIDEO%201960.pdf [consultado el 27 de julio de 2022].

31 Tratado de Montevideo, 12 de agosto de 1980. Disponible en: https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/tratado_de_montevideo_1980_tm-80.pdf [consultado el 27 de julio de 2022].

32 Acuerdo de Integración Subregional Andino (Acuerdo de Cartagena) suscrito por los gobiernos de Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela. 26 de mayo de 1969. Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/wp-content/uploads/2022/03/acuerdo-cartagena.pdf> [consultado el 27 de julio de 2022].

33 Tratado de Asunción para la Constitución de un Mercado Común entre la República de Argentina, la República Federativa del Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Paraguay de 1991. Disponible en: <https://www.mercosur.int/documento/tratado-asuncion-constitucion-mercado-comun/> [consultado el 27 de julio de 2022].

34 Constitución Política del Perú, 1993, Preámbulo y artículo 63. Disponible en: <https://pdba.georgetown.edu/Parties/Peru/Leyes/constitucion.pdf> [consultado el 27 de julio de 2022].

35 Gesetz zu dem Vertrag vom 25. November 1959 zwischen der Bundesrepublik Deutschland und Pakistan zur Forderung und zum Schutz von Kapitalanlagen' Yom 29. Junio 1961, núm. 33. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/1387/download> [consultado el 26 de julio de 2022].

Consecuentemente, en las dos últimas décadas, el número de demandas de inversionistas contra Estados también ha tenido un crecimiento exponencial. En el año 2001, sólo había 57 casos, mientras que en diciembre de 2021, esta cifra había alcanzado un total de 1.190 casos.³⁶ Entre 2001 y 2011, se presentaron 351 demandas de inversión, mientras que entre 2011 y 2021, esa cifra aumentó a 782.³⁷ Esto demuestra que, en la última década, hubo un crecimiento del 222,79% de casos en comparación con la década anterior.³⁸

Algunos especulan que la expansión del SCIE comenzó con el primer caso registrado (*AAPL c. Sri Lanka*) pero, en realidad, no fue sino hasta la crisis financiera argentina de 2001 que el arbitraje de tratados de inversión se convirtió en una verdadera especialidad.³⁹

Desde entonces, el Arbitraje de Inversión ha sido particularmente activo en América Latina y en otros países en vía de desarrollo.⁴⁰ De los 1.190 casos iniciado hasta diciembre de 2021, 327 casos (27.4%) han implicado la intervención de un Estado en América Latina.⁴¹ De hecho, Argentina (62) y Venezuela (55) son los países que más han enfrentado este tipo de demandas.⁴² En cuanto a la parte demandante, la mayoría de los reclamos provienen de inversionistas nacionales de países desarrollados: EE. UU. (204), Países Bajos (125) y el Reino Unido (96).⁴³

36 UNCTAD. Investment Dispute Settlement Navigator. En: Investment Policy Hub [consultado el 26 de julio de 2022]; UNCTAD. UNCTAD/TDR/2021. *Informe sobre el Comercio y el Desarrollo 2021. De la Recuperación a la Resiliencia: La Dimensión del Desarrollo*. Ginebra, 2021. Disponible en: https://unctad.org/system/files/official-document/tdr2021_es.pdf [consultado el 26 de julio de 2022].

37 Ibid.

38 Douglas, Zachary, Pauwelyn, Joost y Viñuales, Jorge E. *The Foundations of International Investment Law: Bringing Theory into Practice*. En: Oxford Scholarship Online: agosto 2014, Parte. I, Capítulo 1. Disponible en: <https://academic.oup.com/book/11796> [consultado el 26 de julio de 2022].

39 Mangan, Mark y Rubins QC, Noah. *Introducción*. En: Global Arbitration Review, 14 de enero de 2022. Disponible en: <https://globalarbitrationreview.com/guide/the-guide-investment-treaty-protection-and-enforcement/first-edition/article/introduction#footnote-003> [consultado el 26 de julio de 2022].

40 Odriozola Guitart, Johana. *Los Tratados Bilaterales de inversión: algunas consideraciones sobre sus consecuencias para los países en desarrollo*. En: vlex, Cuba, pp. 666-675. Disponible en: <https://cuba.vlex.com/vid/tratados-bilaterales-inversion-consideraciones-651613213> [consultado el 26 de julio de 2022].

41 UNCTAD. Investment Dispute Settlement Navigator. En: Investment Policy Hub [consultado el 26 de julio de 2022]; UNCTAD. UNCTAD/TDR/2021. Trade and Development Report 2021. Op. cit. [consultado el 26 de julio de 2022].

42 Ibid.

43 UNCTAD. *Investment Dispute Settlement Navigator*. Disponible en: <https://investment->

3. Críticas al Sistema de Solución de Controversias entre Inversionistas y Estados

Frente a la proliferación de tratados bilaterales de inversión y el subsecuente crecimiento exponencial del SCIE, varios Estados que se enfrentan a múltiples demandas comenzaron a expresar su descontento con el Sistema y rechazar el mecanismo de Arbitraje de Inversión.⁴⁴ La denuncia de tratados bilaterales y multilaterales de inversión, la exclusión y sustitución de las cláusulas de solución de controversias entre inversionistas y Estados, la impugnación de laudos arbitrales, la promulgación de legislación nacional para proteger la soberanía estatal y la denuncia del Convenio del CIADI, son algunas de las acciones que se comenzaron a desencadenar.⁴⁵

Junto con los Estados que se veían afectados por las demandas, otros actores del sistema --incluyendo los centros de arbitraje, abogados, académicos y empresas privadas-- adoptaron una percepción de injusticia y se unieron a la toma de acciones en contra del Sistema. Sin embargo, la lectura de estas críticas e inquietudes ha sido mixta: hay quienes parten de una lectura sesgada de las estadísticas, ignorando otros factores influyentes, y quienes han analizado las falencias sobrevenientes y buscan solucionarlas.

A continuación, nos adentraremos en algunas de las principales críticas que han recibido atención en los últimos 20 años.

3.1 Falta de relación entre TBI y la Inversión Extranjera Directa (IED)

En principio, los TBI fueron diseñados para impulsar la confianza de los inversionistas y atraer mayores flujos de IED.⁴⁶ Sin embargo, los datos empíricos sobre si los TBI ayudan a los firmantes a atraer IED son contradictorios. Mientras que algunos académicos encuentran que los TBI dan lugar a mayor recepción de IED,⁴⁷ otros

policy.unctad.org/investment-dispute-settlement [consultado el 26 de julio de 2022].

44 Algunos ejemplos son: Sudáfrica, India, Indonesia, Bolivia, Venezuela y Ecuador.

45 Sucharitkul, Vanina y Ugale, Anastasiya. *Backlash in Investment Arbitration*. En: Jus mundi, 30 de junio de 2022. Disponible en: <https://jusmundi.com/en/document/wiki/en-backlash-in-investment-arbitration> [consultado el 26 de julio de 2022].

46 United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD). *World Investment Report: Trends and Determinants*. En: United Nations Publications, New York, 1998. [consultado el 26 de julio de 2022].

47 Salacuse, J., & Sullivan, N. (2005). *Do BITs Really Work: An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and Their Grand Bargain*. En: Harvard International Law Journal, 46, 67-130; Neumayer, E., & Spess, L. *Do Bilateral Investment Treaties Increase Foreign Direct Investment to Developing Countries?* En: World Development, 2005, 33, 1567-1585. <https://doi.org/10.1016/j.worlddev.2005.07.001>; Büthe, T., & Milner, H. V. *The Politics of Foreign Direct Investment into Developing Countries: Increasing FDI through International Trade Agreements?* En: American Journal of Political Science, 2008, 52, 741-762. <https://doi.org/10.1111/j.1540-5907.2008.00340.x> [consultado el 26 de julio de 2022].

no encuentran ningún efecto de estos tratados en el flujo de inversión.⁴⁸ Por lo que, algunos autores critican que no se está cumpliendo con el objetivo pensado para estos tratados.⁴⁹

Lo cierto es que sigue habiendo una falta de consenso sobre si los TBI cumplen su objetivo esperado de atraer IED. Un problema fundamental que surge al analizar esta cuestión es la estrecha relación que manejan estas dos variables: si las entradas de IED afectan a la formación de TBI, y los TBI influyen en las entradas de IED, entonces cómo se puede determinar la verdadera influencia de una variable sobre la otra.⁵⁰

3.2 Árbitros que no conocen la realidad latinoamericana

Se critica que los mecanismos existentes para la selección de miembros de los tribunales creados para las controversias entre inversionistas y Estados no propician diversidad de árbitros,⁵¹ especialmente en cuestiones de género y representación geográfica.⁵² La literatura de las ciencias sociales muestra que esto es preocupante porque no todos los decisores tienen los conocimientos culturales necesarios para comprender el conflicto en su contexto, por lo que aumenta la probabilidad de sesgos cognitivos y de grupo y el proceso de toma de decisiones se percibe y puede ser menos justo, restándole legitimidad al sistema.⁵³

Este es uno de los temas que está siendo abordado por el Grupo de Trabajo III de la CNUDMI (el “**Grupo de Trabajo III**”), donde se discuten los esfuerzos

48 Hallward-Driemeier, M. *Do Bilateral Investment Treaties Attract FDI? Only A Bit and They Could Bite*. En: World Bank Policy Research Paper WPS 3121, 2003. <https://doi.org/10.1596/1813-9450-3121> [consultado el 26 de julio de 2022].

49 Gallagher, K. P., & Birch, M. B. L. *Do Investment Agreements Attract Investment?* En: Evidence from Latin America. *Journal of World Investment and Trade*, 7, 2006, pp. 961-976. <https://doi.org/10.1163/221190006X00063>. [consultado el 26 de julio de 2022].

50 Terence K. Teo. *BITs and FDI Revisited: A Matching Approach*. En: Scientific Research Publishing, 30 de abril de 2021. DOI: 10.4236/ojps.2021.112023. Disponible en: https://www.scirp.org/pdf/ojps_2021042911195498.pdf [consultado el 27 de julio de 2022].

51 Bjorklund, Andrea Kay. *The Diversity Deficit in Investment Arbitration*. En: Ejlil: talk, 4 de abril de 2019. Disponible en: <https://www.ejlil.org/the-diversity-deficit-in-investment-arbitration/> [consultado el 27 de julio de 2022].

52 Naciones Unidas. *Informe del Grupo de Trabajo III (Reforma del Sistema de Solución de Controversias entre Inversionistas y Estados) sobre la labor realizada en su 36º período de sesiones (Viena, 29 de octubre a 2 de noviembre de 2018)*. ¶91. Disponible en: <http://undocs.org/es/A/CN.9/964> [consultado el 27 de julio de 2022].

53 Kidane, Won L. *The Culture of International Arbitration. Culture and the Legal Infrastructure of Investment Arbitration* (Capítulo 7). Oxford University Press. Disponible en: <https://global.oup.com/academic/product/the-culture-of-international-arbitration-9780199973927?cc=us&lang=en&> [consultado el 27 de julio de 2022].

que están realizando los Estados y las instituciones arbitrales para subsanar la falta de diversidad. Por ejemplo, se están introduciendo paneles de árbitros en el CIADI y en la Corte Permanente de Arbitraje (la “CPA”) como una herramienta para diversificar los candidatos disponibles.⁵⁴ Se cree que, si los nombramientos se realizan a partir de una lista compuesta por personas diversas o por las instituciones arbitrales, en lugar de por las partes, podría mejorar la posibilidad de tener tribunales incluyentes y diversos.⁵⁵

3.3 Arbitraje y medio ambiente

Algunos autores sostienen que el SCIE aún no se ha comprometido con “la dimensión social” del régimen de inversiones, incluida la protección del medio ambiente.⁵⁶ Sin ninguna orientación concreta sobre cómo lograr un resultado equilibrado entre estos dos regímenes jurídicos⁵⁷ en conflicto y un sistema que se inclina por la protección de las inversiones,⁵⁸ el marco de las inversiones ha favorecido repetidamente las preocupaciones económicas sobre otros intereses públicos.⁵⁹

No obstante, existen laudos arbitrales como *Aven c. Costa Rica* (Caso CIADI No. UNCT/15/3) que dejan entrever que ahora existe una tendencia encaminada a requerir que las inversiones se realicen “de manera sensible a las preocupaciones ambientales” y de acuerdo con las leyes ambientales del Estado anfitrión.⁶⁰

54 *ibid.* ¶¶94.

55 Bjorklund, Andrea Kay. *Op.cit.*

56 Bijlmakers, Stephanie. *Effects of Foreign Direct Investment Arbitration on a State’s Regulatory Autonomy Involving the Public Interest*. En: *The American Review of International Arbitration*, Columbia Law School, Vol. 23, Issue No. 2., December 2012, p. 254. <http://blogs2.law.columbia.edu/aria/issues/23-2/effects-of-foreign-direct-investment-arbitration-on-a-states-regulatory-autonomy-involving-the-public-interest-vol-23-no-2/>

57 Beharry, Christina L. y Kuritzky, Melinda E. *Going Green: Managing the Environment Through International Investment Arbitration*. En: *American University International Law Review*, Vol. 30, Issue No. 3, Article 2, 2015, p. 403. Disponible en:

<https://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1847&context=auilr> [consultado el 27 de julio de 2022].

58 Martini, Camille. *Balancing Investors’ Rights with Environmental Protection in International Investment Arbitration: An Assessment of Recent Trends in Investment Treaty Drafting*. En: *The International Lawyer*, Vol. 50, No. 3, 2017, p. 531. Disponible en: <https://scholar.smu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4550&context=til> [consultado el 27 de julio de 2022].

59 Bonnitcha, Jonathan. *Assessing the Impacts of Investment Treaties: Overview of the evidence*. *IISD REPORT*, September 2017. En: International Institute for Sustainable Development IISD, p. 7; Martini, *Op. Cit.*, p. 533. Disponible en: <https://www.iisd.org/system/files/publications/assessing-impacts-investment-treaties.pdf>

60 David R. Aven y Otros c. República de Costa Rica. Caso CIADI No. UNCT/15/3,

Incluso, encontramos casos como la saga de *Burlington c. Ecuador* (Caso CIADI No. ARB/08/5) y *Perenco c. Ecuador* (Caso CIADI No. ARB/08/6), en donde se admiten demandas de reconversión por daños medioambientales⁶¹ y se conceden indemnizaciones al Estado afectado.⁶² Por ello, no se puede afirmar categóricamente que el arbitraje de inversiones sea completamente ajeno a la dimensión social del régimen de inversiones.

3.4 Arbitraje y comunidades indígenas

Otra de las críticas que se plantean es cómo los tribunales de arbitraje han optado por no abordar los argumentos de que los derechos de los pueblos indígenas deben ser tenidos en cuenta al interpretar y aplicar las disposiciones de los tratados de inversión.⁶³

Sin embargo, encontramos casos como *South American Silver Limited c. Bolivia* (Caso CPA No. 2013-15)⁶⁴ en donde el Tribunal consideró que el demandante había contribuido significativamente a agravar el conflicto social indígena provocado por sus actividades mineras, permitiéndole al Estado a expropiar de manera legal por tratarse de un fin público que conllevaba a un beneficio social y condenó únicamente al pago de las inversiones realizadas (metodología de *sunk costs*). Adicionalmente, en la Opinión Disidente de Philippe Sands en el caso *Bear Creek c. Perú* (Caso CIADI No. ARB/14/21), se discute la reducción del monto de los daños otorgados al inversionista en una mitad por no adoptar medidas adecuadas para atender las preocupaciones de las comunidades indígenas afectadas.⁶⁵

Laudo, (18 de septiembre de 2018), ¶¶ 733, 739.

61 *Burlington c. Ecuador*. Caso CIADI No. ARB/08/5. Decisión sobre Reconversiones, (7 de febrero de 2017); *Perenco v. Ecuador*. Caso CIADI No. ARB/08/6. Decisión Provisional sobre la Reconversión Ambiental, (11 de agosto de 2015).

62 *Burlington c. Ecuador*. Caso CIADI No. ARB/08/5, Op.cit., Decisión sobre Reconversiones. ¶ 18; *Perenco v. Ecuador*. Caso CIADI No. ARB/08/5, Op.cit., Decisión Provisional sobre la Reconversión Ambiental. ¶ 588.

63 Levine, Judith. *Investment Law within International Law Integrationist Perspectives*. 5. *The interaction of international investment arbitration and the rights of indigenous peoples. Part II. International investment and human rights*. En: Published online by Cambridge University Press, 5 de agosto de 2013, p. 106. Disponible en: <https://www.cambridge.org/core/books/abs/investment-law-within-international-law/interaction-of-international-investment-arbitration-and-the-rights-of-indigenous-peoples/9080D79A5F704F342BB0CDAEB70A56B4> [consultado el 27 de julio de 2022].

64 *South American Silver Limited (Bermudas) c. el Estado Plurinacional de Bolivia*. Caso CPA No. 2013-15, Laudo, (22 de noviembre de 2018).

65 *Bear Creek Mining Corporation c. República de Perú*. Caso CIADI No. ARB/14/21. Opinión Disidente del Profesor Philippe Sans QC. (12 de septiembre de 2017) ¶ 19.

3.5 Arbitraje y derecho a la salud

Los tratados de inversión celebrados antes de 2015 no suelen hacer referencia a la salud pública. En consecuencia, hay quienes sostienen que siempre que se ha planteado esta cuestión en los procedimientos de inversión, se ha dejado en manos de los tribunales de arbitraje la tarea de sopesar la salud pública frente a los intereses que se protegen explícitamente en los tratados de inversión.⁶⁶

Aun así, existen casos como *Philip Morris c. Uruguay* (Caso CIADI No. ARB/10/7) que reafirman la doctrina de poder de policía y establecen que un Estado no necesita probar un vínculo causal directo entre la medida y cualquier resultado observado en materia de salud pública. Basta con que las medidas reflejen un intento razonable de abordar un problema de salud pública y se adopten de buena fe, para no considerarse expropiatorias.⁶⁷

3.6 Regulatory chill

El sistema también ha sido acusado de desencadenar el fenómeno de enfriamiento regulatorio (“**regulatory chill**”). Se dice que la sola amenaza de que se dicten laudos arbitrales sustanciales puede dar lugar a que los Estados anfitriones dejen de promulgar políticas, reglamentos, leyes o de tomar decisiones, a pesar de que son necesarios para proteger el interés general.⁶⁸

No obstante, siendo conscientes de esto, hay algunos Estados que han comenzado la revisión y reforma de los compromisos y obligaciones de sus acuerdos de inversión.

66 Baetens, Freya. Protecting Foreign Investment and Public Health Through Arbitral Balancing and Treaty Design. En: *International & Comparative Law Quarterly*, Vol 71, edición 1, 28 de enero de 2022, pp. 139 - 182. Publicado online por Cambridge University Press. Disponible en: <https://www.cambridge.org/core/journals/international-and-comparative-law-quarterly/article/protecting-foreign-investment-and-public-health-through-arbitral-balancing-and-treaty-design/A145EC8D2A59AD446EEF6B80BA6E3A95> [consultado el 27 de julio de 2022].

67 *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. y Abal Hermanos S.A. c. República Oriental del Uruguay*. Caso CIADI N.º ARB/10/7, Laudo (8 de julio de 2016), ¶ 287-305.

68 Álvarez, Juan Miguel. *Se reanudan las discusiones en la CNUDMI sobre la reforma al sistema de solución de controversias inversionista-Estado*. En: Blog de Derecho de los Negocios. Universidad Externado de Colombia, (24 de enero de 2020). Disponible en: <https://dernegocios.uexternado.edu.co/controversia/se-reanudan-las-discusiones-en-la-cnudmi-sobre-la-reforma-al-sistema-de-solucion-de-controversias-inversionista-estado/> [consultado el 27 de julio de 2022]; Tienhaara, K. (2018). *Regulatory Chill in a Warming World: The Threat to Climate Policy Posed by Investor-State Dispute Settlement*. *Transnational Environmental Law*. 7(2). pp. 229-250. Disponible en: <https://www.cambridge.org/core/journals/transnational-environmental-law/article/regulatory-chill-in-a-warming-world-the-threat-to-climate-policy-posed-by-investorstate-dispute-settlement/C1103F92D8A9386D33679A649FEF7C84>

Entre las medidas destacadas encontramos: la revisión de TBI existentes y la terminación de aquellos que limiten la potestad regulatoria del Estado, la consagración de intereses públicos (medio ambiente, salud pública, derechos laborales, derechos sociales, etc.) dentro de cláusulas en los nuevos TBI, una redacción más detallada de definiciones de los estándares de protección de inversiones en los tratados, la realización de evaluaciones previas en materia de derechos humanos y el análisis de posibles repercusiones sociales y efectos en la sostenibilidad antes de firmar acuerdos de inversión.⁶⁹

3.7 Treaty Shopping

El *treaty shopping* se percibe como la reacción que asumen los inversionistas ante situaciones en las que el Estado receptor de su inversión y el Estado de su nacionalidad no tienen ningún tratado de protección de inversiones o tienen un tratado con disposiciones poco satisfactorias.⁷⁰ En cualquiera de los dos casos, los inversionistas pueden tratar de dirigir su inversión a través de un tercer Estado para asegurarse (o “comprar”) la protección, procesal o sustantiva, más ventajosa, normalmente cambiando su nacionalidad o creando vehículos de inversión específicos.⁷¹

Los tribunales arbitrales han considerado que el *treaty shopping* no está *per se* prohibido o es ilegítimo,⁷² a menos que se haga con el único propósito de obtener acceso a un arbitraje internacional cuando ya es previsible una disputa con el Estado anfitrión.⁷³

Para combatir este escenario, algunos tratados hacen referencia explícita a “negocios sustanciales” o actividades “económicas reales” en la definición de inversionista del tratado,⁷⁴ limitando las posibilidades de ampararse bajo un trata-

69 Monroy Valencia, María José, Guíñez Reyes, Vicente y Rodríguez Chaves, Santiago. *Enfriamiento Regulatorio: El caso de Colombia, Perú y Chile*. En: Arbanza, 6 de diciembre de 2021. Disponible en: <https://arbanza.com/?p=27453> [consultado el 27 de julio de 2022].

70 Vysudilova, Zuzana. *Treaty Shopping*. En: Jus Mundi (29 de junio de 2022). Disponible en: <https://jusmundi.com/en/document/wiki/en-treaty-shopping> [consultado el 27 de julio de 2022].

71 Chaisse, Julien. *The Treaty Shopping Practice: Corporate Structuring and Restructuring to Gain Access to Investment Treaties and Arbitration*. En: Hastings Business Law Journal, Vol. 11, No. 2, Summer 2015, Artículo 1, pp. 225 y ss. Disponible en: https://repository.uchastings.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1025&context=hastings_business_law_journal [consultado el 27 de julio de 2022].

72 Tidewater Investment SRL and Tidewater Caribe, C.A. c. República Bolivariana de Venezuela. Caso CIADI No. ARB/10/05. Decisión de Jurisdicción (8 de febrero de 2013), ¶¶ 183-198.

73 Laos Holding N.V. v. Lao People’s Democratic Republic (I). ICSID Case No. ARB(AF)/12/6. Decisión de Jurisdicción (21 de febrero de 2014), ¶¶ 69-83.

74 Agreement Between the Government of the Republic of India and the Government of the Republic of Lithuania for the Promotion and Protection of Investments. (2011) Art. 1(2). Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agree->

do que normalmente no les aplicaría.⁷⁵ De manera adicional, se implementan las cláusulas de denegación de beneficios,⁷⁶ las doctrinas de Buena Fe y Abuso de Proceso,⁷⁷ entre otras herramientas para prevenir el Fraude al Tratado.

3.8 Third party funding / hit-and-run

También se han expresado inquietudes sobre las repercusiones que tiene la financiación de terceros en los procedimientos del SCIE. Entre ellas, se resaltan el desequilibrio estructural del Sistema, el aumento de casos y demandas infundadas, el conflicto de intereses con los árbitros, la información confidencial revelada al tercero financiador, entre otras.⁷⁸

De cara a estas preocupaciones, el Grupo de Trabajo III ha hecho propuestas sobre la materia que se han visto reflejadas en las recientes reformas de los reglamentos arbitrales de la Cámara de Comercio Internacional (la “CCI”)⁷⁹ y del CIADI al establecer una obligación a las partes de revelar el financiamiento del procedimiento por parte de terceros.⁸⁰

ments/treaties/bit/1929/india---lithuania-bit-2011- [consultado el 27 de julio de 2022]; Agreement Between the Government of the Republic of Turkey and the Government of the Republic concerning the of Reciprocal Promotion and Protection of Investments. (2013) Art. 1(2). Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bit/1655/gambia---turkey-bit-2013-> [consultado el 27 de julio de 2022].

75 Yagun Chi OO Trading Pte Ltd. C. Government of The Union of Myanmar. ASEAN I.D. Case No. ARB/01/1. Laudo (31 de marzo de 2003), ¶¶ 52.

76 Waste Management, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos (II). Caso CIADI No. AR-B(AF)/00/3. Laudo (30 de abril de 2004), p. 80.

77 Mobil Corporation, Venezuela Holdings, B.V., Mobil Cerro Negro Holding, Ltd., Mobil Venezolana de Petróleos Holdings, Inc., Mobil Cerro Negro, Ltd., y Mobil Venezolana de Petróleos, Inc. c. República Bolivariana de Venezuela. Caso CIADI No. ARB/07/27). Decisión de Jurisdicción. (10 de junio de 2010), ¶¶ 169, 205.

78 Naciones Unidas. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Nueva York, 6 a 17 de julio de 2020. *Informe del Grupo de Trabajo III (Reforma del Sistema de Solución de Controversias entre Inversionistas y Estados) sobre la labor realizada en su 38o período de sesiones. (Viena, 14 a 18 de octubre de 2019). A/CN.9/1004. (23 de octubre de 2019), ¶80. Disponible en: <http://undocs.org/es/A/CN.9/1004> [consultado el 28 de julio de 2022].*

79 Cámara de Comercio Internacional ICC. Reglamento de Arbitraje, (1 de enero de 2021), Art. 11.7. Ubicado en: <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2021/05/icc-2021-arbitration-rules-2014-mediation-rules-spanish-version.pdf> [consultado el 28 de julio de 2022]; CIADI. Reglas y Reglamentos del CIADI. Regla 14. Disponible en: - <https://icsid.worldbank.org/es/reglas-y-reglamento/convenio/reglas-de-arbitraje-del-cia-di/capitulo-II-establecimiento-del-tribunal> [consultado el 28 de julio de 2022].

80 Naciones Unidas. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil In-

3.9 Falta de uniformidad, coherencia, previsibilidad y corrección de las decisiones arbitrales dictadas

Otra crítica que ha recibido el Sistema es que las conclusiones a las que llegan los distintos tribunales arbitrales son opuestas, incluso cuando los hechos del caso *sub examine* son similares o cuando no hay justificación para adjudicar un resultado diferente.⁸¹

En respuesta a esto, el Grupo de Trabajo III ha destacado la importancia de considerar un órgano multilateral que ayude a sistematizar y unificar el Sistema.⁸² Este funcionaría como un tribunal permanente y podría tener varias instancias para la corrección de las decisiones arbitrales dictadas, tal como el Órgano de Apelación de la Organización Mundial del Comercio (la “OMC”).⁸³

3.10 Double hat

Al SCIE también se le acusa de la práctica de *double-hatting*, la cual hace referencia a que las personas cambien de papel y, al mismo tiempo, se desempeñen como árbitro, abogado o perito en diferentes procesos.⁸⁴

Para paliar esta crítica, el Grupo de Trabajo III sugiere incluir un código de conducta para los decisores.⁸⁵ Se reconoce que algunos Estados y organizaciones internacionales ya han adelantado esfuerzos en esta materia⁸⁶ y que la referencia a las Directrices de IBA sobre Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional y las Directrices de la IBA sobre Representación de Parte en el Arbitraje Internacional sirven como guía.⁸⁷

ternacional 52º, período de sesiones Viena, 8 a 26 de julio de 2019. *Informe del Grupo de Trabajo III (Reforma del Sistema de Solución de Controversias entre Inversionistas y Estados) sobre la labor realizada en su 36º período de sesiones (Viena, 29 de octubre a 2 de noviembre de 2018)*. A/CN.9/964. (6 de noviembre de 2018), ¶¶ 89-92. Disponible en: <http://undocs.org/es/A/CN.9/964> [consultado el 28 de julio de 2022].

81 Ibid. ¶31.

82 Ibid. ¶ 38; Naciones Unidas. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional 54º, período de sesiones Viena, 28 de junio a 16 de julio de 2021. *Informe del Grupo de Trabajo III (Reforma del Sistema de Solución de Controversias entre Inversionistas y Estados) sobre la labor realizada en su 40º período de sesiones (Viena, 8 a 12 de febrero de 2021)*. A/CN.9/1050. (17 de marzo de 2021), ¶19. Disponible en: <http://undocs.org/es/A/CN.9/1050> [consultado el 28 de julio de 2022].

83 Ibid. ¶58.

84 Naciones Unidas. A/CN.9/964. Op. cit., ¶70.

85 Ibid., ¶74.

86 Ibid., ¶74.

87 Ibid., ¶76.

3.11 Costos del Arbitraje de Inversión y cuestiones de compensación

El Sistema ha sido altamente criticado por generar elevados costos a los actores que se someten a él. Se reprocha que estos importes son especialmente significativos para los Estados en desarrollo que tienen limitados recursos económicos y humanos para afrontar los procesos del SCIE. Además, también se ha expresado que esto es una preocupación de las pequeñas y medianas empresas, por no contar con los recursos suficientes para acceder al Sistema.⁸⁸ Lo cual, pone de presente el desequilibrio estructural del sistema cuando una de las partes es financiada por un tercero.

Aunado a lo anterior, se critica que los enfoques existentes para determinar las cuantías son complejos y costosos, los tribunales no tienen en cuenta los factores contextuales importantes y la práctica de los tribunales se aparta de aquella previamente establecida por otros tribunales arbitrales.⁸⁹

4. Nuevas perspectivas

Como se pudo evidenciar en la sección anterior, el SCIE y sus actores nunca han sido pasivos a las inquietudes y críticas que han surgido con la evolución y expansión del Sistema. Por el contrario, se podría decir que el sistema se ha esforzado por ser receptivo y reactivo, tomando medidas para acoger una reforma sistemática. En efecto, algunas de estas reformas ya han sido consolidadas y se están empezando a poner a prueba con la reciente práctica arbitral.

A continuación, se presentan algunas de las reformas y potenciales soluciones más importantes.

4.1 Grupo de Trabajo III

El 4 de julio de 2017, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (la “**CNUDMI**”) asignó al Grupo de Trabajo III la tarea de identificar asuntos de especial preocupación en relación con el SCIE y plantear potenciales soluciones.⁹⁰

En esta labor, el Grupo de Trabajo ha abordado temas como la selección, nombramiento y recusación de los miembros de los tribunales; las preocupaciones éticas propias de un sistema de arbitraje ad-hoc; la participación de las partes en el

88 Ibid., ¶111.

89 Bonnitza, Jonathan y Brewin, Sarah. *Las indemnizaciones en el marco de los tratados de inversión: ¿qué problemas existen y qué se puede hacer al respecto?* En: International Institute for Sustainable Development, diciembre 2020. Disponible en: <https://www.iisd.org/system/files/2021-01/compensation-investment-treaties-es.pdf> [consultado el 28 de julio de 2022].

90 Ibid., ¶264.

tratado; los mecanismos de control de la interpretación de los tratados; la prevención y mitigación de controversias; la gestión de costas y procedimientos relacionados; los métodos de valoración de daños y su impacto en la considerable cuantía de las condenas; la financiación por terceros; la posible dinámica de los tribunales y mecanismos multilaterales especiales y permanentes; entre otros temas.⁹¹

Frente a cada uno de estos, el Grupo de Trabajo III ha identificado potenciales soluciones que ambicionan transformar a fondo el sistema sin afectar su uso, aunque también se han abordado iniciativas que apuntan a una reforma estructural por medio de nuevas instituciones en el SCIE, semejantes a un mecanismo multilateral permanente.⁹²

4.2 Nuevos reglamentos

4.2.1 CIADI

El 21 de marzo de 2022, el CIADI aprobó una nueva versión de sus Reglamentos para la resolución de controversias en materia de inversión que entraron vigor el 1 de julio de 2022.⁹³ Esta es la cuarta vez que se actualizan las reglas del CIADI (las revisiones anteriores tuvieron lugar el 26 de septiembre de 1984, 1 de enero de 2003 y 10 de abril de 2006),⁹⁴ siendo la revisión más extensa y exhaustiva de su historia.

Las modificaciones buscaban “modernizar, simplificar y agilizar las Reglas” del Centro, así como aprovechar los avances recientes de la tecnología y reducir el impacto ambiental de los procedimientos. La mayor parte de estos cambios fueron inspirados en lecciones aprendidas por el Centro en cientos de casos CIADI.⁹⁵

91 Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Grupo de Trabajo III: Reforma del Sistema de Solución de Controversias entre Inversionistas y Estados. Disponible en: https://uncitral.un.org/es/working_groups/3/investor-state; Reina Arango, Andrés Felipe. ¿En qué va la reforma al Sistema de Solución de Controversias Inversionista – Estado? En: Blog de derecho de los Negocios, Universidad Externado de Colombia, 19 de febrero de 2022. Disponible en: <https://dernegocios.uexternado.edu.co/en-que-va-la-reforma-al-sistema-de-solucion-de-controversias-inversionista-estado/> [consultado el 28 de julio de 2022].

92 Ibid.

93 CIADI. Reglas de Arbitraje del CIADI, 21 de marzo de 2022. Disponible en: <https://icsid.worldbank.org/es/noticias-y-eventos/comunicados/el-ciadi-publica-la-version-2022-de-sus-reglamentos-y-reglas> [consultado el 28 de julio de 2022].

94 CIADI. *About the ICSID Rule Amendments*. Disponible en: <https://icsid.worldbank.org/resources/rules-and-regulations/amendments/about> [consultado el 28 de julio de 2022].

95 Alarcón, María José y Shirlow, Esmé. *Interview with Meg Kinnear, Secretary-General of ICSID*. En: Kluwer Arbitration Blog, 22 de marzo de 2022. Disponible en: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2022/03/22/interview-with-meg-kinnear-secre>

Las modificaciones recientes respondieron, al menos, a dos intereses fundamentales. Por un lado, la necesidad de actualizar cuestiones de particular importancia para las partes, como la bifurcación del procedimiento, las cauciones de pago de costas o la intervención de la población civil o terceras partes financiadoras.⁹⁶ De otra parte, se buscó reformar el Sistema de Solución de Controversias entre Inversionistas y Estados para atender ciertas críticas de los Estados. Así, se incorporaron modificaciones con el objetivo de lograr una mayor transparencia y eficiencia en los arbitrajes.

4.2.2 CCI

El 6 de octubre de 2020, el comité ejecutivo de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (la “**CCI**”) aprobó la revisión del Reglamento de Arbitraje CCI de 2017, que entró en vigor el 1 de enero de 2021. Las disposiciones novedosas están destinadas a “marcar un paso más hacia una mayor eficiencia, flexibilidad y transparencia”.⁹⁷

Entre las modificaciones más relevantes están: la optimización del uso de la tecnología en los arbitrajes, la conducción de arbitrajes complejos (incorporación de partes adicionales y consolidación), el resguardo de la independencia e imparcialidad de los árbitros, el aumento de transparencia, la extensión de la autoridad de la Corte de la CCI para constituir un tribunal arbitral, la conducción expedita y eficaz del procedimiento arbitral, los laudos adicionales, y el procedimiento abreviado.⁹⁸

4.2.3 LCIA

El 1 de octubre de 2020, entraron en vigor las nuevas Reglas de Arbitraje y Mediación de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (la “**LCIA**”). Uno de los objetivos claros de este reglamento fue agilizar y hacer más eficiente el procedimiento arbitral.⁹⁹

tary-general-of-icsid/ [consultado el 28 de julio de 2022].

96 Ibid.

97 Ostrower, Ricardo A., Soria, L. Santiago y Rivera, Julio César (h.). *Cambios clave del nuevo reglamento de arbitraje de la CCI: ¿qué viene en 2021?* En: Marval O’Farrell Mairal, 3 de noviembre de 2020. Disponible en: <https://www.marval.com/publicacion/cambios-clave-del-nuevo-reglamento-de-arbitraje-de-la-cci-que-viene-en-2021-13836#:~:text=El%20Reglamento%20de%202021%20elimin%C3%B3,la%20Secretar%C3%A- Da%20de%20la%20CCI>. [consultado el 28 de julio de 2022].

98 Adell, Stephan. *Novedades del Reglamento de Arbitraje de la CCI frente a la práctica arbitral del CRC*. En: Cámara de Comercio y Producción de Santo Domingo, 20 de julio de 2022. Disponible en: <https://www.camarasantodomingo.do/novedades-del-reglamento-de-arbitraje-de-la-cci-frente-a-la-practica-arbitral-del-crc/> [consultado el 28 de julio de 2022].

99 Arranz, Irene. *Nuevo Reglamento de Arbitraje publicado en agosto de 2020 de la Lon-*

Entre las modificaciones más relevantes encontramos: la preferencia a los medios de comunicación y gestión electrónicos, la iniciación y prosecución conjunta de arbitrajes, y la resolución expedita.

4.2.4 ICDR

El 1 de marzo de 2021, entró en vigor el nuevo Reglamento de Mediación y Arbitraje Internacional del Centro Internacional para la Resolución de Disputas (el “ICDR”), perteneciente a la Asociación Estadounidense de Arbitraje (la “AAA”).

Entre las modificaciones más relevantes encontramos: la divulgación del financiamiento de terceros, el Consejo de revisión administrativa internacional, y las medidas para la imparcialidad e independencia de árbitros.¹⁰⁰

4.3 Tribunal Multilateral de Inversiones

Después de varios años en que las negociaciones de los tratados de la Unión Europea (la “UE”) incluyeran el SCIE, el Parlamento finalmente decidió reemplazar este mecanismo por un tribunal multilateral de inversiones, compuesto de dos instancias con jueces permanentes y un mecanismo de apelación.¹⁰¹ Es este sistema de tribunales el que ahora se refleja en los nuevos acuerdos de inversión de la UE.¹⁰²

Esta decisión se tomó debido a las preocupaciones legítimas de los ciudadanos sobre el procedimiento de resolución de controversias entre inversionistas y Estados actual.¹⁰³ Con el cambio se busca sobrepasar las críticas de altos costos, larga duración,

don Court of International Arbitration. En: Cuatrecasas, 1 de octubre de 2020. Disponible en: <https://www.cuatrecasas.com/es/spain/articulo/nuevo-reglamento-de-arbitraje-de-la-london-court-of-international-arbitration#:~:text=El%20Reglamento%20LCIA%202020%20es,tres%20categor%C3%ADas%20de%20nuevas%20reglas>. [consultado el 28 de julio de 2022].

100 Arbitraje internacional. *ICDR 2021 Enmiendas a las reglas*. En: Información de arbitraje internacional de Aceris Law LLC, 6 de marzo de 2021. Disponible en: <https://www.international-arbitration-attorney.com/es/icdr-2021-rules-amendments/#:~:text=Con%20el%20fin%20de%20brindar,a%20la%20fecha%20del%20laudo>. [consultado el 28 de julio de 2022].

101 Sucharitkul, Vanina y Ugale, Anastasiya. *Backlash in Investment Arbitration*. En: *Jus Mundi*, 30 de junio de 2022. Disponible en: <https://jusmundi.com/en/document/wiki/en-backlash-in-investment-arbitration> [consultado el 28 de julio de 2022].

102 Comprehensive Trade and Economic Agreement between Canada and the European Union (Canada - EU CETA, 2016); EU - Viet Nam Investment Protection Agreement (2019), EU - Singapore Investment Protection Agreement (2018)

103 Consejo de la UE. *Tribunal multilateral de inversiones: el Consejo confiere un mandato a la Comisión para entablar negociaciones*. Comunicado de prensa, 20 de marzo de 2018. Disponible en: <https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2018/03/20/multilateral-investment-court-council-gives-mandate-to-the-commission-to-open-negotiations/> [consultado el 28 de julio de 2022].

y falta de coherencia, previsibilidad y corrección de las decisiones arbitrales dictadas. Para lo que se prevé que el tribunal sustituya en última instancia a los tribunales de inversión contemplados en los acuerdos comerciales y de inversión de la Unión.¹⁰⁴

5. Conclusiones

Si bien los antecedentes del SCIE se remontan a la mitología griega, no es hasta 1987 que se registra el primer caso entre un inversionista extranjero y un Estado, y hasta el 2002 que el Sistema empieza a ser frecuentemente utilizado. Para los efectos del esbozo crítico que se llevó a cabo en este escrito, esta es la fecha relevante a la hora de revisar la evolución del Sistema y no otra. Es evidente, entonces, que el Sistema es relativamente joven y, hasta ahora, está siendo puesto a prueba.

Aunque el Sistema ha sido sujeto de múltiples críticas, en algunos casos serias y fundadas, no se puede desconocer que el Sistema ha sido eficiente en términos de cumplir su propósito de ser un foro para la resolución de controversias entre los inversionistas y los Estados. Muchas han sido las controversias resueltas y los obstáculos proteccionistas y de desigualdad de partes superados debido a este. Tampoco se puede ignorar que, a medida en que han surgido preocupaciones, el mismo Sistema ha ido enmendándose a través de las modificaciones a los reglamentos de los centros arbitrales y otros esfuerzos de instituciones como la CNUDMI.

En este orden de ideas, antes de decidir de manera definitiva si el SCIE debe persistir o acabarse, es importante esperar a ver cómo repercuten los cambios recientes en su dinámica. En cualquiera de los dos casos, la realidad es que no todas las controversias de inversión pueden ser prevenidas en vista que la IED presupone una serie de relaciones económicas entre inversionistas, Estados receptores y otros terceros, que tienen intereses y derechos que entran en juego.¹⁰⁵ Debido a lo cual, al verse afectados, es importante contar con un mecanismo de solución de conflictos imparcial que, al ser el Estado receptor una de las partes implicadas, no debería ser una institución estatal. Sobre todo, cuando las instituciones débiles y el acceso limitado a la justicia de muchos Estados suponen una grave amenaza para el desarrollo económico.

Así las cosas, para nosotros es claro que la solución no es acabar con el sistema y volver al mundo proteccionista donde solo las cortes locales tenían com-

104 Ibid.

105 Coleman, Jesse, Johnson, Lise, Güven, Brooke, Cotula, Lorenzo y Berger, Thierry. *Third-Party Rights in Inv ty Rights in Investor-State Dispute Settlement: Options or-State Dispute Settlement: Options for Reform*. En: Columbia Center on Sustainable Investment. 7-2019. Columbia Law School. Scholarship Archive. Disponible en: https://scholarship.law.columbia.edu/sustainable_investment_staffpubs/150 [consultado el 28 de julio de 2022].

petencia en la resolución de controversias. El SCIE debe subsistir garantizando la protección de los inversionistas extranjeros frente a posibles políticas volátiles del Estado anfitrión. Esto no implica que se puedan desatender las muchas problemáticas que han sido identificadas en el SCIE actual pero tampoco la realidad de que, exista o no el SCIE como lo conocemos, las diferencias entre Estados receptores e inversionistas van a seguir presentándose. Al fin y al cabo, la inversión extranjera desempeña un papel fundamental en el desarrollo y crecimiento económico de muchos países, por lo que no es una práctica que simplemente vaya a desaparecer.

En este orden de ideas, consideramos que es mejor contar con un mecanismo de resolución de controversias voluntario e independiente al que las partes puedan someter sus disputas frente a la opción de no tener un foro apropiado para hacerlo. La solución, entonces, no es eliminar el sistema, sino reformarlo e irlo adaptando sobre la marcha, como se está tratando de hacer con las iniciativas de reforma.

LA NOTIFICACIÓN DE LA INTENCIÓN DE ARBITRAR UNA CONTROVERSIA Y LA SOLICITUD DE ARBITRAJE EN EL ARBITRAJE DE INVERSIÓN

Ximena Herrera-Bernal
colaboración de Juan Pablo Pontón Serra

Sumario:

1. Introducción
2. Notificación de la Intención de Arbitrar una Controversia
3. El Requerimiento de Arbitraje
4. Conclusión

XIMENA HERRERA-BERNAL

Ximena Herrera - Bernal, es socia fundadora de Gaillard Banifatemi Shelbaya, donde lidera la práctica de arbitraje internacional en America Latina e Iberia. Previamente se desempeñó como socia de Shearman & Sterling. Ximena es abogada graduada de la Universidad de los Andes, en Colombia, cuenta con una Magíster Legis de la Universidad de Harvard y fue visitante académica de la Universidad de Oxford donde focalizo sus estudios en Derecho Internacional Público y Derecho del Mar. Ha representado inversionistas y Estados en múltiples arbitrajes de inversión y asimismo funge como árbitro.

JUAN PABLO PONTÓN SERRA

Juan Pablo Pontón Serra es Abogado de la Universidad del Rosario. Cuenta con un Master 1 en Derecho internacional general y un Master 2 en Derecho internacional económico de la Universidad Paris 1 Panthéon -Sorbonne. Se ha desempeñado como investigador del área de Derecho internacional de la Universidad del Rosario y ha efectuado pasantías con el Gobierno colombiano, la OCDE y en Gaillard Banifatemi Shelbaya Disputes, en donde se desempeña en la actualidad.

LA NOTIFICACIÓN DE LA INTENCIÓN DE ARBITRAR UNA CONTROVERSIA Y LA SOLICITUD DE ARBITRAJE EN EL ARBITRAJE DE INVERSIÓN

1. Introducción

Este Artículo no persigue abarcar la diversidad de temas implicados en estos aspectos del arbitraje de inversión, ni consiste en un estudio crítico de fondo sobre estos aspectos. Por el contrario, y en línea con la filosofía que informa esta Guía, este artículo busca suministrar los elementos básicos a ser considerados durante la elaboración de estos primeros documentos en el contexto del inicio de un arbitraje de inversión y brindar algunos consejos prácticos o puntos para ser considerados por los practicantes cuando se abocan a la elaboración de la Notificación de Intención y de la Solicitud o Requerimiento de Arbitraje.

2. Notificación de la Intención de Arbitrar una Controversia

Como es bien sabido, el consentimiento para resolver una controversia mediante arbitraje puede ser otorgado por un Estado receptor de la inversión a través de distintos medios.

En primer lugar, el consentimiento puede ser otorgado a través de un contrato. A modo de ejemplo, Perú suele incluir en sus contratos de concesión cláusulas de arbitraje con referencia al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (“**CIADI**”). El caso *Autopista del Norte*, resuelto en junio de 2022, se fundó en un contrato con una cláusula de este tipo.¹ De manera similar, la demanda de Upland Oil and Gas que actualmente cursa en contra de la empresa estatal PeruPetro ante el CIADI,² se fundó en un contrato de licencia para la exploración y explotación de hidrocarburos, cuyo artículo 21.3 establece que “cualquier litigio, controversia, diferencia o reclamo resultante del contrato o relativo al Contrato (...), deberá ser resuelto por medio de arbitraje internacional de derecho (...) administrado por el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones”³).

1 *Autopista del Norte S.A.C. c. República de Perú*, Caso CIADI No. ARB/18/17.

2 *Upland Oil and Gas LLC (USA) y Upland Oil and Gas LLC (Perú) c. PeruPetro S.A.*, Caso CIADI No. ARB/22/19.

3 Contrato de licencia para la exploración y explotación de hidrocarburos en el Lote XXIII, PeruPetro S.A. y BPE Exploración & Producción S.R.L. con intervención de BPZ Energy Inc. y El Banco Central de Reserva del Perú, Serie BN° 1456388, disponible en: <https://www.perupetro.com.pe/wps/wcm/connect/corporativo/a5031632-1112-4e6f-a22b-1a67fae8a23e/L+XX+III-1.pdf?MOD=AJPERES>.

En segundo lugar, el consentimiento del Estado puede ser otorgado por una ley de inversión, como la Carta de Inversión Comunitaria (2011) de la República Centroafricana, cuyo artículo 22 dispone que las controversias entre uno o más inversionistas y la República Centroafricana relativas a su aplicación han de regirse por un procedimiento de arbitraje y de conciliación que puede derivar del Convenio del CIADI, del Mecanismo Complementario del CIADI, en el caso de que el inversionista no reúna las condiciones de nacionalidad del Convenio, o del arbitraje de la Corte común de justicia y arbitraje de la Organización para la Armonización del Derecho Mercantil en África (OHADA).⁴

En tercer lugar, el consentimiento del Estado puede otorgarse a través de un tratado, ya sea bilateral⁵ o multilateral.⁶ En la actualidad existen 3288 tratados de protección de inversiones, entre los cuales 2558 están en vigor.⁷

Teniendo en cuenta los diversos instrumentos en los que puede figurar el consentimiento del Estado receptor de la Inversión, el primer paso en el evento en que se considere la posibilidad de recurrir al arbitraje para reclamar por alegadas violaciones de la protección otorgada al inversionista bajo un tratado, una ley de inversión o bajo un contrato, según sea el caso, es consultar el instrumento específico y sus términos.

Como ilustran los ejemplos que se transcriben a continuación, la vasta mayoría de tratados sobre protección de inversiones prevén que el inversionista que estima que el Estado receptor de la inversión ha vulnerado alguna de las protecciones sustantivas establecidas en el tratado y que desea recurrir al arbitraje para solucionar la controversia debe, como paso inicial y previo al inicio del procedimiento arbitral, notificar al Estado receptor su intención de recurrir

4 Ver igualmente el artículo 26 de la Ley sobre la inversión privada nacional y extranjera de Afganistán (2005), o el artículo 30 del Código de Inversiones de Mauritania (Ley n° 52/2012).

5 Por ejemplo, el artículo XII.2 del tratado bilateral de inversión Canadá – Uruguay, firmado el 29 de octubre de 1997 y en vigor desde el 2 de junio de 1999, dispone: “*Si una controversia no se hubiese resuelto amistosamente dentro de un período de seis meses contado a partir de la fecha de su inicio, el inversionista podrá someterla a arbitraje*”.

6 Ver, por ejemplo, el artículo 10.17.1 del Tratado de Libre Comercio entre la República Dominicana, Centroamérica y los Estados Unidos (CAFTA-DR), firmado el 5 de agosto de 2004 y el artículo 9.19 del Tratado Integral y Progresivo de Asociación Transpacífico (CPTPP), firmado el 8 de marzo de 2018 (según los cuales “[c]ada Parte consiente en someter una reclamación al arbitraje, con arreglo a esta Sección y de conformidad con este Tratado) o el artículo 26.3 del Tratado sobre la Carta de la Energía, firmado el 17 de diciembre de 1994 (“(...) las Partes Contratantes consienten incondicionalmente en someter sus controversias a arbitraje o conciliación internacional, de conformidad con lo dispuesto en el presente artículo”).

7 UNCTAD, *World Investment Report 2022*, UNCTAD/WIR/2022, Geneva, 2022, p. 65.

al arbitraje. Por ejemplo, el tratado bilateral de inversión entre la República del Perú y el Reino Unido dispone:

“Artículo 10. Solución de controversias entre una Parte Contratante y un nacional de la otra Parte Contratante

(1) Toda controversia legal que surja entre una Parte Contratante y un nacional o sociedad de la otra Parte Contratante relativa a una inversión de este último en el territorio de la primera se resolverá, en la medida de lo posible, de forma amigable entre las dos partes interesadas.

(2) Si cualquier controversia de este tipo no puede ser resuelta en el plazo de tres meses entre las partes de la controversia a través de una solución amistosa, el ejercicio de recursos internos o de otra manera, cada una de las Partes Contratantes consiente en someterla al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (en adelante “el Centro”) para su solución por conciliación o arbitraje en virtud del Convenio sobre 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.

(3) Una sociedad que se haya constituido o esté constituida conforme a la legislación vigente en el territorio de una Parte Contratante y en la que, antes de que surja la controversia, la mayoría de las acciones sean propiedad de nacionales o sociedades de la otra Parte Contratante, será tratada, de conformidad con el artículo 25(2)(b) del Convenio, como una sociedad de la otra Parte Contratante.

(4) En caso de desacuerdo sobre si el procedimiento más adecuado es la conciliación o el arbitraje, el nacional o la sociedad afectada tendrá derecho a elegir. (...)”⁸

De manera similar, el Tratado Integral y Progresivo de Asociación Transpacífico (“CPTPP”) dispone:

“Artículo 9.19: Sometimiento de una reclamación a arbitraje

(...)

3. Al menos 90 días antes de someter cualquier reclamación a arbitraje en virtud de esta Sección, el demandante deberá entregar al demandado una notificación escrita de su intención de someter una reclamación de arbitraje (notificación de intención). La notificación deberá especificar (...)”⁹

8 Acuerdo entre el Gobierno del Reino Unido e Irlanda del Norte y el Gobierno de la República del Perú para la promoción y protección de inversiones, firmado el 4 de octubre de 1993 y en vigor desde el 21 de abril de 1994, Artículo 10 (traducción propia).

9 Tratado Integral y Progresivo de Asociación Transpacífico (CPTPP), firmado el 8 de marzo de 2018.

Lejos de ser cláusulas anodinas o simples exhortaciones, las cláusulas que establecen la necesidad o el requerimiento de notificar la existencia de una controversia o de notificar la intención del inversionista de dar comienzo a un arbitraje de inversión, existen por razones importantes y cumplen funciones de fondo, como se ve a continuación. Asimismo, su elaboración y notificación posterior requiere analizar varios aspectos de carácter práctico.

2.1 Aspectos de fondo

Varias consecuencias se derivan de la notificación de intención o notificación de controversia, entre ellas:

2.1.1 La notificación cristaliza la controversia

Como es apenas natural, las controversias que pueden ser objeto de arbitraje deben consistir en controversias legales, es decir, no de intereses, sino disputas jurídicas. Este requisito se encuentra claramente establecido en varios instrumentos. Por ejemplo, el Artículo 10(1) del Tratado Bilateral de Inversión entre Perú y el Reino Unido arriba transcrito refiere a “controversia legal”. Asimismo, el Artículo 25 de la Convención CIADI,¹⁰ establece que la controversia debe ser una controversia de carácter jurídico:

“(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” (énfasis añadido).

Es importante anotar que, desde una perspectiva práctica, es recomendable tener documentadas las diferencias e intercambios con la parte contraria en casos

10 Sobre la naturaleza jurídica de una diferencia en el contexto del Convenio del CIADI, véase Christoph Schreuer, Loretta Malintoppi, August Reinisch y Anthony Sinclair, “Artículo 25”, en *Schreuer’s Commentary on the ICSID Convention*, 2ª ed., Cambridge University Press, 2009, p. 99 (“Más bien, es el tipo de reclamación que se presenta y la prescripción o política que se invoca lo que decide si una disputa es legal o no. Por lo tanto, es totalmente posible reaccionar ante un incumplimiento de un acuerdo basándose en normas morales, invocando conceptos de justicia o señalando la falta de sensatez política y económica de esa forma de actuar. La disputa sólo se calificará de legal si se solicitan recursos legales como la restitución o los daños y perjuicios y si se reclaman derechos legales basados, por ejemplo, en contratos, tratados o legislación. Por lo tanto, está en gran medida en manos del demandante presentar la disputa en términos legales”) (traducción propia).

de controversias, lo que se llamaría el “paper trail”, en inglés. No obstante, solo en la medida en que se establezca claramente que existen posiciones encontradas sobre un punto legal, es posible recurrir al arbitraje. En este sentido, la notificación de la disputa o la notificación de iniciar un procedimiento arbitral bajo un instrumento específico, sirve además para cristalizar la controversia.

2.1.2 Dispara el gatillo que permite dar inicio al procedimiento arbitral y da comienzo al periodo de negociaciones amistosas o “cooling off-period”

Tal como se ha comentado, la vasta mayoría de los tratados de protección de inversiones establece como requisito para dar inicio al arbitraje, la notificación por parte del inversor de su intención de dar comienzo a un procedimiento arbitral o la notificación de la existencia de una disputa bajo el instrumento en cuestión. Es por ello que se les ha llamado a estas cláusulas, cláusulas gatillo,¹¹ pues “disparan”, por así decirlo, el mecanismo de resolución de controversias.

Otro aspecto íntimamente relacionado con la activación del mecanismo de resolución de controversias a raíz de la notificación de la intención de dar comienzo al arbitraje es el hecho que desde la misma empieza a computarse el periodo establecido en el tratado para que las partes intenten resolver de manera negociada su controversia. Este punto es de crucial importancia, ya que la gran mayoría de tratados establece la necesidad de que el inversionista y el Estado receptor de la inversión sostengan conversaciones amistosas, como un requisito que debe agotarse previa la iniciación del procedimiento arbitral como tal.

2.1.3 ¿Obligación del inversionista o elemento del consentimiento? ¿Admisibilidad o jurisdicción?

Una cuestión altamente debatida con respecto a la notificación de la intención de someter una controversia al arbitraje es la naturaleza de esta obligación y las consecuencias que se derivan de su incumplimiento. En particular, existe desacuerdo acerca de si la notificación de intención constituye un elemento del consentimiento del Estado para arbitrar una controversia con el inversionista, y por tanto en ausencia de esta, un tribunal carecería de jurisdicción para conocer de la controversia, o si se trata de una cuestión de admisibilidad de una demanda de arbitra-

11 Lucy F. Reed, Jan Paulsson y Nigel Blackaby, “Chapter 3: ICSID Investment Treaty Arbitration”, en *Guide to ICSID Arbitration*, Kluwer Law International, 2010, p. 97 (“Ya sea como requisito del tratado o como cuestión de práctica, el inversor suele iniciar el periodo de negociación enviando una carta - comúnmente denominada “carta gatillo” - a las autoridades centrales de mayor rango del Estado anfitrión (como el jefe de Estado y el ministro a cargo de las inversiones extranjeras) notificándoles la existencia de una controversia en virtud del TBI pertinente”) (traducción propia).

je, que de no haber sido cumplida puede ser subsanada y que no priva al tribunal arbitral de jurisdicción.¹²

Como es natural, el texto específico del tratado juega un papel preponderante en la determinación de los efectos de la ausencia de la notificación de intención. Algunos tratados establecen el requisito de notificar la intención de arbitrar bajo la cláusula relativa al otorgamiento del consentimiento del Estado Receptor de la inversión, en cuyo caso este requisito podría ser considerado como un elemento esencial del consentimiento del Estado sin el cual el inicio de un arbitraje no sería posible.

Por el contrario, en otros tratados, la obligación del inversionista de notificar la intención de comenzar procedimientos arbitrales se halla bajo acápites diferentes al del consentimiento del Estado, como es el caso del texto del CAFTA-DR Artículo 10.16 (2), que prevé:

“Por lo menos 90 días antes de que se someta una reclamación a arbitraje en virtud de esta Sección, el demandante entregará al demandado una notificación escrita de su intención de someter la reclamación a arbitraje (“notificación de intención”).”¹³

Algunos tribunales han considerado que la notificación de intención es simplemente una medida deseable y que el hecho de no notificar una disputa no afecta la jurisdicción del tribunal. Por ejemplo, el tribunal de *Bayindir c. Pakistán*, interpretando la cláusula del tratado aplicable según la cual las controversias entre un Estado y un inversionista del otro Estado deben ser notificadas a través de una notificación escrita con información detallada, afirmó:

“El tribunal está de acuerdo con la opinión de que el requisito de notificación no constituye un requisito previo a la jurisdicción (...). Exigir una notificación formal significaría simplemente que [el inversionista] tendría que presentar una nueva solicitud de arbitraje y reiniciar el procedimiento, lo que no beneficiaría a nadie.”¹⁴

12 Christoph Schreuer, “Travelling the BIT Route. Of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road”, *The Journal of World Investment & Trade*, Vol. 5, No. 2, 2005, p. 239; August Reinisch, “Jurisdiction and Admissibility in International Investment Law”, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, Vol. 16, No. 2, Brill, 2017, pp. 31-34; Veijo Heiskanen, “Ménage à trois? Jurisdiction, Admissibility and Competence in Investment Treaty Arbitration”, *ICSID Review*, Vol 29, No 1, 2014, pp. 239, 241; Andrea Gattini, “Jurisdiction *rationae temporis* in International Investment Arbitration”, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 16, 2017, pp. 145-147; Saar A. Pauker, “Admissibility of claims in investment treaty arbitration”, *Arbitration International*, 34, 2018, pp. 26-34.

13 Tratado de Libre Comercio entre la Republica Dominicana, Centroamérica y los Estados Unidos (CAFTA-DR), firmado el 5 de agosto de 2004, subrayas fuera del texto.

14 *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. c. República Islámica de Pakistan*, Caso CIA-

Por su parte, el tribunal de *Western NIS Enterprise c. Ucrania* tras indicar que: “[L]a notificación adecuada es un elemento importante del consentimiento del Estado al arbitraje, ya que permite al Estado, actuando a través de sus órganos competentes, examinar y posiblemente resolver la controversia mediante negociaciones,”¹⁵ consideró que la notificación no afectaba la jurisdicción del Tribunal, tratándola como un requisito de admisibilidad.¹⁶ Independientemente de los efectos jurídicos que se le adjudiquen a la falta de la notificación de la intención de someter una controversia a arbitraje, no cabe duda de que la práctica aconsejable y más correcta para un inversionista es el cumplir con dicha notificación de intención a fin de evitar decisiones adversas.

2.1.4 Algunas observaciones sobre los efectos de la notificación de intención

Muy a menudo cuando se ven confrontados con el requisito de notificar la intención de arbitrar, los inversionistas se cuestionan sobre los efectos estratégicos de presentar tal notificación, y en particular sobre dos aspectos: (i) saber si el envío de la notificación de intención supone que forzosamente ya están obligados a seguir adelante con el arbitraje una vez concluya el así llamado “cooling-off period” y; (ii) la preocupación de que al enviar una notificación de intención se encuentren con una reacción adversa de parte del Estado receptor de la inversión o, si por el contrario, puede ser utilizado como un medio de apalancamiento y un aliciente para que el Estado tome en cuenta sus reclamaciones.

Sobre el primer punto, debe precisarse que el enviar una notificación de intención no obliga al inversor a proseguir con el arbitraje forzosamente. En cuanto al segundo punto, diferentes Estados y diferentes regímenes tienen diversas respuestas, pero sea como fuere, si los Estados Parte han establecido el requisito de notificación de disputas, el inversor debe cumplir con dicho requerimiento.

2.2 Aspectos prácticos de la Notificación de Intención

En lo atinente a los requisitos formales y la información que debe contener la Notificación de Intención, debe anotarse que dependen de las exigencias establecidas en el instrumento bajo el cual se esté invocando el consentimiento para acudir a arbitraje. No obstante, también hay otros aspectos prácticos que es conveniente tener en cuenta al efectuar las notificaciones.

DI No. ARB/03/29, Laudo, 27 de agosto de 2009, párr. 100 (traducción propia).

15 *Western NIS Enterprise Fund c. Ucrania*, Caso CIADI No. ARB/04/2, Orden, 16 de marzo de 2006, párr. 5 (traducción propia).

16 *Ibid.*, paras 7-8.

En lo que refiere al contenido en si de la notificación de intención, algunos instrumentos establecen los elementos específicos que la notificación debe contener mientras que otros no lo hacen. Como se ha mencionado, el primer paso es siempre referirse al texto del tratado, contrato o ley de inversión para determinar si existen elementos que deben ser contenidos en la notificación.

A modo de ejemplo, el Artículo 10.16(2) de CAFTA-DR lista los elementos que debe contener la notificación:

“En la notificación se especificará: (a) el nombre y la dirección del demandante y, en el caso de que la reclamación se someta en representación de una empresa, el nombre, dirección y lugar de constitución de la empresa; (b) por cada reclamación, la disposición de este Tratado, la autorización de inversión o el acuerdo de inversión presuntamente violado y cualquier otra disposición aplicable; (...).”¹⁷

Los elementos listados en el artículo precedente son lógicos y su enumeración resulta un útil recordatorio de los elementos a tener en cuenta. Ahora bien, otros tratados como es el tratado bilateral de inversión Uruguay – Canadá no listan todos los elementos y se limitan a disponer los elementos substantivos esenciales de una notificación:

“A efectos de este párrafo, se considera que se ha iniciado una disputa cuando el inversionista de una Parte Contratante haya notificado por escrito a la otra Parte Contratante alegando que una medida tomada, o no tomada, por esta última viola este Acuerdo, y que el inversionista ha incurrido en pérdidas o daños como consecuencia o resultado de tal violación.”¹⁸

Un segundo punto para tener en cuenta respecto al contenido de la notificación es la extensión de esta y si deben plantearse desde la misma todas las reclamaciones del inversionista y todos los hechos relevantes o si la misma ha de ser más sucinta. Existen varias consideraciones a este respecto. De una parte, en la medida de que la notificación de intención da inicio a un periodo de negociaciones entre el inversionista y el Estado receptor, hay argumentos que militan a favor de que la notificación de intención contenga suficientes elementos que comprendan las diferentes reclamaciones que el inversionista considera tener ante la conducta

17 Tratado de Libre Comercio entre la Republica Dominicana, Centroamérica y los Estados Unidos (CAFTA-DR), firmado el 5 de agosto de 2004, (subrayas fuera del texto)

18 Acuerdo entre el Gobierno de Canadá y el Gobierno de la República Oriental del Uruguay para el fomento y la protección de las inversiones, firmado el 29 de octubre de 1997 y en vigor desde el 2 de junio de 1999, artículo XII.2.

del Estado. De hecho, varios tribunales han considerado que al no contener la notificación de intención determinadas reclamaciones que el inversionista presenta con posterioridad en el Requerimiento de Arbitraje, estas reclamaciones no contenidas en la notificación de inversión son inadmisibles.¹⁹

De otra parte, resulta posible que, al momento del envío de la notificación de intención, el inversionista esté considerando cómo plantear sus reclamaciones y la extensión de ellas, o que en la medida en que ciertas acciones del Estado se hallan en curso, las reclamaciones pueden evolucionar o nuevos hechos aparecer, de allí que no siempre el inversionista estime conveniente establecer un catálogo de la totalidad de violaciones a los diferentes estándares de protección que alega. En contraposición con la posición adoptada por ciertos tribunales referida en el párrafo anterior, otros tribunales han considerado que no es necesario que inversionista presente en la notificación de intención un recuento exhaustivo de todas sus reclamaciones.²⁰

Por tanto, debe considerarse si es adecuado para un inversionista en un caso específico efectuar una reserva de derechos a ampliar el ámbito de las reclamaciones.

Otro elemento por considerar es a quién o quiénes debe ir dirigida la notificación de intención. Si el instrumento bajo el cual se está invocando la posibilidad de recurrir a arbitraje posee tal indicación, la cuestión es clara. No obstante, cuando dicha información no se haya consignada en el tratado, ley o contrato, surge la pregunta de quién debe ser considerado como agente del Estado para efectos de esta comunicación. La realidad es que hoy en día la mayoría de los Estados poseen equipos encargados de la defensa del Estado, muchos de ellos de gran sofisticación, con lo que la información está públicamente disponible. Para aquellos casos en los cuales esta información no está disponible, por lo general las notificaciones se efectúan al Presidente o al Ministro de Relaciones Exteriores y

19 El tribunal del caso *Goetz c. Burundi* declaró como inadmisibles las reclamaciones suplementarias que el inversionista buscó incluir en su solicitud de arbitraje que no habían sido mencionadas en la notificación de intención (*Antoine Goetz et consorts c. República de Burundi*, Caso CIADI No. ARB/95/3, Laudo, 10 de febrero de 1999, párr. 92-93). Ver, igualmente, Sarah François-Poncet y Caline Mouawad, “So You Want to Start and Investment Treaty Arbitration? Getting the Notice of Dispute Right”, en Albert Jan Van den Berg (ed.), *50 Years of the New York Convention: ICCA International Arbitration Conference*, ICCA Congress Series, Vol. 14, Kluwer Law International, pp. 178-186.

20 Ver, por ejemplo, las decisiones de los tribunales en *ADF Group Inc. c. Estados Unidos de América*, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/1, Laudo, 9 de enero de 2003, párr. 127-138; *Generation Ukraine, Inc. c. Ucrania*, Caso CIADI No. ARB/00/9, Laudo, 13 de septiembre de 2003, párr. 14.5 y *AMTO LLC c. Ucrania*, Caso SCC No. 080/2005, Laudo Final, 26 de marzo de 2008, párr. 57).

al Embajador del Estado Receptor en el país de nacionalidad del inversionista. El incluir al Embajador del Estado Receptor en el país del inversionista resulta una práctica conveniente para abrir niveles de comunicación que son aconsejables si se busca llegar a una solución negociada.

Igualmente, debe considerarse que la persona que envía la notificación esté debidamente facultada para hacerlo.

Por último, y aunque esta cuestión se torna particularmente relevante cuando se notifica el Requerimiento de Arbitraje, como se verá más adelante, otra consideración a tener en cuenta al momento de la elaboración de la notificación de intención es, en caso de que en ese momento se encuentren en curso procedimientos judiciales o administrativos de derecho municipal, si debe efectuarse alguna salvedad en el escrito de la notificación o en los escritos locales para evitar argumentos de que el inversionista esté persiguiendo diversos recursos de manera paralela.

Es importante recordar que, en algunos países, es un requerimiento agotar ciertos procedimientos locales para evitar que los estamentos administrativos estimen que la decisión – considerada como nociva por el inversionista- quede en firme y aceptada por el inversionista. En aquellos casos, es esencial una coordinación entre los asesores legales a nivel doméstico e internacional para actuar de manera coherente y, por lo general, los inversionistas deben tener cuidado de establecer las reservas del caso en ambos ámbitos. En otras palabras, si bien las reclamaciones bajo el derecho municipal y las reclamaciones relativas a violación de obligaciones internacionales del Estado poseen una naturaleza diferente, debe actuarse con cautela para evitar que se pueda predicar una identidad en las reclamaciones en el ámbito local y bajo el instrumento internacional en cuestión o que se dé un caso de abuso del proceso con la posibilidad de compensaciones bajo los diferentes regímenes. El punto aquí no es solo el que no haya contradicción en las actuaciones locales e internacionales sino que una actuación local, por ejemplo una reclamación de compensación pecuniaria bajo derecho local pueda suponer una obstáculo para la reclamación internacional, como ocurre con algunos tratados, por ejemplo el TBI México – Portugal , cuyo Artículo 8(2) establece que:

“Si un inversionista somete una reclamación al arbitraje de conformidad con esta Sección, ni el inversionista ni su inversión podrán iniciar o continuar procedimientos ante un tribunal nacional, salvo los procedimientos en que se solicite la aplicación de medidas precautorias de carácter suspensivo, declaratorio o extraordinario, que no impliquen el pago de daños ante un tribunal administrativo o judicial conforme a la legislación de la Parte contendiente. Si un inversionista o su inversión inicia procedimientos ante un tribunal nacional, el inversionista no podrá someter la reclamación a arbitraje de conformidad con esta Sección.”

3. El Requerimiento de Arbitraje

Con la presentación del Requerimiento de Arbitraje, el inversionista acepta la oferta de arbitrar una controversia con el Estado Receptor de la inversión. En otras palabras, otorga su consentimiento al arbitraje. A diferencia de lo que ocurre con una cláusula contractual donde las partes han aceptado todos los términos del contrato, en los casos de arbitraje de inversión iniciados bajo un tratado de inversión o una ley de inversión, el consentimiento del inversionista se entiende diferido en el tiempo con lo que el Requerimiento o Solicitud de Arbitraje perfecciona el acuerdo entre las Estado receptor e inversionista para arbitrar.

3.1 Consideraciones respecto de los términos temporales para la presentación del Requerimiento de Arbitraje, el agotamiento del periodo de negociaciones amistosas y la posibilidad de invocar la cláusula de la Nación Mas Favorecida en el contexto del Requerimiento de Arbitraje

Como es apenas obvio, a efectos de presentar el Requerimiento de Arbitraje es importante observar los términos establecidos en el instrumento invocado para dar inicio al arbitraje, entre ellos el periodo de negociaciones amistosas. El no agotamiento del así llamado “cooling off period” puede poner en tela de juicio la admisibilidad de la demanda de arbitraje o la jurisdicción del tribunal para conocer del caso. Al respecto, los tribunales arbitrales han adoptado diferentes posiciones según el texto del tratado y las circunstancias invocadas por los inversionistas a efectos de iniciar el arbitraje antes de que haya expirado el término establecido para las negociaciones con el Estado.²¹ La controversia, una vez más, se centra en determinar si las negociaciones constituyen un requisito del consentimiento del Estado o por el contrario tienen otra naturaleza.

Tradicionalmente, los dos argumentos invocados por los inversionistas a fin de evitar el periodo de negociaciones amistosas o limitarlos han sido (i) argumentar que el tener que esperar que expire el tiempo establecido para las negociaciones amistosas, cuando el Estado receptor de la inversión no ha demostrado o no de-

21 Por un lado, algunos tribunales que han considerado que el no cumplimiento del “cooling off period” no afecta su jurisdicción (ver, por ejemplo, *Ronald S. Lauder c. República Checa*, UNCITRAL, Laudo Final, 3 de septiembre de 2001, párr. 191 o *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi AS c. Pakistan*, Caso CIADI No. ARB/03/29, Decisión sobre jurisdicción, 14 de noviembre de 2005). Por el contrario, tribunales más recientes han considerado que el no cumplimiento con este periodo constituye un defecto de naturaleza jurisdiccional (*Murphy Exploration and Production Comp. Int'l c. Ecuador*, Laudo sobre jurisdicción, 15 de diciembre de 2010, párr. 149; *Impreglio c. Argentina*, Caso CIADI No. ARB/07/17, Laudo, 21 de junio de 2011, o *Daimler c. Argentina*, Caso CIADI No. ARB/05/1, Decisión sobre jurisdicción, 22 de agosto de 2012, párr. 194).

muestra una intención de negociar, es un ejercicio inútil;²² e (ii) invocar la cláusula de la nación más favorecida contenida en el tratado de protección de la inversión a fin de “importar” una cláusula de resolución de controversias de otro tratado que, o bien no exija observar el periodo de negociaciones amistosas o que prevea un periodo más corto para las negociaciones amistosas.²³

Los extractos de las decisiones de dos tribunales arbitrales respecto de la invocación de la cláusula de la nación más favorecida a efectos de reducir el “cooling-off period”, ilustran la controversia. Por un lado, el tribunal del caso *Gas Natural c. Argentina* afirmó lo siguiente:

“A menos que resulte claro que los Estados Partes en un TBI o las partes en un determinado acuerdo sobre inversiones han acordado un método diferente para dar solución a eventuales controversias, deben entenderse aplicables a la solución de controversias las disposiciones de los TBIs sobre nación más favorecida.”²⁴

Por el contrario, en el caso *Telenor c. Hungría*, el tribunal concluyó que:

“En ausencia de lenguaje o contexto que sugiera lo contrario, el sentido corriente de ‘las inversiones recibirán un trato no menos favorable que el concedido a las inversiones realizadas por inversores de cualquier tercer Estado’ es que los derechos sustantivos del inversor respecto a las inversiones deben recibir un trato no menos favorable que el de un TBI entre el Estado

22 Según Schreuer, “cuando no hay perspectivas reales de llegar a un acuerdo negociado, cabe preguntarse si tiene sentido insistir en el cumplimiento del periodo de espera” (Christop Schreuer, “Travelling the BIT Route. Of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road”, *The Journal of World Investment & Trade*, Vol. 5, No. 2, 2004, p. 232). Para aplicaciones en la práctica arbitral, véase *Ethyl c. Canadá* (“[la regla] no se tiene en cuenta cuando se demuestra que, de hecho, no había ningún recurso disponible y que cualquier intento de agotamiento habría sido fútil”, *Ethyl Corporation c. el Gobierno de Canadá*, UNCITRAL, Laudo sobre Jurisdicción, 24 de junio de 1998, párr. 84) o *SGS c. Pakistán* (“había pocos indicios de que alguna de las partes estuviera dispuesta a entablar negociaciones o consultas en relación con la disputa en desarrollo”, *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. República Islámica de Pakistán*, Caso CIADI No. ARB/01/13, Decisión sobre las objeciones a la jurisdicción, párr. 184) (traducción propia).

23 El caso hito en este respecto es *Maffezini c. España*, en el que el inversionista acudió a la cláusula de la nación más favorecida para eludir el requisito de observar un periodo de espera de 18 meses previsto en el tratado aplicable y para beneficiarse de un tercer tratado que preveía el recurso al arbitraje sin periodo de espera alguno. El tribunal, ante una cláusula de la nación más favorecida que consideró suficientemente amplia, acogió favorablemente el argumento del inversionista (*Emilio Agustín Maffezini c. el Reino de España*, Caso CIADI No. ARB/97/7, Decisión sobre la Jurisdicción, 25 de enero de 2000).

24 *Gas Natural SDG, S.A. c. República de Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/10, Decisión del Tribunal sobre preguntas preliminares sobre jurisdicción, 17 de junio de 2005, párr. 49.

anfitrión y un tercer Estado, y no hay ninguna justificación para interpretar la frase mencionada como si importara también derechos procesales. Una cosa es estipular que el inversionista se beneficie del trato de la NMF y otra muy distinta utilizar la cláusula de la NMF en un TBI para eludir una limitación en el mismo TBI cuando las partes no han utilizado un lenguaje en la cláusula de la NMF que muestre la intención de hacerlo, como se ha hecho en algunos TBI.”²⁵

Antes de abocar el contenido de la solicitud o requerimiento de arbitraje, resulta importante resaltar una vez más la importancia de observar los términos de las cláusulas de resolución de controversias y los términos temporales establecidos en ellas. En efecto, algunos tratados establecen limitantes temporales o periodos de prescripción para el inicio de un arbitraje. Por vía de ejemplo, el CAFTA-DR establece que el inversionista no podrá comenzar un arbitraje si han transcurrido tres años desde que conoció o debió haber conocido del hecho que dio lugar a una alegada violación del tratado:

“Ninguna reclamación podrá someterse a arbitraje conforme a esta Sección, si han transcurrido más de tres años a partir de la fecha en que el demandante tuvo o debió haber tenido conocimiento de la violación alegada conforme a lo establecido en el Artículo 10.16.1 y conocimiento de que el demandante (por las reclamaciones entabladas en virtud del Artículo 10.16.1(a)), o la empresa (por las reclamaciones entabladas en virtud del Artículo 10.16.1(b)) sufrió pérdidas o daños.”²⁶

De igual forma, ciertos tratados establecen obligaciones conforme a las cuales no es posible comenzar el arbitraje si no ha transcurrido cierto tiempo desde la conducta del Estado que se alega como violatoria de las protecciones sustantivas del tratado. Por ejemplo, el tratado de libre comercio México – Perú, dispone: “Un inversionista no podrá someter una reclamación a arbitraje conforme a esta Sección a menos que hayan transcurrido 6 meses desde que tuvieron lugar los hechos que la motivaron.”²⁷

25 *Telenor Mobile Communications AS c. República de Hungría*, Caso CIADI No. ARB/04/15, Laudo, 13 de septiembre de 2006, párr. 92 (traducción propia).

26 Tratado de Libre Comercio entre la Republica Dominicana, Centroamérica y los Estados Unidos (CAFTA-DR), firmado el 5 de agosto de 2004, artículo 10.18.1

27 Tratado de Libre Comercio entre México y Perú, firmado el 6 de abril de 2011, en vigor desde el 1 de febrero de 2012, artículo 11.20.4.

3.2 Aspectos prácticos del Requerimiento de Arbitraje

Como resulta lógico, el Requerimiento debe contener la información relativa a la inversión que se alega haber efectuado, aquella relativa al inversionista y su calificación como tal de conformidad con el tratado y la información mínima que establece su carácter como tal. de igual forma, debe contener las alegaciones básicas relativas a la conducta del Estado y las protecciones sustantivas del tratado que se alegan conculcadas.

Para evitar que personas naturales que a la vez son accionistas en una persona jurídica presenten acciones duales en nombre propio e indirectamente a través de las personas jurídicas de la que son accionistas, algunos tratados establecen disposiciones y requisitos a este respecto. Por ejemplo, según el CAFTA-DR:

“Ninguna reclamación podrá someterse a arbitraje: (a) alegando una violación de una autorización de inversión en virtud del Artículo 10.16.1(a)(i)(B) o del Artículo 10.16.1(b)(i)(B), o (b) alegando una violación de un acuerdo de inversión en virtud del Artículo 10.16.1(a)(i)(C) o del Artículo 10.16.1(b)(i)(C), si el demandante (para el caso de reclamaciones sometidas en virtud del Artículo 10.16.1(a)) o el demandante o la empresa (para el caso de reclamaciones sometidas en virtud del Artículo 10.16.1(b)) han sometido previamente la misma violación que se alega ante un tribunal administrativo o judicial de la Parte demandada, o a cualquier otro procedimiento de solución de controversias vinculante, para adjudicación o resolución.”²⁸

De igual forma, es esencial que el Requerimiento incluya la información de dirección y representación del inversionista para efectos de todas notificaciones.

Asimismo, el Requerimiento debe contener la elección del inversionista respecto al reglamento arbitral aplicable y la institución arbitral o, de ser el caso, especificar si el arbitraje es ad-hoc y cuál es la autoridad administradora o de nominación. En la mayoría de tratados, esta opción se halla en cabeza del inversionista, sin dejar de mencionar que en algunos casos, la decisión exige un periodo de consultas entre el Estado y el inversionista. Por ejemplo, el TBI entre el Reino Unido y Ucrania, establece:

“Cuando la controversia se someta a arbitraje internacional, el inversor y la Parte Contratante implicada en la controversia pueden acordar remitir la controversia a:

(a) El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (...);

28 Tratado de Libre Comercio entre la Republica Dominicana, Centroamérica y los Estados Unidos (CAFTA-DR), firmado el 5 de agosto de 2004, artículo 10.18.4 (énfasis añadido).

(b) La Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional; o
(C) Un árbitro internacional o un tribunal de arbitraje ad hoc que será nombrado por un acuerdo especial o establecido de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

Si transcurrido un plazo de tres meses a partir de la notificación escrita de la reclamación no hay acuerdo sobre uno de los procedimientos alternativos mencionados, la controversia se someterá, a petición por escrito del inversor afectado se someterá a arbitraje con arreglo al Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional en vigor en ese momento. Las partes en la controversia podrán acordar por escrito la modificación del presente Reglamento.”²⁹

Otra cuestión que merece especial consideración concierne a la existencia de cláusulas de “electa una vía” (la llamada “Fork in the Road” en inglés) o a cláusulas “U Turn”. Las primeras establecen la obligación del inversionista de elegir entre acudir con su reclamación ante las cortes locales o iniciar un arbitraje de inversión, sin que una vez elegida una u otra opción le sea dado cambiar su elección. Por ejemplo, el tratado de libre comercio Chile – Australia, establece:

“No podrá someterse a arbitraje ninguna reclamación, si el demandante (...) ha alegado el incumplimiento de una obligación en virtud de la Sección en un procedimiento ante un tribunal judicial o administrativo de una Parte, u otro procedimiento vinculante de solución de controversias. Para mayor seguridad, si un inversor opta por presentar una reclamación del tipo descrito anteriormente ante un tribunal judicial o administrativo de la Parte, esa elección será definitiva y el inversionista no podrá posteriormente someter la reclamación a arbitraje conforme a esta Sección”.³⁰

De otra parte, las cláusulas “U Turn” establecen como requisito para iniciar el arbitraje, renunciar a iniciar procedimientos administrativos o judiciales o, de haberlos ya iniciado, discontinuarlos:

“Ninguna reclamación podrá someterse a arbitraje conforme a esta Sección a menos que: (...) (b) la notificación de arbitraje se acompañe, (i) de la renuncia

29 Acuerdo entre el Gobierno del Reino de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y el Gobierno de Ucrania sobre la promoción y protección recíprocas de inversiones, firmado el 19 de febrero de 1993, en vigor desde el 10 de febrero de 1993 (traducción propia).

30 Tratado de Libre Comercio entre Chile y Australia, firmado el 30 de julio de 2008, en vigor desde el 6 de marzo de 2009, artículo 10.18.3.

por escrito del demandante a las reclamaciones sometidas a arbitraje en virtud del Artículo 10.16.1(a) y (ii) de las renunciaciones por escrito del demandante y de la empresa a las reclamaciones sometidas a arbitraje en virtud del Artículo 10.16.1(b) de cualquier derecho a iniciar o continuar ante cualquier tribunal judicial o administrativo conforme a la ley de cualquiera de las Partes, u otros procedimientos de solución de controversias, cualquier actuación respecto de cualquier medida que se alegue ha constituido una violación a las que se refiere el Artículo 10.16.”³¹

Ahora bien, muchos de los tratados como el CAFTA-DR o el tratado de libre comercio Perú – Estados Unidos, establecen que es posible continuar procedimientos administrativos o jurisdiccionales siempre que no haya un reclamo de compensación monetaria. Según este último:

“Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 2(b), el demandante (por reclamaciones iniciadas bajo el Artículo 10.16.1(a)) y el demandante o la empresa (por reclamaciones iniciadas bajo el Artículo 10.16.1(b)) pueden iniciar o continuar una medida cautelar, que no involucre el pago de daños monetarios, ante un tribunal judicial o administrativo del demandado, siempre que tal medida se imponga con el único propósito de preservar los derechos e intereses del demandante o de la empresa mientras continúe la tramitación del arbitraje.”³²

Esta cuestión de los procedimientos paralelos, la cual fue mencionada anteriormente en la primera parte de este trabajo, requiere especial atención para evitar que acciones locales puedan frustrar el arbitraje.

3.3 Requerimientos cumulativos

En el evento que el arbitraje sea iniciado bajo el Convenio del CIADI, es necesario que el Requerimiento de Arbitraje cumpla con los requisitos establecidos tanto en el tratado, contrato o ley de inversión y con las disposiciones establecidas en el Convenio CIADI y en sus Reglas de Iniciación de Convenio del CIADI.³³

31 Tratado de Libre Comercio entre la Republica Dominicana, Centroamérica y los Estados Unidos (CAFTA-DR), firmado el 5 de agosto de 2004, artículo 10.18.2.

32 Tratado de Libre Comercio entre la República del Perú y los Estados Unidos de América, firmado el 12 de abril de 2006, en vigor desde el 1 de febrero de 2009, artículo 10.18.3.

33 Consejo Administrativo del CIADI, *Reglas de Iniciación del Convenio del CIADI* (versión 2022), disponible en: https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/Institution_SPA.pdf

Si bien en este artículo no se desarrollan los requisitos de jurisdicción bajo el Convenio CIADI, es importante recordar que, como punto de partida, es necesario verificar los requisitos establecidos en Artículo 25 del CIADI, que dispone:

“(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.

(2) Se entenderá como “nacional de otro Estado Contratante”: (a) toda persona natural que tenga, en la fecha en que las partes consintieron someter la diferencia a conciliación o arbitraje y en la fecha en que fue registrada la solicitud prevista en el apartado (3) del Artículo 28 o en el apartado (3) del Artículo 36, la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia; pero en ningún caso comprenderá las personas que, en cualquiera de ambas fechas, también tenían la nacionalidad del Estado parte en la diferencia; y (b) toda persona jurídica que, en la fecha en que las partes prestaron su consentimiento a la jurisdicción del Centro para la diferencia en cuestión, tenga la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia, y las personas jurídicas que, teniendo en la referida fecha la nacionalidad del Estado parte en la diferencia, las partes hubieren acordado atribuirle tal carácter, a los efectos de este Convenio, por estar sometidas a control extranjero.

(3) El consentimiento de una subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante requerirá la aprobación de dicho Estado, salvo que éste notifique al Centro que tal aprobación no es necesaria.

(4) Los Estados Contratantes podrán, al ratificar, aceptar o aprobar este Convenio o en cualquier momento ulterior, notificar al Centro la clase o clases de diferencias que aceptarían someter, o no, a su jurisdicción. El Secretario General transmitirá inmediatamente dicha notificación a todos los Estados Contratantes. Esta notificación no se entenderá que constituye el consentimiento a que se refiere el apartado (1) anterior.”³⁴

No huelga recalcar, en relación con el Artículo 25(4) del Convenio CIADI, la importancia de asegurarse que las controversias sometidas a arbitraje no hayan sido excluidas por el Estado receptor de la jurisdicción del Centro. Al respecto, y a modo

34 Convenio del CIADI, artículo 25.1.

de ilustración, cabe recordar la exclusión efectuada en 2007 por Ecuador en su declaración bajo el Artículo 25(4) del Convenio CIADI, según la cual “no consentirá en someter a la jurisdicción (del CIADI) las controversias que surjan en materia de tratamiento de una inversión en actividades económicas relacionadas con la explotación de recursos naturales, tales como petróleo, gas, minerales u otros”.³⁵

Igualmente, es necesario cumplir con los requisitos y formalidades establecidas en las Reglas de Iniciación del Convenio del CIADI:

“(1) Todo Estado Contratante o nacional de un Estado Contratante que quiera iniciar un procedimiento en virtud del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (“Convenio”), deberá presentar una solicitud de arbitraje o conciliación junto con los documentos de respaldo requeridos (la “solicitud”) al Secretario General y pagar el derecho de presentación publicado en el arancel de derechos.

(2) La solicitud podrá presentarse por una o más partes solicitantes o presentarse conjuntamente por las partes en la diferencia.”³⁶

Como se desprende de dichas reglas, la solicitud debe ser presentada al Secretario General del CIADI,³⁷ en uno de los idiomas oficiales del Centro.³⁸

En cuanto al contenido de la solicitud, las Reglas de Iniciación establecen que esta debe (i) incluir una clara identificación de las partes en la diferencia y su dirección; (b) indicar si una de las partes es una subdivisión política o un organismo público de un Estado Contratante, que ha sido debidamente acreditado por dicho Estado ante el Centro, de conformidad con el Artículo 25(1) del Convenio; (c) indicar la fecha en que se otorgó el consentimiento y los documentos que lo contienen, si una de las partes es una subdivisión política o un organismo público de un Estado Contratante. También deberá acompañarse información similar sobre la aprobación de ese consentimiento por parte del Estado, salvo que se hubiere notificado al Centro que dicha aprobación no es necesaria.³⁹

Asimismo, las Reglas de Iniciación establecen que, en el caso en el que el demandante sea una persona natural, la Solicitud de Arbitraje debe contener la información relativa a: (a) su nacionalidad a la fecha de presentar la solicitud; y (b) que

35 “Notificación de Ecuador bajo el Artículo 25(4) del Convenio CIADI”, 23 de noviembre de 2007.

36 Consejo Administrativo del CIADI, *Reglas de Iniciación del Convenio del CIADI* (versión 2022), Regla 1.

37 *Ibid.*, Regla 1.

38 *Ibid.*, Regla 4.

39 *Ibid.*, Regla 2.

no tenía la nacionalidad del Estado Contratante que es parte en la diferencia, tanto en la fecha del otorgamiento como en la fecha de la presentación de la solicitud.⁴⁰

En el caso de que la parte demandante, sea una persona jurídica que a la fecha del otorgamiento del consentimiento tenía la nacionalidad del Estado Contratante que es parte en la diferencia, debe acompañarse el acuerdo mediante el cual las partes consienten que la primera sea tratada como si fuese nacional de otro Estado Contratante a los fines del Convenio.

Además, la Solicitud de Arbitraje debe ir acompañada de información sobre las cuestiones objeto de la diferencia, señalando que las partes tienen una diferencia de naturaleza jurídica que surge directamente de una inversión; e (f) indicar, si la parte solicitante es una persona jurídica, que ha tomado todas las acciones internas necesarias para autorizar la solicitud.⁴¹ Asimismo, debe tenerse en cuenta el número de copias requeridas en las Reglas de Iniciación.

El Secretario General del CIADI podrá denegar el registro de la Solicitud si esta no cumple con los requisitos y solicitar aclaraciones o suplementaciones.⁴² En concreto, según el Convenio del CIADI, el Secretario General podrá denegar el registro si “de la información contenida en dicha solicitud, encuentre que la diferencia se halla manifiestamente fuera de la jurisdicción del Centro”.⁴³

En el caso de que se busque iniciar el arbitraje bajo el Mecanismo Complementario del CIADI, es igualmente necesario cumplir con los requisitos allí establecidos, y en particular aquellos previstos en las Reglas de Arbitraje del Mecanismo Complementario del CIADI.⁴⁴

Sobra anotar que, si el arbitraje va a ser administrado por otra institución arbitral, las reglas específicas de la institución arbitral deben ser debidamente consideradas. Igualmente, si se busca conducir el arbitraje bajo el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI,⁴⁵ se deben igualmente considerar las condiciones exigidas por este.

4. Conclusión

Como se ha señalado en la introducción a este artículo de la Guía, este trabajo no busca de ninguna manera ser un artículo exhaustivo sobre el tema, más cuando

40 *Ibid.*

41 *Ibid.*

42 *Ibid.*, Regla 6(2).

43 Convenio del CIADI, artículo 36.3.

44 En particular las Reglas 2, 3, 4 y 5.

45 Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), *Reglas de Arbitraje de la CNUDMI* (versión 2021), disponible en: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/21-07999_ebook_s.pdf

muchos de los aspectos no formales de la elaboración de una notificación de disputa suponen consideraciones prácticas y estratégicas que dependen de cada caso. No obstante, la conclusión y recomendación principal respecto a la forma debida para presentar tanto notificaciones de intención como solicitudes de arbitraje es la de LEER, LEER y LEER el texto específico del tratado, contrato o ley de inversión, así como las normas y reglas de las instituciones arbitrales o reglamentos del caso. Como se ha desarrollado, pueden generarse consecuencias importantes que pueden frustrar la iniciación de un arbitraje, que se desprenden de no cumplir con los requisitos establecidos en los diferentes instrumentos y reglamentos.

LA JURISDICCION EN LOS ARBITRAJES INTERNACIONALES DE INVERSION: CASOS DE AMERICA LATINA

Francisco X. Jijón

Sumario:

1. Jurisdicción y soberanía
2. Soberanía y consentimiento
3. Consentimiento y jurisdicción
4. Reclamaciones contra inversores

FRANCISCO X. JIJÓN

Francisco X. Jijón es socio del estudio global White & Case LLP. Se especializa en la resolución de controversias internacionales complejas, con un enfoque en asuntos América Latina durante 15 años. Ha asesorado inversionistas y a Estados en decenas de controversias incluyendo en diversos tipos de negociación, mediación, arbitraje y procesos judiciales. En particular, cuenta con experiencia en casos ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), la Corte Permanente de Arbitraje (CPA), la Cámara de Comercio Internacional (CCI) y en virtud de los reglamentos de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC) y de centros arbitrales regionales, así como tribunales de los Estados Unidos. Este trabajo ha abarcado diversos sectores, entre ellos casos relacionados con asuntos medioambientales, minería, hidrocarburos, electricidad, infraestructura, construcción, seguros, deuda soberana y patrimonio cultural, entre otros.

LA JURISDICCIÓN EN LOS ARBITRAJES INTERNACIONALES DE INVERSIÓN: CASOS DE AMÉRICA LATINA¹

Quisiera saber con qué autoridad, (quiero decir legítima) se me hace comparecer? Hay muchas autoridades ilegítimas en el mundo ... Contestaré cuando haya entendido la legalidad de la autoridad.
Carlos I (1600-1649)

Con estas palabras Carlos I de Inglaterra y Escocia, rey que había peleado una guerra civil para hacer valer su soberanía, se negó a reconocer la competencia del tribunal constituido para juzgarle.² Siglos después, este epígrafe es apropiado como punto de partida para este capítulo porque el concepto de autoridad legítima subyace uno de los conceptos fundamentales y más frecuentemente litigados de los arbitrajes internacionales de inversión: la jurisdicción.³

La jurisdicción, según la Real Academia Española, es el “poder que tienen los jueces y tribunales para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado”.⁴ Como tantos otros conceptos legales, el término proviene del latín *ius dicere*, literalmente, significa decir la ley (*ius dicere*).⁵ Conforme con la práctica frecuentemente adoptada por los tribunales internacionales, este capítulo usa indistintamente los términos *jurisdicción* y *competencia*.⁶

1 El presente no refleja las opiniones o posiciones del autor, White & Case LLP ni alguno de sus clientes con respecto a asuntos particulares.

2 Palabras de Carlos I del 20 de enero de 1649 publicadas en *The full proceedings of the High Court of Justice against King Charles in Westminster Hall, on Saturday the 20 of January, 1648 [sic] together with the Kings reasons and speeches and his deportment on the scaffold before his execution. Traducción libre del inglés: “I would understand by what Authority, (I mean lawfull) I am brought hither? There are many unlawfull Authorities in the world ... When I have understood the lawfulness of the Authority, I will make my Answer.”*

3 Carga de Casos del CIADI – Estadísticas, Ed. 2022-1, pp. 14, 27 (informando que el 23% de los procedimientos de arbitraje ante el CIADI desde 1966 y en 2021 terminaron con laudos que declinaron la jurisdicción) disponible en icsid.worldbank.org.

4 *Jurisdicción*, Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, 2018 disponible en dle.rae.es.

5 *Jurisdicción*, Enciclopedia de la Política, Rodrigo Borja, 2018 disponible en enciclopedia.depolitica.org (“El vocablo viene de la palabra latina *jurisdictione* y ésta, a su vez, de la expresión latina *ius dicere*, que significa decir el derecho. La jurisdicción es, por tanto, la declaración del derecho, facultad que ejercen los magistrados de la justicia”).

6 Esto es consistente con la práctica que frecuentemente han adoptado algunos tribunales internacionales. Ver, por ejemplo, *Abaclat y otros (Caso denominado anteriormente Gionanna a Beccara y otros) c. La República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/07/5, De-

Este capítulo resume el concepto de jurisdicción en el contexto del arbitraje internacional de inversión en América Latina. A manera de antecedente, la Sección 1 examina los alcances de la *soberanía* y cómo ha evolucionado la posición de algunos Estados latinoamericanos al respecto. La Sección 2 examina el concepto de *consentimiento*, su base jurídica e implicaciones. La Sección 3 examina cuatro tipos de jurisdicción que deben existir para que un tribunal arbitral pueda considerar una reclamación: jurisdicción *ratione voluntatis*, *ratione materiae*, *ratione personae* y *ratione temporis*. Finalmente, la Sección 4 trata la jurisdicción en el contexto de las reclamaciones por parte de los Estado.

1. Jurisdicción y soberanía

El arbitraje internacional de inversión es un mecanismo para resolver controversias entre un inversionista y un Estado receptor (o sus subdivisiones políticas u organismos públicos).⁷ En consecuencia, antes de considerar los requisitos jurisdiccionales particulares, corresponde de manera preliminar examinar el concepto de *soberanía* y sus implicaciones.

La *soberanía* es un concepto que se remonta siglos atrás, y la ciencia política le ha encontrado diversas formas, justificaciones y alcances.⁸ Según explica Rodrigo Borja,

cisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad, 4 de agosto de 2011; CHRISTOPH SCHREUER, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge University Press, segunda edición, 2009, Art. 25, § 18; VEIJO HEISKANEN, *Ménage à trois? Jurisdiction, Admissibility and Competence in Investment Treaty Arbitration*, ICSID Review, 2013, pp. 1–16.

Cabe observar que el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (“Convenio CIADI”) utiliza ambos términos en su artículo 41(2). Convenio CIADI, Art. 41(1) (“Toda alegación de una parte que la diferencia cae fuera de los límites de la jurisdicción del Centro, o que por otras razones el Tribunal no es competente para oírla, se considerará por el Tribunal, el que determinará si ha de resolverla como cuestión previa o conjuntamente con el fondo de la cuestión.”). En casos ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (“CIADI” o “Centro”) se pueden observar referencias a la jurisdicción del Centro y la competencia de los tribunales. En cambio, en procedimientos administrados por otros centros arbitrales y al amparo de otras reglas, hay referencias a la jurisdicción de los tribunales. Ver, por ejemplo *Fernando Fraiz Trapote c. La República Bolivariana de Venezuela*, Caso CPA No. 2019-11, Laudo, 31 de enero de 2022, ¶ 432 (“se declara que el Tribunal carece de jurisdicción y competencia para conocer y resolver las pretensiones del Demandante”).

⁷ Ver, por ejemplo, Convenio CIADI, Art. 25(1).

⁸ Ver, *Soberanía*, Enciclopedia de la Política, Rodrigo Borja, 2018 disponible en enciclopediadelapolitica.org (“la soberanía ofrece ... dificultades conceptuales. Los autores han propuesto a lo largo del tiempo las más disímiles definiciones, según los elementos que, en cada caso, consideraron como esenciales de la soberanía. Como todos los conceptos claves en el orden político, ella ha estado inevitablemente sometida a la visión ideológica”).

“La palabra soberanía viene de *supremus*, en latín vulgar, que significa lo más elevado, lo supremo, lo inapelable. De modo que la noción de soberanía, referida al Estado, es la potestad que éste tiene para conducir sus pasos sin más condicionamiento que su propia voluntad.”⁹

Un concepto similar predominaba a inicios de la edad moderna cuando los soberanos fueron considerados “los árbitros supremos de los destinos de sus pueblos”.¹⁰ Según Jean Bodin, el primero en referirse a la soberanía, “[l]a soberanía es el poder absoluto y perpetuo de una república”.¹¹ Thomas Hobbes, partidario de Carlos I, explicó que “el poder soberano es inajenable ... los actos del soberano no pueden ser justamente acusados por el súbdito ... a él pertenecen también el derecho a la judicatura y la decisión de las controversias ... estos derechos son indivisibles”.¹²

Para comienzos del siglo XX, los Estados de la región eran reacios a aceptar la jurisdicción de un tribunal extranjero y apelando a conceptos de soberanía, idearon la Doctrina y las Cláusulas Calvo, según las cuales las controversias con inversionistas debían dirimirse en las cortes nacionales a fin de “precautelar la soberanía de los Estados receptores de inversión extranjera ante las presiones e injerencias en sus asuntos internos por otros países”.¹³

Posteriormente, durante la década de 1960, los Estados latinoamericanos se opusieron a la jurisdicción arbitral internacional durante la elaboración del Convenio CIADI. Entre otros, el representante de Argentina manifestó que su país “no estaba dispuesta a menoscabar su jurisdicción y entendía que la disminución de la soberanía nacional no constituía un método aceptable para mejorar el clima de inversión”;¹⁴ el representante de Bolivia consideró que “la soberanía

9 *Ibidem*.

10 *Ibidem*.

11 Jean Bodin, *Los Seis Libros de la República*, 1576 (traducción de Pedro Bravo Gala, Madrid, Ed. Tecnos, 3ra edición, 1997).

12 Thomas Hobbes, *El Leviatán*, 1651 (traducción libre del inglés: “Sovereign Power Cannot Be Forfeited ... The Sovereigns Actions Cannot Be Justly Accused By The Subject ... To Him Also Belongeth The Right Of All Judicature And Decision Of Controversies ... These Rights Are Indivisible”).

13 Ver, Doctrina Calvo, Enciclopedia de la Política, Rodrigo Borja, 2018 *disponible en* enciclopediadelapolitica.org. Ver, también, *CMS Gas Transmission Company c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/8, Decisión sobre Jurisdicción, 17 de julio de 2003, ¶¶ 81 et seq.

14 Historia del Convenio del CIADI, Documentos Relativos al Origen y Formulación del Convenio Sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones Entre Estados y Nacionales de Otros Estados, Vol. IV. (Reimpreso en 2009), § 27, Z 8 (12 de junio de 1964) Resumen de las Actuaciones, Reuniones Consultativas de Juristas, Addis-Abeba, 16 al 20 de diciembre de 1964.

de los Estados no podía subordinarse a la autoridad de un tribunal internacional sin resultar seriamente menoscabada. La soberanía no podía enajenarse ni transferirse por ningún título sin que [esto] produjera un desquiciamiento del [Estado] por dispersión del poder público”;¹⁵ y según el representante de el Ecuador, “resultaba muy difícil aceptar la posibilidad de la sumisión a un tribunal internacional,” y “esa sumisión rozaba con un menoscabo del ejercicio de la soberanía”.¹⁶ Finalmente, 19 Estados latinoamericanos votaron en contra del Convenio CIADI en 1964, en lo que ahora se denomina el “No de Tokio”.¹⁷

Durante las décadas siguientes, la posición latinoamericana se suavizó. Para finales del siglo XX, la mayoría de los Estados de la región había suscrito tratados bilaterales de inversión (“TBI”) y eran Estados Miembros del CIADI.¹⁸ Este cambio no pasó desapercibido: por ejemplo, en 1993 el presidente de los EEUU destacó que la conclusión del TBI Argentina-EEUU representaba un hito importante, extrayendo a inversionistas norteamericanos de las restricciones de la Doctrina Calvo, y preparando el camino para acuerdos similares con otros Estados latinoamericanos.¹⁹

No ha terminado el debate. Entre 2007 y 2012, Bolivia, Ecuador y Venezuela denunciaron el Convenio CIADI.²⁰ Una de sus justificaciones para ello fue que los tribunales internacionales constituyen un “ataque a la soberanía del pueblo”.²¹ Más recientemente, en 2021, el Ecuador hizo un nuevo cambio, vol-

15 *Ibidem*.

16 *Ibidem*.

17 *Ibidem*, § 39, Boletín de Prensa No 59 (9 de septiembre de 1964, Tokio) Extracto del discurso de Feliz Ruiz, Gobernador por Chile, p. 177. (“El nuevo sistema sugerido daría a un inversionista privado, por la circunstancia de ser extranjero, el derecho a reclamar contra un estado soberano fuera del territorio nacional, prescindiendo de los tribunales nacionales. Esta disposición es contraria a las normas jurídicas tradicionales de nuestros países y, de hecho, establecería un privilegio a favor del inversionista extranjero colocando al nacional en una situación de inferioridad. El procedimiento sugerido, Señor Presidente, no cuenta con la aprobación de nuestros países porque contraviene normas constitucionales sobre esta materia que no pueden ser desconocidas.”).

18 Ver Base de datos de Estados Miembros del CIADI, disponible en icsid.worldbank.org. Ver también, *Venezuela Holdings B.V. y otros c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/07/27, Decisión sobre Jurisdicción del Tribunal, 10 de junio de 2010, ¶¶ 129-130

19 *CMS Gas Transmission Company c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/8, Decisión sobre Jurisdicción, 17 de julio de 2003, ¶ 82, citando la Carta de Presentación del Presidente de los EEUU, 13 de enero de 1993, U.S. Government Printing Office, Treaty Doc. 103-2, 1993.

20 Comunicados CIADI: Denuncia del Convenio CIADI de Bolivia, 16 de mayo de 2007; Denuncia del Convenio CIADI de Ecuador, 9 de julio de 2009; Venezuela presenta una notificación bajo el Artículo 71 del Convenio CIADI, 26 de enero de 2012.

21 Ver, por ejemplo, *La República del Ecuador c. Los Estados Unidos de América*, Caso CPA

viéndose a adherir al Convenio CIADI.²² Al explicar este paso, el Ecuador destacó que “[e]l CIADI es un órgano técnico, independiente y despolitizado que forma parte del Grupo Banco Mundial y que administra arbitraje en respeto a la soberanía de los estados”.²³

Podría ser prematuro declarar el regreso de la doctrina Calvo. En la actualidad, América Latina es una de las regiones más importantes en el sistema de solución de controversias. Desde 1966, el 28% de todos los casos en virtud del Convenio del CIADI y el Reglamento del Mecanismo Complementario han involucrado a Estados de América del Sur, Centroamérica y el Caribe; en 2021 fue este porcentaje fue el 32%.²⁴

2. Soberanía y consentimiento

Si bien la soberanía no es sinónimo de omnipotencia,²⁵ la pregunta práctica históricamente ha sido cómo entablar una demanda en contra de un soberano.²⁶

No. 2012-5, Memorial de los Estados Unidos de América Sobre Objeciones a la Competencia, 25 de abril de 2012, p. 15 citando Dictamen No 043-10-DTC-CC, Caso No 0013-10-71, Dictamen de la Corte Constitucional, 25 de noviembre de 2010, pp. 11,13. Ver, también Comisión para la Auditoría Integral Ciudadana de los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones y del Sistema de Arbitraje en Materia de Inversiones (“CAITISA”), Informe Ejecutivo de la Auditoría (2017), pp. 29-31 (indicando que la denuncia del Convenio CIADI “reivindica la recuperación de la soberanía en general” y que “[l]a cláusula de solución de disputas inversor-Estado de los TBI, rompe con la tradición latinoamericana, también defendida en Ecuador, de la Doctrina Calvo ... El ejercicio pleno de uno de los corolarios de la soberanía es el la aplicación territorial de la ley.”).

22 Comunicado CIADI, Ecuador Ratifica el Convenio CIADI, 4 de agosto de 2021.

23 Ecuador, Secretaría General de Comunicación de la Presidencia, Boletín Oficial 079, 21 de junio de 2021.

24 Carga de Casos del CIADI – Estadísticas, Ed. 2022-1, pp. 12, 24 disponible en icsid.worldbank.org. Nótese que estas cifras excluyen los casos involucrando a México e incluyen los de ciertos países no hispanohablantes.

25 Incluso algunos de los sistemas más absolutistas han negado que los soberanos no estén por encima de toda ley o norma. Frederick Pollock & Frederic William Maitland, *The History of English Law Before the Time of Edward I*, 1899 (“que el rey está por debajo de la ley es una doctrina que incluso un juez real podía afirmar sin miedo” *traducción libre del inglés*: “That the King is below the law is a doctrine which even a royal justice may fearlessly proclaim.”); Jean Bodin, *Los Seis Libros de la República*, 1576 (traducción de Pedro Bravo Gala, Madrid, Ed. Tecnos, 3ra edición, 1997) (“el poder absoluto de los príncipes y señores soberanos no se extiende, en modo alguno, a las leyes de Dios y de la naturaleza”). Es notorio que algunos de los más poderosos reyes de Inglaterra y Francia se sometieron incluso a la disciplina corporal, incluyendo Enrique II de Inglaterra y Enrique IV de Francia, quienes aceptaron la flagelación penitencial en 1172 y 1595, respectivamente (aunque en el último caso el castigo fue *per procuratorem*).

26 Ver, por ejemplo, Robert Dorsey Watkins, *The State as Party Litigant*, 45 *John Hopkins*

Para fines de los arbitrajes internacionales de inversión, la solución ha sido el *consentimiento*.

Durante la elaboración del Convenio CIADI, la posición de los Estados latinoamericanos fue contrapuesta por un concepto más amplio de la soberanía que eventualmente prevaleció. Según explicó el Consejero Jurídico General del Banco Mundial, Aron Broches:

“Aunque el compromiso de un Estado a someterse a arbitraje internacional implicaba indudablemente un cierto sentido de limitación de su soberanía nacional, uno de los atributos esenciales de la soberanía era la capacidad de aceptar limitaciones a la misma, que era lo que sucedía cada vez que un Estado celebraba un acuerdo de carácter internacional.”²⁷

La posición de Broches tenía amplios precedentes en la ciencia política y el derecho internacional. En el siglo XVI, Bodin ya reconoció que el soberano puede obligarse a sí mismo.²⁸ Esto no sólo es compatible con la soberanía, es la base del orden jurídico internacional, según explica Borja:

“[L]os Estados han convenido voluntariamente en crear una sociedad interestatal y en someter algunos elementos de su vida a un orden jurídico supranacional que ellos mismos han concurrido a formar. De donde resulta que el concepto de soberanía no ha sufrido menoscabo, pues si un Estado se autolimita, aceptando voluntariamente un orden jurídico exterior, ¿qué hace sino actuar con arreglo a su soberanía y ejercer las facultades de obligarse y determinarse?

No son, pues, conceptos incompatibles el de *comunidad internacional* y el de *soberanía estatal*, ni la subordinación de los Estados a la ley internacional, decretada por su propia voluntad, puede tomarse como alteración sustancial de sus atributos soberanos.”²⁹

University Studies in Historical and Political Science, 1, 168 (1927) (“At home, the sovereign is exempt because it establishes the courts and promulgates law ... outside its territory, its exemption from suit should be ascribed to comity alone; any other supposition would be in derogation of the sovereignty of state in which extraterritoriality was sought to be asserted as a matter of right.”); Herbert Barry, *The King Can Do No Wrong*, 11 Va Law Rev. 349 (1925); Edwin M. Borchard, *Governmental Responsibility in Tort*, 36 Yale L.J. 1 (1926).

27 *Ibidem*.

28 Ver, por ejemplo, Jean Bodin, *Los Seis Libros de la República*, 1576 (traducción de Pedro Bravo Gala, Madrid, Ed. Tecnos, 3ra edición, 1997) (explicando que “[l]a palabra del príncipe debe ser como un oráculo” y que “el príncipe soberano está obligado al cumplimiento de los contratos hechos por él, tanto con sus súbditos como con los extranjeros”).

29 Ver, *Soberanía*, Enciclopedia de la Política, Rodrigo Borja, 2018 *disponible en* enciclope-

En la práctica, los Estados han elegido vincularse a organizaciones internacionales, sin que ello signifique renunciar su soberanía. Entre otros ejemplos, en la actualidad, la Carta de las Naciones Unidas reconoce el “principio de la igualdad soberana de todos sus Miembros”,³⁰ y la Carta de la Organización de los Estados Americanos subraya que “[e]l orden internacional está esencialmente constituido por el respeto a la personalidad, soberanía e independencia de los Estados...” y dispone que “[n]ingún Estado podrá aplicar o estimular medidas coercitivas de carácter económico y político para forzar la voluntad soberana de otro Estado y obtener de éste ventajas de cualquier naturaleza”.³¹

La potestad de los Estados de obligarse mediante tratados está reconocida en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (“CVDT”), la cual dispone que “[t]odo Estado tiene capacidad para celebrar tratados”,³² y que “una vez celebrado, todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”.³³ Notablemente, aunque la CVDT enumera potenciales vicios del consentimiento, no limita el contenido de los tratados, excepto con relación a los “[t]ratados que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (‘jus cogens’)”.³⁴

Con respecto a la solución de controversias, diversos convenios anteriores al Convenio CIADI habían demostrado que los Estados pueden convenir con otros Estados con igualdad jurídica y acordar someter controversias a una instancia internacional sin quebrantar el principio de *par in parem non habet imperium*.³⁵ La

diadelapolitica.org.

30 Carta de las Naciones Unidas, 1945, Art. 2(1).

31 Carta de la Organización de los Estados Americanos, 1967, Art. 3(b), 20.

32 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 1969, Art. 6.

33 *ibidem*, Art. 26. Ver también Arts. 27 y 46 (disponiendo que “[u]na parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado” y “[e]l hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifiesto en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno”).

34 *ibidem*, Art. 53 (“Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”).

35 Ver, por ejemplo, Tratado sobre Reclamaciones por Daños Pecuniarios, 1902, Art. 1 (“Las Altas Partes Contratantes se obligan a someter a arbitraje todas las reclamaciones por

capacidad soberana de someterse a la jurisdicción internacional también ha sido reconocido por la Corte Internacional de Justicia.³⁶

Asimismo, en el contexto de los arbitrajes internacionales de inversión, el consentimiento es el *sine qua non* de la jurisdicción arbitral, o, como frecuentemente se ha dicho, la piedra angular de la jurisdicción.³⁷ Diferentes tribunales han

daños y perjuicios pecuniarios que sean presentadas por sus ciudadanos respectivos y que no puedan resolverse amistosamente por la vía diplomática, siempre que dichas reclamaciones sean de suficiente importancia para ameritar los gastos de arbitraje”.); Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, 1945, Art. 36 (“1. 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. 2. Los Estados partes en el presente Estatuto podrán declarar en cualquier momento que reconocen como obligatoria ipso facto y sin convenio especial, respecto a cualquier otro Estado que acepte la misma obligación, la jurisdicción de la Corte en todas las controversias de orden jurídico que versen sobre: a. la interpretación de un tratado; h. cualquier cuestión de derecho internacional; c. la existencia de todo hecho que, si fuere establecido, constituiría violación de una obligación internacional; d. la naturaleza o extensión de la reparación que ha de hacerse por el quebrantamiento de una obligación internacional”).

36 Ver, por ejemplo, Caso del Oro Amonedado Sacado de Roma en 1943 (Italia c. Francia, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y Estados Unidos de América), Excepciones Preliminares, Sentencia, 15 de junio de 1954, Informes de la CIJ de 1954, p. 32.

37 Ver, por ejemplo, *Casinos Austria International GmbH y Casinos Austria Aktiengesellschaft c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/14/32, Decisión sobre Jurisdicción, 20 de junio de 2018, ¶ 271 (“En los procedimientos de resolución de controversias en virtud del derecho internacional público, el consentimiento es la piedra angular y la condición sine qua non para la jurisdicción de una corte o un tribunal internacional”); *ibidem*, Opinión Disidente sobre la Segunda Excepción Preliminar de la Demandada y Declaración de Disidencia relativa a sus Excepciones Preliminares Primera y Tercera del Árbitro Santiago Torres Bernárdez, 20 de junio de 2018, ¶ 4; *Ambiente Ufficio S.P.A. y otros (Caso anteriormente denominado Giordano Alpi y otros) c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/08/9, Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad, 8 de febrero de 2013, ¶ 207; *Daimler Chrysler Financial Services AG c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/05/1, Laudo, 22 de agosto de 2012, ¶ 168; *Wintershall Aktiengesellschaft c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/04/14, Laudo, 8 de diciembre de 2008, ¶ 116; *Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/00/5, Decisión sobre Competencia, 27 de septiembre de 2001, §V(B)(5)(5.1); *Casinos Austria International GmbH y Casinos Austria Aktiengesellschaft c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/14/32, Opinión Disidente sobre la Segunda Excepción Preliminar de la Demandada y Declaración de Disidencia relativa a sus Excepciones Preliminares Primera y Tercera del Árbitro Santiago Torres Bernárdez, 20 de junio de 2018, ¶ 4; *Philip Morris Brand Sàrl, Philip Morris Products S.A. y Abal Hermanos S.A. c. La República Oriental del Uruguay*, Caso CIADI No. ARB/10/7, Decisión sobre Jurisdicción, 2 de julio 2013, ¶ 35. Ver también, Informe de los Directores Ejecutivos del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento Acerca del Convenio sobre el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones en-

abordado el análisis desde perspectivas distintas. Por ejemplo, el tribunal en el caso *Álvarez y Marín* consideró que los Estados “se comprometen a respetar el resultado del proceso arbitral – cediendo una parcela significativa de su soberanía, en pro del fomento y la protección de la inversión foránea”.³⁸ Por su parte, el tribunal en el caso *Wintershall* señaló que como “un corolario de la soberanía e independencia del Estado ... los tribunales no pueden presumir una restricción cualquiera a la independencia de un Estado —que no haya sido consentida”.³⁹

En la siguiente sección se examina cómo esto se aplica en la práctica de los arbitrajes internacionales de inversión.

3. Consentimiento y jurisdicción

Partiendo de la premisa que el consentimiento es el *sine qua non* del arbitraje internacional de inversión, los tribunales arbitrales internacionales han analizado la jurisdicción en función a las condiciones y requisitos que establecieron los Estados en los instrumentos mediante los cuales dieron su consentimiento. Sin perjuicio de que los requisitos específicos pueden variar dependiendo de las circunstancias particulares de cada caso, cuatro requisitos que suelen examinarse son jurisdicción *ratione voluntatis*, *ratione materiae*, *ratione personae* y *ratione temporis*.⁴⁰

Antes de tratar cada uno, cabe señalar que los tribunales, en general, tienen la potestad de resolver acerca de su propia competencia (*Kompetenz-Kompetenz*).⁴¹ Según el tribunal en el caso *Iberdrola*:

“[El Convenio CIADI] recoge sin ambages el principio de “*Kompetenz-Kompetenz*” e impone al Tribunal la obligación de resolver sobre las excepciones

tre Estados y Nacionales de Otros Estados, 18 de marzo de 1965, ¶ 23 (“consentimiento de las partes es la piedra angular en que descansa la jurisdicción del Centro”).

38 *Álvarez y Marín Corporación S.A. y otros c. República de Panamá*, Caso CIADI No. ARB/15/14, Laudo, 12 de octubre de 2018, ¶ 134.

39 *Wintershall Aktiengesellschaft c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/04/14, Laudo, 8 de diciembre de 2008, ¶ 160.

40 Ver, por ejemplo, *David R. Aven y otros c. La República de Costa Rica*, Caso No. UNCT/15/3, Laudo Final, 18 de septiembre de 2018, § II.

41 Ver, por ejemplo, Convenio CIADI, Art. 41 (“El Tribunal resolverá sobre su propia competencia”); Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (con el nuevo artículo 1, párrafo 4, aprobado en 2013), Art. 23(1) (“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.”); Reglamento de Arbitraje de la CPA, 2012, Art. 23 (1) (“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.”).

jurisdiccionales que se formulen. Esta obligación conlleva la necesidad de que el Tribunal analice las cuestiones fácticas y jurídicas que le fueron sometidas y que resulten relevantes en relación con la materia.”⁴²

Al respecto, el tribunal del caso *Inceysa* opinó que “todo análisis sobre jurisdicción debe realizarse con meticuloso cuidado, sin partir de presunciones a favor o en contra de la jurisdicción ... Cualquier presunción viciaría el análisis y daría lugar a limitar o expandir en forma indebida el consentimiento original dado por las partes”.⁴³

3.1 Jurisdicción *ratione voluntatis*

La jurisdicción *ratione voluntatis* requiere que la controversia se haya sometido al arbitraje de conformidad con los instrumentos o reglas aplicables.

Los Estados tienen amplia discreción en cuanto a la manera de dar su consentimiento, y en la práctica han utilizado una gran variedad de instrumentos. Según el CIADI, por ejemplo, las bases del consentimiento invocadas desde 1966 para establecer la jurisdicción del CIADI en los casos CIADI registrados incluyen tratados bilaterales de inversión (60%), diversos tratados de libre comercio y otros tratados (17%), contratos de inversión entre el inversionista y el Estado receptor (15%) y leyes de inversiones del Estado receptor (8%).⁴⁴ Tratándose de casos CIADI, además de existir tal consentimiento por escrito, el Estado receptor debe ser un Estado Contratante y el inversionista debe ser nacional de otro Estado Contratante, de conformidad con el Convenio CIADI.⁴⁵

42 *Iberdrola Energía S.A. c. La República de Guatemala*, Caso CIADI No. ARB/09/5, Laudo, 17 de agosto de 2012, ¶ 287.

43 *Inceysa Vallisoletana S.L. c. República de El Salvador*, Caso CIADI No. ARB/03/26, Laudo, 2 de agosto 2006, ¶ 176. Ver también *Astrida Benita Carrizosa c. República de Colombia*, Caso CIADI No. ARB/18/5, Laudo, 19 de abril de 2021, ¶ 210 (“Es axiomático en el derecho internacional que un órgano decisorio, como el presente Tribunal, no podrá suponer que un Estado soberano haya prestado consentimiento a su jurisdicción. Esto queda en particular corroborado por el Artículo 25.1 del Convenio del CIADI, que exige el consentimiento por escrito al arbitraje.”); *Casinos Austria International GmbH y Casinos Austria Aktiengesellschaft c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/14/32, Opinión Disidente, 20 de junio de 2018, ¶ 192 (“Es inadmisibles que las incertidumbres o ambigüedades se resuelvan de modo sistemático a favor de la soberanía del Estado o a favor del inversor protegido, sin tener en cuenta no solo el derecho aplicable, sino también las reglas que rigen la interpretación y aplicación de los tratados.”).

44 Carga de Casos del CIADI – Estadísticas, Ed. 2022-1, p. 11 disponible en icsid.worldbank.org.

45 Convenio CIADI, Art. 25.

El Estado precisa el alcance de su consentimiento al momento de pactar estos instrumentos. Según lo explicó el tribunal del caso *Renco I*, “los Estados tienen el derecho, en virtud de su soberanía, de aplicar las reservas” y, por ende, un Estado puede “dar forma a su consentimiento en la manera que considere adecuada al plantear las condiciones bajo las cuales lo otorga; en otras palabras, las condiciones en virtud de las cuales se extiende una ‘oferta de arbitraje’ a los inversionistas extranjeros”.⁴⁶

También es necesario que el inversor de su consentimiento. Esto puede suceder antes de existir la controversia (por ejemplo, en contratos de inversión) o cuando hay una controversia y el inversor va a presentar una demanda (por ejemplo, en las notificaciones iniciales de la controversia).

Según el Convenio CIADI, una vez dado el consentimiento, no puede ser unilateralmente retirado.⁴⁷ Lejos de ser inconsistente con la soberanía, esto es un corolario de la potestad de un Estado a obligarse ya que, de lo contrario, lo pactado dejaría de ser una obligación. Esto no quiere decir que el consentimiento con respecto a controversias futuras no pueda ser retirado.⁴⁸

La CVDT establece que “[l]a terminación de un tratado o el retiro de una parte podrán tener lugar: a) conforme a las disposiciones del tratado, o b) en cualquier momento, por consentimiento de todas las partes después de consultar a los demás Estados contratantes”.⁴⁹ Asimismo, dispone que “[u]n tratado que no contenga disposiciones sobre su terminación ni prevea la denuncia o el retiro del mismo, no podrá ser objeto de denuncia o de retiro a menos: a) que conste que fue intención de las partes admitir la posibilidad de denuncia o de retiro; o b) que el derecho de denuncia o de retiro pueda inferirse de la naturaleza del tratado” y en este caso, solo con por lo menos doce meses de notificación previa.⁵⁰

Diversos TBIs contienen sus propias disposiciones de terminación, frecuentemente dejando a salvo las protecciones anteriores para las inversiones e in-

46 *The Renco Group Inc. c. La República del Perú*, Caso CIADI No. No. UNCT/13/1, Laudo Parcial sobre Jurisdicción, 15 de julio de 2016, ¶¶ 171 citando *ST-AD GmbH c. Bulgaria*, Caso CPA No. 2011-06, Laudo sobre Jurisdicción, 18 de julio de 2013, ¶¶ 337.

47 Convenio CIADI, 25(1) (“El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado”).

48 Ver, por ejemplo, *AWG Group Ltd. c. República Argentina*, CNUDMI, Decisión sobre Jurisdicción, 3 de agosto de 2006, ¶¶ 37 (“Los tratados bilaterales de inversión no son meras declaraciones de buena voluntad o de buenas intenciones hacia los inversores y las inversiones de los dos países de que se trate. Son instrumentos jurídicos internacionales en virtud de los cuales Estados soberanos hacen un firme compromiso, en el marco del derecho internacional, respecto del tratamiento que acordarán a los inversores e inversiones de otro Estado”).

49 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 1969, Art. 54.

50 *Ibidem*, Arts. 54, 56.

versionistas ya existentes durante algún período de sobrevivencia. Asimismo, el Convenio CIADI dispone que “[t]odo Estado Contratante podrá denunciar este Convenio mediante notificación escrita dirigida al depositario del mismo. La denuncia producirá efecto seis meses después del recibo de dicha notificación”.⁵¹

Diversos tribunales han considerado que la terminación de un tratado o la denuncia del Convenio CIADI no tienen efectos retroactivos, sino que se aplican a demandas futuras. La mayoría de los tribunales concluyeron, por ejemplo, que la presentación de una solicitud de arbitraje dentro de los seis meses después de la notificación de denuncia por Venezuela es suficiente para fines de la jurisdicción.⁵² En cambio, en el caso *Favianca*, el tribunal concluyó que el consentimiento tenía que haberse perfeccionado antes de la denuncia por Venezuela para surtir efecto.⁵³

3.2 Jurisdicción *ratione materiae*

La jurisdicción *ratione materiae* requiere que las controversias que hayan sido sometidas al arbitraje estén dentro del alcance del consentimiento. Tratándose de arbitrajes internacionales de inversión, no extraña que un requisito jurisdiccional básico sea que la controversia debe ser en relación con una “inversión” protegida. Específicamente, el Convenio CIADI dispone que “[l]a jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión...”⁵⁴ Otros instrumentos incluyen requisitos similares.⁵⁵

51 Ver, Convenio CIADI, Art. 71.

52 Ver, por ejemplo, *Venoklim Holding B.V. c.. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/12/22, Laudo, 3 de abril de 2015; *Rusoro Mining Ltd. c.. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIAD No. ARB(AF)/12/5, Laudo, 22 de agosto de 2016; *Blue Bank International & Trust (Barbados) Ltd. c.. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/12/20, Laudo, 26 de abril de 2017; *Transban Investments Corp. c.. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIAD No. No. ARB/12/24, Laudo, 22 de noviembre de 2017.

53 *Fábrica de Vidrios Los Andes, C.A. y Owens-Illinois de Venezuela, C.A. c.. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No ARB/12/21, Laudo, 13 de noviembre de 2017, ¶ 289.

54 Convenio CIADI, Art. 25(1) (“La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión...”).

55 Ver, por ejemplo, Acuerdo para la Promoción y la Protección Recíproca de Inversiones entre el Reino de España y la República de Argentina, Art. X (estableciendo un mecanismo para la solución de “las controversias que surgieren entre una de las Partes y un inversor de la otra Parte en relación con las inversiones en el sentido del presente Acuerdo...”); Acuerdo de Promoción Comercial entre la República del Perú y los Estados Unidos de América, Art. 10.15 et seq. (estableciendo un mecanismo para la solución de “controversia[s] relativa a una inversión...”).

En cuanto al alcance del término “diferencia de naturaleza jurídica”, los tribunales en los casos *Luchetti*,⁵⁶ *Teinver*⁵⁷ y *Crystallex*⁵⁸ han coincidido con la decisión de la Corte Internacional de Justicia en el caso *Mavrommatis*, según el cual una diferencia es “un desacuerdo con respecto a un punto legal o fáctico, un conflicto de perspectivas legales o de intereses entre dos personas”.⁵⁹ Como explicó el tribunal en el caso *Vestey*, el término *diferencia* tiene un alcance más amplio que el término *reclamación*, pudiendo haber diversas reclamaciones como parte de la misma diferencia.⁶⁰

Ha habido más debate con respecto al alcance del término “inversión”. El Convenio CIADI no define el término *inversión*.⁶¹ Por su parte, los TBI y TLC con frecuencia incluyen definiciones generales,⁶² listas ejemplares,⁶³ y/o exclusiones.⁶⁴

56 *Industria Nacional de Alimentos, S.A. e Indalsa Perú, S.A. c. República del Perú*, Caso CIADI No. ARB/03/4, Laudo, 7 de febrero de 2005, ¶¶ 48.

57 *Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. and Autobuses Urbanos del Sur S.A. c. La República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/09/1, Decisión sobre Jurisdicción, 21 de diciembre de 2012 ¶¶ 110.

58 *Crystallex International Corporation c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB(AF)/11/2, Laudo, 4 de abril de 2016 ¶¶ 447.

59 Caso de las Concesiones de *Mavrommatis* en Palestina (Grecia c. Gran Bretaña), CPJI, Serie A, No. 2, Fallo, 30 de agosto de 1924 (*traducción libre del inglés*: “a disagreement on a point of law or fact, a conflict of legal views or of interests between two persons”).

60 *Vestey Group Ltd c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/06/4, Laudo, 15 de abril de 2016, ¶¶ 151.

61 *Ver, Ambiente Ufficio S.P.A. and others (Caso anteriormente denominado Giordano Alpi y otros) c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/08/9, Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad, 8 de febrero de 2013, ¶¶ 448-454 (considerando la historia del artículo 25 del Convenio CIADI y concluyendo que hubo una decisión deliberada de no tener una definición); *Philip Morris Brand Sàrl, Philip Morris Products S.A. y Abal Hermanos S.A. c. La República Oriental del Uruguay*, Caso CIADI No. ARB/10/7, Decisión sobre Jurisdicción, 2 de julio 2013, ¶¶ 198.

62 *Ver, por ejemplo*, Acuerdo para la Promoción y la Protección Recíproca de Inversiones entre el Reino de España y la República de Argentina, Art.I(2) (“El término ‘inversiones’ designa todo tipo de haberes, tales como bienes y derechos de toda naturaleza ...”); Acuerdo de Promoción Comercial entre la República del Perú y los Estados Unidos de América, Art. 10.28. (“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...”).

63 *Ver, por ejemplo*, Acuerdo para la Promoción y la Protección Recíproca de Inversiones entre el Reino de España y la República de Argentina, Art.I(2) (precisando que el término “inversiones” designa “en particular, aunque no exclusivamente” distintos tipos de inversiones enumeradas); Acuerdo de Promoción Comercial entre la República del Perú y los Estados Unidos de América, Art. 10.28. (precisando que “[l]as formas que puede adoptar una inversión incluyen” distintos tipos de inversiones enumeradas.).

64 *Ver, por ejemplo*, Acuerdo de Promoción Comercial entre la República del Perú y los

En este contexto, algunos tribunales han buscado precisar criterios que tendrían que cumplirse para que exista una “inversión” suficiente para fines de la jurisdicción. Esto incluye los denominados criterios *Salini*: (i) contribución al desarrollo del Estado receptor, (ii) contribución por parte del inversionista, (iii) duración y (iv) riesgo.⁶⁵ Aunque estos criterios (o algunos de ellos) han sido adoptados en diversos casos,⁶⁶ otros tribunales los han rechazado por considerar que no hay fundamento para limitar de esta manera el consentimiento.⁶⁷ Alternativamente, otros

Estados Unidos de América, Art. 10.28, nota 17. (“Los préstamos otorgados por una Parte a otra Parte no son considerados inversiones.”).

65 *Salini Costruttori S.P.A. e Italstrade S.P.A. c. Reino de Marruecos*, Caso CIADI No. ARB/00/4, Decisión sobre Jurisdicción, 16 de julio de 2001, ¶¶ 50-58.

66 *Ver, por ejemplo, Noble Energy Inc. y MachalaPower Cía. Ltd. c. La República del Ecuador y Consejo Nacional de Electricidad*, Caso CIADI No. ARB/05/12, Decisión sobre Jurisdicción, 5 de marzo de 2008, ¶ 128 (“Es un hecho comúnmente aceptado que el Convenio del CIADI no contiene una definición del término “inversión”. El Tribunal coincide con decisiones anteriores del CIADI que, sin perjuicio de variaciones menores, han invocado el denominado ‘test Salini.’”); *Ulysseas, Inc. c. La República del Ecuador*, Caso CPA No. 2009-19, Laudo Definitivo, 12 de junio de 2012, ¶ 251 (“Como muchos tribunales CIADI resolvieron, la concepción habitual de una inversión incluye varias características básicas, en particular: (a) debe comprender un aporte con valor económico; (b) debe realizarse durante un plazo determinado; (c) debe existir una expectativa de retorno de la inversión, sujeta a un elemento de riesgo; (d) debería contribuir al desarrollo de la economía del Estado receptor. Si bien la última condición ha sido objeto de críticas, las demás han sido generalmente aceptadas por otros tribunales y comentaristas en el ámbito del arbitraje en virtud de tratados de inversión.”); *Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. y Allan Fosc Kaplún c. Estado Plurinacional de Bolivia*, Caso CIADI No. ARB/06/2, Decisión sobre Jurisdicción, 27 de septiembre de 2012, ¶ 219 (“El Tribunal concuerda con las Partes en que la contribución en dinero o en activos (es decir, la asignación de recursos), el riesgo y la duración son, los tres, parte de la definición corriente de inversión. El Tribunal entiende asimismo que el concepto de riesgo incluye la expectativa de un retorno comercial.”); *Vestey Group Ltd c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/06/4, Laudo, 15 de abril de 2016 (señalando que en base a la jurisprudencia CIADI puede considerarse que la definición de “inversión” incluye tres elementos: la asignación de recursos, riesgo y duración); *Ver, por ejemplo, Casinos Austria International GmbH y Casinos Austria Aktiengesellschaft c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/14/32, Decisión sobre Jurisdicción, 20 de junio de 2018, ¶¶ 187-190 (“En líneas generales, los primeros tres criterios del test de Salini son aceptados en la práctica y la doctrina del CIADI.”).

67 *Ver, por ejemplo, M.C.I. Power Group, L.C. y New Turbine, Inc. c. República del Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/03/6, Laudo, 31 de julio de 2007, ¶ 165 (“El Tribunal afirma que los requisitos tenidos en cuenta en algunos precedentes arbitrales a efectos de caracterizar la existencia de una inversión protegida por un tratado (como pueden ser la duración y el riesgo de la alegada inversión), deben ser considerados como meras ejemplificaciones y no necesariamente como elementos constitutivos necesarios para su existencia.”); *Abaclat y otros (Caso denominado anteriormente Gionanna a Beccara y otros) c. La República Argenti-*

tribunales han indicado que es preferible aplicar los criterios como guías o con cierto grado de flexibilidad.⁶⁸

Asimismo, algunos tribunales arbitrales han considerado que podría existir un requisito de legalidad, según el cual el incumplimiento con las leyes internas del Estado receptor de la inversión podría significar que no existe una “inversión” para fines de la jurisdicción⁶⁹ mientras que otros tribunales no han considerado que este tipo de análisis sea apropiado salvo que así lo requiera el texto específico del instrumento de consentimiento.⁷⁰ En el caso *Álvarez y Marín*, por ejemplo, el tribunal derivó el requisito de legalidad de los conceptos de soberanía y principios básicos del derecho:

“[Los Estados] se comprometen a respetar el resultado del proceso arbitral – cediendo una parcela significativa de su soberanía, en pro del fomento y la protección de la inversión foránea ... [E]s razonable asumir que los Estados sólo han consentido en este cercenamiento de su soberanía, bajo la condición de que el mecanismo protector se circunscriba a inversiones realizadas

na, Caso CIADI No. ARB/07/5, Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad, 4 de agosto de 2011 (“[E]l Tribunal no considera útil seguir y copiar los criterios del caso *Salini*. Estos pueden ser útiles para describir mejor las características que podrían o deberían tener las contribuciones, pero no deben crear un límite que ni el propio Convenio ni las partes contratantes de determinado TBI se hayan propuesto establecer.”); *Philip Morris Brand Sàrl*, *Philip Morris Products S.A.* y *Abal Hermanos S.A. c. La República Oriental del Uruguay*, Caso CIADI No. ARB/10/7, Decisión sobre Jurisdicción, 2 de julio 2013, ¶¶ 204-206. (“Resulta dudoso que la denominada prueba *Salini*, en la que se basa la Demandada, tenga alguna importancia para la interpretación del concepto de “inversión” en virtud del artículo 25(1) del Convenio CIADI.”)

68 Ver, por ejemplo, *Ambiente Ufficio S.P.A. y otros (Caso anteriormente denominado Giordano Alpi y otros) c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/08/9, Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad, 8 de febrero de 2013, ¶¶ 479-481 (explicando que los criterios *Salini*, en la medida que sean útiles, no son en estricto requisitos jurisdiccionales sino que pueden ser guías de utilizarse con flexibilidad); *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. La República del Paraguay*, Caso CIADI No. ARB/07/29, Decisión sobre Jurisdicción, 12 de febrero de 2010, ¶¶ 97-108 (“[E]l Tribunal no considera las características de las inversiones especificadas en el caso *Salini* como un elenco definitorio, ni cree necesario siquiera constatar la concurrencia de esos elementos aquí, a falta de indicios de que la definición de inversión contenida en el TBI sea excesivamente amplia. A pesar de ello, ha examinado los elementos del caso *Salini* a la luz de los amplios escritos presentados por las Partes sobre la cuestión.”).

69 Ver, por ejemplo, *South American Silver Limited c. Estado Plurinacional de Bolivia*, Caso CPA No. 2013-15, Laudo, 30 de agosto de 2018 ¶ 469; *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide c. República de las Filipinas*, Caso CIADI No. ARB/11/12, Laudo, 10 de diciembre de 2014 ¶ 332.

70 Ver, por ejemplo, *Bear Creek Mining Corporation c. República del Perú*, Caso CIADI No. ARB/14/21, Laudo, 30 de noviembre de 2017 ¶ 320.

cumpliendo con su propio ordenamiento jurídico – pero que no ampare inversiones incumplidoras. Sostener lo contrario, y extender la cobertura a inversiones realizadas en vulneración de la ley nacional, iría en contra de uno de los principios más básicos de todo ordenamiento jurídico: *nemo audiatur propriam turpitudinem allegans*.”⁷¹

3.3 Jurisdicción *ratione personae*

La jurisdicción *ratione personae* (legitimación) requiere que una de las partes tenga la calidad de “inversor” dentro del alcance de los instrumentos de consentimiento correspondientes.

Al respecto, los tratados típicamente establecen que el término “inversor” o “inversionista” abarca a personas naturales que sean nacionales de los Estados partes,⁷² así como a personas jurídicas que estén incorporadas según el derecho de una de las partes, tengan su sede en el territorio de una de las partes,⁷³ y/o sea controlado por nacionales o empresas de la una de las partes.⁷⁴

71 Álvarez y Marín Corporación S.A. y otros c. República de Panamá, Caso CIADI No. ARB/15/14, Laudo, 12 de octubre de 2018, ¶¶ 134-135.

72 Ver, por ejemplo, Acuerdo para la Promoción y la Protección Recíproca de Inversiones entre el Reino de España y la República de Argentina, Art.I(1) (“A los fines del presente Acuerdo, el término ‘inversores’ designa: a) las personas físicas que tengan su domicilio en una de las Partes y la nacionalidad de esa Parte, de conformidad con los acuerdos vigentes en esta materia entre los dos países...”); Acuerdo de Promoción Comercial entre la República del Perú y los Estados Unidos de América, Art. 10.28. (“inversionista de una Parte significa ... un nacional .. de la Parte, que intenta realizar, a través de acciones concretas, está realizando o ha realizado una inversión en el territorio de otra Parte; considerando, sin embargo, que una persona natural que tiene doble nacionalidad se considerará exclusivamente un nacional del Estado de su nacionalidad dominante y efectiva.” “nacional significa una persona natural que tiene la nacionalidad de una Parte...”).

73 Ver, por ejemplo, Acuerdo para la Promoción y la Protección Recíproca de Inversiones entre el Reino de España y la República de Argentina, Art.I(1) (“el término ‘inversores’ designa: ... b) las personas jurídicas, incluidas compañías, sociedades mercantiles y otras organizaciones que se encuentren constituidas según el derecho de esa Parte y tengan su sede en el territorio de esa misma Parte.”); Acuerdo de Promoción Comercial entre la República del Perú y los Estados Unidos de América, Art. 10.28, 1.3 (“inversionista de una Parte significa una empresa de la Parte, que intenta realizar, a través de acciones concretas, está realizando o ha realizado una inversión en el territorio de otra Parte”; “empresa de una Parte significa una empresa organizada o constituida de conformidad con las leyes de una Parte.”).

74 Ver, por ejemplo, Acuerdo entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República de Francia sobre el Fomento y Protección Recíprocos de Inversiones, Art. 1 (2) (“Por ‘inversionista’ se entiende: Cualquier persona jurídica efectivamente controlada directa o indirectamente por nacionales de una de las Partes Contratantes o por personas jurídicas constituidas en el territorio de una de las Partes Contratantes de conformidad con la legislación de dicha Parte y donde tiene su domicilio social.”)

Por otra parte, el Convenio CIADI también requiere que el demandante califique como “nacional de otro Estado Contratante” precisando que se entenderá como tal:

“(a) toda persona natural que tenga, en la fecha en que las partes consintieron someter la diferencia ... y en la fecha en que fue registrada la solicitud ... la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia; pero en ningún caso comprenderá las personas que, en cualquiera de ambas fechas, también tenían la nacionalidad del Estado parte en la diferencia; y
(b) toda persona jurídica que, en la fecha en que las partes prestaron su consentimiento a la jurisdicción del Centro para la diferencia en cuestión, tenga la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia, y las personas jurídicas que, teniendo en la referida fecha la nacionalidad del Estado parte en la diferencia, las partes hubieren acordado atribuirle tal carácter, a los efectos de este Convenio, por estar sometidas a control extranjero.”⁷⁵

Dentro de estos estándares han surgido algunas preguntas concretas con respecto a cuáles personas pueden considerarse inversores. Por ejemplo, tratándose de personas naturales, algunos tribunales han considerado la relevancia de la doble nacionalidad. Por ejemplo, el tribunal en el caso *Aven* confirmó la existencia de jurisdicción *ratione personae* al amparo del Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica, la República Dominicana y los Estados Unidos (el “DR-CAFTA”) a un demandante estadounidense no obstante que el demandante tenía nacionalidad estadounidense e italiana. Tras un análisis fáctico, el tribunal concluyó:

“[Y]a sea en virtud del criterio *ad hoc* de “dominante y efectivo” o del argumento más persuasivo de las Demandantes con respecto a la inaplicabilidad de dicho criterio en este caso, el Tribunal considera que la nacionalidad estadounidense del Sr. Aven es efectiva para gozar la protección que confiere el DR-CAFTA a inversionistas de las Partes del tratado sobre la base de los hechos presentados en sus declaraciones testimoniales – es decir, que el Sr. Aven nació en los Estados Unidos, completó sus estudios exclusivamente en los EE.UU., nunca viajó a Italia y no tiene ningún tipo de vínculo personal, financiero o comercial con Italia.”⁷⁶

Tratándose de personas jurídicas, algunos tribunales han considerado si son relevantes las entidades accionistas o que controlan a la demandante en la determinación de quién constituye un inversor de la nacionalidad requerida. Por

75 Convenio CIADI, Art. 25 (2).

76 *David R. Aven y otros c. La República de Costa Rica*, Caso No. UNCT/15/3, Laudo Final, 18 de septiembre de 2018, ¶ 220.

ejemplo, en el caso *Aguas del Tunari*, el tribunal realizó su análisis jurisdiccional con respecto al demandante nombrado y no a sus accionistas u otras entidades del grupo corporativo que no eran partes al arbitraje.⁷⁷

Asimismo, algunos TBI requieren una consideración en cuanto al “control” del demandante por un accionista para cuestiones de *ratione personae* y la cuestión relacionada de si una parte demandada puede negar los beneficios de un TBI a ciertos inversionistas. Por ejemplo, el tribunal en el caso *TSA Spectrum* determinó que no tenía jurisdicción por considerar que el demandante no se encontraba bajo control de una persona holandesa, conforme lo requerido por el TBI correspondiente, sino que era controlado por una persona argentina.⁷⁸ Cabe notar que el mismo tribunal opinó que para fines del Convenio CIADI, la interpretación formal de la nacionalidad es acertada.⁷⁹

3.4 Jurisdicción *ratione temporis*

La jurisdicción *ratione temporis* requiere que se cumplan los requisitos temporales que impongan los instrumentos de consentimiento correspondientes. En la práctica, algunos tribunales arbitrales han considerado distintas disposiciones que puede tener un instrumento de consentimiento con respecto a la jurisdicción *ratione temporis*, incluyendo la existencia de plazos perentorios, así como disposiciones con respecto al alcance temporal del instrumento.

Por ejemplo, algunos tratados incluyen plazos perentorios para el sometimiento de una demanda. El DR-CAFTA dispone entre las condiciones y limitaciones al consentimiento:

“Ninguna reclamación puede someterse a arbitraje conforme a esta Sección, si han transcurrido más de tres años a partir de la fecha en que el demandante tuvo o debió haber tenido conocimiento de la violación alegada ... y conocimiento de que el demandante ... o la empresa ... sufrió pérdidas o daños.”⁸⁰

77 *Aguas del Tunari S.A. c. República de Bolivia*, Caso CIADI N.º ARB/02/3, Decisión sobre Jurisdicción del 21 de octubre de 2005, ¶¶ 219.

78 *TSA Spectrum de Argentina S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/05/5, Laudo, 19 de diciembre de 2008, ¶¶ 159.

79 *Ibidem*, ¶ 144 (“La primera cláusula del Artículo 25(2)(b) sólo menciona la “nacionalidad” del Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia. En otras palabras, utiliza como criterio el concepto jurídico formal de nacionalidad, que, en el caso de las personas jurídicas, se determina mediante uno de los dos criterios generalmente aceptados: el lugar de constitución o la sede social de la empresa (siège social). Aquí no se hace referencia al “control”, sea extranjero o no, ni se hace alusión a “correr el velo societario” o ir más allá de dicha nacionalidad”).

80 Ver, por ejemplo, Tratado de Libre Comercio entre la República Dominicana – Cen-

Esta disposición y otras parecidas han sido analizadas en diversos casos. Por ejemplo, respecto a cómo identificar la fecha en la cual el demandante tomó o debió haber tomado conocimiento de la violación alegada, el tribunal del caso *Berkowitz* consideró varios elementos, entre ellos, cómo determinar las implicancias de un patrón de conducta continua que la demandante alega constituir la base de una reconvención. En este contexto, concluyeron, “[a] pesar de que resulta posible que una línea de conducta continua constituya una violación continua ... dicha conducta no puede renovar el plazo de prescripción ...”.⁸¹ Asimismo, indicó lo siguiente respecto a la determinación de la fecha pertinente:

“[L]a fecha pertinente es aquella en la cual la demandante toma conocimiento por primera vez no sólo de la violación sino también de que, a consecuencia de ello, ha incurrido en una pérdida o daño. El Tribunal coincide con la observación del tribunal en el marco del caso *Corona Materials* según la cual “el conocimiento de la violación en sí mismo no es suficiente para que comience a correr el período de prescripción; el inciso (1) exige conocimiento de la violación y conocimiento de la pérdida o daño.

Debido [a] que con frecuencia resulta difícil determinar el conocimiento efectivo de la demandante, por lo general los tribunales están llamados a considerar aquello que se reputa que la demandante debería haber sabido ...”⁸²

Otro tipo de limitación temporal puede surgir de disposiciones que precisan el alcance del tratado en el tiempo. Por ejemplo, diversos tratados establecen que el tratado no se aplicará a ciertas controversias, reclamaciones, hechos o situaciones que existían antes de su entrada en vigencia.⁸³ Al respecto, el tribunal en el

troamérica y los Estados Unidos, Art. 10.18.1.

81 Aaron C. Berkowitz, Brett E. Berkowitz y Trevor B. Berkowitz (*anteriormente* Spence International Investments y otros) c. República de Costa Rica, Caso CIADI No. UNCT/13/2, Laudo Provisional, 30 de mayo de 2017, ¶¶ 208.

82 *Ibidem*, ¶¶ 208, 209, 211.

83 *Ver, por ejemplo*, Acuerdo para la Promoción y la Protección Recíproca de Inversiones entre el Reino de España y la República de Argentina, Art. II (2) (“el presente Acuerdo no se aplicará a las controversias o reclamaciones que se hubieran originado antes de su entrada en vigor.”); Acuerdo entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República de Francia sobre el Fomento y Protección Recíprocos de Inversiones, Art. 2(2) (“Este Acuerdo no se aplicará a diferencias originadas o reclamaciones que hayan tenido lugar antes de la fecha de entrada de este Acuerdo o se refieren a eventos que tuvieron lugar antes de la fecha de entrada en vigor del presente Acuerdo.”); *Comparar*, Acuerdo de Promoción Comercial entre la República del Perú y los Estados Unidos de América, Art. 10.2 (“[E]ste Capítulo no obliga a Parte alguna en relación con cualquier acto o hecho que tuvo lugar, o cualquier situación que cesó de existir, antes de la fecha de entrada en vigor de este Acuerdo.”).

caso *Pey Casado* distinguió entre las implicaciones temporales jurisdiccionales y sustantivas:

“La aplicación en el tiempo del Tratado plantea dos cuestiones distintas: la de la competencia *ratione temporis* del Tribunal de arbitraje al que se ha acudido con base en el [tratado], y la de aplicabilidad *ratione temporis* de las obligaciones sustantivas contenidas en el [tratado] ... En efecto, para que se pueda considerar la responsabilidad del Estado chileno en aplicación de las disposiciones del [tratado], es necesario, por una parte, que el Tribunal tenga competencia *ratione temporis* y, por otra, que las disposiciones sustantivas del [tratado] sean aplicables *ratione temporis* a las supuestas violaciones.”⁸⁴

De esto se desprendería que un tribunal arbitral en teoría podría tener jurisdicción *ratione temporis*, sin que la violación alegada puede existir en el tiempo. En el caso *Feldman*, el tribunal rechazó la posibilidad de tener jurisdicción con respecto a reclamaciones anteriores a la entrada en vigor del instrumento de consentimiento correspondiente (el TLCAN porque) “la jurisdicción *ratione materiae* del Tribunal se convierte asimismo en jurisdicción *ratione temporis*” y considerando que “[t]oda actividad anterior a esa fecha [del TLCAN], aunque de otro modo fuera idéntica a su continuación después de la entrada en vigor del TLCAN, no está sujeta a la jurisdicción del Tribunal en función del tiempo”.⁸⁵

4. Reclamaciones contra inversores

Las secciones anteriores han examinado la jurisdicción principalmente desde la perspectiva de casos en contra de un Estado. Sin embargo, en América Latina también se han visto algunos ejemplos en los que un Estado plantea una reclamación en contra de un inversor. Entre otras cosas, estos casos son interesantes por sus potenciales implicaciones para el concepto de consentimiento.

En primer lugar, ha habido diversos casos en los que un Estado ha planteado una reclamación sin que la jurisdicción se controvierta. Por ejemplo, en el caso *Caravelí II*, el CIADI registró una demanda por la República del Perú en contra de una empresa concesionaria en virtud de ciertos contratos de concesión; el caso fue resuelto por medio de un Acuerdo Integral suscrito por las partes.⁸⁶ Asimismo,

84 *Victor Pey Casado y Fundación President Allende c. La República de Chile I*, Caso CIADI No. ARB/98/2, Laudo, 8 de mayo de 2008, ¶¶ 423, 427.

85 *Marvin Roy Feldman Karpa c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. AR-B(AF)/99/1, Decisión provisional acerca de cuestiones jurisdiccionales preliminares, 6 de diciembre de 2000, ¶ 62.

86 *Ver La República del Perú c. Caravelí Cotaruse Transmisora de Energía S.A.C.*, Caso CIADI

en los casos *Burlington* y *Perenco*, el Ecuador planteó reconvencciones en contra de inversionistas que habían demandado al amparo de dos TBI distintos; tampoco surgió una controversia en cuanto a la jurisdicción porque en ambos casos las partes acordaron que el arbitraje era el foro apropiado para resolver la controversia.⁸⁷

En cambio, más recientemente algunos tribunales han debido considerar si su jurisdicción se extiende a reconvencciones presentadas por un Estado que el inversor alega estar fuera del alcance del consentimiento. En el caso *Urbaser*, el tribunal afirmó que había jurisdicción sobre la reconvencción de Argentina, rechazando el argumento que el TBI España-Argentina tenía una naturaleza asimétrica que impidiera al Estado presentar una demanda reconvenccional. Entre otras cosas, el tribunal consideró que diversas disposiciones del tratado establecían “que tanto el inversor como el Estado Parte pueden ser quienes sometan a arbitraje una controversia en relación con inversiones,” y que era “completamente neutral” en cuanto a la identidad de quién puede ser la demandante y quién la demanda en una disputa de inversión y específicamente indicó que una disputa podría ser comenzada “a petición de una de” las partes a la disputa”.⁸⁸

Partiendo de la decisión del caso *Urbaser*, el tribunal en el caso *Aven* también concluyó que tenía jurisdicción respecto a ciertas reconvencciones presentadas por Costa Rica. En su análisis, el tribunal también estudió el alcance del consentimiento y determinó: “en general, la resolución de controversias en virtud del DR-CAFTA se concibe para reclamaciones en contra de los Estados receptores ... no obstante, si solo un Estado que es Parte del DR-CAFTA puede ser una ‘demandada’, las Partes del Tratado también contemplaron la posibilidad de reconvencciones.”⁸⁹ Además

No. ARB/13/24, Resolución Procesal Dejando Constancia de la Terminación del Procedimiento de Arbitraje, 26 de diciembre de 2013. Notablemente, este fue el último de tres casos relacionados, el primero de los cuales (*Caravelí I*) fue presentado a la jurisdicción del CIADI por la misma concesionaria bajo los mismos contratos de concesión. Ver *Caravelí Cotaruse Transmisora de Energía S.A.C. c. La República del Perú*, Caso CIADI No. ARB/11/9.

⁸⁷*Burlington Resources Inc. c. República del Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/08/5, Decisión sobre Reconvencciones, 7 de febrero de 2017, ¶ 60 (“No se impugna la jurisdicción del Tribunal con respecto a las reconvencciones de Ecuador, y con razón.” Indica que las partes acordaron lo mismo “para poder así garantizar la máxima economía y consistencia judicial”.); *Perenco Ecuador Limited c. República del Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/08/6, Decisión sobre la Solicitud de Perenco para que se Desestimen las Reconvencciones de Ecuador, 18 de agosto de 2017, ¶ 31 (“although Burlington initially stated that it would challenge the Burlington tribunal’s jurisdiction, Burlington and Ecuador concluded an agreement by which Burlington accepted the jurisdiction of the tribunal over the counterclaims”).

⁸⁸*Urbaser S.A. y Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa c. La República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/07/26, Laudo, 8 de diciembre de 2016, ¶¶ 1143-1155.

⁸⁹*David R. Aven y otros c. La República de Costa Rica*, Caso No. UNCT/15/3, Laudo Final,

de consideraciones de eficiencia y economía procesal, el tribunal consideró que era posible que el tratado contenga “al menos de manera implícita, algunas obligaciones para el inversionista” y, por lo tanto que “[e]l lenguaje de los Artículos 10.15 y 10.16 del DR-CAFTA es en principio tan amplio como para abarcar a reconveniones, y el Artículo 10.16 no implica que sea aplicable sólo a controversias en las cuales sea un inversionista quien interpone las reclamaciones”.⁹⁰

A diferencia de los casos anteriores, el tribunal en el caso *Iberdrola II* rechazó la jurisdicción respecto a una reconvenición al amparo del TBI España-Guatemala. El tribunal identificó dos requisitos que debían satisfacerse para que exista jurisdicción: (i) consentimiento de las partes para las reconveniones y (ii) que haya una conexión cercana entre la reclamación principal y la reconvenición.⁹¹ Analizando el texto del tratado, el tribunal determinó que sólo preveía reclamaciones por parte del inversor, y que esto era entendible toda vez que el tratado contempla derechos para el inversor, no obligaciones.⁹²

Si bien hay mucho más que podría decirse de estos casos, son interesantes para los fines de este capítulo porque demuestran distintas maneras de fundamentar la existencia o falta de jurisdicción. En cada caso, el tribunal buscó apoyarse en el texto del tratado aplicable, no obstante alcanzaron conclusiones distintas. Por ejemplo, es notable que el tribunal del caso *Iberdrola II* distinguió el tratado aplicable en ese caso del tratado aplicable en el caso *Aven*, y describió la cláusula arbitral aplicable en *Aven* como “neutral”,⁹³ no obstante que tanto el TBI España-Guatemala como el DR-CAFTA establecen que sólo el inversor puede comenzar un proceso arbitral⁹⁴ como también lo reconoció el tribunal del caso *Aven*.⁹⁵

En este contexto, también se puede observar las diferentes maneras de considerar la aplicación de los requisitos preliminares. Por su parte, el tribunal del

18 de septiembre de 2018, ¶ 731.

90 *Ibidem*, ¶¶ 732, 740 citando DR-CAFTA, Art. 10.15 y 10.16 (refiriéndose a “una controversia relativa a una inversión”).

91 *Iberdrola Energía, S.A. c. La República de Guatemala*, Caso CPA No. 2017-41, Laudo Final, 24 de agosto de 2020, ¶ 384.

92 *Ibidem*, ¶ 386.

93 *Ibidem*, ¶ 389.

94 Comparar, TBI España-Guatemala, Art. 11 (“Toda controversia relativa a las inversiones ... será notificada por escrito ... por el inversor a la Parte Contratante... la controversia podrá someterse, a elección del inversor [al CIADI]”); DR-CAFTA, Art 10.16 (“el demandante ... podrá someter a arbitraje una reclamación ...”) y Art. 10.28 (“demandante significa el inversionista de una Parte que es parte de una controversia relativa a inversiones con otra Parte”).

95 *David R. Aven y otros c. La República de Costa Rica*, Caso No. UNCT/15/3, Laudo Final, 18 de septiembre de 2018, ¶ 731.

caso *Urbaser* destacó que el TBI España-Argentina “otorga a ambas partes la posibilidad de iniciar un proceso arbitral, en tanto se cumplan los requisitos definidos por las disposiciones que rigen dicho mecanismo.”⁹⁶ Sin embargo, el tribunal rechazó la objeción del inversionista que aducía que el Estado no había cumplido los requisitos preliminares establecidos por el tratado:

“No es necesario extenderse en explicaciones sobre lo absurda que resulta esta posición. Dado que las Demandantes habían elegido someterse a un arbitraje del CIADI, ¿cuál habría sido la razón de exigir que la Demandada sugiriera la instauración de un proceso de negociación y se sometiera a él, difiriendo así la presentación de cualquiera de sus reclamaciones hasta el vencimiento del plazo de seis meses? ¿Cuál habría sido el sentido de exigir que la República Argentina se sometiera a la jurisdicción de sus tribunales en virtud del Artículo X(2) [del TBI], siendo que las Demandantes se habían negado a hacerlo y argumentaron exitosamente ante este Tribunal que esta disposición no era pertinente? ¿Cómo debería el Tribunal interpretar el reclamo formulado por las Demandantes, a efectos de que la Demandada no se sometió al procedimiento establecido en los Artículos X(1) y X(2) del TBI, obligándolas a esperar un total de dos años para comenzar el proceso arbitral cuando, en el mismo acto, las Demandantes critican ampliamente a la Demandada por no haber presentado sus reclamaciones tan pronto como ellas sometieron el caso a arbitraje?”⁹⁷

Es notorio que el tribunal planteó estos argumentos como cuestiones prácticas, sin entrar a analizar si los requisitos preliminares establecían condiciones o limitaciones al consentimiento. Este método difiere al de otros tribunales: por ejemplo, el tribunal en el caso *Renco I* determinó que la falta de cumplimiento por el inversor con una de las condiciones “no es un vicio trivial que pueda ser fácilmente descartado” e incluso se rehusó a aplicar la doctrina de la Corte Internacional de Justicia para subsanar el vicio por considerar que “ello implicaría crear, retrospectivamente, un acuerdo de arbitraje para las Partes cuando nunca existió un acuerdo. Para expresarlo coloquialmente, el Tribunal “se constituiría por sus propios medios” en aras de crear una jurisdicción donde no existió ninguna”.⁹⁸

96 *Urbaser S.A. y Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa c. La República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/07/26, Laudo, 8 de diciembre de 2016, ¶ 1144 (énfasis agregado).

97 *Ibidem*, ¶ 1149.

98 *The Renco Group Inc. c. La República del Perú*, Caso CIADI No. No. UNCT/13/1, Laudo Parcial sobre Jurisdicción, 15 de julio de 2016, ¶¶ 138, 158.

A diferencia del caso *Urbaser*, en el caso *Aven*, el tribunal no se refirió a los requisitos preliminares del tratado ni consideró si su no aplicación viciaría el consentimiento. En cambio, el tribunal sí consideró los requisitos del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI aplicable, opinando que “la reconvencción debe cumplir por sí misma con los requisitos ... de la misma manera que lo hace la demanda principal. En la opinión del Tribunal, Costa Rica no cumplió con estos requisitos”.⁹⁹ En el caso *Iberdrola II*, el tribunal aceptó que las reglas CNUDMI habrían permitido reconvencciones, pero no analizó los requisitos preliminares al concluir que el tratado no permitía reconvencciones y, ante una contradicción, éste debía prevalecer.¹⁰⁰

Lo anterior es una reseña general de la jurisdicción en los casos de América Latina. Como se ha indicado, en la región se han discutido los temas jurisdiccionales durante mucho tiempo. Por otra parte, si bien Latinoamérica ha tenido una jurisprudencia importante respecto temas arbitrales, también hay otros casos relevantes, así como árbitros y abogados sofisticados de alrededor del mundo, lo que permite un intercambio de criterios y teorías legales. En todo caso, más allá de que en la actualidad hay mayor aceptación del consentimiento como base de la jurisdicción arbitral, la jurisdicción sigue siendo un tema fundamental y puede anticiparse que habrá nuevos casos y nuevas oportunidades para estudiar posibles evoluciones conceptuales y prácticas.

99 *David R. Aven y otros c. La República de Costa Rica*, Caso No. UNCT/15/3, Laudo Final, 18 de septiembre de 2018, ¶¶ 745.

100 *Iberdrola Energía, S.A. c. La República de Guatemala*, Caso CPA No. 2017-41, Laudo Final, 24 de agosto de 2020, ¶ 389.

JURISDICCION Y ADMISIBILIDAD

Florencia Villaggi
Carolina Rocha

Sumario:

1. Denegación de beneficios
2. Treaty shopping
3. Procedimientos paralelos
4. Otros requisitos procesales
5. Demandas de reconvencción por Estados

FLORENCIA VILLAGGI

Abogada, Counsel en Herbert Smith Freehills LLP New York, miembro del Equipo de Arbitraje Internacional para América Latina. Representa a clientes en arbitrajes comerciales internacionales y de inversiones bajo las reglas de las principales instituciones arbitrales. Su práctica se centra especialmente en el sector energético. Graduada en la Universidad de Buenos Aires y del Máster en Resolución de Disputas Internacionales de la Queen Mary University of London (LL.M.), donde fue becaria Chevening. Representante de ICC YAF para América del Norte, representante de Argentina en ALARB Next Generation, miembro del directorio de ITA, y miembro de CEA-40, el Comité de Arbitraje y el Grupo Latinoamericano de la IBA, Comité de Arbitraje y de Derecho Internacional del Colegio de Abogados de Nueva York, y Arbitral Women.

CAROLINA ROCHA

Abogada, Abogada Visitante en Herbert Smith Freehills LLP New York, miembro del Equipo de Arbitraje Internacional para América Latina. Representa a clientes en arbitrajes comerciales internacionales y de inversiones. Graduada de la Maestría en Derecho (LL.M.) de la Universidad de Harvard, con honores por su tesis final sobre derecho internacional. Antes de sus estudios de posgrado, trabajó en el equipo de arbitraje de Ferrere en Uruguay y fue Profesora Asistente de Derecho Procesal en la Universidad de Montevideo.

JURISDICCIÓN Y ADMISIBILIDAD

1. Denegación de beneficios

1.1 Concepto y propósito de las cláusulas de denegación de beneficios

Muchos tratados bilaterales de inversión (“TBIs”) incorporan cláusulas de denegación de beneficios. Este tipo de cláusulas es particularmente común en los tratados de los que Canadá o Estados Unidos¹ son parte.²

Como las define la doctrina, las cláusulas de denegación de beneficios contienen reservas de derechos, realizadas por los Estados, de denegar beneficios otorgados bajo un TBI a un individuo o empresa constituida en un Estado pero que no posee una conexión económica con dicho Estado.³ Como explican Noah Rubins y Borzu

1 Por ejemplo, el Tratado entre el Gobierno de los Estados Unidos de América y el Gobierno de la República de Bolivia relativo al Fomento y la Protección Recíproca de la Inversión, del 17 de abril de 1998. [En línea]: http://www.sice.oas.org/bits/Bolus1_s.asp [Consulta: 28 de noviembre de 2021]. En su art. XII dispone: “Cada Parte se reserva el derecho a denegar a una sociedad de la otra Parte los beneficios del presente Tratado si dicha sociedad pertenece a nacionales de un tercer país o está bajo su control, y si: a) La Parte denegante no mantiene relaciones económicas normales con el tercer país, o b) La sociedad no lleva a cabo actividades comerciales importantes en el territorio de la Parte por cuya legislación está constituida u organizada”.

Por su parte, el art. 1113 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte dispone: “1. Una Parte podrá denegar los beneficios de este capítulo a un inversionista de otra Parte que sea una empresa de esa Parte y a las inversiones de dicho inversionista, si dichas empresas son propiedad o están controladas por inversionistas de un país que no es Parte y: (a) la Parte que deniegue los beneficios no mantiene relaciones diplomáticas con el país que no es Parte; o (b) la Parte que deniegue los beneficios adopta o mantiene medidas en relación con el país que no es Parte, que prohíben transacciones con esa empresa o que serían violadas o eludidas si los beneficios de este capítulo se otorgan a esa empresa o a sus inversiones. 2. De conformidad con los Artículos 1803, “Notificación y suministro de información”, y 2006, “Consultas” y previa notificación y consulta, una Parte podrá denegar los beneficios de este capítulo a un inversionista de otra Parte que sea una empresa de dicha Parte y a las inversiones de tal inversionista, si inversionistas de un país que no sea Parte son propietarios o controlan la empresa y ésta no tiene actividades comerciales sustanciales en el territorio de la Parte conforme a cuya ley está constituida u organizada” (art. 1113 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte. [En línea]: http://www.sice.oas.org/trade/nafta_s/CAP11_1.asp#A1113 [Consulta: 28 de noviembre de 2021]).

2 Gastrell, Lindsay y Le Cannu. “*Procedural Requirements of ‘Denial-of-Benefits’ Clauses in Investment Treaties: A Review of Arbitral Decisions*”. En *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*. Reino Unido: Oxford University Press, 2015, p. 80.

3 Esta es la definición de Christoph Schreuer y Rudolf Dolzer. Dolzer, Rudolf y Schreuer, Christoph. *Principles of International Investment Law*. Segunda edición. Reino Unido: Oxford University Press, 2008, p. 55. Véase también, Mistelis, Loukas A. y Baltag, Crina. “Denial of Benefits Clauses in Investment Treaty Arbitration”. En *Queen Mary School of Law Legal Studies*. Research Paper no. 293, 2018, p. 1; Sabahi, Borzu; Rubins, Noah y Wallace, Don

Sabahi, estas cláusulas aplican en general cuando suceden una o más de las siguientes situaciones: (i) una compañía inversionista es propiedad o está controlada por nacionales de un Estado que no es parte del TBI; (ii) el inversionista no tiene una actividad económica sustancial en su Estado de origen; (iii) la compañía es propiedad de un nacional del Estado anfitrión; y/o (iv) quien controla la compañía es un nacional de un Estado que no tiene relaciones diplomáticas con el Estado receptor.⁴

La doctrina identifica al menos dos propósitos atribuibles a las cláusulas de denegación de beneficios. Uno es evitar que un nacional que no tiene conexiones con el Estado receptor se beneficie de las protecciones de un tratado. Las cláusulas de denegación de beneficios pretenden “conservar la reciprocidad restringiendo los beneficios del tratado a inversionistas de Estados que aceptaron obligaciones recíprocas”.⁵ Otro propósito es evitar el *treaty shopping*. El *treaty shopping* será analizado en mayor profundidad en la Sección 2, sin embargo, a modo introductorio, la doctrina especializada en general identifica el *treaty shopping* como la práctica de reestructurar un negocio o compañías en un Estado protegido por un TBI, con el propósito de poder presentar un reclamo bajo dicho TBI.⁶

La finalidad que buscaron las partes al pactar una cláusula de denegación de beneficios surge, muchas veces, de las negociaciones del tratado. Por ejemplo, los comentarios sobre el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), revelan que la cláusula de denegación de beneficios tiene dos propósitos principales. El primero está relacionado a las relaciones diplomáticas. Según los comentarios al capítulo 11 del TLCAN, la razón para incluir esta cláusula era “preservar la prerrogativa de política exterior de cada gobierno de negar beneficios a empresas que son propiedad o están controladas por nacionales de un país no perteneciente al TLCAN con el que no tiene relaciones económicas o al que se le apliquen sanciones económicas”.⁷ El segundo era permitir a una parte del TLCAN denegar beneficios a una empresa cuando se tratara de una “compañía ficticia” (*sham company*) que no tuviera “actividades comerciales sustanciales”.⁸

Jr. *Investor-State Arbitration*. Segunda edición. Reino Unido: Oxford University Press, 2019, párrafo 11.34; McLachlan, Campbell y otros. *International Investment Arbitration: Substantive Principles*. Segunda edición. Reino Unido: Oxford University Press, 2017, párrafo 5.180.

4 Sabahi, Borzu; Rubins, Noah y Wallace, Don Jr. *Op. cit.*, párrafo 11.34.

5 Jus Mundi. “Denial of benefits”. [En línea]: <https://jusmundi.com/en/document/wiki/en-denial-of-benefits> [Consulta: 9 de diciembre de 2021]. Véase también, McLachlan, Campbell y otros. *Op. cit.*, párrafo 5.180.

6 Sabahi, Borzu; Rubins, Noah y Wallace, Don Jr. *Op. cit.*, párrafo 11.83.

7 Kinnear, Meg y otros. *Investment Disputes under NAFTA: An Annotated Guide to NAFTA Chapter 11, Supplement No. Main work*. Kluwer Law International, 2006, pp. 1113-6, 1113-7.

8 *Idem*.

1.2 Lenguaje de las cláusulas de denegación de beneficios

Como indican McLachlan y otros,⁹ la única regla general clara que surge de los laudos arbitrales que han analizado cláusulas de denegación de beneficios es que el lenguaje de la cláusula es determinante. El lenguaje de las cláusulas de denegación de beneficios varía—a veces sustancialmente—de tratado a tratado.¹⁰ Por ejemplo, el artículo 17 del Tratado de la Carta de la Energía (TCE) sobre denegación de beneficios ha sido fundamental en el desarrollo de la doctrina y jurisprudencia de este tipo de cláusulas,¹¹ en especial porque su texto difiere de la mayoría de las cláusulas de denegación de beneficios contenidas en otros tratados, por ejemplo, de los que Estados Unidos es parte.¹²

La posición de los tribunales arbitrales ha sido analizar las cláusulas de denegación de beneficios caso a caso. El tribunal en el caso *Pac Rim Cayman LLC c. El Salvador*, conociendo en un reclamo bajo el Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos, Centroamérica y República Dominicana (CAFTA),¹³ se rehusó a

9 McLachlan, Campbell y otros. *Op cit.*, párrafo 5.183.

10 Gastrell, Lindsay y Le Cannu. *Op. cit.*, p. 81. Banifatemi, Yas. “Taking Into Account Control Under Denial of Benefits Clauses”. En *Jurisdiction in Investment Treaty Arbitration*. JurisNet, 2018, p. 224.

11 El art. 17 del TCE dispone: “Cada Parte Contratante se reserva el derecho de denegar los beneficios de la presente Parte a: 1) cualquier entidad jurídica cuando ciudadanos o nacionales de un tercer país posean o controlen dicha entidad y cuando ésta no lleve a cabo actividades empresariales importantes en el territorio de la Parte Contratante en la que esté establecida, o 2) a una inversión, cuando la Parte Contratante que decida dicha denegación establezca que se trata de la inversión de un inversor de un tercer Estado con el cual, la Parte Contratante que decide la denegación: a) no mantenga relaciones diplomáticas, o b) adopte o mantenga disposiciones que: i) prohíban las transacciones con los inversores de dicho Estado, o ii) puedan resultar infringidas o soslayadas de concederse las ventajas de la presente Parte a los inversores de dicho Estado o a sus inversiones”. [En línea]: <https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Legal/ECT-es.pdf> [Consulta: 27 de noviembre de 2021].

Uno de los casos más emblemáticos en la jurisprudencia de las cláusulas de denegación de beneficios es el caso *Plama Consortium Limited c. República de Bulgaria*, Caso CIADI No. ARB/03/24, Decisión sobre Jurisdicción, 8 de febrero de 2005. En este caso, donde aplicaba el TCE, el tribunal determinó que las cláusulas de denegación de beneficios no podían invocarse retroactivamente luego de que la inversión se hubiera realizado (véase, Sección 1.6).

12 Bajo el art. 17 del TCE, las partes signatarias se reservan el derecho de denegar las protecciones sustantivas de la Parte III del tratado, pero no las protecciones procesales del arbitraje inversionista-Estado del art. 26 (Parte V del TCE). Véase, Gastrell, Lindsay y Le Cannu. *Op. cit.*, p. 81. Banifatemi, Yas. *Op cit.*, pp. 231, 232.

13 Este fue el primer caso en el que un tribunal arbitral fue requerido para conocer sobre denegación de beneficios bajo el art. 10.12.2 del CAFTA. *Pac Rim Cayman LLC c. República de El Salvador*, Caso CIADI No. ARB/09/12, Decisión sobre Objeciones Jurisdiccionales, 1 de junio de 2012, párrafo 4.2.

considerar laudos anteriores considerando que todas las cláusulas de denegación de beneficios presentan lenguajes diferentes,¹⁴

Como adelantamos, a pesar de las diferencias de lenguaje, las cláusulas de denegación de beneficios tienden a denegar beneficios a inversionistas que no tienen una conexión económica real con el Estado parte de un tratado en el que fueron constituidas (o, a veces, con el Estado que deniega el beneficio).¹⁵ A continuación, explicaremos cómo el test de la actividad sustancial y la cuestión de la propiedad o el control son determinantes en la invocación de estas cláusulas.

1.3 El test de la “actividad sustancial”

En general, las cláusulas de denegación de beneficios no contienen una definición de lo que significa desarrollar una “actividad económica sustancial”. La doctrina y la jurisprudencia han elaborado esta definición y llegado a conclusiones más o menos generales. Uno de los casos más citados por la doctrina es *Limited Liability Company Amto c. Ucrania*, donde el tribunal determinó que el carácter “sustancial” se relaciona a la sustancia, y no a la forma y que lo determinante es si la actividad es materialmente sustancial, no la “magnitud” o el tamaño del negocio.¹⁶ Además, al determinar si una compañía ejerce actividad sustancial, los tribunales analizan la actividad de la compañía demandante en particular, y no del grupo de compañías al que pertenece.¹⁷

El tribunal en *Gran Colombia Gold Corp. c. Colombia* sostuvo que para que una actividad sea sustancial no puede ser meramente “superficial, fugaz o incidental, sino que debe tener la suficiente extensión y significado como para construir una verdadera conexión de la empresa con su Estado de origen”.¹⁸

14 *Pac Rim c. El Salvador*, párrafo 4.3.

15 Banifatemi, Yas. *Op cit.*, p. 235.

16 *Limited Liability Company Amto c. Ucrania*, Caso SCC No. 080/2005, Laudo Final, 26 de marzo de 2008, párrafo 69. Véase también, adoptando el criterio en *Limited Liability Company Amto c. Ucrania*, *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. c. Reino de España*, Caso CIADI No. ARB/14/1, Laudo, 16 de mayo de 2018, párrafos 252-256.

Además, el tribunal en el caso *9REN Holding S.a.r.l c. Reino de España*, Caso CIADI No. ARB/15/15, Laudo, 31 de mayo de 2019, párrafo 182, entendió que las “actividades económicas sustanciales” dependen de la naturaleza del negocio, y que “los ladrillos y el cemento no son la esencia de una compañía *holding*, que suele estar preocupada por el papeleo, las reuniones del directorio, cuentas bancarias y los libros de cheques”.

17 *Pac Rim c. El Salvador*, párrafos 4.66, 4.67.

18 *Gran Colombia Gold Corp. c. República de Colombia*, Caso CIADI No. ARB/18/23, Decisión sobre la Cuestión Jurisdiccional Bifurcada, 23 de noviembre de 2020, párrafos 136-138.

1.4 El concepto de “propiedad” y “control”

Como sucede con el concepto de “actividad sustancial”, la mayoría de los tratados de protección de inversiones no define qué significa que un inversionista sea propiedad o esté controlado por un nacional de un tercer Estado o del Estado anfitrión. La jurisprudencia internacional ha sostenido que la “propiedad” incluye a los propietarios indirectos y los beneficiarios finales de la inversión, mientras que “control” significa control de hecho, incluida la posibilidad de ejercer una influencia sustancial sobre la gestión de la empresa, su operación y la selección de sus órganos.¹⁹ En un laudo sobre jurisdicción ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) de septiembre de 2021, el tribunal sostuvo que “control” implica un control real, y que el tribunal debe tomar una decisión basándose en los hechos. El tribunal finalmente resolvió que el hecho de que varios inversionistas de un país que no era parte del tratado aplicable tuvieran el 49,61% de las acciones de la demandante no significaba que controlaban la compañía y que la mera posibilidad de ejercer control era irrelevante. Lo determinante era, sin embargo, si en los hechos los accionistas ejercían control.²⁰

1.5 ¿Las cláusulas de denegación de beneficios son una cuestión de jurisdicción, admisibilidad, o méritos?

No hay consenso entre los tribunales arbitrales sobre si las cláusulas de denegación de beneficios deben resolverse como cuestiones de jurisdicción, admisibilidad, o méritos. En general, esta determinación se basa en el lenguaje de la cláusula y “su interacción con otras disposiciones” del tratado.²¹ Varios tribunales que han analizado la cláusula de denegación de beneficios contenida en el artículo 17 del TCE concluyeron que es una cuestión de méritos, por lo que dicha cláusula opera como una excepción a las protecciones sustantivas del tratado. El primer tribunal que falló en este sentido fue en *Plama c. Bulgaria*,²² y luego muchos tribunales siguieron esta interpretación en casos bajo el TCE.²³ Sin embargo, en 2016, el

19 *Plama Consortium Limited c. República de Bulgaria*, Caso CIADI No. ARB/03/24, Decisión sobre Jurisdicción, 8 de febrero de 2005, párrafo 170. *Eco Oro Minerals Corp. c. República de Colombia*, Caso CIADI No. ARB/16/41, Decisión sobre Jurisdicción, Responsabilidad, y e Instrucciones sobre *Quantum*, 9 de septiembre de 2021, párrafo 252.

20 *Eco Oro*, párrafos 252, 254.

21 Banifatemi, Yas. *Op cit.*, 2018, p. 242.

22 Véase, *Plama c. Bulgaria*, párrafos 147-151.

23 Véase, *Hulley Enterprises Limited c. La Federación Rusa*, Caso CPA No. AA 226, Laudo sobre Jurisdicción y Admisibilidad, 30 de noviembre de 2009, párrafo 440 (“Si la Demandante tiene derecho o no a los beneficios de la Parte III no es una cuestión de jurisdicción sino de méritos. Dado que el Artículo 17 no se refiere al TCE en su conjunto, ni a la Parte V,

tribunal en *Isolux c. España*, concluyó que la denegación de beneficios del artículo 17 del TCE planteaba una cuestión de admisibilidad.²⁴ En 2017, el tribunal en *Yukos Capital SARL c. Rusia* interpretó el art. 17 como una cuestión de jurisdicción y sostuvo que dicho artículo determinaba la jurisdicción *ratione personae* del TCE.²⁵

En casos ajenos al TCE, la mayoría de los tribunales parece considerar la denegación de beneficios como una cuestión de jurisdicción. Por ejemplo,²⁶ en *Pac Rim c. El Salvador*, *Ulysseas c. Ecuador* y *Empresa Eléctrica del Ecuador Inc. c. Ecuador*, los tribunales concluyeron que una invocación válida de la cláusula de denegación de beneficios excluiría la jurisdicción del tribunal.²⁷

1.6 Invocación de las cláusulas de denegación de beneficios

Una de las cuestiones más debatidas por los tribunales arbitrales gira entorno al momento en que puede invocarse la cláusula de denegación de beneficios y a los efectos de dicha invocación.²⁸ Como parte de este análisis, la jurisprudencia también estudia si es necesario que el Estado notifique la intención de invocar la cláusula.

sino exclusivamente a la Parte III, por esa razón su interpretación no puede determinar si el Tribunal tiene jurisdicción para entender en las reclamaciones de la Demandante”). *Veteran Petroleum Limited (Cyprus) c. La Federación Rusa*, Caso CPA No. AA 228, Laudo sobre Jurisdicción y Admisibilidad, 30 de noviembre de 2009, párrafo 497.

24 *Isolux Infrastructure Netherlands, BV c. Reino de España*, Caso SCC No. V2013/153, Laudo, 12 de julio de 2016, párrafos 711, 712. El tribunal sostuvo: “En cuanto a la primera cuestión, el Tribunal Arbitral no duda que la denegación de beneficios del Artículo 17 TCE plantee una cuestión de admisibilidad...El ejercicio de la denegación de beneficios del Artículo 17 TCE puede privar al inversor del derecho de exigir el cumplimiento de las obligaciones de la Parte III del TCE, no lo priva de hacerlo ante una u otra jurisdicción”. El tribunal en *Generation Ukraine Inc. c. Ucrania*, Caso CIADI No. ARB/00/9, Laudo Final, 16 de septiembre de 2003, párrafo 15.7, también la consideró una cuestión de admisibilidad, bajo el tratado bilateral entre Estados Unidos y Ucrania del 4 de marzo de 1994.

25 *Yukos Capital SARL c. Federación Rusa*, Caso CPA No. 2013-31, Laudo sobre Jurisdicción, 18 de enero de 2017, párrafo 548.

26 Véase, Gastrell, Lindsay y Le Cannu. *Op. cit.*, p. 81.

27 *Pac Rim c. El Salvador*, párrafo 4.4. *Ulysseas Inc. c. La República del Ecuador*, Caso CPA No. 2009-19, Laudo Parcial, 28 de septiembre de 2010, párrafo 172. *Empresa Eléctrica del Ecuador Inc. c. República del Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/05/9, Laudo, 2 de junio de 2009, párrafo 71.

28 Gastrell y Le Cannu presentan una gráfica con ocho decisiones de tribunales arbitrales sobre el momento y la forma de invocación de las cláusulas de denegación de beneficios, distinguiendo entre diferentes cláusulas de diferentes tratados aplicables: TCE, TBIs firmados por Estados Unidos, y el CAFTA. Sostienen los autores que, según la jurisprudencia de tribunales arbitrales, existen dos tendencias sobre el momento de la invocación de la cláusula: una bajo el TCE y otra bajo los TBIs firmados por Estados Unidos y el CAFTA. Véase, Gastrell, Lindsay y Le Cannu. *Op. cit.*, pp. 84-85.

La jurisprudencia de los tribunales arbitrales revela que existen dos posturas. Según una parte de la jurisprudencia, el Estado que invoca la cláusula debe notificar al inversionista,²⁹ incluso cuando dicho requisito no exista expresamente en la cláusula, y dicha noticia tendrá efectos sólo hacia el futuro (prospectivos). Otra parte de la jurisprudencia más reciente ha reconocido la dificultad de los Estados de notificar en forma oportuna, antes que surja la disputa, y acepta que la cláusula pueda invocarse en un momento posterior, con efectos retroactivos.

La primera postura coincide con los tribunales que han conocido en casos bajo el TCE y fue adoptada por primera vez en *Plama c. Bulgaria*.³⁰ Según estos tribunales, el Estado no puede invocar la cláusula de denegación de beneficios luego de que se desarrolló la inversión o inició el arbitraje y el efecto no puede ser retroactivo.³¹ En estos casos, los tribunales tuvieron en cuenta el propósito del TCE y rechazaron una interpretación exclusivamente literal de la cláusula en cuestión.³²

La posición más reciente, seguida por los tribunales en *Ulysseas c. Ecuador y Pac Rim c. El Salvador*, sostiene que el Estado puede invocar la cláusula incluso después de que el inversionista invoca los beneficios bajo el tratado. En general, según esta postura, el Estado puede invocarla hasta la presentación de las objeciones a la jurisdicción. Además, los efectos pueden ser retroactivos.³³ A pesar

29 Para algunos tribunales, el Estado debe notificar al inversionista su intención de denegar los beneficios al momento de la inversión o antes de que surja la disputa. Véase, *Anatolie Stati, Gabriel Stati, Ascom Group S.A., & Terra Raf Trans Trading Ltd. c. República de Kazajistán*, Caso SCC No. V 116/2010, Laudo, 19 de diciembre de 2013, párrafo 745 (requiriendo que la notificación se realice antes de que surja la disputa) y *Khan Resources c. Mongolia*, Caso CPA No. 2011-09, Decisión sobre Jurisdicción, 25 de julio de 2012, párrafos 426-429 (requiriendo que la notificación se realice antes de la inversión).

30 *Plama c. Bulgaria*, párrafo 161. Luego de *Plama c. Bulgaria*, siguieron *Yukos Universal Limited (Isla de Man) c. La Federación Rusa*, Caso CPA No. 2005-04/AA227, Laudo Parcial sobre Jurisdicción, 30 de noviembre de 2009, párrafo 458 y *Liman Caspian Oil BV y NCL Dutch Investment BV c. República de Kazajistán*, Caso CIADI No. ARB/07/14, Extractos de Laudo, 22 de junio de 2010, párrafos 225, 226.

31 Véase, nota 29. Feldman, Mark. “Chapter 33: Denial of Benefits after *Plama v. Bulgaria*”. En Kinneer, Meg y otros (eds.). *Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID*, Kluwer Law International, 2015, p. 467.

32 Por ejemplo, *Plama c. Bulgaria*, párrafo 162 (“Por lo tanto, en opinión del Tribunal, el objeto y la finalidad del TCE sugieren que el ejercicio del derecho no debe tener efecto retroactivo. Un inversionista putativo, debidamente informado y asesorado del efecto potencial del Artículo 17(1), podría ajustar sus planes antes de realizar su inversión. Sin embargo, si el ejercicio del derecho tuviera efecto retroactivo, las consecuencias para el inversor serían graves”).

33 *Pac Rim c. El Salvador*, párrafos 4.83, 4.85, 4.90. *Guaracachi America, Inc. & Rurelec PLC c. Bolivia*, Caso CPA No. 2011-17, Laudo, 31 de enero de 2014, párrafo 376. *Ulysseas c. Ecuador*, párrafo 172. *Empresa Eléctrica c. Ecuador*, párrafo 71.

de las diferencias en las posturas recién mencionadas, existe consenso entre las decisiones de los tribunales en requerir el ejercicio activo del derecho de denegar beneficios.³⁴ *Plama c. Bulgaria* también fue el primer caso donde el tribunal resolvió que era necesario ejercer el derecho activamente para invocar válidamente una cláusula de denegación de beneficios.³⁵ En particular, el tribunal determinó que la denegación del beneficio debe publicarse de forma que esté disponible para los inversionistas y asesores.³⁶

2. Treaty shopping

2.1 Concepto, métodos y tipos

Es muy frecuente en la práctica del arbitraje de inversiones, que inversionistas que no tienen protecciones en Estados donde poseen una inversión, porque no existe un tratado aplicable o bien porque el que existe no tiene protecciones suficientes, busquen ampararse en tratados que involucren a un tercer Estado.³⁷ Si bien no existe una definición única de lo que se considera *treaty shopping*, la doctrina suele identificarlo con la práctica de estructurar o reestructurar empresas o negocios con el objetivo de acceder a un acuerdo internacional de inversiones más favorable con el Estado anfitrión.³⁸

34 Banifatemi, Yas. *Op. cit.*, p. 246; Böhme, Bianca. “Recent Efforts to Curb Investment Treaty Shopping: How Effective are They?”. En *Journal of International Arbitration*, núm. 38. Kluwer Law International, 2021, p. 518. Behlman, Jordan. “Out on a Rim: Pacific Rim’s Venture Into CAFTA’s Denial of Benefits Clause”. En *Miami Inter-American Law Review*, núm. 45, 2014, p. 422.

35 *Plama c. Bulgaria*, párrafos 155-158. Luego, *Yukos Universal Limited (Isle of Man) c. La Federación Rusa*, Caso PCA No. AA 227, Laudo sobre Jurisdicción y Admisibilidad, 30 de noviembre de 2009, párrafo 456. *Khan Resources c. Mongolia*, Caso CPA No. 2011-09, Decisión sobre Jurisdicción, 25 de julio de 2012, párrafo 419.

36 *Plama c. Bulgaria*, párrafo 157.

37 Véase, Lee, John. “Resolving Concerns of Treaty Shopping in International Investment Arbitration”. *Journal of International Dispute Settlement*. Reino Unido: Oxford University Press, 2015, pp. 355-356.

38 Baumgartner, Jorun. *Treaty Shopping in International Investment Law*. Oxford Scholarship Online, 2017, pp. 10, 11. Este autor sostiene que una de las definiciones más comprensivas de *treaty shopping* es la de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos: “El *treaty shopping* en el derecho internacional de las inversiones ocurre cuando un inversionista estructura una inversión (a través de la constitución de una sociedad y, posiblemente, mediante la reestructuración de determinadas operaciones comerciales) para tratar de acogerse a las protecciones conferidas por determinados tratados de inversión. Esta práctica suele implicar el establecimiento de una entidad en un Estado que es parte de un tratado específico”. Gaukrodger, David y Gordon, Kathryn. “Investor-State Dispute Settlement: A Scoping Paper for the Investment Policy Community. Documentos de Trabajo de la OCDE sobre Inversión Internacional”, núm. 2012/3 (2012), p. 55. [En línea]: <http://www.oecd.org.ezproxy>.

No existe en el Derecho internacional o en la práctica de los tribunales arbitrales una prohibición legal expresa del *treaty shopping*.³⁹ De hecho, los tribunales consideran mayoritariamente que el *treaty shopping* no es *per se* ilegítimo ni violatorio de la buena fe.⁴⁰ Sin embargo, como veremos, se considera ilícito—o al menos no deseable—en ciertas circunstancias. La doctrina destaca que más recientemente los Estados han tomado medidas, al redactar tratados de protección de inversiones, para prevenir modalidades no aceptables de *treaty shopping*.⁴¹ El método más común de *treaty shopping* es la reestructuración corporativa.⁴² La reestructuración puede darse a través del método directo,⁴³ que consiste en la “incorporación de una nueva compañía en un tercer Estado y la posterior transferencia del control de la inversión a esta compañía”,⁴⁴ o a través del método indirecto,⁴⁵ que ocurre cuando la inversión se desarrolla por una compañía propiedad de o

cul.columbia.edu/daf/inv/investment-policy/WP-2012_3.pdf [Consulta: 29 de noviembre de 2021].

En sentido similar, Sabahi, Borzu; Rubins, Noah y Wallace, Don Jr. *Op. cit.*, párrafo 11.83.

39 Böhme, Bianca. *Op. cit.*, pp. 511, 512. Véase también, Schreuer, Christoph. “Nationality Planning”. En *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation*. Leiden: Brill, Nijhoff, 2013, p. 19 (“La práctica confirma que está permitido y es de esperar que los inversionistas estructuren sus inversiones para beneficiarse de la protección de los tratados, incluyendo el acceso al arbitraje internacional”). Véase también, Baumgartner, Jorun. *Op. cit.*, p. 11.

Véase también, *HICEE B.V. c. República de Eslovaquia*, CNUDMI, Caso PCA No. 2009-11, Laudo Parcial, 23 de mayo de 2011, párrafo 103.

40 *Renée Rose Levy & Gremicel S.A. c. República de Perú*, Caso CIADI No. ARB/11/17, Laudo, 9 de enero de 2015, párrafo 184. *Tidewater Inc., Tidewater Investment SRL, Tidewater Caribe, C.A., y otros c. La República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/10/5, Decisión sobre Jurisdicción, 8 de febrero de 2013, párrafo 184 (“Como ya se señaló, el que un inversionista trate de protegerse de este modo frente al riesgo general de futuras diferencias con un Estado receptor constituye un objetivo completamente legítimo y no un abuso del régimen de un tratado de protección de inversiones”).

Véase también, *MNSS B.V. y Recupero Credito Acciaio N.V. c. Montenegro*, Caso CIADI No. ARB(AF)/12/8, Laudo, 4 de mayo de 2016, párrafo 182.

41 Böhme, Bianca. *Op. cit.*, p. 512.

42 Véase, Baumgartner, Jorun. *Op. cit.*, 14. Véase también, Böhme, Bianca. *Op. cit.*, pp. 511, 512.

43 *Phoenix Action, Ltd. c. La República Checa*, Caso CIADI No. ARB/06/5, Laudo, 15 de abril de 2009, párrafo 137 y *Aguas del Tunari c. República de Bolivia*, Caso CIADI No. ARB/02/3, Decisión sobre Objeciones a la Jurisdicción, 21 de octubre de 2005, párrafo 156.

44 Así se describe en: Jus Mundi. “Treaty shopping”. [En línea]: <https://jusmundi.com/en/document/wiki/en-treaty-shopping> [Consulta: 1 de diciembre de 2021].

45 *Aguas del Tunari c. República de Bolivia*, Caso CIADI No. ARB/02/3, Decisión sobre Objeciones a la Jurisdicción, 21 de octubre de 2005, párrafo 156.

controlada por otra que se considera nacional de un tercer Estado.⁴⁶ Un método menos frecuente que la reestructuración corporativa es la transferencia de derechos de una compañía a otra protegida por un tratado más favorable, incluyendo la transferencia de reclamos.⁴⁷

La doctrina ha diferenciado dos tipos de *treaty shopping*, que además son indicativos de la licitud (o ilicitud) de la práctica.

Las prácticas llamadas “back end” son aquellas en que el inversionista reestructura su operación o sus empresas (o emplea cualquier otro tipo de estrategia dentro de lo que podría considerarse *treaty shopping*), cuando la disputa ya ha surgido o es previsible que surja. El propósito es amparar la inversión bajo un tratado de protección de inversiones. En general, los tribunales arbitrales han rechazado este tipo de *treaty shopping*, bajo el entendido de que puede dar lugar a un abuso del proceso. Según Emmanuel Gaillard, el abuso del proceso surge cuando un inversionista demandante realiza o reestructura su inversión para acceder a una disputa con el Estado anfitrión que es previsible, pero que no ha tomado forma.⁴⁸ Las prácticas “back end” son las que en general dan lugar a discusiones sobre la teoría del abuso del proceso. Volveremos a esta teoría en la Sección 2.2 más adelante.

Una discusión que ha surgido con mucha frecuencia respecto del *treaty shopping* es la relativa al momento en que se considera que surge una disputa, o que la misma se vuelve previsible. Los tribunales han trazado la línea en el grado de probabilidad. El tribunal en el caso *Pac Rim c. El Salvador* sostuvo que para que una disputa sea previsible se requiere que exista una muy alta probabilidad, y no simplemente una posibilidad. En este caso, el inversionista había modificado su lugar de constitución de las Islas Caimán a los Estados Unidos con el propósito de acceder a las protecciones del CAFTA. El tribunal determinó que la reestructuración de la demandante había ocurrido tiempo antes de que la disputa fuera altamente probable.⁴⁹ En el mismo sentido decidió la coárbitra Brigitte Stern en *Alapli Elektrik B.V. c. Turquía*⁵⁰ y el tribunal en *Levy & Gremcitel S.A. c. Perú*.⁵¹ Ade-

46 *Idem*.

47 Baumgartner, Jorun. *Op. cit.*, p. 15.

48 Gaillard, Emmanuel. “Abuse of Process in International Arbitration”. En *ICSID Review*, núm. 32(1) (2017), p. 4.

49 *Pac Rim c. El Salvador*, párrafo 2.99.

50 *Alapli Elektrik B.V. c. República de Turquía*, Caso CIADI No. ARB/08/13, Extractos del Laudo, 16 de julio de 2012, párrafos 402-403.

51 *Renée Rose Levy & Gremcitel S.A. c. República de Perú*, Caso CIADI No. ARB/11/17, Laudo, 9 de enero de 2015, párrafo 187. El tribunal también sostuvo que cuanto más cerca esté

más, en *Philip Morris c. Australia* el tribunal agregó que una disputa era previsible cuando existía una perspectiva razonable de que se materializara una medida que pudiera dar lugar a un reclamo en virtud del tratado aplicable.⁵² Por el contrario, la práctica conocida como “front end” es generalmente admitida por los tribunales arbitrales.⁵³ En estos casos, el inversionista planea su inversión por anticipado, de acuerdo al marco legal que más le beneficia.⁵⁴ Los tribunales han sido contestes en admitir esta práctica⁵⁵ bajo el entendido de que es un ejercicio de buena fe, salvo que existan limitaciones expresas en los tratados (por ejemplo, requisitos *ratione personae* y cláusulas de denegación de beneficios).

2.2 Teoría de la buena fe y abuso del proceso

La doctrina del abuso del proceso se deriva del principio general de buena fe.⁵⁶ En general, los casos de *treaty shopping* que se analizan a través de esta doctrina son los casos “back end”.

La jurisprudencia internacional ha considerado que una práctica de *treaty shopping* viola la buena fe o implica un abuso del proceso si:

- Se realiza con el propósito de acceder a la jurisdicción internacional en lugar de desarrollar una actividad comercial

Uno de los casos más relevantes es *Phoenix Action, Ltd. c. República Checa*. En este caso, las autoridades checas investigaban al Sr. Vladimir Beno por posible evasión de impuestos y pago de derechos de aduana. El Sr. Beno huyó a Israel y constituyó Phoenix Action Limited (“Phoenix”). Más tarde, Phoenix adquirió Benet Praha, Spol S.R.O., y Benet Group, a.s., dos compañías checas, de los miembros de la familia del Sr. Beno, y pagó un monto

la adquisición de la inversión del acto que motivó la disputa, más alto el grado de probabilidad de que la disputa sea “previsible”.

52 *Philip Morris Asia Ltd c. Comunidad de Australia*, Caso CPA No. 2012-12, Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad, 17 de diciembre de 2015, párrafo 585.

53 Lee, John. *Op. cit.*, p. 358. Susler, Ozlem. “Restoring Balance in Investor State Dispute Settlement: Addressing Treaty Shopping and Indirect Expropriation Claims and Consistent Approaches to Decision-Making”. En Brekoulakis, Stavros (ed.). *Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*. Chartered Institute of Arbitrators (CI Arb). Sweet & Maxwell 2018, núm. 84, tema 1, p. 40.

54 Lee, John. *Op. cit.*, p. 358.

55 Böhme, Bianca. *Op. cit.*, p. 514.

Véase también, *Mobil Corp., Venezuela Holdings, B.V., y otros. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/07/27, Decisión sobre Jurisdicción, 10 de junio de 2010, párrafo 204; *Levy & Gremcitel c. Perú*, párrafo 184; *Tidewater c. Venezuela*, párrafo 184; *Pac Rim*, párrafo 2.47.

56 Böhme, Bianca. *Op. cit.*, p. 524.

nominal. Años más tarde Phoenix inició un arbitraje contra la República Checa, alegando que la República Checa había violado el TBI entre la República Checa e Israel respecto de Benet Praha y su subsidiaria. El tribunal sostuvo que Phoenix había desarrollado su inversión con el propósito de acceder a la jurisdicción internacional en lugar de desarrollar una actividad económica, y que ello implicaba una violación a la buena fe.⁵⁷ El tribunal concluyó que Phoenix no podía acceder al arbitraje CIADI.⁵⁸

- Se modifica la nacionalidad del inversionista después de que surgió la disputa o de que esta se hizo razonablemente previsible

Como adelantamos en la Sección 2.1, los tribunales reconocen que existe abuso del proceso (o de derecho) cuando un inversionista modifica su nacionalidad luego de haber surgido la disputa o cuando esta se hizo previsible. El tribunal en *MNSS B.V. c. Montenegro*⁵⁹ sostuvo que un inversionista no tenía derecho a invocar el tratado si había modificado su nacionalidad después de que la controversia hubiera surgido o después de que pudo vislumbrar una controversia real, o prever una controversia específica futura, como una probabilidad y no como una mera posibilidad. En el mismo sentido, en *Levy y Gremcitel c. Perú*⁶⁰ el tribunal siguió la postura en *Pac Rim c. El Salvador* y agregó que el umbral para determinar la existencia de abuso del proceso era alto, y que el tribunal no debía presumirlo.⁶¹

Además, el tribunal en *Philip Morris c. Australia* sostuvo que el abuso del proceso debía analizarse bajo un test objetivo, por lo que no era necesario acreditar la mala fe.⁶² El tribunal sostuvo que, en general, no es un abuso de derecho presentar un reclamo bajo un TBI cuando se realizó antes una

57 *Phoenix c. República Checa*, párrafos 142-144. En un sentido similar, el tribunal en el caso *ABCI c. Túnez* sostuvo que existía abuso del proceso si una reorganización corporativa se realizaba para acceder al arbitraje de inversiones. El tribunal sostuvo, sin embargo, que se necesitaba más que meras presunciones para probarlo (*ABCI Investments N.V. c. República de Túnez*, Caso CIADI No. ARB/04/12, Decisión sobre Jurisdicción, 18 de febrero de 2011, párrafo 195).

58 *Phoenix c. República Checa*, párrafo 142.

59 *MNSS B.V. y Recupero Credito Acciaio N.V. c. Montenegro*, Caso CIADI No. ARB(AF)/12/8, Laudo, 4 de mayo de 2016, párrafo 182.

60 *Levy & Gremcitel c. Perú*, párrafos 185-187.

61 *Ibid.*, párrafo 185. Lo mismo sostuvieron los tribunales en *Philip Morris c. Australia* (párrafo 539), *Chevron c. Ecuador (Chevron Corporation y Texaco Petroleum Company c. La República del Ecuador)*, Caso CPA No. 34877, Laudo Parcial, 1 de diciembre de 2008, párrafo 143) y *Levy y Gremcitel c. Perú*, párrafo 186).

62 *Philip Morris c. Australia*, párrafo 539.

reestructuración de la inversión, siempre que la reestructura haya sido hecha independientemente de la posibilidad de presentar dicho reclamo.⁶³

2.3 Distinción entre abuso del proceso y jurisdicción *ratione temporis*

Los tribunales arbitrales distinguen entre situaciones en las que el reclamo de la demandante queda fuera de la jurisdicción del tribunal por razón de tiempo, y situaciones en que el tribunal no tiene jurisdicción porque existió un abuso del proceso.⁶⁴

Bajo el test de la jurisdicción *ratione temporis* debe determinarse si la demandante desarrolló una inversión protegida antes de que hubieran ocurrido incumplimientos del tratado. Por el contrario, bajo el test del abuso del proceso debe determinarse si la inversión, incluso cuando se haya desarrollado antes de la violación del tratado, fue abusiva.⁶⁵ Como explicó el tribunal en *Levy y Gremcitel c. Perú*, si una demandante adquirió una inversión luego de que ocurrieran los hechos en disputa, el tribunal no tendrá jurisdicción *ratione temporis*.⁶⁶

3. Procedimientos paralelos

3.1 Introducción

Sucede con mucha frecuencia en las disputas relativas a inversiones que un mismo hecho da lugar a varios tipos de responsabilidad bajo reglas sustantivas diferentes, implementadas a través de diferentes procedimientos.⁶⁷ Un inversionista que considera que tiene un reclamo contra el Estado anfitrión por violaciones del tratado aplicable puede tener varias posibilidades para hacer valer sus derechos. Una alternativa es optar entre presentar un reclamo en cortes nacionales u otros procedimientos arbitrales domésticos o presentar un reclamo en arbitrajes internacionales de inversión. A su vez, puede tener la vía abierta para elegir entre diferentes arbitrajes internacionales de inversión.

Como destacan Campbell McLachlan y otros, “los tribunales pueden tener que pronunciarse sobre los mismos hechos de una disputa. Esta superposición de

63 *Ibid.*, párrafo 570.

64 *Ibid.*, párrafos 527-529. *Pac Rim c. El Salvador*, párrafos 2.101, 2.107. *Lao Holdings NV c. República Democrática Popular Lao*, Caso CIADI No. ARB(AF)/12/6, Decisión sobre Jurisdicción, 21 de febrero de 2014, párrafo 76. *Levy y Gremcitel c. Perú*, párrafo 182.

65 *Levy y Gremcitel c. Perú*, párrafo 182.

66 *Idem.*

67 Leng Lim, Chin; Ho, Jen y Paporinskis, Martin. *International Investment Law and Arbitration*. Reino Unido: Cambridge University Press, 2019, p. 132.

jurisdicción puede surgir en diferentes niveles de especificidad”.⁶⁸ A nivel más general, la superposición ocurre cuando las mismas medidas dictadas por un Estado afectan diferentes inversiones. Yendo a un nivel más específico, también puede suceder que varios inversionistas de diferentes nacionalidades hayan participado en la misma inversión, lo que puede dar lugar a reclamos disímiles en jurisdicciones diferentes, y bajo normas diversas. Sin embargo, la situación que suele plantear mayores problemas en la práctica ocurre cuando dos o más demandantes que están estrechamente relacionadas se encuentran presentando un reclamo en dos o más arbitrajes por separado, por ejemplo, compañías o personas en la misma cadena de inversión que demandan en diferentes foros.⁶⁹

La duplicación de procedimientos en el arbitraje internacional puede convertirse en un problema serio. Sobre todo, porque su consecuencia puede dar lugar, con relativa frecuencia, a laudos contradictorios. Como explica la doctrina, “la principal preocupación es que parece existir algo inherentemente injusto en la posibilidad de que un demandante pueda tener más de una chance de demandar al mismo demandado basado en los mismos hechos y esencialmente en el mismo reclamo”.⁷⁰ Los casos que conforman el dúo checo (*CME Czech Republic B.V c. República Checa* y *Ronald S. Lauder c. República Checa*) son quizás los ejemplos más citados del problema que causan los procedimientos paralelos en el arbitraje de inversión.⁷¹ Campbell McLachlan y otros han establecido ciertas reglas para de-

68 McLachlan, Campbell y otros. *Op. cit.*, párrafo 4.02.

69 *Idem.*

70 Gallagher, Norah. “Chapter 17: Parallel Proceedings, *Res Judicata* and *Lis Pendens*: Problems and Possible Solutions”. En Mistelis, Loukas A. y Lew, Julian D.M. (eds). *Pervasive Problems in International Arbitration*. International Arbitration Law Library, núm. 15 (2006), Kluwer Law International, párrafos 17.1, 17.2.

71 El primer caso fue *Ronald S. Lauder c. República Checa*. Ronald Lauder, nacional de Estados Unidos, presentó un reclamo contra la República Checa por expropiación de su inversión en un canal de televisión checo, bajo el TBI entre Estados Unidos y la República Checa. La inversión en el canal de televisión había sido desarrollada a través de *CME Czech Republic B.V.*, controlada por el Sr. Lauder. Seis meses después, *CME Czech Republic B.V* inició otro arbitraje contra la República Checa por expropiación bajo el TBI con Holanda. Ambos tribunales emitieron los laudos respectivos con diez días de diferencia. Ambos laudos fueron contradictorios a pesar de haberse basado esencialmente en los mismos hechos. La República Checa invocó los principios de *res judicata* y *lis pendens* en ambos arbitrajes y luego en la anulación del laudo ante las cortes suecas. Se desestimaron los argumentos en las dos instancias. Los dos tribunales entendieron que *res judicata* y *lis pendens* (según correspondiera) no aplicaban al caso porque no se cumplía el test de la triple identidad. En particular, los tribunales interpretaron restrictivamente la identidad de partes (*Ronald S. Lauder c. República Checa*, CNUDMI, Laudo Final, 3 de septiembre de 2001, *CME Czech Republic B.V. c. República Checa*, CNUDMI, Laudo Parcial, 13 de septiembre de 2001, y *CME Czech Republic B.V. c. República Checa*, CNUDMI, Laudo Final, 14 de marzo de 2003, párrafos 432-435). Véase, para este análisis,

terminar la prioridad y el efecto que debe otorgarse a otros medios de resolución de disputas para resolver conflictos de jurisdicción, y las han dividido entre las que (i) surgen de los tratados o (ii) derivan de principios generales de derecho.⁷²

Dentro de las que surgen de los tratados, los autores distinguen entre las disposiciones que confieren jurisdicción y las que la declinan. Las cláusulas que confieren jurisdicción son, en general, las que definen qué se considera una inversión o un inversionista bajo el tratado y las que determinan si un reclamo cae bajo las protecciones sustantivas del tratado.⁷³ Por otro lado, dentro de las disposiciones que declinan jurisdicción se encuentran, por ejemplo, las cláusulas “fork-in-the-road” (“FITR”). Por último, dentro de las reglas que derivan de los principios generales de derecho, se encuentran las máximas de *res judicata* y *lis pendens*.⁷⁴ Desarrollaremos sobre todas ellas a continuación.

3.2 Cláusulas FITR (o electa una vía)

3.2.1 Concepto y propósito

Las cláusulas FITR exigen que el inversionista opte por una forma de resolver la disputa. En general, la demandante tiene la opción de recurrir a procedimientos ante cortes nacionales o al arbitraje internacional. Si opta por una, no puede ejercer la otra. Las cláusulas FITR más comunes implican que la elección de foro sea irrevocable: “el inicio de un litigio ante los tribunales nacionales por parte de un demandante impide el recurso al arbitraje del tratado de inversión en un momento posterior (y viceversa)”.⁷⁵ Sin embargo, el lenguaje de las cláusulas FITR varía de tratado a tratado lo que puede acarrear diferencias sustanciales en su aplicación. Por ejemplo, el TBI entre Francia y Guatemala, contiene una cláusula FITR, que solo se activa si existe una sentencia o laudo arbitral definitivo.⁷⁶ La doctrina se re-

McLachlan, Campbell y otros. *Op. cit.*, párrafo 4.172-4.179.

72 McLachlan, Campbell y otros. *Op. cit.*, párrafo 4.42.

73 *Ibid.*, párrafos 4.44, 4.45.

74 *Ibid.*, párrafo 4.50.

75 Sabahi, Borzu; Rubins, Noah y Wallace, Don Jr. *Op. cit.*, párrafo 14.05.

76 El art. 8 dispone: “Una vez que el inversionista haya sometido una diferencia al tribunal competente o al arbitraje nacional de la Parte Contratante en la cual se hubiera efectuado la inversión o al tribunal arbitral del CIADI, podrá desistir de su reclamación y elegir otro procedimiento siempre y cuando no se hubiere dictado sentencia o laudo arbitral definitivo” (Acuerdo entre el Gobierno de la República de Guatemala y el Gobierno de la República Francesa para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones. [En línea]: http://www.sice.oas.org/Investment/BITSbyCountry/BITs/GTM_FRA_s.pdf [Consulta: 21 de noviembre de 2021].

fiere al TBI modelo de Chile⁷⁷ y al TBI entre Francia y Argentina⁷⁸ como ejemplos muy citados de cláusulas FITR.

Las cláusulas FITR suelen cumplir dos propósitos. El primero es evitar múltiples procesos paralelos sobre la misma disputa,⁷⁹ “que se consideran potencialmente abusivos e injustos para el Estado anfitrión”.⁸⁰ El segundo es “desincentivar acudir a cortes locales y tribunales administrativos cuando el inversionista está interesado en conservar sus derechos bajo arbitraje internacional”.⁸¹ Según el tribunal en *Flughafen Zurich c. Venezuela*, el objetivo del FITR es “evitar que un inversionista pueda mejorar su situación jurídica, avanzando en paralelo una misma acción ante los tribunales internos y ante un tribunal arbitral internacional. Además, la norma busca evitar que el desarrollo de dos acciones paralelas pueda resultar en sentencias contradictorias”.⁸²

3.2.2 Interpretación de cláusulas FITR por los tribunales arbitrales

Los tribunales arbitrales aplican el test de la triple identidad con respecto a la aplicación de las cláusulas FITR. En los últimos años, la jurisprudencia ha flexibilizado la aplicación de dicho test y ha aplicado lo que se conoce como test de la base fundamental.

3.2.2.1 El test de la triple identidad

En la mayoría de los casos, los tribunales arbitrales han requerido que se cumpla con el test de la triple identidad al aplicar cláusulas FITR.⁸³ Bajo este test, que

77 McLachlan, Campbell y otros. *Op. cit.*, párrafo 4.70.

78 El art. 8(2) del TBI entre Francia y Argentina dispone: “Si la controversia no hubiera podido ser solucionada en el término de seis meses a partir del momento en que hubiera sido planteada por una u otra de las partes, será sometida, a pedido del inversor: -- o bien a las jurisdicciones nacionales de la Parte Contratante implicada en la controversia; -- o bien al arbitraje internacional en las condiciones descritas en el párrafo 3.

Una vez que un inversor haya sometido la controversia a las jurisdicciones de la Parte Contratante implicada o al arbitraje internacional, la elección de uno u otro de esos procedimientos será definitiva”. (Acuerdo entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno de la República Francesa para la Promoción y la Protección Recíproca de las Inversiones, 3 de julio de 1991. [En línea]: http://www.sice.oas.org/Investment/BITSby-Country/BITs/ARG_France_s.pdf [Consulta: 27 de octubre de 2021].

79 Sabahi, Borzu; Rubins, Noah y Wallace, Don Jr. *Op. cit.*, párrafo 14.01.

80 *Ibid.*, párrafo. 14.11.

81 *Idem.*

82 *Flughafen Zürich A.G. y Gestión e Ingeniería IDC S.A. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/10/19, Laudo, 18 de noviembre de 2014, párrafos 357, 358.

83 Girsberger, Daniel y Voser, Nathalie. *International Arbitration: Comparative and Swiss Perspectives* Cuarta edición. Zürich: Schulthess Juristische Medien AG, 2021, p. 590.

pertenece al análisis de los principios de *res judicata* y *lis pendens*, como veremos, los tribunales analizan si existe identidad de (i) partes, (ii) objeto, y (iii) causa de acción para determinar la aplicación de las cláusulas FITR.⁸⁴

La jurisprudencia internacional ha debatido, sobre todo en relación a los principios de *res judicata* y *lis pendens*, qué significan exactamente las tres identidades. Casos más recientes citan la definición de los Profesores Schreuer y Reinisch en su opinión experta en el caso *CME c. República Checa*, quienes sostuvieron que identidad de “objeto” o “petitum” significa identidad de “tipo de reclamo” (*same type of relief is sought*), mientras que existe identidad de causa de acción cuando las partes en ambos procedimientos se basan en los mismos argumentos jurídicos.⁸⁵

El test de la triple identidad interpretado restrictivamente conduce, en general, a resultados contrarios a la finalidad de las cláusulas FITR de evitar la duplicación de procedimientos. Como señala la doctrina, el test de la triple identidad interpretado estrictamente implicaría que no se rechace prácticamente ningún caso en virtud de una cláusula FITR o de *res judicata*.⁸⁶

El ejemplo más ilustrativo es la aplicación estricta del test respecto de la identidad de partes. Dado que los inversionistas, en general, constituyen vehículos locales en el Estado anfitrión para desarrollar su inversión, si la compañía extranjera plantea el mismo reclamo respecto de la misma inversión, basada en los mismos hechos y fundamentos jurídicos que la compañía local, puede ocurrir que la identidad de partes no se dé nunca, porque las demandantes no son estrictamente las mismas compañías.⁸⁷

Como señalan Noah Rubins y otros, *Alex Genin c. Estonia*, *CMS c. Argentina*, *Occidental c. Ecuador*⁸⁸ y *Charanne c. España* son ejemplos de la aplicación del test de la triple identidad.⁸⁹ En todos estos casos, los tribunales rechazaron las objeciones de los Estados basadas en cláusulas FITR por entender que no se había cumplido con la triple identidad. En *Alex Genin c. Estonia*, el tribunal determinó que no había identidad de partes ni de causa de acción. Sostuvo que la disputa sometida a las cortes domésticas se refería a la revocación de ciertas

84 Sabahi, Borzu; Rubins, Noah y Wallace, Don Jr. *Op. cit.*, párrafo. 14.13.

85 Schreuer, Christoph y Reinisch, August, Opinión Legal, *CME Czech Republic B.V. c. República Checa*, 20 de junio de 2002, párrafo 43.

86 Sabahi, Borzu; Rubins, Noah y Wallace, Don Jr. *Op. cit.*, párrafo. 14.13.

87 *Idem*.

88 *Occidental Exploration and Production Company c. República del Ecuador*, Caso LCIA No. UN3467, Laudo Final, 1 de julio de 2004, párrafo 52.

89 Sabahi, Borzu; Rubins, Noah y Wallace, Don Jr. *Op. cit.*, párrafo. 14.16-14.24.

licencias, y que era diferente de la disputa de inversión sometida ante el tribunal, porque esta última se refería a daños que las demandantes reclamaban haber sufrido como consecuencia de las violaciones de Estonia al TBI.⁹⁰ El tribunal también entendió que la compañía que se había presentado ante las cortes domésticas (de la que las demandantes en el arbitraje eran sus accionistas) lo había hecho en nombre de todos sus accionistas, depositarios, prestatarios y empleados, mientras que la disputa frente al tribunal se había hecho exclusivamente en nombre de las demandantes.⁹¹

En *CMS c. Argentina*, el tribunal se basó en la conocida y ampliamente aceptada distinción entre reclamos contractuales y de Derecho internacional. El tribunal concluyó que las disputas sometidas a las cortes argentinas eran disputas contractuales y por lo tanto no excluían la jurisdicción del tribunal sobre disputas bajo el tratado.⁹² El tribunal agregó que las partes y la causa de acción eran diferentes en ambos reclamos. Este caso, si bien aplicó el test de la triple identidad, confirma que cuando los reclamos presentados ante cortes domésticas u otros tribunales arbitrales son contractuales y no basados en un tratado, la cláusula FITR no impacta en la jurisdicción del tribunal arbitral, porque la base fundamental del reclamo es diferente.⁹³

En el caso *Charanne c. España* el tribunal fue claro que, aunque las demandantes formaran parte del mismo grupo de compañías compuesto por las empresas que habían iniciado procedimientos locales en España, ello no era suficiente para considerar que existía una identidad sustancial de partes, incluso—como manifestó el tribunal—aplicando una interpretación flexible del test de la triple identidad.⁹⁴ El tribunal consideró que, para entender que había identidad de partes, debería haberse probado que las demandantes tenían poder de decisión en dichas compañías, de manera de que pudiera “considerarse que estas últimas han sido realmente sociedades interpuestas”.⁹⁵

90 *Alex Genin, Eastern Credit Limited, INC. y A.S. Baltoil c. República de Estonia*, Caso CIADI No. ARB/99/2, Laudo, 25 de junio de 2001, párrafo 332.

91 *Ibid.*, párrafo 331.

92 *CMS Gas Transmission Company c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/8, Decisión sobre Jurisdicción, 17 de julio de 2003, párrafo 80.

93 *McLachlan, Campbell y otros. Op. cit.*, párrafo 4.101.

94 *Charanne and Construction Investments c. España*, Caso SCC No. V 062/2012, Laudo, 21 de enero de 2016, párrafos 403, 408.

95 *Ibid.*, 408.

3.2.2.2 El test de la base fundamental del reclamo

Como vimos, la aplicación del test de la triple identidad puede llevar a resultados incompatibles con el propósito de las cláusulas FITR de evitar procedimientos paralelos que puedan dar lugar a decisiones contradictorias.⁹⁶

Los casos más recientes—con alguna excepción—han abandonado el test de la triple identidad para enfocarse en el objeto del reclamo y el petitorio (*relief sought*) que formula la demandante frente al tribunal arbitral.⁹⁷ Como ha señalado la doctrina, este test podría, dependiendo del caso, tornar más difícil la compensación de daños a favor de compañías relacionadas, porque si una compañía presentara un reclamo que activara la cláusula FITR (y por lo tanto impidiera que se presentara otro reclamo en un foro alternativo), privaría a las otras de presentar reclamos individuales para recuperar sus pérdidas.⁹⁸

Pantechniki c. Albania en 2009,⁹⁹ *Chevron Corp. & Texaco c. Ecuador* en 2012,¹⁰⁰ *Supervisión y Control, SA c. Costa Rica* en 2017,¹⁰¹ y *H&H c. Egipto* en 2014 son ejemplos de casos en los que los tribunales aplicaron el test de la base fundamental del reclamo. Por ejemplo, en *H&H c. Egipto* el tribunal determinó que el reclamo de la demandante en un arbitraje comercial en El Cairo y el reclamo bajo el TBI tenían la misma base fundamental, porque ambos se basaban en la interferencia del Estado con el proceso de licencias y la denegación de una opción de compra a favor de la demandante.¹⁰²

En *Supervisión y Control c. Costa Rica*, el tribunal sostuvo que:

“[Una] aplicación estricta del test de la triple identidad (mismas partes, mismo objeto y misma fuente normativa) aplicada por algunos tribunales de inversión elimina todos los efectos jurídicos de las cláusulas fork in the road, lo que con-

96 Sabahi, Borzu; Rubins, Noah y Wallace, Don Jr. *Op. cit.*, párrafo. 14.13.

97 *Ibid.*, párrafo 14.14.

98 *Idem.*

99 *Pantechniki SA Contractors & Engineers c. República de Albania*, Caso CIADI No. ARB/07/21, Laudo, 30 de julio de 2009, párrafo 67. Según Jan Paulsson, en su calidad de árbitro único, (párrafo 61), el test de la base fundamental del reclamo fue aplicado por primera vez en el caso *Woodruff* decidido por la Comisión Mixta Estadounidense-Venezolana en 1903.

100 *Chevron Corp. & Texaco Petroleum Company c. La República de Ecuador*, Caso CPA No. 2009-23, Tercer Laudo Parcial sobre Jurisdicción y Admisibilidad, 27 de febrero de 2012, párrafos 4.76-4.77.

101 *Supervisión y Control, SA c. La República de Costa Rica*, Caso CIADI No. ARB/12/14, Laudo, 18 de enero de 2017, párrafos 329-330.

102 *H&H Enterprises Investments, Inc. c. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI No. ARB/09/15, Extractos del Laudo, 6 de mayo de 2014, párrafo 376.

traviene el principio de *effet utile* aplicable a la interpretación de los tratados. En definitiva, lo que importa para la aplicación de las cláusulas *fork in the road* es que los dos procedimientos relevantes que se examinan tengan la misma fuente normativa y persigan el mismo objetivo. Este es, en opinión del Tribunal, el caso que nos ocupa”.¹⁰³

3.3 *Lis pendens* y *res judicata*

Reconociendo que *lis pendens* y *res judicata* regulan circunstancias diferentes, hemos decidido, sin embargo, tratar ambos temas en forma conjunta debido a que la doctrina y jurisprudencia sobre ambos está estrechamente vinculada y que, en definitiva, ambas doctrinas pretenden resolver las mismas cuestiones.¹⁰⁴

La doctrina de la *litis pendencia* (o *lis pendens*), que significa literalmente “litis (o juicio) pendiente” tiene como objetivo evitar que dos tribunales conozcan en una misma disputa simultáneamente. La principal diferencia con la doctrina de *res judicata* es, básicamente, una cuestión temporal. La doctrina de *res judicata* presupone que un tribunal anterior ya resolvió el reclamo, mientras que *lis pendens* aplica en una etapa anterior, cuando aún no existe una decisión sobre el asunto que se tramita paralelamente.¹⁰⁵ La doctrina de *res judicata* implica que las decisiones emitidas por un tribunal deberán ser reconocidas y serán obligatorias para los tribunales que conozcan en la misma disputa.¹⁰⁶

En particular, las cuestiones fundamentales respecto del principio de *res judicata* que se han suscitado en el arbitraje internacional de inversión han sido (i) el efecto vinculante de laudos anteriores sobre procedimientos relativos a la misma disputa, y (ii) la identidad entre las partes y la causa de acción entre ambos reclamos.¹⁰⁷ Este tipo de discusiones surgieron con frecuencia en los casos relativos a la crisis económica en Argentina en 2001.¹⁰⁸ El test de la triple identidad que exa-

103 *Supervisión y Control c. Costa Rica*, párrafo 330.

104 *McLachlan, Campbell y otros. Op. cit.*, párrafo 4.06.

105 *Gallagher, Norah. Op. cit.*, párrafo 17.17. *McLachlan, Campbell y otros. Op. cit.*, párrafo 4.06.

106 *McLachlan, Campbell y otros. Op. cit.*, párrafo 4.10.

107 *McLachlan, Campbell y otros. Op. cit.*, párrafo 4.50(1).

108 Así lo explican *McLachlan, Campbell y otros (Ibid., párrafo 4.170)*, haciendo referencia a *CMS Gas Transmission Co c. Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/8, Laudo, 12 de mayo de 2005; *Enron Corporation and Ponderosa Assets L.P. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/3, Laudo, 22 de mayo de 2007; *Sempra Energy International c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/16, Laudo, 28 de septiembre de 2007; *LG&E Energy Corp c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/1, Laudo, 25 de julio de 2007; *Continental Casualty Corp c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/9, Laudo, 5 de septiembre

minamos en relación a las cláusulas FITR en la Sección 3.2.2.1 es también el punto de partida de las doctrinas de *lis pendens* y *res judicata*.¹⁰⁹ En particular, la cuestión debatible de si la identidad de partes aplica únicamente cuando se trata de dos personas jurídicas idénticas o si puede también aplicarse frente a inversionistas diferentes que comparten el mismo interés jurídico en el reclamo (lo que la doctrina llama identidad económica¹¹⁰) también se plantea en relación a las doctrinas de *res judicata* y *lis pendens*. Hasta el presente, los tribunales no siguen una única interpretación y aún existen casos donde el test de la identidad de partes parece aplicarse restrictivamente. Por ejemplo, en *CME c. República Checa*, el tribunal rechazó la aplicación de la identidad económica de las partes y concluyó—bajo un criterio estricto—que para cumplir con el requisito de identidad de partes las compañías involucradas en ambos reclamos debían coincidir.¹¹¹ Sin embargo, los casos *Grynberg c. Granada* y *Apotex Holdings c. Estados Unidos* marcaron la tendencia contraria.¹¹²

Respecto de la identidad de causa de acción, la principal cuestión debatida por los tribunales arbitrales ha sido si los reclamos deben haber sido planteados bajo el mismo tratado para que opere el principio de *res judicata*. El tribunal en *CME c. República Checa* excluyó la aplicación de *res judicata* porque entendió, entre otras cosas (incluida la falta de identidad de partes, como vimos), que no correspondía su aplicación en casos donde los reclamos se habían presentado bajo dos TBIs diferentes:

“Los dos arbitrajes se basan en tratados bilaterales de inversión diferentes, que conceden una protección de la inversión comparable, que, sin embargo, no es idéntica. Ambos arbitrajes tratan de la interferencia del Consejo de los Medios de Comunicación con la misma inversión en la República Checa. Sin embargo, el Tribunal no puede juzgar si los hechos sometidos a la decisión de los dos tribunales son idénticos y es muy posible que los hechos y las circunstancias presentados a este Tribunal hayan sido presentados de manera muy diferente al Tribunal de Londres.

de 2008.

109 McLachlan, Campbell y otros. *Op. cit.*, párrafo 4.06.

110 *Ibid.*, párrafos 4.186-4.187.

111 *CME Czech Republic B.V. c. República Checa*, Laudo Final, párrafos 432-435.

112 En ambos casos, los tribunales abandonaron la interpretación de que identidad de partes significa que los demandantes en ambos procedimientos deben coincidir. *RSM Production Corporation y otros c. Granada*, Caso CIADI No. ARB/10/6, Laudo, 10 de diciembre de 2010, párrafos 7.1.8, 7.15, 7.17. *Apotex Holdings Inc. y Apotex Inc. c. Estados Unidos de América*, Caso CIADI No. ARB(AF)/12/1, Laudo, párrafos 7.10-7.32.

Dado que los dos tratados bilaterales de inversión crean derechos que no son exactamente iguales en todos los aspectos, se formulan necesariamente demandas diferentes”.¹¹³

Campbell McLachlan y otros, comentando sobre *CME c. República Checa*, sostuvieron que, si bien pueden existir diferencias sustanciales entre las obligaciones sustantivas creadas por diferentes tratados, “el solo hecho que las normas surjan de tratados diferentes no resulta *per se*, en que las mismas formas de protección jurídica deban ser tratadas de forma diferente”, como sugirió el tribunal en dicho caso. Según estos autores, la experiencia del Derecho Internacional Privado muestra que las doctrinas de *res judicata* y *lis pendens* no pueden restringirse a reclamos que se presenten bajo el mismo sistema jurídico, sino que deben aplicarse a nivel transnacional, para resolver cuestiones de reclamos iguales independientemente del orden jurídico.¹¹⁴

Por último, en particular respecto de los efectos de la litis pendencia, los tribunales internacionales han entendido que “tienen discreción para suspender los procedimientos si otro tribunal está conociendo en el asunto”.¹¹⁵

4. Otros requisitos procesales

Las cláusulas de resolución de disputas en los tratados de protección de inversiones incluyen, con frecuencia, ciertos requisitos procesales antes de someter la disputa a arbitraje. A continuación, analizaremos (i) los períodos de *cooling-off* y (ii) el requisito de someter la disputa a los tribunales nacionales.

4.1 Períodos de *cooling-off*

Muchos tratados de protección de inversiones suelen requerir que la demandante espere un determinado plazo desde que surgió la disputa antes de iniciar el arbitraje.¹¹⁶ Este período se conoce estrictamente como *cooling-off* y se prevé, en general, por seis meses contados a partir de los eventos que dieron lugar al reclamo. Muchos tratados también incluyen períodos de espera con el objetivo de promover consultas amigables y negociaciones entre las partes.¹¹⁷ Con estos plazos, las partes se aseguran de que el Estado sea notificado de la existencia de la disputa y que permanezca

113 *CME Czech Republic B.V. c. República Checa*, Laudo Final, párrafos 432, 433.

114 McLachlan, Campbell y otros. *Op. cit.*, párrafo 4.197.

115 *Ibid.*, párrafo 4.184.

116 Sabahi, Borzu; Rubins, Noah y Wallace, Don Jr. *Op. cit.*, párrafo 6.08.

117 *Idem.*

abierta la posibilidad de resolverla antes de recurrir a arbitraje.¹¹⁸ Para algunos tribunales el período de *cooling-off*, consultas amistosas y negociaciones no es obligatorio. Por el contrario, lo consideran una “regla procesal” no vinculante.¹¹⁹ Cierta parte de la doctrina entiende que los tribunales deberían seguir esta posición como regla general.¹²⁰ Otros tribunales han defendido la posición contraria y han afirmado que el período de *cooling-off* o negociaciones no es una etapa “de naturaleza no obligatoria y procesal”, y que, por lo tanto, un demandante no es libre de ignorarlo.¹²¹ Algunos tribunales sostuvieron que la inclinación por una u otra interpretación depende de las circunstancias particulares de cada disputa y/o del lenguaje del tratado.¹²²

Respecto de las consecuencias por incumplimiento del *cooling-off*, la posición entre los tribunales arbitrales también está dividida. Algunos han interpretado que, de incumplirse con el requisito, el tribunal no tendría jurisdicción para conocer en la disputa.¹²³ Para otros tribunales en casos más recientes es una cuestión de admisibilidad. Por ejemplo, el tribunal en *Casinos Austria c. Argen-*

118 *Mesa Power Group LLC v. Canada*, Caso CPA No. 2012-17, Laudo, 24 de marzo de 2016, párrafo 296.

119 *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. República Islámica de Pakistán*, Caso CIADI No. ARB/01/13, Laudo sobre Objeciones de Jurisdicción, 6 de agosto de 2003, párrafo 184.

120 Born, Gary B. y  c ki , Marija, “Pre-Arbitration Procedural Requirements ‘A Dismal Swamp’”, *Practicing Virtue – Inside International Arbitration*. 2015, pp. 227-229.

121 Por ejemplo, *Murphy Exploration and Production Co International c. República del Ecuador*, Laudo, 15 de diciembre de 2010, Caso CIADI No. ARB/08/4, párrafo 149. En el mismo sentido, *Burlington Resources c. Ecuador* sostuvo que respetar el *cooling-off* era obligatorio para la demandante y que, al no hacerlo, había privado a Ecuador de la posibilidad de resolver la disputa amigablemente (*Burlington Resources Inc. c. República del Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/08/5, Decisión sobre Jurisdicción, 2 de junio de 2010, párrafos 312-318). En el caso *Almasryia c. Kuwait*, el tribunal también entendió que el *cooling-off* del tratado aplicable era una “parte integral del consentimiento del Estado [de someter una disputa a arbitraje], no una formalidad que pudiera obviarse” (*Almasryia for Operating & Maintaining Touristic Construction Co. L.L.C. c. Estado de Kuwait*, Caso CIADI No. ARB/18/2, Laudo sobre la Aplicación de la Demandada bajo la regla 41(5) de las Reglas de Arbitraje del Convenio del CIADI, 1 de noviembre de 2019, párrafos 39-43).

122 *Daimler Financial Services c. Argentina*, Caso CIADI No. ARB/05/1, Laudo, 22 de agosto de 2012, párrafo 187. *Almasryia c. Kuwait*, párrafo 43.

123 Este es el caso de: *Burlington Resources Inc. c. República del Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/08/5, Decisión sobre Jurisdicción, 2 de junio de 2010, párrafo 315; y de los casos *Guaracachi America, Inc. and Rurelec PLC c. Estado Plurinacional de Bolivia*, Caso CPA No. 2011-17, Laudo, 31 de enero de 2014, párrafo 390; *Tulip Real Estate and Development Netherlands B.V. c. República de Turquía*, Caso CIADI No. ARB/11/28, Decisión sobre Jurisdicción, 5 de marzo de 2013, párrafo 72; y *Enron Corporation and Ponderosa Assets L.P. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/3, Decisión sobre Jurisdicción, 14 de enero de 2004, párrafo 88.

тина sostuvo que si bien el *cooling-off* es vinculante para las partes, su incumplimiento no afecta la jurisdicción del tribunal arbitral y puede subsanarse luego de iniciado el arbitraje.¹²⁴ A diferencia de los casos que consideran el requisito como una cuestión de jurisdicción, el tribunal en *Casinos Austria c. Argentina* sostuvo que los requisitos previos no afectan el consentimiento de la demandada al arbitraje, y se refieren “al “cómo” y al “cuándo” del ejercicio de la jurisdicción del tribunal, no a su existencia”.¹²⁵

Por último, está ampliamente aceptado entre los tribunales arbitrales que el inversionista no está obligado a respetar el *cooling-off* o el período de negociaciones cuando hacerlo sería inútil o fútil.¹²⁶ Analizaremos el principio de futilidad bajo la Sección 4.2.

4.2 Requisito de someter la disputa a cortes nacionales

De forma similar a lo que sucede con el requisito de *cooling-off* y negociaciones, algunos tratados de protección de inversiones (aunque la minoría) exigen al demandante someter la disputa a las cortes nacionales antes de recurrir al arbitraje.¹²⁷ En general, el lenguaje de estas disposiciones establece que la disputa se someterá a los tribunales competentes del Estado donde se realizó la inversión, y que podrá recurrirse a arbitraje luego de transcurrido cierto tiempo (en los tratados en los que Argentina es parte ese tiempo suele ser 18 meses) contados a partir de que se haya iniciado el proceso en las cortes domésticas. Naturalmente, el lenguaje de este tipo de cláusulas no es idéntico en todos los tratados y mínimas variaciones en ciertos términos pueden dar lugar a interpretaciones disímiles, sobre todo respecto de la obligatoriedad del requisito.

La práctica en los arbitrajes internacionales de inversión revela que existe un considerable número de casos en los que la demandante no ha cumplido con el re-

124 *RREEF Infrastructure (G.P.) Limited y RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S.à r.l. c. el Reino de España*, Caso CIADI No. ARB/13/30, Decisión sobre Jurisdicción, 6 de junio de 2016, párrafo 225.

125 *Casinos Austria International GmbH y Casinos Austria Aktiengesellschaft c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/14/32, Decisión sobre Jurisdicción, 29 de junio de 2018, párrafo 279. En el mismo sentido decidió el tribunal en *RREEF Infrastructure (G.P.) Limited y RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S.à r.l. c. Reino de España*, Caso CIADI No. ARB/13/30, Decisión sobre Jurisdicción, 6 de junio de 2016, párrafo 225

126 *Occidental Petroleum Corporation y Occidental Exploration and Production Company c. La República de Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/06/11, Decisión sobre Jurisdicción, 9 de septiembre de 2008, párrafos 92-94.

127 Véase, Dietrich, Martin. “Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible (IISD), Exhaustion of Local Remedies in International Investment Law”. Canadá: IISD, 2017, p. 7. [En línea]: <https://www.iisd.org/system/files/publications/best-practices-exhaustion-local-remedies-law-investment-en.pdf> [Consulta: 10 de octubre de 2021].

quisito, y, aun así, como explica la doctrina,¹²⁸ los tribunales han asumido jurisdicción con base en diferentes fundamentos.¹²⁹ Uno de estos ejemplos son los casos contra Argentina relativos a la crisis económica de 2001, en los que los tratados aplicables requerían que se presentara el reclamo por 18 meses antes de someterlo a los tribunales internacionales.¹³⁰ Al igual que en los casos relativos al cumplimiento del requisito de *cooling-off* o de consultas amistosas o negociaciones previas, no existe respecto del requisito de someter la disputa a los tribunales nacionales una regla expresa sobre su carácter vinculante o sus efectos en casos de incumplimiento. En general, los tribunales arbitrales deciden la cuestión interpretando la disposición del tratado bajo los principios de interpretación de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (artículos 31 y 32), y los resultados varían en cada caso.

Algunos tribunales han sostenido que no existe una regla de Derecho internacional que obligue a acudir a las cortes nacionales salvo que (i) esté expresamente previsto en el tratado o (ii) el reclamo se fundamente en denegación de justicia.¹³¹ Sin embargo, algunos tribunales consideran que el requisito de agotar la vía interna es una regla de Derecho internacional consuetudinario, reconocida por la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia.¹³²

El análisis de los tribunales arbitrales para justificar el carácter vinculante del requisito de sometimiento a cortes domésticas se basa, en general, en lo siguiente:

- Los tribunales consideran que el uso de expresiones como “deberá” (*shall*) o “será sometida” es determinante para confirmar que el requisito es obligatorio.¹³³

128 McLachlan, Campbell y otros. *Op. cit.*, párrafo 4.123.

129 Véanse los casos citados por McLachlan, Campbell y otros, en el párrafo 4.123: *BG Group Plc c. Argentina*, CNUDMI, Laudo, 24 de diciembre de 2007; *Wintershall Aktiengesellschaft c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/04/14, Laudo, 8 de diciembre de 2008; *TSA Spectrum de Argentina SA c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/05/5, Laudo, 19 de diciembre de 2008; *Impregilo S.p.A. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/07/17, Laudo, 21 de junio de 2011; *Abaclat y Otros c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/07/5, Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad, 4 de agosto de 2011; *Hochtief AG c. Argentina*, Caso CIADI No. ARB/07/31, Decisión sobre Jurisdicción, 24 de octubre de 2011; *ICS Inspection and Control Services Limited c. Argentina*, Caso CPA No. 2010-9, Decisión sobre Jurisdicción, 10 de febrero de 2012; *Urbaser SA y Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa c. Argentina*, Caso CIADI No. ARB/07/26, Decisión sobre Jurisdicción, 19 de diciembre de 2012; *Ambiente Ufficio S.p.A. y otros c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/08/9, Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad, 8 de febrero de 2013.

130 McLachlan, Campbell y otros. *Op. cit.*, párrafo 4.122.

131 *Gavrilovic and Gavrilovic d.o.o. c. República de Croacia*, Caso CIADI No. ARB/12/39, Laudo, 25 de julio de 2018 párrafo 889.

132 *ST-AD GmbH c. República de Bulgaria*, Caso CPA No. 2011-06 (ST-BG), Decisión sobre Jurisdicción, 18 de julio de 2013, párrafo 365.

133 *Wintershall c. Argentina*, párrafo 119: “El término “será” utilizado en el Artículo 10(2)

- Además, en los casos en que en lugar de la palabra “deberá”, se emplea la palabra “podrá” (*may*), algunos tribunales han entendido que ello no cambia el carácter vinculante que se desprende de otras cláusulas del tratado o de su objeto y fin.¹³⁴ En particular, algunos tribunales consideraron que la interpretación de “podrá” no debe hacerse por oposición a “deberá” cuando otros elementos de interpretación del tratado conducen a concluir que el requisito es vinculante.¹³⁵
- Adicionalmente, en la mayoría de los casos los tribunales han sostenido que el requisito de someter la disputa a las cortes nacionales es vinculante cuando el reclamo es por denegación de justicia.¹³⁶ Esto quiere decir que, si el inversionista está reclamando por denegación de justicia, debe necesariamente recurrir a las cortes domésticas.

Por el contrario, los tribunales que se han pronunciado por el carácter no vinculante del requisito han sostenido que la posibilidad de acudir a cortes locales es un derecho, no una obligación del inversionista.¹³⁷ La opinión de la jurisprudencia internacional también está dividida en cuanto a la determinación de si el requisito de someter la disputa a cortes nacionales es una cuestión de admisibilidad¹³⁸ o jurisdicción.¹³⁹

— “[s]i una controversia en el sentido del párrafo 1 no pudiera ser dirimida dentro del plazo de seis meses [...], será sometida [...] a los tribunales competentes de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión”— denota, en sí mismo, una “obligación”, y no simplemente una elección u opción. En la terminología de los tratados, la palabra “será” significa que lo estipulado es jurídicamente vinculante”.

134 *Ambiente Ufficio S.p.A. y otros c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/089, Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad, 8 de febrero de 2013, párrafos 589-592.

135 *Impregilo S.p.A. c. Argentina*, párrafos 79-94.

136 *Mr. Franck Charles Arif c. República de Moldavia*, Caso CIADI No. ARB/11/23, Laudo, 8 de abril de 2013, párrafos 334-345. *OOO Manolium Processing c. República de Bielorrusia*, Caso CPA No. 2018-06, Laudo Final, 22 de junio de 2021, párrafo 535. *Philip Morris Brand Säril (Switzerland), Philip Morris Products S.A. (Switzerland) y Abal Hermanos S.A. (Uruguay) c. República Oriental del Uruguay*, Caso CIADI No. ARB/10/7, Laudo, 8 de julio de 2016, párrafo 503.

137 *Patrick Mitchell c. República Democrática del Congo*, Caso CIADI No. ARB/99/7, Extractos del Laudo, 9 de febrero de 2004, párrafo 33; *Abengoa S.A. y COFIDES S.A. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/09/2, Laudo, 18 de abril de 2013, párrafo 626.

138 *Murphy Exploration and Production Company International c. República de Ecuador II*, Caso CPA No. 2012-16 (antes No. AA 434), Opinión Separada del Prof. Georges Abi-Saab, 13 de noviembre de 2013, párrafo 20. El Prof. Sostuvo que: “La condición de las negociaciones previas o del período previo de negociaciones, así como la del agotamiento de los recursos internos, son condiciones de admisibilidad en el derecho internacional general. Sin embargo, cuando se estipulan como condiciones en el título jurisdiccional, se convierten también en límites a la jurisdicción y pueden servir de base jurídica para las objeciones a la jurisdicción”.

139 *Swissbourgh Diamond Mines (Pty) Limited y otros c. Reino de Lesoto*, Caso CPA No. 2013-

La doctrina y los tribunales arbitrales han sostenido repetidamente que la obligación de cumplir con el requisito de agotar la vía interna ante cortes domésticas se aplica *únicamente* si los remedios internos están disponibles y son efectivos; y que dicha determinación debe hacerse caso a caso. Esto se conoce como el principio de futilidad (*futility*), que permite que un inversionista no cumpla con el requisito de someter la disputa a los tribunales nacionales si hacerlo sería inútil.¹⁴⁰

La determinación de qué se considera fútil y qué debe probarse para demostrar que cualquier recurso a cortes nacionales sería inútil varía según las diferentes opiniones de los tribunales arbitrales. Por ejemplo, en *Hulley c. Rusia*, el Tribunal expresó que “una remisión [a las autoridades fiscales, bajo el Artículo 21(5) del TCE] debe considerarse claramente inútil si no existe ninguna posibilidad de que las autoridades competentes puedan llegar a alguna conclusión oportuna y significativa sobre la controversia o realizar cualquier determinación oportuna que pueda potencialmente servir para asistir la decisión del Tribunal”.¹⁴¹ En un sentido similar, el tribunal en *Corona c. República Dominicana* determinó que el inversionista no estaba obligado a cumplir con el requisito si hacerlo era “evidentemente fútil” o “manifestamente inefectivo”.¹⁴²

Además, el tribunal en *Kilic c. Turkmenistán*, sostuvo que no puede concluirse que un inversionista puede descartar el requisito de someter la disputa a tribunales nacionales salvo que se haya presentado un “caso claro, basado en evidencia suficiente y “mejor” evidencia, de que recurrir a las cortes estatales no está disponible, o si estuviera disponible, el inversionista no podría ser tratado de manera justa ante dicha cortes”,¹⁴³ Una postura similar adoptó el tribunal en *Philip Morris c. Uruguay*, al determinar que la futilidad “debe abordarse con cautela y circunspección”.¹⁴⁴

29, Decisión de la Corte de Apelaciones de Singapur, 27 de noviembre de 2018, párrafos 206, 209.

140 *Ethyl Corporation c. El Gobierno de Canadá*, CNUDMI, Laudo sobre Jurisdicción, 24 de junio de 1998, párrafo 84. *ST-AD GmbH c. República de Bulgaria*, Caso CPA No. 2011-06 (ST-BG), Decisión sobre Jurisdicción, 18 de julio de 2013, párrafo 365. *Philip Morris c. Uruguay*, Laudo, párrafo 503.

141 *Hulley Enterprises Limited (Chipre) c. Rusia*, Caso CPA No. 2005-03/AA226, Laudo Final, 18 de julio de 2014, párrafo 1426.

142 *Corona Materials LLC c. República Dominicana*, Caso CIADI No. ARB(AF)/14/3, Laudo sobre Objeciones Preliminares, 31 de mayo de 2016, párrafo 261.

143 *Kilic Insaat Ithalat Ihracat Sanayi ve Ticaret Anonim Sirketi v. Turkmenistán*, Caso CIADI No. ARB/10/1, Laudo, 2 de julio de 2013, párrafo 8.1.4.

144 *Philip Morris c. Uruguay*, Decisión sobre Jurisdicción, 2 de julio de 2013, párrafo 137.

5. Demandas de reconvencción por Estados

Existen, hasta ahora, relativamente pocos casos en los que los Estados parte de un tratado de protección de inversiones han presentado demandas reconconvencionales.

Al decidir sobre su jurisdicción para entender en reconconvenciones formuladas por Estados, un significativo número de tribunales arbitrales en arbitrajes de inversión requieren que: (i) la reconvencción esté dentro del consentimiento de las partes y/o de la jurisdicción del CIADI (cuandose trata de un caso CIADI),¹⁴⁵ y (ii) que se relacione directa o estrechamente con el objeto de la disputa (o con la inversión en algunos casos).¹⁴⁶ En particular, cuando los casos han sido planteados bajo la jurisdicción del CIADI,¹⁴⁷ los tribunales tomaron en consideración las Reglas de Arbitraje del Convenio CIADI, incluyendo el art. 40(1) según el cual la reconvencción debe relacionarse directamente con la disputa y estar dentro del límite del consentimiento de las partes,¹⁴⁸ y el Convenio CIADI, en particular el art. 25(1) que dispone que la jurisdicción del Centro se extiende a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión, y el art. 46—similar al art. 40(1) de las Reglas—que establece que un tribunal CIADI tiene jurisdicción para resolver demandas reconconvencionales “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”.¹⁴⁹ Algunos tribunales

145 *Spyridon Roussalis c. Rumania*, Caso CIADI No. ARB/06/1, Laudo, 7 de diciembre de 2011, párrafo 863. *Antoine Goetz y otros c. República de Burundi II*, Caso CIADI No. ARB/01/2, Laudo, 21 de junio de 2012, párrafo 275.

146 *Metal-Tech Ltd. c. República de Uzbekistán*, Caso CIADI No. ARB/10/3, Laudo, 4 de octubre de 2013, párrafo 407. *Hesham Talaat M. Al-Warraq c. República de Indonesia*, CNUDMI, Laudo Final, 15 de diciembre de 2014, párrafos 667-668. *Antoine Goetz c. República de Burundi II*, párrafos 283-285.

147 *Roussalis c. Rumania*, párrafos 861-863.

En *Roussalis c. Rumania* el tribunal concluyó que el consentimiento al Convenio CIADI no es suficiente para considerar que hubo consentimiento a la posibilidad de que el Estado presentara una reconvencción. Sostuvo que el alcance del consentimiento debe determinarse de acuerdo al TBI (*Roussalis c. Rumania*, párrafos 865-872). Por el contrario, en *Goetz c. Burundi II*, el tribunal afirmó que el consentimiento del inversionista al Convenio CIADI es suficiente para determinar el consentimiento a la posibilidad de que el Estado presente una reconvencción (párrafos 278-279). El tribunal en *Goetz c. Burundi II* coincidió con la opinión disidente del Prof. Reisman en *Roussalis c. Rumania* (*Roussalis c. Rumania*, Opinión Disidente, 28 de noviembre de 2011).

148 Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje del Convenio CIADI, art. 40(1): “Salvo acuerdo en contrario de las partes, cualquiera de ellas podrá presentar una demanda incidental o adicional o una reconvencción que se relacione directamente con la diferencia, siempre que esté dentro de los límites del consentimiento de las partes y caigan además dentro de la jurisdicción del Centro”.

149 El tribunal en *Goetz c. Burundi II* diferenció los requisitos bajo el art. 46 y el art. 25

reconocieron que es posible extraer un principio de derecho general que exige que exista una conexión cercana entre la reconvencción y la disputa principal.¹⁵⁰

En el caso *Saluka Investments B.V. c. República Checa* tramitado bajo el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), el tribunal también consideró que:

“[U]na reconvencción legítima debe tener una relación cercana con la disputa principal a la que responde...La naturaleza y el alcance del vínculo cercano que se requiere pueden expresarse de diversas maneras. Es probable que cualquier intento de definir este requisito con efecto universal no resulte satisfactorio, ya que siempre dependerá de las circunstancias particulares de cada caso, incluyendo no sólo los hechos sino también el tratado pertinente y otros textos”.¹⁵¹

Esencialmente, los tribunales arbitrales toman en cuenta e interpretan el lenguaje específico del tratado y, en especial, de la cláusula de resolución de disputas. Uno de los primeros casos en que un tribunal analizó si tenía jurisdicción para conocer en demandadas reconconvencionales fue *Saluka Investments B.V. c. República Checa*. El tribunal consideró que, en principio, el Estado podía presentar una reconvencción dado que la cláusula de resolución de disputas era lo suficientemente amplia para comprender “todas las disputas” relativas a una inversión.¹⁵² En este caso, el tribunal también resolvió que la carga de probar la jurisdicción del tribunal recaía sobre el Estado demandado.¹⁵³ Por el contrario,¹⁵⁴ en *Roussalis c. Rumania*, el tribunal analizó el lenguaje del TBI Grecia-Rumania y determinó que la cláusula arbitral se restringía a reclamos del inversionista. Sostuvo que la cláusula de resolución de disputas del TBI se refería a la posibilidad de someter a arbitraje “disputas...concernientes a una

del Convenio CIADI. Sostuvo que, mientras el art. 25 exige una relación directa con la inversión, el art. 46 exige una relación directa con el objeto de la disputa (párrafos 283-285).

150 *Saluka Investments BV (Holanda) c. República Checa*, Caso CPA No. 2001-04, Decisión sobre Jurisdicción sobre la Reconvencción de República Checa, 7 de mayo de 2004, párrafo 76.

151 *Ibid.*, párrafos 61, 63.

152 *Ibid.*, párrafo 39. El tribunal afirmó que el lenguaje de la cláusula de resolución de disputas que se refería a “[t]odas las disputas” era lo suficientemente amplio para incluir disputas que dieran lugar a una demanda reconconvencional, siempre que se cumpliera con los demás requisitos de la cláusula.

153 *Ibid.*, párrafo 34. En el mismo sentido, *Oxus Gold plc c. República de Uzbekistán*, CNUDMI, Laudo Final, 17 de diciembre de 2015, párrafo 939.

154 Para un análisis de dos casos contradictorios (*Roussalis c. Rumania* y *Goetz c. Burundi*), véase, Kalicki, Jean E. “Counterclaims by States in Investment Arbitration”. [En línea]: https://www.iisd.org/itn/es/2013/01/14/counterclaims-by-states-in-investment-arbitration-2/#_ftn5 [Consulta: 1 de diciembre de 2021].

obligación de este último [Parte Contratante]”, lo que significaba que las disputas que quedaban abarcadas por la cláusula eran las relativas a las obligaciones de los Estados, no de los inversionistas, a los que el TBI no les imponía obligación alguna.¹⁵⁵ El tribunal en *Iberdrola c. República de Guatemala II* concluyó lo mismo en 2020, basándose también en el lenguaje de la cláusula arbitral.¹⁵⁶

De relevancia, en el caso *David Aven c. Costa Rica* (bajo CAFTA), el Estado demandado presentó una reconvencción basado en ciertas conductas de los inversionistas que habrían causado daños al medio ambiente. El tribunal, luego de analizar varias disposiciones del tratado,¹⁵⁷ si bien entendió que “en general, el mecanismo de resolución de disputas bajo el CAFTA-DR, está previsto para reclamos en contra del Estado anfitrión”, concluyó que tenía jurisdicción *prima facie* sobre la reconvencción.¹⁵⁸ Para ello, el tribunal se basó, esencialmente, en (i) el art. 10.15 del CAFTA, que se refiere a “una controversia relativa a una inversión”, (ii) el art. 10.16 que aplica cuando “no puede resolverse una controversia relativa a una inversión mediante consultas y negociación” y (iii) la consideración de que “la admisión de las reconvencciones tiene numerosas ventajas prácticas en lo que respecta a economía y eficacia procesal, para el beneficio tanto del Estado receptor como del inversionista extranjero...”.¹⁵⁹ El tribunal fue determinante en que el tratado establecía ciertas obligaciones a cargo de los inversionistas de respetar y cumplir con las regulaciones sobre medioambiente

155 El tribunal concluyó que la reconvencción quedaba fuera de su jurisdicción. *Roussalis c. Rumania*, párrafos 862, 863, 876.

156 *Iberdrola Energía S.A. c. República de Guatemala II*, Caso CPA No. 2017-41, Laudo Final, 24 de agosto de 2020, párrafos 386, 391. En sentido similar, *Karkey Karadeniz Elektrik Uretim A.S. c. República Islámica de Pakistán*, Caso CIADI No. ARB/13/1, Laudo, 22 de agosto de 2017, párrafos 1012-1016.

157 El tribunal analizó: (i) el art. 10.16 que dispone que cualquier reclamo debe indicar que el demandado violó alguna obligación de la Sección A (inversiones), (ii) el art. 10.28 donde se define “demandante” como “inversionista” y “demandado” como “la Parte que es parte de una controversia relativa a una inversión”, (iii) los arts. 10.26.1 y 10.26.8 que se refieren a “demandante” y “demandado” en dichos términos, (iv) la Sección A en general, que dispone obligaciones solo para los Estados, de lo que podría inferirse que solo los Estados pueden ser demandados y que los inversionistas no pueden ser demandados en una demanda reconvencción (*David R. Aven y Otros c. República de Costa Rica*, Caso CIADI No. UNCT/15/3, Laudo, 18 de septiembre de 2018, párrafos 731, 732).

158 *Ibid.*, párrafo 742. Sin embargo, a pesar de haber asumido jurisdicción *prima facie*, el tribunal se negó a conocer en la reconvencción porque sostuvo que Costa Rica no cumplió con los requisitos del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, esto es, exponer de manera precisa los hechos que sustentaban sus reclamaciones y la reparación y cuantificación pretendidas (párrafo 745).

159 *Ibid.*, párrafo 741.

y que, de incumplirse, el inversionista violaría las leyes domésticas y el derecho internacional.¹⁶⁰ En particular, determinó:

“El presente Tribunal comparte los criterios del tribunal del caso *Urbaser* de que ya 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”.¹⁶¹

160 *Ibid.*, párrafo 734.

161 *Ibid.*, párrafo 738.

DESIGNACIÓN DEL TRIBUNAL Y EMISIÓN DE LA PRIMERA ORDEN PROCESAL

José Ángel Rueda García
Lucía Pérez-Manglano Villalonga

Sumario:

1. Introducción
2. La designación del Tribunal
3. Negociación de la primera orden procesal

JOSÉ ÁNGEL RUEDA GARCÍA

Abogado, socio de Cuatrecasas, Gonçalves Pereira en Madrid (España), especialista en arbitraje internacional y Derecho internacional público y privado. Doctor cum laude en Derecho por la Universidad de Alcalá (España) y abogado y socio del despacho Cuatrecasas, Gonçalves Pereira en Madrid. Es especialista en Derecho internacional público y privado y asesora fundamentalmente a clientes en el ámbito de la protección de las inversiones exteriores. Es autor de numerosas publicaciones en sus materias de especialidad.

LUCÍA PÉREZ-MANGLANO VILLALONGA

Graduada en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad de Valencia y Máster de Acceso a la Abogacía por la Universidad Rey Juan Carlos. Es Asociada del departamento de Litigación y Arbitraje en CUATRECASAS desde el año 2020. Especializada en arbitraje comercial, en el sector de la construcción e infraestructuras, y de inversión en procedimientos arbitrales bajo tratado.

DESIGNACIÓN DEL TRIBUNAL Y EMISIÓN DE LA PRIMERA ORDEN PROCESAL

1. Introducción

En este capítulo vamos a tratar dos aspectos esenciales de todo procedimiento arbitral, en este caso desde la perspectiva del arbitraje de inversiones, y que además surgen de manera consecutiva.

En primer lugar, revisaremos las líneas maestras de la designación del Tribunal en un arbitraje de inversiones, poniendo especial atención en los acuerdos existentes entre las Partes o que puedan surgir sobre la marcha entre ellas, así como en las disposiciones legales aplicables a falta de esos acuerdos o que fueren imperativas para el procedimiento arbitral en cuestión. Distinguiremos entre el arbitraje administrado por el CIADI bajo el Convenio de Washington de 1965 y los demás arbitrajes que se sustancian bajo otros reglamentos arbitrales al uso en el arbitraje de inversiones.

En segundo lugar, analizaremos la negociación de la primera orden procesal por el Tribunal, que será la que regule de manera principal el desarrollo del procedimiento arbitral, por delante de las disposiciones legales subsidiarias, aunque sin contradecir los mandatos imperativos de éstas. Veremos sucintamente el intercambio de comunicaciones entre el Tribunal y las Partes para cerrar el texto de la primera orden procesal a propuesta de aquél, lo que contribuye a una gestión eficiente del procedimiento en la medida en que las Partes conocen el caso mejor que el Tribunal en un momento tan temprano. También distinguiremos en los lugares oportunos entre el arbitraje administrado por el CIADI bajo el Convenio de Washington y los demás arbitrajes.

2. La designación del Tribunal

Como en cualquier procedimiento arbitral, la designación del Tribunal en un arbitraje de inversiones está condicionada por los eventuales acuerdos existentes entre las Partes del procedimiento y los que puedan surgir entre ellas sobre la marcha, así como por las disposiciones del o de los instrumentos procesales aplicables en el caso concreto a falta de esos acuerdos o imperativamente.

2.1 Cumplimiento de los acuerdos existentes entre las Partes y de los que alcanzan sobre la marcha

En cuanto a los acuerdos existentes entre las Partes, en el arbitraje de inversiones debemos distinguir entre los arbitrajes iniciados bajo un contrato de inversión y los iniciados bajo una ley de inversiones o un tratado que contenga disposiciones

sobre inversiones exteriores (sea un tratado bilateral de protección de inversiones, sea el capítulo sobre inversiones de un acuerdo de integración económica).

En el primero de los supuestos, es posible que las Partes hayan pactado *ex ante* en el convenio arbitral inserto en el contrato (o, en su caso, en un compromiso arbitral tras el nacimiento de la disputa) el método de designación de cada miembro del Tribunal, así como las eventuales circunstancias que deben cumplir los candidatos; sin ánimo de exhaustividad: las cualificaciones profesionales que deben tener, eventualmente sus conocimientos técnicos (si, por ejemplo, la disputa versa sobre una determinada cuestión para la que se requiere ser experto, como construcción o ingeniería), conocimientos de algún idioma específico por ser el pactado como lengua del procedimiento, etc. El convenio arbitral también puede incluir a estos efectos los plazos de designación de los coárbitros y del presidente del Tribunal y alguna regla para suplir la voluntad de una Parte que no cumpla con su designación en tiempo y forma (por ejemplo, que una Parte pueda acudir a una institución o a una persona para que designe en su lugar al coárbitro o participe en el procedimiento de selección del presidente del Tribunal). Pondremos como ejemplo la cláusula 16.14.a) del Contrato de Concesión para la construcción de la línea 2 del Metro de Lima (Perú)¹ que ha generado tres arbitrajes CIADI hasta la fecha:

“El Tribunal estará integrado por tres (3) miembros. Cada parte designará a un árbitro en un plazo no mayor a sesenta (60) días de requerida y el tercero será designado por acuerdo de los dos árbitros designados por las Partes, quien a su vez se desempeñará como Presidente del Tribunal. Si una de las Partes no cumpliera con designar a su Arbitro, o si los dos árbitros nombrado por las Partes no llegasen a un acuerdo sobre el nombramiento del tercer árbitro dentro de los diez (10) Días siguientes a la petición formal de arbitraje por una de las Partes o a la fecha del nombramiento del segundo árbitro, el segundo y/o el tercer árbitro será designado, a pedido de cualquiera de las Partes por la Cámara de Comercio de Lima, en el caso del Arbitraje de Conciencia, el Arbitraje de Derecho nacional, y de manera excepcional actuará como entidad nominadora, en el caso del Arbitraje promovido bajo las reglas UNCITRAL (CNUDMI); o por el CIADI en el caso del Arbitraje de Derecho internacional.”²

En este primer supuesto será necesario cumplir lo pactado, salvo que se contravenga una disposición imperativa, bajo pena de constitución irregular del Tribunal, lo que puede generar una causa de anulación del futuro laudo (véanse

1 Véase <https://www.ositran.gob.pe/anterior/vias-ferreas/linea-dos-metro-de-lima-callao/>

2 Casos CIADI Núm. ARB/17/3, ARB/21/41 y ARB/21/57

el art. 52.1.a) del Convenio CIADI y el Art. 34.2.a).iv) de la Ley Modelo de la CNUDMI).

En el segundo de los supuestos, señalamos que son escasas las disposiciones sobre la designación del Tribunal para la resolución de disputas entre las Partes en una ley de inversiones o en un acuerdo que contenga disposiciones de protección de inversiones; de haberlas, las Partes deberán obviamente respetarlas en todo caso, salvo que alguna de ellas contravenga una disposición imperativa de las reglas subsidiarias. Una excepción significativa a esta ausencia de regulación es el art. 14.D.6 del Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá (T-MEC/USMCA),³ que para los casos de disputas sobre inversiones entre México y Estados Unidos establece con cierto detalle las condiciones de nombramiento de los árbitros así como algunos deberes posteriores para estos:

“1. A menos que las Partes contendientes acuerden algo diferente, el tribunal estará integrado por tres árbitros, un árbitro designado por cada una de las Partes contendientes y el tercero, que será el árbitro presidente, designado por acuerdo de las Partes contendientes.

(...)

3. Si un tribunal no se ha constituido dentro de un plazo de 75 días posteriores a la fecha en que una reclamación sea sometida a arbitraje conforme a este Anexo, el Secretario General, a solicitud de una de las Partes contendientes, designará, a su discreción, al árbitro o árbitros que no hayan sido designados. El Secretario General no designará a un nacional de la demandada o de la Parte de la demandante como el árbitro presidente a menos que las Partes contendientes acuerden algo diferente.

4. Para los efectos del Artículo 39 del Convenio del CIADI y del Artículo 7 del Anexo C del Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI, y sin perjuicio de una objeción respecto a un árbitro por razones distintas a la nacionalidad:

(a) la demandada aceptará la designación de cada uno de los miembros del tribunal establecido conforme al Convenio del CIADI o al Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI;

(b) una demandante a que se refiere el Artículo 14.D.3.1(a) (Sometimiento de una Reclamación a Arbitraje) podrá someter a arbitraje una reclamación conforme a este Anexo, o continuar una reclamación, conforme al Convenio del CIADI o al Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI, únicamente a condición de que la demandante manifieste su consentimiento

3 Véase <http://www.sice.oas.org/Trade/USMCA/Spanish/14ESPIInversion.pdf>

por escrito sobre la designación de cada uno de los miembros del tribunal; y (c) una demandante a que se refiere el Artículo 14.D.3.1(b) (Sometimiento de una Reclamación a Arbitraje) podrá someter a arbitraje una reclamación conforme a este Anexo, o continuar una reclamación, conforme al Convenio del CIADI o al Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI, únicamente a condición de que la demandante y la empresa manifiesten su consentimiento por escrito sobre la designación de cada uno de los miembros del tribunal.

5. Los árbitros designados de un tribunal para reclamaciones sometidas conforme al Artículo 14.D.3.1:

(a) cumplirán con las Directrices de la Asociación Internacional de Abogados sobre Conflictos de Interés en Arbitraje Internacional, incluidas las directrices referentes a conflictos de intereses directos o indirectos, o las directrices o normas complementarias que sean adoptadas por las Partes del Anexo;

(b) no tomarán instrucciones de ninguna organización o gobierno referentes a la controversia; y

(c) no actuarán, durante la duración del procedimiento, como abogado o como perito o testigo de parte en ningún arbitraje pendiente conforme a los anexos de este Capítulo.”

La excepción anterior contrasta significativamente con el interés que los Estados parte en tratados de protección de inversiones han tenido tradicionalmente en regular la constitución del Tribunal que resolvería disputas entre ellos mismos respecto de la interpretación o aplicación del susodicho tratado. Se puede afirmar que prácticamente todos los tratados existentes prevén una regulación más o menos exhaustiva para la designación de esos árbitros, involucrando en muchas ocasiones a la Corte Internacional de Justicia (véase el Art. 10.3-5 del Acuerdo de protección de inversiones entre España y Perú, hecho en Madrid el 17 de noviembre de 1994). Es esencial no confundir una y otra disposición sobre solución de controversias y recordar que no aplica en relaciones entre inversores y Estados.

Por supuesto, tanto en el primer supuesto como, sobre todo, en el segundo, es perfectamente posible que las Partes alcancen acuerdos sobre la marcha para la constitución del Tribunal, especialmente sobre los plazos y las disposiciones para suplir la falta de cooperación de una Parte.

2.2 Aplicación de disposiciones subsidiarias en los instrumentos procesales aplicables al procedimiento arbitral

En cuanto a las disposiciones de los instrumentos procesales aplicables al procedimiento arbitral, las Partes deberán tener en cuenta en primer término lo dis-

puesto por el reglamento de arbitraje aplicable. Hay que señalar además que en el arbitraje de inversiones es de capital importancia lo dispuesto por el Convenio CIADI, que se complementa con las Reglas de Arbitraje; en ese tipo de arbitrajes de inversión la designación del Tribunal se rige por la lectura conjunta de ambos instrumentos.

Igualmente será necesario que las Partes cumplan con las eventuales disposiciones imperativas de la ley de la sede del arbitraje, no obstante, lo cual las reglas al respecto de la constitución del Tribunal suelen ser dispositivas. La cuestión de esta ley es relevante en todos los arbitrajes de inversión que no se sustancian conforme al Convenio CIADI; en este último caso no existe técnicamente una sede y, dado su carácter autónomo, los procedimientos arbitrales bajo él sustanciados no dependen de la aplicación de ninguna ley estatal.

En cuanto al momento de designación de los coárbitros, es importante señalar que no es necesario que la Parte demandante designe a su coárbitro en la solicitud de arbitraje:

- En el caso del CIADI, esto sucede, entre otras razones, porque no hay contestación a la solicitud de arbitraje y el anuncio de reconvención se puede efectuar mucho más tarde.
- Por su lado, el Reglamento CNUDMI de 2013 exige que la propuesta acerca del número de árbitros se haga en la notificación de arbitraje y en la respuesta a la notificación (arts. 3 y 4); sin embargo, dichos artículos no exigen que la designación de los coárbitros se haga en la notificación y en la respuesta, sino que estos escritos *podrán* contener propuestas relativas al nombramiento de los árbitros.
- Finalmente, el Reglamento de la CCI de 2021 dispone en los arts. 4.3.g) (para la solicitud de arbitraje) y 5.1.e) (para la contestación a la solicitud de arbitraje) que las Partes efectúen toda indicación pertinente y cualesquiera observaciones o propuestas con relación al número de árbitros y su selección de conformidad con los arts. 12 y 13 del Reglamento, así como la designación del árbitro que en ellos se requiera.

Ahondando en el arbitraje CIADI, el Convenio contiene unas reglas adicionales para la constitución del Tribunal que deberán ser respetadas en sus términos relativamente imperativos. Por un lado, el Art. 39 establece que:

“La mayoría de los árbitros no podrá tener la nacionalidad del Estado Contratante parte en la diferencia, ni la del Estado a que pertenezca el nacional del otro Estado Contratante. La limitación anterior no será aplicable cuando ambas Partes, de común acuerdo, designen el árbitro único o cada uno de los miembros del Tribunal.”

Por otro lado, el art. 40 indica que:

“(1) Los árbitros nombrados podrán no pertenecer a la Lista de Árbitros, salvo en el caso de que los nombre el Presidente conforme al Artículo 38.

(2) Todo árbitro que no sea nombrado de la Lista de Árbitros deberá reunir las cualidades expresadas en el apartado (1) del Artículo 14.”

Este Art. 40 debe leerse en conjunto con el Art. 14 del mismo Convenio, al que se remite:

“(1) Las personas designadas para figurar en las Listas deberán gozar de amplia consideración moral, tener reconocida competencia en el campo del Derecho, del comercio, de la industria o de las finanzas e inspirar plena confianza en su imparcialidad de juicio. La competencia en el campo del Derecho será circunstancia particularmente relevante para las personas designadas en la Lista de Árbitros.

(2) Al hacer la designación de las personas que han de figurar en las Listas, el Presidente deberá además tener presente la importancia de que en dichas Listas estén representados los principales sistemas jurídicos del mundo y los ramos más importantes de la actividad económica.”

El CIADI mantiene una Lista de Árbitros y una Lista de Conciliadores que se nutre de los nombramientos de cada uno de los Estados Contratantes del Convenio CIADI (un máximo de cuatro para cada una de las listas, por períodos de seis años renovables) además de los que puede realizar el presidente del Consejo Administrativo del Centro (un máximo de diez para cada Lista).⁴ Sin embargo, el Centro está abierto al nombramiento de árbitros que no pertenezcan a las Listas y suele ser frecuente que el Secretariado pida a las Partes que lo autoricen a nombrar árbitros que no estén incluidos en ellas (esto no está disponible para la constitución de comisiones *ad hoc* para la anulación de laudos, tal y como dispone el Art. 52.3 del Convenio CIADI, que debe hacerse de entre los miembros de la Lista de Árbitros).

2.3 Una práctica cada vez más extendida: el uso de listas o ballots para la selección del presidente del Tribunal

Cualesquiera que sean las reglas de arbitraje aplicables, es cada vez más frecuente en el arbitraje de inversiones seguir una práctica extendida por el arbitraje comercial consistente en que las Partes acuerdan utilizar un sistema de lista o *ballot* para la selección del presidente del Tribunal bajo la fórmula de *strike and rank*.

⁴ Véase <https://icsid.worldbank.org/es/acerca/arbitros-conciliadores>

Llegado el momento de designar al presidente del Tribunal, las Partes pueden pedir a la institución administradora del procedimiento arbitral o en su caso a los coárbitros ya designados que confeccionen una lista de candidatos a presidente del Tribunal para su examen y valoración de tal modo que el candidato que reciba una determinada puntuación será el elegido. Las Partes pueden pactar que el elegido sea el candidato más votado (cuando la lista se concibe como una muestra de predilección) o el menos votado (cuando la lista se concibe como una muestra de rechazo) en un puro sistema de ranqueo (*rank*); en la práctica da igual que se elija al votado con mayor o menor puntuación, aunque este matiz es importante para que las Partes apliquen correctamente su estrategia y no se equivoquen al puntuar. Todas las votaciones suelen (y deberían) ser confidenciales y ninguna Parte comparte (ni debería compartir) sus decisiones con la otra Parte; el resultado únicamente es conocido por la institución administradora o los coárbitros para proceder a la designación del presidente.

Antes del otorgamiento de determinado puntaje a un candidato, las Partes suelen tener derecho a rechazar (*strike*) a alguno de los candidatos sin dar explicaciones de su decisión; los motivos de rechazo pueden venir por una multiplicidad de razones: (a) malas experiencias previas con algún candidato; (b) el evitamiento de una determinada nacionalidad; (c) la identificación de un potencial conflicto de interés no declarado por el candidato que lo invalidaría para estar en la lista; (d) el entendimiento subjetivo que la Parte tenga sobre el perfil o las ideas del candidato para su caso (las famosas etiquetas informales de árbitro ‘pro-inversor’ o árbitro ‘pro-Estado’ en el arbitraje de inversiones); (e) mera estrategia para limpiar la lista para seleccionar a un candidato en particular, etc. No obstante lo anterior, entendemos que si una Parte considerase que uno de los candidatos no cumple manifiestamente con las condiciones de inclusión en la lista inicial (por ejemplo, por la existencia de un conflicto de interés), debería pedir su remoción a la institución arbitral o a los coárbitros antes de votar y solicitar la inclusión de un nuevo candidato sin tacha, para evitar perder el derecho de veto a la mayor cantidad de candidatos posibles.

A efectos prácticos, para que el mecanismo de la lista o *ballot* funcione, es necesario por pura matemática que exista un número máximo de rechazos o *strikes* de candidatos por las Partes so pena de que resulte imposible elegir a nadie y haya que repetir el procedimiento:

- Imaginemos que la lista confeccionada por la institución administradora o los coárbitros está conformada por 5, 7 o 9 candidatos; si cada Parte puede rechazar un máximo de 1, 2 y 3 personas, respectivamente para cada escenario, el resultado será que podrá haber un mínimo de 3 candidatos supervivientes susceptibles de elección (esto es, $5-(1+1)=3$, $7-(2+2)=3$, $9-(3+3)=3$). El más

o menos votado (dependiendo de lo pactado) de entre esos, al menos, tres supervivientes, será elegido presidente.

- Si hacemos el mismo ejercicio con listas de 5, 7 o 9 candidatos y cada Parte puede rechazar un máximo de 2, 3 y 4 personas, respectivamente para cada escenario, el resultado será que podrá haber un mínimo de un candidato superviviente susceptible de elección $(5-(2+2)=1, 7-(3+3)=1, 9-(4+4)=1)$.

En general, el sistema de lista o *ballot* puede ser un mecanismo útil para la eficiente constitución del Tribunal. En el caso de las preparadas por instituciones administradoras de arbitraje, se observa frecuentemente que se utilizan para conseguir diversificar la composición de los tribunales arbitrales, dando cabida a nuevos nombres que amplían y actualizan el elenco de árbitros disponibles en el mercado (especialmente mujeres y personas procedentes de culturas jurídicas infrarrepresentadas en el mercado internacional). Este es el enfoque del ERA *Pledge* (“*Equal Representation in Arbitration*”),⁵ el cual tiene dos objetivos: mejorar el perfil y la representación de las mujeres en el arbitraje internacional y lograr el nombramiento de mujeres como árbitras en igualdad de oportunidades. Todas las grandes instituciones arbitrales son signatarias del ERA *Pledge*.

Por su parte, las listas preparadas por los coárbitros suelen reflejar además el conocimiento personal que éstos tienen sobre los candidatos incluidos, lo que debería transmitir seguridad a las Partes respecto de la calidad y seriedad del trabajo de todos ellos.

2.4 Aceptación de los árbitros y constitución del Tribunal

Una vez nombrados, los miembros del Tribunal emitirán una declaración de independencia e imparcialidad, a la que pueden añadir una declaración complementaria sobre cualesquiera circunstancias que consideren deben revelar a pesar de entender que ninguna de ellas pone en duda su independencia e imparcialidad para juzgar el caso. Ello, no obstante, cualquiera de las Partes podría presentar una solicitud de recusación si entiende que hay una causa de recusación contra alguno de los árbitros (o incluso todos); la solicitud se resolverá conforme al reglamento de arbitraje aplicable.

La constitución del Tribunal tiene un efecto especial en el caso del arbitraje CIADI. La Regla 6 de las Reglas de Arbitraje establece que “[s]e entenderá que se ha constituido el Tribunal y que el procedimiento se ha iniciado, en la fecha en que el Secretario General notifique a las Partes que todos los árbitros han acep-

⁵ Véase <http://www.arbitrationpledge.com/>

tado su nombramiento”. En cambio, en otros arbitrajes el inicio del arbitraje no se vincula a la constitución del Tribunal: mientras que el Reglamento CNUDMI lo fija en la fecha en que la notificación del arbitraje es recibida por el demandado (Art. 3.2 del Reglamento CNUDMI), el Reglamento de la CCI de 2021 lo coloca en la fecha de recepción de la solicitud de arbitraje por la Secretaría de la Corte (Art. 4.2).

2.5 Cuestiones deontológicas aplicables al proceso de designación del Tribunal

Por último, y de manera transversal, conviene recordar que las Partes y sus abogados deben extremar la prudencia cuando contacten con la persona o personas que estén barajando para nombrar como coárbitro o como presidente del Tribunal. Sin perjuicio de cualesquiera normas imperativas existentes en los reglamentos de arbitraje y leyes de arbitraje de la sede del procedimiento, así como de las normas deontológicas de los colegios en que se encuentren inscritos los abogados participantes, traemos a colación por su creciente aceptación general, las Directrices de la International Bar Association sobre Representación de Partes en el Arbitraje Internacional de 2013,⁶ que contienen unas disposiciones muy claras que reflejan el mínimo común de la sociedad arbitral internacional en esta delicada materia.

Por un lado, la directriz 7 establece lo siguiente:

“Salvo acuerdo en contrario entre las Partes, y sujeto a las excepciones que más adelante se indican, un Representante de Parte debe abstenerse de incurrir en cualesquiera Comunicaciones Ex Parte con un Árbitro que se relacionen con el arbitraje.”

Como excepción a lo anterior, la directriz 8 indica en qué supuestos es apropiado que haya comunicaciones entre los abogados y los árbitros por fuera del procedimiento:

No es inapropiado para un Representante de Parte sostener Comunicaciones Ex Parte en las siguientes circunstancias:

- Un Representante de Parte se puede comunicar con un posible Árbitro Nominado por una Parte para determinar sus conocimientos, experiencia, habilidades, disponibilidad, disposición y la posible existencia de conflictos de interés.
- Un Representante de Parte se puede comunicar con un posible o ya designado Árbitro Nominado por una Parte, con el propósito de elegir al Árbitro Presidente.

⁶ Véase <https://apps.camaralima.org.pe/repositorioaps/0/0/par/representaciondeparte/representaci%C3%B3n%20de%20parte.pdf>

- Un Representante de Parte puede, si las Partes están de acuerdo en que tal comunicación es permitida, comunicarse con un posible Árbitro Presidente para determinar sus conocimientos, experiencia, habilidades, disponibilidad, disposición y la posible existencia de conflictos de interés.
- Si bien las comunicaciones con un posible Árbitro Nominado por una Parte o Árbitro Presidente pueden incluir una descripción general de la controversia, un Representante de Parte no debe buscar conocer los puntos de vista del posible Árbitro Nominado por una Parte o Árbitro Presidente con relación a la sustancia del litigio.

3. La negociación de la primera orden procesal

3.1 Introducción

Típicamente en cualquier arbitraje, tras su constitución, el Tribunal circula a las Partes un borrador de orden procesal que regulará de manera principal el procedimiento arbitral. Salvo en circunstancias muy excepcionales (como, por ejemplo, la resolución de una solicitud de medidas cautelares), esta orden procesal será la primera que dicte el Tribunal, de ahí que reciba el apelativo de primera orden procesal con el que las Partes y el Tribunal pueden identificar intuitivamente su contenido.

Las Partes tratarán de ponerse de acuerdo sobre determinados aspectos de la orden que sean dispositivos; esto lo harán mediante intercambios directos en los que no es copiado el Tribunal. En caso que el Tribunal haya proporcionado un borrador de orden procesal, las Partes podrán tomar como base el borrador del Tribunal. Llegados a un punto en el que no exista más margen de acuerdo, las Partes mandarán el borrador revisado al Tribunal marcando los acuerdos que hayan alcanzado (de corrección, de modificación o de añadido al texto original del Tribunal) e identificando los puntos donde no hay acuerdo (sea porque cada parte propone cuestiones distintas, sea porque una de las Partes propone añadir o suprimir algo que la otra Parte no acepta).

Normalmente será durante la primera sesión con el Tribunal (“consulta procesal preliminar” en la Regla 20 de las Reglas del CIADI; “conferencia para la conducción del procedimiento” en el art. 24 del Reglamento CCI) cuando cada parte exponga brevemente su posición sobre los puntos en desacuerdo. Dependiendo del talante de cada tribunal, podrá llegarse a acuerdos sobre la marcha a propuesta del Tribunal o éste decidirá más tarde tras escuchar a cada Parte. Es también posible que el Tribunal estime que la primera sesión no resulta necesaria por considerar que está suficientemente informado de la opinión escrita de cada Parte (siempre que el reglamento de arbitraje le permita prescindir de ella) y proceda al dictado de la primera orden procesal.

3.2 Contenido de la primera orden procesal

El contenido de la primera orden procesal estará sujeto a lo pactado por las Partes y la aplicación de reglas subsidiarias (reglamento de arbitraje, el Convenio CIADI y la ley de la sede del arbitraje en arbitrajes fuera del Convenio CIADI). Ciertamente habría tantos ejemplos como circunstancias de los casos o creatividad de los intervinientes. Sin embargo, el proceso de elaboración de la primera orden procesal se ha estandarizado en el arbitraje de inversiones: desde hace unos años el CIADI ha establecido un modelo de orden procesal del que en pocas ocasiones se desvían las Partes y los Tribunales Arbitrales y que ha sido copiado en otros contextos arbitrales; seguiremos ese modelo para revisar su contenido principal.⁷

3.2.1 Reglas de arbitraje aplicables

El primer punto sobre el que suele pronunciarse la primera orden procesal es sobre las reglas aplicables al arbitraje. En este sentido, habitualmente, las estipulaciones que componen la primera orden procesal irán en línea con las disposiciones del reglamento aplicable al procedimiento (y del Convenio CIADI cuando sea aplicable) así, como en su caso, las reglas pactadas en el contrato o existentes en el tratado de protección de inversiones en cuestión.

Este punto cobra especial importancia cuando se produce una modificación del reglamento. En este sentido, la entrada en vigor de las nuevas Reglas de Arbitraje del CIADI el 1 de julio de 2022 conllevará que se mantenga durante varios años la convivencia de dos tipos de arbitraje esencialmente idénticos, pero notablemente distintos en cuanto a las obligaciones de las Partes (frente a las Reglas de Arbitraje de 2006).

3.2.2 Constitución del Tribunal y declaraciones de los miembros del Tribunal; nombramiento de secretario del Tribunal

En esta cláusula se indica la fecha de constitución del Tribunal y se ratifica su correcta constitución y la ausencia de objeciones de las Partes a los miembros que lo componen quienes, como hemos dicho, habrán presentado declaraciones de independencia e imparcialidad con, en su caso, una hoja de revelaciones de circunstancias que entienden no ponen en duda esa independencia e imparcialidad.

7 Para el caso del CIADI, véase, por todos, *Lupaka Gold Corp. C. República de Perú* (caso CIADI núm. ARB/20/46), Resolución Procesal 1, 16 de abril de 2021, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw16016.pdf>. Para el caso del Reglamento CNUDMI, véase, por todos, *David Aven y otros c. República de Costa Rica* (caso UNCT/15/3), Resolución Procesal 1, 10 de septiembre de 2015, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7886.pdf>

A pesar de su carácter formal, el Tribunal logra neutralizar por el momento la posibilidad de que cualquiera de las Partes alegue más tarde que existe una causa de anulación del futuro laudo. De hecho, en el arbitraje bajo el Convenio CIADI el Tribunal suele añadir en la primera orden procesal que la falta de objeciones se entiende como aceptación que el Tribunal ha sido constituido correctamente a los efectos del Art. 52.1.a) del Convenio, que establece como causa de anulación del laudo la incorrecta constitución del tribunal.

Por otro lado, es práctica muy frecuente que el Tribunal haga descansar parte de su trabajo en un secretario o un asistente, que normalmente es un abogado asociado al presidente del Tribunal. Se trata de una figura controvertida por cuanto el papel de un secretario fue utilizado en el asunto *Yukos c. Rusia* para solicitar la anulación de tres laudos como consecuencia de la supuesta intervención generalizada e injustificada del mismo en las deliberaciones del Tribunal y de la redacción del laudo. Además, en el caso del CIADI sucede que en cada arbitraje un consejero jurídico del Centro actúa de oficio como secretario del Tribunal, lo que explica aún menos la necesidad de tener a bordo al entonces llamado *asistente*. En cualquier caso, las Partes suelen aceptar el nombramiento de este secretario o asistente que se efectúa también en la primera orden procesal, la cual contiene una regulación sumaria de las funciones que desempeñará:

“El Asistente del Tribunal cumplirá únicamente tareas subordinadas específicas que le sean asignadas por el Presidente, tales como la organización de la prueba o la investigación sobre cuestiones legales específicas. Se evitará la duplicación de las funciones de la Secretaría del CIADI. No se le dará al Asistente ninguna tarea que pertenezca a las funciones propias de los Miembros del Tribunal. El Asistente estará sujeto a las mismas obligaciones de confidencialidad que los Miembros del Tribunal y firmará una declaración a ese efecto. Junto con la declaración, el Asistente proporcionará una declaración sobre (a) su experiencia profesional, de negocios y otras relaciones (de haberlas) con las Partes, tanto anteriores como actuales y (b) cualquier otra circunstancia por la que una parte pudiera cuestionar su independencia, y asumirá una obligación continua de notificar prontamente a la Secretaria General del CIADI cualquier relación o circunstancia de aquéllas mencionadas que surjan posteriormente durante este procedimiento. El Asistente cumplirá sus tareas bajo la guía estricta y responsabilidad del Presidente.

Las Partes han acordado el pago de (a) [cantidad] por cada hora de trabajo realizado en conexión con el caso; (b) una tarifa plana de [cantidad] por día de audiencia; y (c) el reembolso de sus gastos razonables relacionados con la audiencia, de conformidad con la Regla 14 del Reglamento Administrativo y Financiero y con el Memorando de Honorarios y Cargos del CIADI.”

3.2.3 Honorarios y Gastos de los Miembros del Tribunal

Cada institución arbitral establece un método determinado para fijar los honorarios o una tabla de aranceles aplicables según el monto de la disputa o la complejidad del asunto. El CIADI establece los honorarios de cada uno de los miembros del Tribunal de forma individual, especialmente por los días dedicados a asistir a audiencias y los días trabajados en el caso. Suele pactarse una compensación por los gastos no reembolsables en caso de cancelación de una audiencia.

3.2.4 Presencia y Quórum

Las Partes deben acordar cuál es el número mínimo de miembros del Tribunal que debe asistir a las sesiones para que se consideren válidamente celebradas. En los tribunales compuestos por tres árbitros, el quórum suele fijarse en la presencia de todos sus miembros. No obstante, también existe la posibilidad de que se fije en la asistencia de dos miembros.

Asimismo, la presencia de los árbitros no suele requerirse que sea física. En casi todas las ordenes procesales, se podrá añadir una coetilla por la que se indique que será válida la presencia “por cualquier medio de comunicación apropiado”. Esto ha cobrado una importancia mucho mayor dadas las evidentes restricciones a la movilidad y a los viajes impuestas por los Estados como consecuencia del COVID-19 y la proliferación de las audiencias telemáticas incluso antes de la pandemia.

3.2.5 Decisiones del Tribunal

Las Partes deben determinar varios aspectos respecto a la toma de decisiones del Tribunal.

En primer lugar, se debe determinar cómo se adoptarán las decisiones: por mayoría o por unanimidad. En los procedimientos en los que hay más de un árbitro, las reglas de las instituciones suelen establecer que las decisiones, incluido el laudo, serán tomadas por mayoría (véanse la Regla 16 de las Reglas de Arbitraje del CIADI, el Artículo 33 del Reglamento CNUDMI y el Artículo 32 del Reglamento de Arbitraje de la CCI).

Lo anterior aplica también a las decisiones que se tomen por correspondencia. No obstante, las Partes podrán establecer que algunas decisiones de carácter procesal urgente puedan ser tomadas por el presidente del Tribunal sin consultar a los demás miembros. En estos casos, suele haber una reserva de una eventual decisión por el Tribunal al completo.

En segundo lugar, las Partes pueden acordar plazos orientativos en los que el Tribunal debe tomar las decisiones. A estos efectos, resulta cada vez más común que se establezca un plazo para la emisión del laudo y otro para el resto de decisiones con el fin de orientar a las Partes sobre la solución de la controversia. En casos

de especial complejidad en los que la emisión del laudo pueda demorarse más allá del plazo establecido, las Partes pueden acordar que el Tribunal emita actualizaciones periódicas sobre el estado de desarrollo del laudo; también se aplica en casos de que el Tribunal se demore en emitir decisiones exigentes como las de medidas provisionales o de solución de una petición documental.

3.2.6 Atribución para fijar plazos

El Tribunal cuenta con la facultad para fijar y extender los plazos para la realización de las diferentes etapas en el procedimiento. Esta facultad puede ejercerse respecto a nuevos plazos que haya que fijar conforme al desarrollo del procedimiento o respecto a los plazos ya pactados por las Partes en el calendario procesal adjunto a la primera orden procesal.

Por otro lado, esta atribución, normalmente, se delega en el presidente del Tribunal. No obstante, las Partes podrán acordar que la decisión tomada por el presidente esté sujeta a la posible reconsideración por el pleno.

3.2.7 Distribución de costos y provisión para gastos del arbitraje

Salvo acuerdo en contrario de las Partes, el Tribunal determinará en el laudo: (i) los gastos en los que las Partes hubieren incurrido en el procedimiento; (ii) los honorarios y gastos de los miembros del Tribunal; (iii) los gastos incurridos por la institución administradora del arbitraje, y; (iv) la forma de pago y la manera de distribución de tales gastos (véanse el Artículo 61 del Convenio del CIADI, el Artículo 40 del Reglamento CNUDMI y el Artículo 38 del Reglamento de la CCI).

En relación con los honorarios de los miembros del Tribunal, el CIADI establece que los mismos serán determinados por el Tribunal, previa consulta al secretario general del CIADI, dentro de los límites que periódicamente establezca el Consejo Administrativo (véase el Artículo 60 del Convenio CIADI). Por el contrario, el Reglamento CNUDMI establece que los honorarios y los gastos de los árbitros serán de una cuantía razonable, teniendo en cuenta el monto en disputa, la complejidad del tema, el tiempo dedicado por los árbitros y cualesquiera otras circunstancias pertinentes del caso (Art. 41). En ambos casos, el Tribunal, tras su constitución, comunicará a las Partes cómo se propone determinar sus honorarios y las tarifas que se aplicarán en el procedimiento a sus intervenciones.

Asimismo, la institución arbitral solicitará de las Partes al inicio del arbitraje una provisión de fondos que podrá ser renovada conforme el procedimiento arbitral avance con la cual hará frente a los gastos descritos. La primera orden procesal suele informar de las fechas en que se pagó la primera provisión de fondos, que sirve precisamente para abonar los honorarios y gastos de realización de la primera sesión.

3.2.8 Lugar del procedimiento

Para los arbitrajes que no son CIADI,⁸ la elección de la sede del arbitraje es una decisión con grandes implicaciones en el desarrollo del procedimiento y en la etapa posterior a la emisión del laudo (sobre todo, en anulación y ejecución). En este sentido, resulta crucial diferenciar la *sede* o el lugar del arbitraje del lugar donde físicamente se celebra la audiencia o cualquier otro trámite procesal. A pesar de que con frecuencia ambos pueden coincidir, lo que determina el marco legal en el que el arbitraje ocurre es la sede, es decir, el lugar que las Partes han incluido en el convenio arbitral como lugar del arbitraje o, en ausencia de pacto entre las Partes, el lugar que ha determinado el Tribunal o la institución arbitral, no la ubicación que las Partes o el Tribunal escogen para reunirse.

En concreto, la elección del lugar del procedimiento impacta en tres aspectos: la ley aplicable al arbitraje, la ejecutabilidad del laudo y la anulación del mismo.

Cuando las Partes escogen el lugar del arbitraje y no establecen la ley aplicable al procedimiento, la ley aplicable al procedimiento será la de la sede del arbitraje (como se deduce del art. V.1.d) del Convenio de Nueva York). Normalmente, las Partes van a buscar sedes internacionales “favorables” al arbitraje, es decir, sedes en las que la intervención de los tribunales nacionales en el procedimiento arbitral esté reducida al mínimo y las causas de anulación de laudos se interpretan restrictivamente.

Por otro lado, la sede del arbitraje también resulta esencial respecto a la ejecutabilidad del laudo. Los Estados parte del Convenio de Nueva York se han comprometido, con determinadas excepciones, a hacer cumplir laudos arbitrales *comerciales* dictados en otros Estados. Por ello, al seleccionar un Estado parte del Convenio de Nueva York como sede del arbitraje, las Partes se aseguran una alta probabilidad de que el laudo sea ejecutado en los términos dictados por el Tribunal. En el caso del arbitraje de inversiones, es muy frecuente ver en tratados de protección de inversiones de nueva generación la exigencia de que la sede del arbitraje se fije en un Estado parte del Convenio de Nueva York; véase por todos el Art. 14.D.7.1 del Tratado T-MEC/USMCA citado:

“Las Partes contendientes podrán acordar la sede legal de cualquier arbitraje conforme a las reglas de arbitraje aplicables conforme al Artículo 14.D.3.3 (Sometimiento de una Reclamación a Arbitraje). A falta de acuerdo entre las Partes contendientes, el tribunal determinará la sede legal de conformidad con las reglas de arbitraje aplicables, siempre que el lugar se encuentre en el territorio de un Estado que sea parte de la Convención de Nueva York.”

8 En los arbitrajes CIADI el lugar del arbitraje resulta irrelevante ya que los laudos CIADI operan bajo el régimen específico y autónomo del CIADI y no están sujetos a la legislación del lugar del arbitraje sino a la propia normativa del Convenio CIADI.

Hay que tener en cuenta que el arbitraje de inversiones plantea unas peculiaridades que lo alejan del arbitraje comercial. Es por ello que en los tratados más modernos los Estados parte acuerdan que los laudos resultantes de los arbitrajes sean tratados como comerciales para poder beneficiarse del régimen de ejecución del Convenio de Nueva York;⁹ véase por todos el art. 14.D.13.13 del citado Tratado T-MEC/USMCA:

“Una reclamación que se someta a arbitraje conforme a este Anexo, será considerado que surge de una relación u operación comercial para los efectos del Artículo I de la Convención de Nueva York y el Artículo I de la Convención Interamericana.”

Y, por último, la sede del arbitraje va a tener un impacto en la posible anulación del laudo. En el caso de que alguna de las Partes solicite la anulación del laudo, serán los tribunales de la sede del arbitraje los que decidan sobre su posible anulación. En este aspecto, también existen sedes más favorables en las que las causas de anulación son tasadas y rige una interpretación restrictiva de las mismas, y sedes menos favorables en las que los motivos de anulación son más ambiguos y, por tanto, incrementan la probabilidad de que el laudo sea anulado.

3.2.9 Idioma del procedimiento, traducción e interpretación

El idioma del procedimiento será el convenido por las Partes en el convenio arbitral. En ausencia de acuerdo sobre el idioma en el convenio arbitral, las Partes deberán negociar para intentar alcanzar un acuerdo en torno al idioma.

En caso de que las negociaciones fracasen, las reglas de las diferentes instituciones arbitrales establecen diferentes soluciones. La Regla 22 de las Reglas de Arbitraje del CIADI, por ejemplo, establecen que, si las Partes no conviniesen en un idioma para el procedimiento, cada una podrá escoger a tal efecto uno de los idiomas oficiales del CIADI (a saber, español, francés e inglés). El Art. 19 del Reglamento CNUDMI, por el contrario, establece que, en ausencia de pacto entre las Partes, el Tribunal determinará sin dilación después de su nombramiento el idioma o idiomas que hayan de emplearse en las actuaciones.

El idioma afectará a todos los escritos de las Partes, las comunicaciones con el Tribunal y el desarrollo de la audiencia. Asimismo, en caso de presentar documentos adjuntos o testimonios en cualquiera de las actuaciones en otro idioma distinto al del procedimiento, suele pactarse que las Partes deberán acompañarlos de una traducción al idioma convenido.

9 Véase RUEDA GARCÍA, J. Á.: “La aplicabilidad del Convenio de Nueva York al arbitraje de inversiones: efectos de las reservas al Convenio”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. II, 1, Marzo 2010, pp. 203-232; disponible en www.uc3m.es/cdt.

3.2.10 Método para la presentación de los escritos de las Partes

Las Partes deben determinar en la primera orden procesal el método adecuado para la presentación de sus escritos y toda la documentación adjunta (documentos fácticos, autoridades legales, declaraciones testificales y pruebas periciales).

Típicamente, el debate se centra en dirimir si una Parte debe remitirle al Tribunal y a la otra Parte una copia física (en papel) o un dispositivo USB después de efectuar la presentación electrónica de los documentos (vía e-mail o a través de la plataforma habilitada por la respectiva institución arbitral). No obstante, en aras de la comodidad y el cumplimiento de objetivos de reducción del impacto medioambiental del arbitraje, cada vez son más las Partes que optan únicamente por la presentación electrónica.

3.2.11 Número y orden de los escritos

Asimismo, en la primera orden procesal se precisará el número de actuaciones escritas y orales que comprenderán el procedimiento. Salvo que las Partes acuerden otra cosa, el procedimiento comprenderá dos etapas distintas: una etapa de actuaciones escritas y otra de actuaciones orales.

El número de actuaciones escritas será igualmente el decidido por las Partes. En ausencia de pacto, las actuaciones escritas comprenderán dos exposiciones: memorial de la Parte demandante y memorial de contestación de la Parte demandada. Si las Partes así lo convinieren o si el Tribunal lo estimare necesario, el número de exposiciones escritas se podría ampliar a un memorial de réplica de la Parte solicitante y un memorial de dúplica de la otra Parte.

Por otro lado, las actuaciones orales comprenden las audiencias que se tengan con el Tribunal para oír a las Partes, sus apoderados, consejeros y abogados, y a los testigos y peritos. Si las Partes así lo acordaran o el Tribunal lo estimara conveniente, se puede solicitar una tercera (e incluso una cuarta) ronda de actuaciones escritas a modo de conclusiones de la audiencia oral.

3.2.12 Producción de documentos

La producción de documentos constituye uno de los temas más controvertidos y delicados del procedimiento arbitral. Mediante este proceso, las Partes se solicitan ciertos documentos en posesión o bajo el control o la custodia de la otra Parte por resultar relevantes para resolver la controversia.

Las reglas de las instituciones arbitrales principales exigen a las Partes el deber de justificar de forma precisa las peticiones que realizan justificando la pertinencia de su solicitud. El Tribunal fijará un plazo para que la otra Parte presente objeciones a las solicitudes (o para entregar los documentos cuya entrega acepte) y, asimismo, un plazo para que la Parte solicitante pueda responder a las objeciones. Tras estos trá-

mites, el Tribunal decidirá motivadamente si corresponde la exhibición documental solicitada. La fase de exhibición de documentos se desarrollará de conformidad con el cronograma procesal que hayan consensuado las Partes con el Tribunal.

A este respecto, y sin perjuicio de lo establecido por los reglamentos arbitrales y la legislación aplicable, nos referimos por su aceptación general en el arbitraje de inversiones a las Reglas de la International Bar Association sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional,¹⁰ que contienen unas disposiciones muy claras sobre el contenido que toda solicitud de documentos debe tener y que *servirá* o *podrá servir* de guía al Tribunal para gestionar la fase de exhibición documental. El Artículo 3.3 establece:

“Una Solicitud de Exhibición de Documentos deberá contener:

(a) (i) una descripción de cada Documento cuya exhibición se solicite que sea suficiente para identificarlo, o (ii) una descripción suficientemente detallada (incluyendo el asunto de que se trate) de la 8 concreta y específica categoría de Documentos requeridos que razonablemente se crea que existen; en el caso de Documentos conservados en formato electrónico, la Parte solicitante puede o el Tribunal puede requerirle que proceda a, identificar archivos específicos, términos de búsqueda, individuos o cualquier otro medio de búsqueda para esos Documentos en una forma eficiente y económica.

(b) una declaración de por qué los Documentos requeridos son relevantes para el caso y sustanciales para su resolución; y

(c) (i) una declaración de que los Documentos requeridos no se encuentran en poder, custodia o control de la Parte que los solicita o una declaración de las razones por las cuales sería irrazonablemente gravoso para la Parte solicitante exhibir tales Documentos, y (ii) una declaración sobre las razones por las cuales la Parte solicitante supone que los Documentos requeridos están en poder, custodia o control de otra Parte.”

Constituye una práctica habitual que los tribunales arbitrales exijan que las Partes presenten su solicitud de documentos mediante la “Tabla Redfern” (*Redfern Schedule*). Este mecanismo no es sino una lista en la que se exponen los documentos solicitados y las posibles objeciones a la solicitud. La lista debe contar con cuatro columnas que versen sobre: (i) la identificación del documento o categoría de documentos solicitados y una breve descripción de las razones de cada solicitud, (ii) las objeciones de la otra Parte a la presentación del documento (o una mención a su entrega voluntaria), (iii) la contestación de la Parte soli-

10 Véase <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=def0807b-9fec-43ef-b624-f2cb-2af7cf7b>

citante a las objeciones de la Parte solicitada y (iv) la decisión del Tribunal sobre cada solicitud. Este mecanismo permite identificar con precisión y agilizar las respectivas solicitudes de exhibición documental de las Partes. En la actualidad, se ha optado por la presentación de los argumentos y decisiones en forma de una “Tabla Stern” (*Stern Schedule*) o de una “Tabla Armesto” (*Armesto Schedule*) que son en la práctica variaciones sobre el mismo tema.

Una vez el Tribunal haya decidido sobre todas las solicitudes sobre las que hubiera objeciones, se procederá a la exhibición documental de aquellos documentos que el Tribunal hubiera autorizado. Comúnmente, los documentos exhibidos como resultado de la solicitud deberán proporcionarse directa y exclusivamente a la contraparte y no a los miembros del Tribunal ni a la secretaria de la institución. Tales documentos no pasarán a formar parte integrante del expediente salvo que sean presentados de conformidad con el cronograma acordado para el arbitraje y los términos establecidos en la primera orden procesal (normalmente con los memoriales de réplica y de dúplica).

3.2.13 Presentación de documentos

Tal y como explicábamos en un apartado previo, las Partes deben presentar los memoriales acompañados de los documentos de apoyo, incluyendo anexos documentales y autoridades legales. En este sentido, no se le permitirá a ninguna de las Partes presentar documentos adicionales o responsivos luego de su última presentación escrita respectiva, salvo en casos excepcionales.

Entre las excepciones más comunes a la regla general expuesta, encontramos: (i) que el Tribunal determine que resulta apropiado con base en una petición previa, escrita y fundamentada, seguida de observaciones de la otra Parte; (ii) que se trate de documentos de respuesta que sean de fecha posterior a la última presentación de la Parte que solicita su presentación; o (iii) que se trate de documentos relativos a la credibilidad de nuevos testigos o peritos presentados con el último escrito principal.

3.2.14 Declaraciones de testigos e informes de peritos

Las declaraciones de testigos y los informes de peritos se deberán presentar junto con los escritos de las Partes. Al igual que con los documentos de apoyo, no estará permitido presentar un testimonio que no se haya presentado con los escritos, sin el consentimiento previo por escrito del Tribunal; en este caso el Tribunal deberá considerar si hay circunstancias especiales sobre la base de una solicitud escrita debidamente fundada seguida de las observaciones de la otra Parte.

En este apartado, también resultan especialmente ilustrativas las citadas Reglas de la International Bar Association sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje

Internacional, en concreto los artículos 4, 5 y 6 relativos a los testigos y a los peritos de parte y a los designados por el Tribunal, respectivamente; en aras de la brevedad, nos remitimos a los mismos, que suelen ser también aceptados por los tribunales en arbitrajes de inversión como en la producción documental.

3.2.15 Interrogatorio de testigos e informes de peritos

La primera orden procesal establece de forma preliminar las normas que deben regir tanto los interrogatorios de peritos como los de testigos. Suele ser habitual que las Partes decidan con el Tribunal que todas estas cuestiones se tratarán en el momento de negociar la orden procesal *ad hoc* que regulará la celebración de la audiencia de prueba. En cualquier caso, la primera orden procesal puede establecer de un modo general:

- Que los peritos y los testigos antes de dar su testimonio, deberán efectuar una declaración confirmando la veracidad de su testimonio.
- Que la intervención de los testigos y peritos consistirá en la ratificación de la declaración o del informe (muchas veces con una presentación previa del informe por los peritos), el contrainterrogatorio de la Parte contraria y un interrogatorio de réplica de la Parte que presentó al testigo o perito.
- Comúnmente, que los testigos no podrán entrar en la sala de audiencia antes de dar su testimonio a no ser que el Tribunal lo autorice. Por el contrario, es frecuente aceptar que los peritos sí puedan asistir a la audiencia antes de su testimonio e incluso escuchar los interrogatorios de los otros peritos.

3.2.16 Audiencia y Audiencia Preliminar

En este apartado de la primera orden procesal las Partes fijan una duración aproximada de la audiencia y las reglas básicas que deberán regirla; como dijimos, la orden procesal *ad hoc* que regulará la celebración de la audiencia de prueba desarrollará estos aspectos. Aunque de un modo preliminar podemos decir que las Partes pueden acordar, entre otras cuestiones: (i) el lugar en el que se celebrará la audiencia; (ii) el sistema de asignación de tiempo a cada una de las Partes; (iii) si la audiencia será abierta o cerrada al público, y; (iv) la fecha aproximada de celebración.

Debido a que programar la intendencia de la audiencia con tanto tiempo de antelación resulta complejo, en múltiples ocasiones las Partes acuerdan celebrar una audiencia preliminar (*pre-hearing conference*) poco tiempo antes de la celebración de la audiencia con el fin de determinar todos los aspectos logísticos y prácticos de la misma y para ponerse de acuerdo en aspectos controvertidos de la orden procesal *ad hoc* que regulará la celebración de la audiencia de prueba.

3.2.17 Publicación

Las reglas de las grandes instituciones de arbitraje establecen por defecto la confidencialidad del laudo. Es decir, si las Partes no se pronuncian sobre este extremo, el laudo no podrá ser publicado.

No obstante lo anterior, existen ciertas excepciones a la confidencialidad del laudo. Por ejemplo, el Convenio CIADI y las Reglas de Arbitraje establecen que no publicará el laudo sin el consentimiento de las Partes pero que podrá incluir prontamente en sus publicaciones extractos del razonamiento jurídico del Tribunal. El reglamento CNUDMI, por su lado, establece que 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. Algunos tratados de inversión también contienen normas de transparencia que establecen la obligación de publicar los laudos, órdenes procesales e incluso los escritos de las partes (sujeto a ciertas condiciones).

LA PROBLEMÁTICA DEL DERECHO APLICABLE EN EL ARBITRAJE DE INVERSIÓN

Ignacio Torterola

Sumario:

1. Introducción
2. La Evolución de la Interpretación del Artículo 42 del CIADI y su Impacto en el Derecho Aplicable en el Arbitraje de Inversión
3. El Rol de los Tratados de Inversión en la Determinación del Derecho Aplicable en el Arbitraje de Inversión
4. El Rol del Derecho Local como Derecho Aplicable en el Arbitraje de Inversión
5. El Derecho Internacional Público y el Principio de Integración Sistemática
6. Nuevos Derechos Aplicables en el Arbitraje de Inversión
7. Conclusión

IGNACIO TORTEROLA

Socio fundador de GST LLP, Abogado, Árbitro y académico en temas de Derecho Internacional y Arbitraje Internacional. Tiene una carrera de más de veinticinco años como abogado de resolución de disputas, habiendo participado en más de setenta arbitrajes internacionales. Ha representado a gobiernos, compañías globales y clientes privados en casos complejos bajo las reglas de la CCI, CIADI y UNCITRAL.

Este artículo es consecuencia de la experiencia acumulada a través de muchos años de experiencia profesional tanto en arbitrajes comerciales como en la representación de partes en arbitrajes de inversión. He querido volcar aquí tanto una visión académica como las lecciones aprendidas en la práctica diaria del arbitraje internacional.

Este artículo no hubiera visto la luz si no hubiere sido por la invalorable contribución de Carmine Pascuzzo y Paloma Cipolla Moguilevsky, quienes contribuyeron en el debate de su contenido y en la redacción del mismo.

Carmine Pascuzzo es Of Counsel con GST LLP y enfoca su práctica en disputas internacionales de inversión, arbitraje comercial, y litigios transfronterizos. Posee experiencia como Abogado en arbitrajes bajo las reglas de CCI, CIADI y UNCITRAL. También se desempeña como Árbitro en disputas comerciales en Venezuela.

Paloma Cipolla Moguilevsky es Abogada por la Universidad de Buenos Aires y Magíster por la Facultad de Derecho de la Universidad de Georgetown. Se especializa en arbitraje internacional, habiéndose desempeñado como Asociada en Disputas Globales en la oficina de Washington DC de una firma de reconocimiento mundial. Posee experiencia en casos de arbitraje de inversión en múltiples industrias bajo las reglas CIADI.

Las ideas aquí expresadas surgen de la investigación y de la práctica en el arbitraje de inversión, no expresan ni pueden o deben ser atribuidas a ninguna institución en la que los abogados anteriormente nombrados se desempeñen o los clientes de éstas instituciones.

LA PROBLEMÁTICA DEL DERECHO APLICABLE EN EL ARBITRAJE DE INVERSIÓN¹

1. Introducción

El presente artículo de investigación tiene por vocación presentar una visión que se ajuste lo más posible a la realidad práctica del Arbitraje de Inversión y a la selección y determinación del derecho aplicable a la disputa. La cuestión del derecho aplicable a una disputa de inversión, es decir, una disputa fundada en un “acuerdo de inversión”, un “tratado bilateral de inversiones” o en un “capítulo de inversión dentro de un Acuerdo de Libre Comercio” es un tema que ha evolucionado grandemente en los últimos 20 años, y en ese sentido – dado mi involucramiento representando a partes en este tipo de disputas – también refleja mi experiencia personal, de la cual he sido testigo directo.

Cuando la disputa de inversiones se base en un acuerdo de inversión, las cuales en los últimos años pasó a ser la minoría, sin dudas la “autonomía de la voluntad” cumple un rol central, pues – en definitiva – no estamos en presencia de otra cosa que un arbitraje especializado donde ciertas reglas de derecho internacional público y derecho internacional privado pueden tener un rol complementario, especialmente cuando se trata de una “disputa contractual frente al CIADI”. Sin embargo, esta caracterización anterior cambia rotundamente cuando la disputa esta fundada en un tratado bilateral de inversión (TBI), pues allí el rol central lo ocupa ese tratado internacional que es la fuente de los compromisos de los Estados parte que, indirecta y eventualmente, confieren el derecho al inversor extranjero de iniciar una disputa internacional de inversiones. Aquí la “autonomía de las partes” cumple un rol muy menor, e – inclusive, en mi opinión – casi inexistente, pues las opciones sobre el derecho aplicable ya se han hecho todas en forma anterior al inicio de la disputa, y por lo tanto, las Partes en ella la tienen que aplicar *sine qua non*, y la discusión se limitará a determinar si el derecho internacional o el derecho elegido por los Estados parte en el tratado resuelven y en qué medida los distintos elementos de una controversia.

En opinión de este autor, cuando hay una “disputa de inversión” basada en un tratado o capítulo de inversión en un Tratado de Libre Comercio (“Capítulo de Inversión”), el derecho aplicable es el derecho internacional, comenzando con el TBI o Capítulo de Inversión mismo, el cual es un instrumento de derecho internacional

¹ Las ideas aquí expresadas surgen de la investigación y de la práctica en el arbitraje de inversión, no expresan ni pueden o deben ser atribuidas a ninguna institución en la que los abogados anteriormente nombrados se desempeñen o los clientes de éstas instituciones.

y el cual genera, automáticamente, la aplicación de otras normas de derecho internacional, comenzando por las reglas de interpretación de tratados contenidas en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (CVDT) de 1969. Asimismo, cada término contenido en ese tratado que está siendo interpretado tiene un concepto específico en el derecho internacional público, generado a través de una de las fuentes del derecho internacional público conforme al artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, y este derecho es el que reenvía al derecho local cuando la norma internacional no contenga todos los elementos necesarios para resolver la cuestión en disputa.

Finalmente, es opinión de este autor que, dado que las ecuaciones referidas en los párrafos precedentes requieren de un operador jurídico, es decir, alguien que aplique el tratado internacional al caso o disputa concreta, es este operador jurídico el cual finalmente decide cuál es el derecho aplicable para interpretar las distintas circunstancias que la disputa presenta. Por ello, los Tribunales Arbitrales, quienes son principalmente los operadores jurídicos que deben interpretar estos tratados, han adquirido un rol central en la creación y evolución del actual derecho sobre la protección de las inversiones extranjeras. Mientras que es cierto que estos tribunales tienen carácter *ad hoc*, al menos esa es la realidad actual, también es cierto que se ha ido generando una casuística que, si bien no puede ser caracterizada como “jurisprudencia” dado el carácter autónomo y *ad hoc* de cada tribunal, sí es cierto que es una casuística rica que ofrece guía a abogados y árbitros en la interpretación de situaciones similares.

Por todo lo dicho anteriormente, el presente artículo se divide de la siguiente manera:

1. En el capítulo 2 este artículo analiza la evolución en la interpretación del artículo 42 del Convenio del CIADI. Esta ha sido una discusión central pues en ella se refleja la transición de la interpretación y de la determinación del derecho aplicable en el pasaje desde su fuente contractual, en los orígenes del Centro, a su fuente internacional con el avenimiento y adopción masiva por los Estados de los tratados bilaterales de inversión y de las disputas arbitrales que se sucedieron *a posteriori*.
2. En el capítulo 3 se analiza el rol de los TBIs en la determinación del derecho aplicable a los arbitrajes de inversión y cómo el derecho internacional público ha tomado un rol central en las disputas de inversión como consecuencia del avenimiento de estos tratados.
3. En el capítulo 4 el artículo analiza el rol tradicional del derecho aplicable en las disputas de inversión consecuencia de un “acuerdo de inversión” y el nuevo rol que el derecho local está desarrollando en la complementación de las normas contenidas en los tratados de inversión, asistiendo al derecho internacio-

nal público en la determinaciones del contenido de ciertos conceptos como nacionalidad, domicilio o cuándo una determinada conducta puede afectar el concepto de legalidad de la inversión.

4. El capítulo 5 está dedicado al principio de integración sistémica contenido en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados como elemento integrador y que amalgama una interpretación que permita una integración consistente de distintos derechos internacionales que compiten por la atención del regulador.
5. El capítulo 6 analiza nuevas expresiones del derecho internacional que reflejan la realidad del mundo moderno y que sólo recientemente han madurado como fuente de obligaciones del Estado que el regulador tiene que considerar, tales como los derechos humanos o los derechos relacionados a la preservación del medioambiente, los cuales ya no pueden ser ignorados por el operador jurídico, es decir, por los Tribunales arbitrales, cuando juzgan la conducta del Estado tanto en relación con las obligaciones hacia el inversor como aquellas que éste tiene con la población en general o con ciertos elementos o derechos que la sociedad civil considera como centrales.
6. Finalmente, en el capítulo 7 ofrecemos algunas conclusiones finales.

2. La Evolución de la Interpretación del Artículo 42 del CIADI y su Impacto en el Derecho Aplicable en el Arbitraje de Inversión

Históricamente, la gran mayoría de los arbitrajes de inversión han sido administrados por el Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias de Inversión (“CIADI”).² Por tanto, este capítulo tomará como punto de partida para el análisis de la problemática del derecho aplicable en el arbitraje de inversión la disposición del Convenio CIADI en esta materia. No obstante ello, en las próximas secciones también haré referencia a la discusión de esta misma temática bajo las Reglas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (“Reglas CNUDMI”), bajo las cuales se sustancian una cantidad cada día mayor de arbitrajes de inversión.³

2 Ver *Estadística de Casos por Institución*, UNIVERSITEIT LEIDEN GOTRIUS CENTRE, <http://investmentarbitrationdatabase.com/institutions> (último acceso 13 de junio de 2022).

3 Asimismo, no se puede ignorar que existen otras reglas arbitrales que también pudieran ser de aplicación, tales como las Reglas de la Cámara de Comercio Internacional (CCI). No obstante, y a pesar de los esfuerzos realizados por la Comisión para Arbitrajes con Partes Estatales (2012) para incentivar el uso de las Reglas CCI en arbitrajes de inversión, las mismas no han tenido hasta la fecha la tracción necesaria en este tipo de disputas internacionales.

El Artículo 42(1) del Convenio CIADI dispone:

“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.”⁴

Mientras que resulta claro que el Artículo 42(1) es aquel que debería guiar la tarea de los tribunales arbitrales en su decisión sobre el derecho aplicable en los arbitrajes de inversión bajo el auspicio del CIADI, la administración práctica de este artículo no ha sido tan evidente, dado que su redacción incluye la aplicación de derecho local e internacional sin establecer ninguna aclaración respecto de las normas de interacción entre ambos. En consecuencia, varios tribunales arbitrales se han visto obligados a interpretar la segunda oración del Artículo 42(1) para determinar cuál es el balance (si es que hay alguno) entre el derecho local del Estado soberano parte de la disputa y el derecho internacional.⁵

La interpretación del Artículo 42(1) ha variado a lo largo del tiempo dependiendo de las circunstancias coyunturales y el momento histórico en que se han dado cada una de estas interpretaciones. El Convenio CIADI entró en vigor en 1966 con el objetivo de crear un foro en donde inversionistas globales pudieran ventilar sus controversias relativas a inversión contra Estados soberanos de manera imparcial.⁶ En ese momento la existencia de los Tratados Bilaterales de Inversión (“TBI”) era incipiente, y la jurisdicción de los tribunales arbitrales del CIADI estaba basada en cláusulas arbitrales incluidas en contratos entre inversionistas y Estados soberanos.⁷ En esta coyuntura surgieron las primeras interpretaciones del Artículo 42(1) por parte de los comités *ad hoc* en las solicitudes de nulidad de los casos *Klöckner c. Cameroon* y *Amco Asia c. Indonesia*.

4 Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, firmado el 18 de marzo de 1965, y entrado en vigor el 14 de octubre de 1966, Artículo 42(1) (“**Convenio CIADI**”).

5 *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and others v. United Republic of Cameroon and Société Camerounaise des Engrais*, ICSID Case No. ARB/81/2, Ad Hoc Committee Decision, de fecha 3 de mayo de 1985 (“**Klöckner**”); *Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia*, ICSID Case No. ARB/81/1, Ad Hoc Committee Decision on the Application for Annulment, de fecha 16 de mayo de 1986 (“**Amco**”); *Wena Hotels Limited v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/98/4, Award, de fecha 8 de diciembre de 2000 (“**Wena**”).

6 See *About ICSID*, INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES, <https://icsid.worldbank.org/About/ICSID#:~:text=The%20ICSID%20Convention%20is%20a,and%20effective%20dispute%2Dsettlement%20institution> (último acceso 13 de junio de 2022).

7 CHRISTOPHER F. DUGAN ET AL., *INVESTOR-STATE ARBITRATION* 46 (Oxford University Press, 1st ed. 2008 (“**Dugan, Investor-State Arbitration**”).

La disputa en *Klöckner* surgió por unos contratos que Klöckner (una empresa alemana) tenía con el Gobierno de Camerún para construir una fábrica de fertilizantes que terminó siendo poco rentable.⁸ La fábrica fue finalmente cerrada por el gobierno camerunés y Klöckner inició el caso ante el CIADI, el cual perdió.⁹ En ese contexto fue que Klöckner inició la solicitud de nulidad del laudo.¹⁰ En el caso *Amco*, el vínculo que generó la disputa también fue contractual: un contrato de inversión entre Amco (una empresa americana) y una compañía indonesia bajo el control del Gobierno de Indonesia para el desarrollo de un hotel.¹¹ Amco inició un reclamo de expropiación de su inversión ante el CIADI y lo ganó en 1984.¹² En estas circunstancias, el Gobierno de Indonesia solicitó la nulidad del laudo, y logró dejar sin efecto el laudo inicial.¹³

Tanto en *Klöckner* como en *Amco* los comités *ad hoc* interpretaron la segunda oración del Artículo 42(1) en beneficio del derecho local por sobre el derecho internacional. Ambos comités le otorgaron un rol subsidiario al derecho internacional en relación al derecho local, concluyendo que el derecho internacional como derecho aplicable en casos de inversión cobra relevancia solamente en dos situaciones: (1) cuando exista una laguna en el derecho local (función complementaria del derecho internacional), y/o (2) cuando se presenta una inconsistencia entre el derecho local y el derecho internacional (función correctiva del derecho internacional).¹⁴ En otras palabras, *Klöckner* y *Amco* negaron la aplicación independiente del derecho internacional en los arbitrajes de inversión. Así lo expresó el comité *ad hoc* de *Klöckner* cuando dijo:

“Esto da [a los principios del derecho internacional]... una doble función, es decir, complementaria (en el caso de una “laguna” en el derecho del Estado), o correctiva, en caso de que el derecho del Estado no se ajuste en todos los puntos a los principios del derecho internacional. En ambos casos, los árbitros pueden recurrir a los “principios del derecho internacional” sólo después de haber investigado y establecido el contenido del derecho del Estado parte en la

8 *Klöckner* ¶ 6.

9 *Klöckner* ¶ 1.

10 *Klöckner* ¶ 1.

11 *Amco* ¶ 2.03.

12 *Amco* ¶ 2.15.

13 *Amco* ¶ 1.02.

14 *Klöckner* ¶ 69; *Amco* ¶ 20. Ver también Stefan Riegler et al., *Applicable Law in Investment Arbitration* en THE GUIDE TO INVESTMENT TREATY PROTECTION AND ENFORCEMENT 191-192 (Law Business Research, 2022). (“**Riegler, Applicable Law**”); Yas Banifatemi, *The Law Applicable in Investment Treaty Arbitration* en Katia Yannaca-Small (ed.), ARBITRATION UNDER INTERNATIONAL INVESTMENT AGREEMENTS: A GUIDE TO THE KEY ISSUES 201-203 (Oxford University Press, 2010) (“**Banifatemi, Applicable Law**”).

controversia (que no puede reducirse a un principio, ni siquiera básico) y después de haber aplicado las normas pertinentes de la ley del Estado.”¹⁵

Por su parte, el comité de Amco llegó a la misma conclusión: “Al Comité ad hoc le parece que vale la pena señalar que el Artículo 42(1) del Convenio autoriza a un tribunal del CIADI a aplicar las normas del derecho internacional solo para llenar las lagunas en el derecho interno aplicable y para asegurar la precedencia de las normas del derecho internacional cuando las normas del derecho interno aplicable están en colisión con dichas normas.”¹⁶

No obstante, es importante destacar que en *Klöckner* y *Amco* la jurisdicción del CIADI se gestó como consecuencia de cláusulas arbitrales en contratos con Camerún¹⁷ e Indonesia,¹⁸ y no por la existencia de TBIs. Este hecho no es menor, ya que obligó a que los comités de anulación de ambos casos se limitaran a resolver la cuestión de derecho aplicable por medio de la interpretación del Artículo 42(1) del Convenio CIADI, y la cláusula arbitral de los contratos pertinentes, donde puede tener inferencia el derecho estatal.¹⁹

La proliferación de los TBI y los Capítulos de Inversión cambió la naturaleza del sistema de arbitraje de inversión CIADI, y con ello la interpretación del Artículo 42(1). Los redactores del Convenio CIADI creían que las reglas de arbitraje del CIADI iban a funcionar de forma autónoma y nunca anticiparon que los TBIs y Capítulos de Inversión iban a terminar siendo la fuente principal de disputas de

15 Cita traducida por el Autor. Para ver el texto original referirse a *Klöckner* ¶¶ 69 (“This gives [the principles of international law] ... a dual role, that is, complementary (in the case of a “lacuna” in the law of the State), or corrective, should the State’s law not conform on all points to the principles of international law. In both cases, the arbitrators may have recourse to the “principles of international law” only after having inquired into and established the content of the law of the State party to the dispute (which cannot be reduced to one principle, even a basic one) and after having applied the relevant rules of the State’s law.”).

16 Cita traducida por . Para ver el texto original referirse a *Amco* ¶¶ 20 (“It seems to the ad hoc Committee worth noting that Article 42(1) of the Convention authorizes an ICSID tribunal to apply rules of international law only to fill up lacunae in the applicable domestic law and to ensure precedence to international law norms where the rules of the applicable domestic law are in collision with such norms.”).

17 *Klöckner* ¶¶ 6.

18 *Amco* ¶¶ 2.03.

19 W Michael Reisman and Mahnoush H. Arsanjani, *Chapter 1: Applicable Law Under the ICSID Convention*:

The Tortured History of the Interpretation of Article 42, en BUILDING INTERNATIONAL INVESTMENT LAW: THE FIRST 50 YEARS OF ICSID 10 (Meg Kinnear, Geraldine R. Fischer, et al. eds., Kluwer Law International 2015) (“**Reisman, The Tortured History of the Interpretation of Article 42**”).

inversión ante el CIADI.²⁰ En este sentido, una de las cuestiones más impactadas por la llamada Generación TBI²¹ en el arbitraje de inversión fue la cuestión del derecho aplicable, ya que cada arbitraje fundado en un TBI implica la introducción de un cuerpo legal de derecho internacional a la disputa que los redactores del Convenio CIADI nunca habían considerado.

En el contexto de los arbitrajes de inversión basados en TBIs es que el comité ad hoc de *Wena Hotels c. Egipto* presentó una interpretación moderna del Artículo 42(1). El comité de *Wena* rechazó el rol residual del derecho internacional que habían creado los comités de *Klöckner y Amco*, y concluyó que tanto el derecho local como el derecho internacional coexisten como derechos aplicables en el arbitraje de inversión y pueden ser aplicados de forma independiente:

“Lo que está claro es que el sentido y el significado de las negociaciones que condujeron a la segunda oración del artículo 42(1) permitieron que ambos ordenamientos jurídicos tuvieran un papel. De hecho, la ley del Estado anfitrión puede aplicarse junto con el derecho internacional si está justificado. Así también el derecho internacional puede aplicarse por sí solo si se encuentra la regla adecuada en este otro ámbito.”²²

Esta interpretación moderna del Artículo 42(1) dada por el comité de *Wena* logró establecer un balance en la interacción del derecho local y el derecho internacional en el arbitraje de inversión. El balance dejó en claro que, en el derecho de las inversiones, tanto el derecho local como el derecho internacional pueden ser aplicados de forma independiente porque cumplen roles distintos, y no subsidiarios. En este sentido, los tribunales arbitrales de inversión determinarán las cuestiones a decidir en la disputa y el derecho aplicable, ya sea internacional o local, a cada una de esas cuestiones.

3. El Rol de los Tratados de Inversión en la Determinación del Derecho Aplicable en el Arbitraje de Inversión

Es incuestionable que la fuente primaria de derecho en un arbitraje de inversión moderno basado en un tratado es el TBI o Capítulo de Inversión en que se funda.²³

20 *Id.* en p. 1

21 *Id.*

22 Cita traducida por el Autor. Para ver el texto original referirse a *Wena* ¶ 40 (“What is clear is that the sense and meaning of the negotiations leading to the second sentence of Article 42(1) allowed for both legal orders to have a role. The law of the host State can indeed be applied in conjunction with international law if this is justified. So too international law can be applied by itself if the appropriate rule is found in this other ambit.”).

23 Ver sección II sobre el desarrollo de las disputas inversionista-Estado en base a Tratados Bilaterales de Inversión y Tratados Multilaterales de Inversión (TMIs).

Estos instrumentos internacionales determinan los derechos y obligaciones de los Estados *vis-à-vis* los inversionistas extranjeros. La violación de estos derechos por parte de un Estado generará en el inversor la posibilidad de iniciar una disputa de inversión en contra del Estado soberano internacionalmente responsable por los daños causados. Los TBI y Capítulos de Inversión requieren que las disputas que surjan de la alegada violación de los mismos sean resueltas siguiendo las provisiones de sus textos.²⁴ Por tanto, el primer paso para determinar el derecho aplicable en una disputa de inversión basada en un tratado internacional, sea éste un TBI o Capítulo de Inversión, es referirse a la cláusula o capítulo de solución de controversias y derecho aplicable del mismo.

Los capítulos de solución de controversias de los TBI y Capítulos de Inversión contienen información sobre el derecho aplicable a las disputas surgidas del tratado, o guías sobre cómo determinarlo.²⁵ La mayoría de los TBI y Capítulos de Inversión contienen cláusulas de derecho aplicable que refieren a la aplicación de las normas del mismo tratado y a “reglas de derecho internacional” o “principios de derecho internacional”. Otros tratados incluyen la aplicación tanto de derecho local como de derecho internacional. A continuación se pueden ver algunos ejemplos de estas proposiciones:

- U.S. Model BIT, Artículo 30: “1. Sujeto al párrafo 3, cuando se presente una reclamación en virtud del Artículo 24(1)(a)(i)(A) o el Artículo 24(1)(b)(i)(A), el tribunal decidirá las cuestiones en controversia de conformidad con *este Tratado y las normas aplicables del derecho internacional*”.²⁶

24 Dugan, *Investor-State Arbitration* p. 204.

25 Las reglas institucionales bajo las cuales el arbitraje se esté tramitando también tienen influencia sobre el derecho aplicable, sobre todo en aquellos casos en donde el TBI o Capítulo de Inversión bajo el cual se traiga la controversia no especifique nada respecto del derecho aplicable. Por ejemplo, el Convenio de CIADI en su Artículo 42(1) establece: “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. El Artículo 35(1) de las reglas de arbitraje de UNCITRAL expresa “El tribunal arbitral aplicará las normas de derecho que las partes hayan indicado como aplicables al fondo del litigio. Si las partes no indican las normas de derecho aplicables, el tribunal arbitral aplicará la ley que estime apropiada.” Por su lado, las Reglas de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo estipulan en el Artículo 27: “(1) El Tribunal Arbitral decidirá el fondo de la controversia con base en el derecho o en las normas jurídicas que las partes hayan acordado. A falta de acuerdo entre las partes, el Tribunal Arbitral aplicará el derecho o las normas jurídicas que considere más apropiado/as.”

26 Cita traducida por el Autor. Para ver el texto original referirse al Artículo 30 del 2012 U.S. Model Bilateral Investment Treaty que reza “1. Subject to paragraph 3, when a claim is submitted under Article 24(1)(a)(i)(A) or Article 24(1)(b)(i)(A), the tribunal shall decide

- NAFTA, Artículo 1131: “1. Un tribunal establecido conforme a esta sección decidirá las controversias que se sometan a su consideración de conformidad con este *Tratado* y con las *reglas aplicables del derecho internacional*.”
- USMCA, Artículo 14.D.9: “1. Sujeto al párrafo 2, cuando se presente una reclamación en virtud del Artículo 14.D.3.1 (Presentación de una Reclamación a Arbitraje), el tribunal decidirá las cuestiones en disputa de conformidad con este *Acuerdo* y las *normas aplicables del derecho internacional*.”²⁷
- Energy Charter Treaty, Artículo 26(6): “En virtud del apartado 4) se creará un tribunal que decidirá las cuestiones en litigio con arreglo al *presente Tratado* y a las *normas del Derecho Internacional aplicables*.”
- TBI Venezuela-Países Bajos, Artículo 9(5): “El laudo arbitral estará basado en: *las leyes de la Parte Contratante respectiva*; las disposiciones del presente Convenio o demás Convenios pertinentes entre las Partes Contratantes; las disposiciones de convenios especiales relacionados con la inversión; los *principios generales del derecho internacional*; y las normas jurídicas que pudieren ser convenidas por las partes de la controversia.”
- TBI España-Argentina, Artículo IX(5): “El Tribunal de Arbitraje emitirá su decisión en base a las normas del presente *Acuerdo*, las de otros convenios que rijan entre las Partes, *en el derecho vigente en el país en que las inversiones fueron realizadas* y en los *principios universalmente reconocidos en el derecho internacional*.”
- TBI Costa Rica-Paraguay, Artículo 10(4): “El tribunal arbitral podrá decidir en base en el presente *Acuerdo* y a otros *Acuerdos* relevantes entre las Partes Contratantes; en base en los términos de algún acuerdo específico que pudiera ser concluido con relación con la inversión; en base en la *ley de la Parte Contratante que sea parte en la controversia*, inclusive sus normas sobre conflictos de leyes; aquellos *principios y normas del Derecho Internacional que fueren aplicables*.”
- TBI Chile-Guatemala, Artículo IX(6): “El Tribunal Arbitral decidirá sobre la base de las disposiciones de este *Acuerdo*, de los *principios del Derecho*

the issues in dispute in accordance with this Treaty and applicable rules of international law.”

27 Cita traducida por el Autor. Para ver el texto original referirse al Artículo 14.D.9. del Tratado México-Estados Unidos-Canadá que reza “1. Subject to paragraph 2, when a claim is submitted under Article 14.D.3.1 (Submission of a Claim to Arbitration), the tribunal shall decide the issues in dispute in accordance with this Agreement and applicable rules of international law.”

Internacional en la materia y de los principios generales de Derecho reconocidos por las Partes Contratantes. El Tribunal decidirá por mayoría de votos y determinará sus propias reglas procesales.”

Los roles que cumplen el derecho local y el derecho internacional en el derecho de las inversiones serán tratados en las siguientes secciones.

4. El Rol del Derecho Local como Derecho Aplicable en el Arbitraje de Inversión

Las disputas de inversión son altamente complejas. Su naturaleza generalmente esconde múltiples relaciones legales que llaman a la aplicación de múltiples tipos de derechos en una misma disputa.²⁸ Frente a este contexto, los tribunales arbitrales se deben avocar a la tarea de identificar cuáles son las cuestiones a resolver en cada disputa de inversión para luego determinar el derecho aplicable a cada una de ellas, pudiendo ser este último tanto derecho local como derecho internacional.

Aun cuando el derecho internacional sea la fuente principal de derecho aplicable en una disputa de inversión para determinar la potencial responsabilidad internacional de un Estado soberano, el derecho local mantiene un rol de importancia. De no ser así, el derecho local no sería mencionado en las cláusulas de derecho aplicable y/o solución de disputas de numerosos TBIs, ni tampoco en reglas institucionales de arbitraje.²⁹ A continuación se mencionarán algunas cuestiones específicas o incidentales a las disputas de inversión en las cuales los tribunales arbitrales han necesitado del derecho local para poder resolverlas.

4.1 El derecho local junto con el TBI o Capítulo De Inversión relevante al caso es el derecho aplicable para determinar la nacionalidad de un demandante en un arbitraje de inversión

Existe un consenso general en el derecho de las inversiones que las cuestiones de jurisdicción *ratione personae* o sobre la nacionalidad del demandante deben resolverse por medio de la aplicación de derecho local junto con el derecho internacional. Así ha sido explicado por el tribunal de *Soufraki c. Emiratos Árabes Unidos*:

28 ZACHARY DOUGLAS, *THE INTERNATIONAL LAW OF INVESTMENT CLAIMS* ¶ 77 (Cambridge, 2009) (“**Douglas, Investment Claims**”). Algunas de las múltiples relaciones legales que se encuentran en un arbitraje de inversión incluyen: (1) un inversor (generalmente una sociedad) establecida bajo el derecho local de un Estado soberano; (2) una inversión cuyo conjunto de derechos son fruto de un contrato con un Estado soberano distinto; (3) actos de un Estado soberano en violación de un tratado de derecho internacional.

29 Riegler, *Applicable Law* en pp. 201-202.

“Es aceptado en el derecho internacional que la nacionalidad está dentro de la jurisdicción interna del Estado, el cual establece, por su propia legislación, las reglas relativas a la adquisición (y pérdida) de su nacionalidad. . . Pero no es menos aceptado que cuando, en procedimientos arbitrales o judiciales internacionales, se impugne la nacionalidad de una persona, el tribunal internacional sea competente para conocer sobre dicha impugnación. [El Tribunal] otorgará gran peso a la ley de nacionalidad del Estado en cuestión y a la interpretación y aplicación de esa ley por parte de sus autoridades. Pero al final decidirá por sí mismo si, sobre la base de los hechos y el derecho que tiene ante sí, la persona cuya nacionalidad está en cuestión era o no nacional del Estado en cuestión y cuándo, y qué se sigue de esa decisión.”³⁰

4.2 El derecho local es el derecho aplicable para determinar la existencia y el alcance del derecho de propiedad en relación a una inversión

Una inversión es la materialización legal de un derecho de propiedad.³¹ De esta manera, las inversiones son una forma de derecho de propiedad que generalmente se encuentra definido por el derecho local.³² Por tanto, en una disputa de inversión el tribunal arbitral deberá aplicar el derecho local para identificar el alcance del derecho de propiedad del demandante en el Estado demandado.³³

Algunos TBIs contienen referencias explícitas al derecho local del Estado contratante al establecer el alcance del derecho de propiedad en relación a una inversión. Por ejemplo, el Artículo I(2) del TBI entre Argentina y España define “inversiones” como “todo tipo de haberes, tales como bienes y derechos de toda

30 Traducción por el Autor. Para ver el texto original referirse a *Hussein Nyman Soufraki v. The United Arab Emirates*, ICSID Case No. ARB/02/7, Award, 7 July 2004, ¶¶ 55 (“It is accepted in international law that nationality is within the domestic jurisdiction of the State, which settles, by its own legislation, the rules relating to the acquisition (and loss) of its nationality. . . . But it is no less accepted that when, in international arbitral or judicial proceedings, the nationality of a person is challenged, the international tribunal is competent to pass upon that challenge. It will accord great weight to the nationality law of the State in question and to the interpretation and application of that law by its authorities. But it will in the end decide for itself whether, on the facts and law before it, the person whose nationality is at issue was or was not a national of the State in question and when, and what follows from that finding.”).

31 HEGE ELISABETH KJOS, *APPLICABLE LAW IN INVESTOR-STATE ARBITRATION: THE INTERPLAY BETWEEN NATIONAL AND INTERNATIONAL LAW* 242 (Oxford, 2013) (“**Kjos, Applicable Law**”).

32 Kjos, *Applicable Law* en p. 242; Douglas, *Investment Claims* ¶¶ 101.

33 Debe hacerse la aclaración de que el alcance del derecho de propiedad implica un análisis distinto de si ese derecho de propiedad es un derecho protegido por el tratado internacional en cuestión.

naturaleza, adquiridos o efectuados de acuerdo con la legislación del país receptor de la inversión.³⁴ El TBI Modelo de Estados Unidos contiene una referencia similar cuando define a las licencias, autorizaciones y permisos como formas aceptables de inversión.³⁵ Además, aclara que la determinación de cualquiera de los instrumentos anteriormente nombrados como inversión dependen de la “naturaleza y el alcance de los derechos que el tenedor de esos instrumentos tenga de acuerdo al derecho del Estado parte.”³⁶

La aplicación del derecho local para determinar el alcance del derecho de propiedad de un inversionista también ha sido explicada en casos con reclamos de expropiación. Una expropiación no puede existir si no existe un derecho de propiedad sobre aquello que supuestamente se ha expropiado. En consecuencia, los tribunales de inversión se han visto obligados a analizar la existencia y el alcance del derecho de propiedad de los inversores. Al hacerlo, lo han analizado desde la aplicación del derecho local. Por ejemplo, el tribunal de *National Grid PLC c. Argentina* ha expresado:

“De acuerdo con el Artículo 1(c)(i)(bb) del Tratado, la legislación argentina rige quién califica como ‘inversor’ y, si bien aborda el concepto de ‘activo’ para determinar qué es una ‘inversión’ admisible en virtud del Tratado, el artículo 1(a) indica específicamente que dicho concepto se definirá de conformidad con la ley del Estado anfitrión: . . . inversión significa toda clase de bienes definidos de conformidad con las leyes y reglamentos de la Parte Contratante en cuyo territorio se realiza la inversión.”³⁷

34 Acuerdo para la Promoción y la Protección Recíproca de Inversiones entre La República Argentina Y El Reino De España, Artículo I(2).

35 2012 U.S. Model Bilateral Investment Treaty, Artículo 1: “*inversión*’ significa todo activo que un inversionista posee o controla, directa o indirectamente, que tiene las características de una inversión, incluidas características tales como el compromiso de capital u otros recursos, la expectativa de ganancia o ganancia, o la asunción de riesgo. Las formas que puede tomar una inversión incluyen: . . . (g) las licencias, autorizaciones, permisos y derechos similares conferidos de conformidad con la legislación interna”). Traducción por el Autor.

36 *Id.* en nota al pie n. 2.

37 Traducido por el Autor. Para ver el texto original referirse a *National Grid v. Argentine Republic*, Award, 3 November 2008, ¶ 83 (“according to Article 1(c)(i)(bb) of the Treaty, Argentine law governs who qualifies as an ‘investor’ and, while addressing the concept of ‘asset’ in order to ascertain what is an eligible ‘investment’ under the Treaty, Article 1(a) specifically indicates that such concept is to be defined pursuant to the law of the host State: ‘. . . investment means every kind of asset defined in accordance with the laws and regulations of the Contracting Party in whose territory the investment is made.’ (“**National Grid**”).

4.3 El derecho aplicable para determinar si un Estado tiene legitimación pasiva es el derecho que gobierna la obligación que forma la base para el reclamo, que generalmente es derecho local

El derecho local también cumple una función fundamental para determinar la jurisdicción *ratione personae* contra un Estado soberano. Este tipo de jurisdicción emana del TBI o Capítulo de Inversión del cual el Estado soberano es parte y es exclusiva contra él. Por tanto, no se extiende a subdivisiones políticas o sociedades con personalidad jurídica independiente que operen dentro del esquema estatal.³⁸

En algunos casos, los Estados soberanos carecen de legitimación pasiva para ser demandados. Esta situación se suele presentar en reclamos contractuales enmascarados como una disputa de inversión contra un Estado soberano.³⁹ Los hechos generalmente involucran un “inversor”, una empresa con personalidad jurídica independiente que opera dentro de la estructura del Estado y un contrato entre ambas partes. El reclamo se presenta como la violación de una obligación del Estado soberano bajo un TBI o Capítulo De Inversión, cuando en realidad el “inversor” tiene un reclamo contractual contra una empresa con personalidad jurídica independiente, y no contra un Estado soberano. Para determinar si el Estado soberano es el demandado adecuado, los tribunales arbitrales deben identificar la obligación que forma la base para el reclamo, que generalmente es el derecho local.⁴⁰ Si la obligación es estrictamente contractual, y esa relación contractual es con una sociedad con personalidad jurídica independiente, entonces el Estado soberano firmante del TBI o Capítulo De Inversión carece de legitimación pasiva en el caso.⁴¹

La falta de jurisdicción *ratione personae* limitará la posibilidad de que un tribunal oiga el caso, aun cuando haya jurisdicción *ratione materiae*. En el caso *Salini c. Marruecos*, el tribunal encontró tener jurisdicción *ratione materiae* aun cuando la obligación principal surgía de un contrato.⁴² Sin embargo, el contrato no era con el gobierno de Marruecos, sino con una sociedad con personalidad jurídica independiente, por lo que no encontró que el gobierno de Marruecos

38 Douglas, Investment Claims ¶ 139.

39 Ver generalmente *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco*, ICSID Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, 23 de julio de 2001 (“*Salini*”); *Impregilo S.p.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/03/3, Decision on Jurisdiction, 22 de abril de 2005 (“*Impregilo*”).

40 Douglas, Investment Claims ¶ 139.

41 *Id.*

42 *Salini* ¶ 61.

tuviera legitimación pasiva.⁴³ Los mismos hechos se suscitaron en el caso *Impregilo c. Pakistán*, en donde el contrato que originaba la obligación principal era con una sociedad con personalidad jurídica independiente.⁴⁴ De esta forma, el tribunal encontró que el gobierno de Pakistán no era el demandado adecuado en el caso.⁴⁵

4.4 El derecho local es el derecho aplicable para determinar la legalidad de una inversión en algunos casos

Algunos tratados ofrecen su protección solamente a aquellas inversiones que son hechas de acuerdo al derecho local del Estado firmante del tratado.⁴⁶ El tribunal de *Salini c. Marruecos* explicó que lo que se busca con esta calificación de derecho local es “prevenir que el TBI proteja inversiones que no debieran ser protegidas, particularmente porque serían ilegales.”⁴⁷ Esto nos recuerda, una vez más, que el derecho local mantiene un rol activo y de importancia en el derecho de las inversiones: sin la aplicación del derecho local, algunos tribunales arbitrales no podrían determinar la legalidad de la inversión en su caso.

Esta cuestión fue analizada por el tribunal de *SGS c. Paraguay*. En *SGS*, el TBI aplicable era Paraguay-Suiza, cuyo artículo 2(1) limita su aplicación a inversiones “hechas de acuerdo con su legislación, incluyendo los procedimientos de admisión eventuales.”⁴⁸ Al interpretar el artículo, el tribunal concluyó:

43 El contrato de *Salini* era con la Compañía Nacional de Autopistas de Marruecos. *Salini* ¶ 2.

44 El contrato de *Impregilo* era con la Autoridad Pakistání de Agua y Energía. *Impregilo* ¶ 13.

45 *Impregilo* ¶ 223.

46 Agreement between the Government of the Republic of Lithuania and the Government of Ukraine for the promotion and reciprocal protection of investments, 8 de febrero de 1994, Artículo 1(1). (“Para los efectos de este Acuerdo: 1. El término “inversión” comprenderá todo tipo de activo invertido por un inversionista de la Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante de conformidad con las leyes y reglamentos de esta última”. Traducción del Autor); Agreement Between The Islamic Republic Of Pakistan And The Republic Of Turkey Concerning The Reciprocal Promotion And Protection Of Investments, 16 de marzo de 1995, Artículo 1(2) (“2. El término “inversión”, de conformidad con las leyes y reglamentos de la Parte anfitriona, comprenderá todo tipo de bienes en particular, pero no exclusivamente...” Traducción del Autor.). Ver también TBI Pakistán Suiza, Artículo 2(1) y TBI Kazakhstan-Turquía, Artículo 1(2).

47 *Salini* ¶ 46.

48 Agreement Between The Swiss Confederation And The Republic of Paraguay On The Promotion and Reciprocal Protection of Investments, Artículo 2(1) (“El presente Acuerdo se aplicará a las inversiones en el territorio de una Parte Contratante, realizada de conformidad con su legislación, inclu-

“A juicio del Tribunal, el objeto de la disposición “de acuerdo con la legislación [del Estado receptor]” del Artículo 2(1) consiste en privar de los beneficios del Tratado a inversiones que infrinjan el ordenamiento del Estado receptor vigente a la fecha en que se haya efectuado la inversión.”⁴⁹

Con ello, el tribunal de SGS demostró que el calificativo de derecho local incluido en el TBI Paraguay-Suiza se refiere a la legalidad de la inversión, y no a la definición de inversión de acuerdo al tratado. Este mismo criterio fue expuesto en el caso *Bayindir c. Pakistán*. En *Bayindir*, el TBI aplicable era Pakistán-Turquía. El Artículo 1(2) del TBI define el término inversión “de conformidad con las leyes y regulaciones del Estado receptor de la inversión.”⁵⁰ Tras discusiones entre las partes sobre el alcance del Artículo 1(2), el tribunal decidió seguir el criterio adoptado en *Salini* y concluir que el calificativo de derecho local en la definición de inversión determina la legalidad de la inversión:

“En cualquier caso, el Tribunal no puede ver ninguna razón para apartarse de la decisión del tribunal en *Salini c. Marruecos* que sostiene que “esta disposición [es decir, el requisito de conformidad con las leyes locales] se refiere a la validez de la inversión y no a su definición.”⁵¹

En este sentido, la jurisprudencia del derecho de las inversiones parecería ser consistente en otorgarle al derecho local un rol fundamental para determinar la legalidad de una inversión cuando así fuera requerido por el tratado aplicable.

idos los posibles procedimientos de admisión, antes o después de la entrada en vigor del Acuerdo por inversores de la otra Parte Contratante. Sin embargo, no será aplicable a las divergencias o controversias que hayan surgido con anterioridad a su entrada en vigor.” Traducción del Autor.)

49 *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. Paraguay*, ICSID Case No. ARB/07/29, Decisión sobre Jurisdicción, 12 de febrero 2010, ¶¶ 123 (“**SGS**”).

50 Agreement Between The Islamic Republic Of Pakistan And The Republic Of Turkey Concerning The Reciprocal Promotion And Protection Of Investments, 16 de marzo de 1995, Artículo 1(2) (“2. El término “inversión”, de conformidad con las leyes y reglamentos de la Parte anfitriona, comprenderá todo tipo de bienes en particular, pero no exclusivamente. . .” Traducción del Autor); *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/03/29, Decision on Jurisdiction, 14 November 2005, ¶¶ 105 (“**Bayindir**”).

51 Traducción del Autor. Para ver el texto original referirse a *Bayindir* ¶¶ 109 (“In any event, the Tribunal cannot see any reason to depart from the decision of the tribunal in *Salini v. Morocco* holding that “this provision [i.e., the requirement of conformity with local laws] refers to the validity of the investment and not to its definition.”).

4.5 El derecho local de la sede del arbitraje es el derecho aplicable para resolver cuestiones procesales, junto con el tratado de inversión y las reglas institucionales aplicables

La doctrina de jurisdicción en el derecho internacional reconoce la jurisdicción prescriptiva del Estado soberano sede de un arbitraje de inversión.⁵² Como parte de esta jurisdicción, el Estado sede del arbitraje puede establecer reglas sobre el procedimiento arbitral, y la validez tanto de la cláusula arbitral como del laudo.⁵³ Sin embargo, este principio está limitado a los arbitrajes inversionista-Estado, y no a los arbitrajes entre Estados.⁵⁴

5. El Derecho Internacional Público y el Principio de Integración Sistémica

Las cláusulas de solución de disputas en los TBI y Capítulos de Inversión⁵⁵ dejan en evidencia la posibilidad de que el derecho aplicable en el arbitraje de inversión no se limite al TBI o Capítulo de Inversión en que se basa la controversia, sino que se entienda que el derecho de inversiones (y por tanto el derecho aplicable en una disputa) es un sistema con vasos comunicantes con otras fuentes del derecho internacional. Para poder determinar esta hipótesis y el alcance de los términos “reglas de derecho internacional” o “principios de derecho internacional” en cláusulas de derecho aplicable, se debe proceder a la interpretación de los tratados internacionales de inversión.

La interpretación de los TBIs y Capítulos de Inversión debe resolverse de acuerdo a las normas de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados,⁵⁶ más específicamente de acuerdo al texto del Artículo 31:

“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 estos 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 todas las partes con motivo de la celebración del tratado;

52 La jurisdicción prescriptiva implica la autoridad de crear y aplicar el derecho. Por su lado, la jurisdicción adjudicativa refiere a la autoridad de las cortes de tramitar demandas.

53 Douglas, Investment Claims ¶ 204.

54 *Id.* ¶ 205.

55 Ver cláusulas de derecho aplicable enumeradas en la sección III.

56 Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados, U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, entrado en vigor el 27 de Enero de 1980 (“**Convención de Viena**”).

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 norma 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.”

Si bien el Artículo 31 de la Convención de Viena en su totalidad es de gran importancia en la tarea de interpretación que llevan adelante los tribunales arbitrales, es fundamental recalcar la función abarcadora del apartado (3)(c) que incluye como parte del proceso de interpretación “toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.”⁵⁷ Este apartado refleja un principio general de interpretación de los tratados internacionales llamado el principio de integración sistémica del derecho internacional.⁵⁸

Según lo explica Campbell McLachlan, el principio de integración sistémica se funda en el hecho de que los tratados internacionales son cuerpos legales de derecho limitados en su alcance y que no operan aisladamente en un vacío, sino en un gran esquema de derecho internacional.⁵⁹ Este principio ha sido reconocido y aplicado por varios tribunales internacionales.⁶⁰

La Corte Europea de Derechos Humanos (“CEDH”), en los casos *Al-Adani*, *In Fogarty*, y *McElhinney* aplicó el Artículo 31(3)(c) de la Convención de Viena para determinar el alcance del principio de inmunidad soberana en relación al Artículo 6(1) del Convenio Europeo de Derechos Humanos⁶¹ (“**Convenio**

57 Convención de Viena, Artículo 31(3)(c).

58 Campbell McLachlan, *The Principle of Systemic Integration and Article 31(3)(c) of the Vienna Convention* en *THE INTERNATIONAL AND COMPARATIVE LAW QUARTERLY* 280 (ProQuest Central 2005) (“**McLachlan, The Principle of Systemic Integration**”).

59 *Id.*

60 *Ver generalmente* McLachlan, *The Principle of Systemic Integration* § III.

61 Convenio Europeo de Derechos Humanos, Artículo 6(1): “Derecho a un Proceso Equitativo. (1) Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el

Europeo”) sobre derecho a un proceso equitativo.⁶² En los tres casos, la CEDH concluyó que el principio de inmunidad soberana no es un factor que afecte desproporcionadamente el derecho a un proceso equitativo en los términos del Convenio Europeo.⁶³ Para llegar a esa conclusión, la CEDH aplicó el principio de integración sistémica entendiendo que los tratados internacionales no pueden ser interpretados aisladamente, sino en el armonía con las normas de derecho internacional:

“El Artículo 31(3)(c) . . . indica que se debe tener en cuenta ‘cualquier norma pertinente del derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes’. El Convenio [Europeo de Derechos Humanos], incluido el artículo 6, *no puede interpretarse en el vacío*. La Corte debe tener en cuenta el carácter especial de la Convención como tratado de derechos humanos, y *también debe tener en cuenta las normas pertinentes del derecho internacional*. . . *En la medida de lo posible, la Convención debe interpretarse en armonía con otras normas de derecho internacional de las que forma parte*, incluidas las relativas a la concesión de inmunidad de los Estados.”⁶⁴

Por su parte, la Corte Internacional de Justicia (“**CIJ**”) también aplicó el principio de integración sistémica en el Caso entre Irán y Estados Unidos sobre las Plataformas Petrolíferas.⁶⁵ En este caso, la CIJ debía interpretar dos artículos del

fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida en que sea considerado estrictamente necesario por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia.”

62 McLachlan, *The Principle of Systemic Integration* en pp. 304-305. Ver también *Al-Adsani v United Kingdom*, Application no 35763/97 123 ILR 24 (2001) (“**Al-Adsani**”); *Fogarty v United Kingdom* Application no 37112/97) 123 ILR 54 (2001) (“**Fogarty**”); and *McElhinney v Ireland* Application no 31253/96 123 ILR 73 (2001) (“**McElhinney**”).

63 McLachlan, *The Principle of Systemic Integration* en p. 306.

64 Traducción del Autor. Para ver el texto original referirse a *Al-Adsani* ¶ 55 (“Article 31(3)(c) . . . indicates that account is to be taken of ‘any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties.’ The [European] Convention [on Human Rights], including Article 6, cannot be interpreted in a vacuum. The Court must be mindful of the Convention’s special character as a human rights treaty, and it must also take the relevant rules of international law into account . . . The Convention should so far as possible be interpreted in harmony with other rules of international law of which it forms part, including to those relating to the grant of State immunity.”).

65 *Case concerning Oil Platforms (Iran v. United States of America)* 42 ILM 1334 (2003)

Tratado de Amistad, Relaciones Económicas y Derechos Consulares firmado en 1955 entre Estados Unidos e Irán.⁶⁶ En su labor interpretativa, la CIJ citó expresamente el Artículo 31(3)(c) de la Convención de Viena y explicó que bajo esa norma no podía concluir que los artículos en cuestión del Tratado entre Estados Unidos e Irán operaran de forma independiente a las normas relevantes de derecho internacional.⁶⁷ Esta conclusión dejó en evidencia nuevamente la integración sistemática del derecho internacional:

“Según las reglas generales de interpretación de los tratados reflejadas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, la interpretación debe tener en cuenta “cualquier regla pertinente del derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes”. La Corte no puede aceptar que el artículo XX, párrafo 1(d), del Tratado de 1955 tuviera la intención de operar con total independencia de las normas pertinentes del derecho internacional sobre el uso de la fuerza, de modo que pudiera invocarse con éxito.”⁶⁸

El concepto de integración sistémica del derecho internacional también se ha visto aplicado en el arbitraje de inversión en el caso *Asian Agricultural Products Ltd. v. Sri Lanka*.⁶⁹ Aquí, el tribunal no hizo mención al Artículo 31(3)(1) de la Convención de Viena, sino que directamente aplicó el concepto de integración del derecho internacional al TBI en cuestión.⁷⁰ Al hacerlo, recalcó el concepto de que los TBIs no operan de forma aislada como un sistema legal único, sino que se integran con varios tipos de normas, como las de derecho internacional:

“Además, cabe señalar que el Tratado Bilateral de Inversión no es un sistema jurídico autónomo cerrado limitado a establecer normas materiales sustantivas de aplicabilidad directa, sino que debe contemplarse dentro de un contexto jurídico más amplio en el que se integren normas de otras fuentes

(“**Oil Platforms**”); McLachlan, *The Principle of Systemic Integration* en p. 306.

66 McLachlan, *The Principle of Systemic Integration* en p. 306.

67 *Oil Platforms* ¶ 41. McLachlan, *The Principle of Systemic Integration* en p. 307.

68 Traducción del Autor. Para ver el texto original referirse a *Oil Platforms* ¶ 41 (“Under the general rules of treaty interpretation, as reflected in the 1969 Vienna Convention on the Law of the Treaties, interpretation must take into account “any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties.” The Court cannot accept that Article XX, paragraph 1(d), of the 1955 Treaty was intended to operate wholly independently of the relevant rules of international law on the use of force, so as to be capable of being successfully invoked.”).

69 *Asian Agricultural Products Ltd. v. Republic of Sri Lanka*, ICSID Case No. ARB/87/3, Final Award, 27 June 1990 (“**Asian**”).

70 *Asian* ¶ 21.

a través de métodos de incorporación implícita, o por referencia directa a ciertas normas complementarias, ya sean de carácter de derecho internacional o de derecho interno.”⁷¹

Habiendo establecido que los tratados internacionales, incluidos los TBI y Capítulos de Inversión, no operan de manera aislada sino en el sistema de derecho internacional, debe identificarse qué se entiende como “normas pertinentes de derecho internacional” en el contexto del Artículo 31(3)(c) de la Convención de Viena. Estas normas de derecho internacional pueden ser cualquiera derivada de las fuentes de derecho internacional público identificadas en el Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia:

“I. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:

- a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;
- b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;
- c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas;
- d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59.”⁷²

Es importante aclarar que estas fuentes sirven como un catálogo general de fuentes de derecho internacional público y que no hay orden de prelación entre ellas.⁷³ Esto refleja la característica de horizontalidad del derecho internacional público, donde todas las fuentes funcionan en distintas esferas sin crear una jerarquía interna.⁷⁴ La horizontalidad permite que los tribunales arbitrales que necesitan interpretar un TBI o Capítulo de Inversión puedan tomar libremente cualquiera de las fuentes del Artículo 38 y aplicarla al caso según resulte conveniente, sin tener que otorgar prelación a una por sobre otra.

71 Traducción del Autor. Referirse al texto original en *Asian ¶¶ 21* (“Furthermore, it should be noted that the Bilateral Investment Treaty is not a self-contained closed legal system limited to provide for substantive material rules of direct applicability, but it has to be envisaged within a wider juridical context in which rules from other sources are integrated through implied incorporation methods, or by direct reference to certain supplementary rules, whether of international law character or of domestic law nature.”).

72 Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, Artículo 38.

73 McLachlan, *The Principle of Systemic Integration* en p. 282

74 *Id.*

De esta manera, si bien es incuestionable que la fuente primordial de derecho aplicable en un arbitraje de inversión es el TBI o Capítulo de Inversión que lo funda, el derecho de inversiones es un sistema con vasos comunicantes con todas las fuentes de derecho internacional. Los tribunales arbitrales de inversión podrán entonces aplicar las fuentes de derecho internacional como parte del derecho aplicable por medio del principio de integración sistémica creado por el Artículo 31(3)(c) de la Convención de Viena.

6. Nuevos Derechos Aplicables en el Arbitraje de Inversión

Los diferentes regímenes de derecho internacional, incluido el derecho internacional de inversiones y los derechos humanos, derivan del derecho internacional en un sentido más general.⁷⁵ Aunque históricamente ninguno de estos regímenes ha actuado de forma completamente aislada, la creciente globalización ha llevado a mayores interacciones y tensiones entre ellos.⁷⁶ Actualmente, el sistema de arbitraje de inversión está siendo exigido y desafiado por las interacciones que el mismo está teniendo con otras obligaciones que exceden los aspectos meramente inversionistas, como aquellas vinculadas con aspectos de derechos humanos y medio ambientales.⁷⁷

6.1 Los Derechos Humanos y el Arbitraje de Inversión

Al considerar el rol de los derechos humanos en una disputa de inversión se deben tener en cuenta dos aspectos: (1) la competencia de los tribunales arbitrales de inversión para entender sobre una posible violación de derechos humanos y (2) el derecho aplicable para identificar, analizar y evaluar la competencia entre las obligaciones del Estado con el inversor extranjero y aquellas que debe a quienes detentan derechos humanos o son titulares de la protección medioambiental.

Para determinar la competencia de un tribunal arbitral de inversión sobre un reclamo de derechos humanos hay que referirse a la cláusula que le otorga jurisdicción al tribunal. Esa cláusula será la cláusula arbitral incluida en un contrato de inversión, o el artículo o capítulo de solución de controversias del TBI o Capítulo

75 Kabir A.N. Duggal & and Nicholas J. Diamond, *Regime Interaction in Investment Arbitration: Crowded Streets; Are Human Rights Law and International Investment Law Good Neighbors?* KLUWER ARBITRATION BLOG (12 enero de 2022).

76 *Id.*

77 Clara Reiner, Cristopher Schreuer, *Human Rights in International Investment Arbitration* en Pierre-Marie Dupuy (ed.), *HUMAN RIGHTS IN INTERNATIONAL INVESTMENT LAW AND ARBITRATION* 82 (Oxford, 2009) (“**Reiner, Human Rights in Investment Arbitration**”).

de Inversión aplicable. El texto de la cláusula expandirá o limitará la competencia del tribunal arbitral de acuerdo a su redacción.

Un ejemplo de cómo operan los límites generados por la redacción de la cláusula arbitral se puede ver en el caso *Biloune c. Ghana*. En *Biloune*, el tribunal resolvió no tener competencia para resolver un reclamo independiente de derechos humanos porque de acuerdo al contrato entre el inversor y Ghana, las partes solamente habían acordado someter al arbitraje disputas “con respecto a la inversión.”⁷⁸ De esta manera, el tribunal no consideró que el reclamo de derechos humanos hubiera sido hecho *con respecto a* la inversión, y por tanto dictó su falta de jurisdicción sobre esta cuestión.⁷⁹

Por su lado, los Capítulos de Inversión y Tratados Multilaterales de Inversión (TMI) generalmente limitan su cláusula de solución de controversias a la violación de las protecciones establecidas en el mismo tratado.⁸⁰ Esta limitación de competencia del tribunal arbitral, sumada al hecho de que los Capítulos de Inversión y TMI no contienen protecciones directas de protección de derechos humanos, hacen prácticamente imposible que un tribunal de inversión encuentre competencia para resolver un reclamo de derechos humanos.

En el campo de los TBI hay mayores posibilidades (aunque igualmente escasas) de que un tribunal de inversión encuentre la competencia necesaria para re-

78 *Biloune and Marine Drive Complex Ltd. v. Ghana*, Award on Jurisdiction and Liability, 27 October 1989, ¶ 61 (“*Biloune*”).

79 En el contexto de *Biloune* es importante señalar la crítica de Reiner y Schreuer sobre la interpretación que el tribunal arbitral le dio al término “con respecto a la inversión”. Reiner explicó que “[a]ún cuando un tribunal de inversión pueda no ser competente para un reclamo independiente, no por ello las violaciones de derechos humanos automáticamente quedan excluidas de su competencia. En tanto y en cuanto la violación de derechos humanos afectara la inversión, la cuestión sería una disputa ‘con respecto a la inversión’ y por tanto arbitrable.”

80 Ver Tratado de Libre Comercio de América del Norte firmado el 17 de diciembre de 1992, y entrado en vigor el 1 de enero de 1994 (“NAFTA”), Artículo 1116 (“1. De conformidad con esta sección el inversionista de una Parte podrá someter a arbitraje una reclamación en el sentido de que otra Parte ha violado una obligación establecida en: (a) la Sección A o el Artículo 1503(2), “Empresas del Estado”; o (b) el párrafo 3(a) del Artículo 1502, “Monopolios y empresas del Estado”, cuando el monopolio ha actuado de manera incompatible con las obligaciones de la Parte de conformidad con la Sección A; y que el inversionista ha sufrido pérdidas o daños en virtud de la violación o a consecuencia de ella”); El Tratado sobre la Carta de la Energía adoptado el 17 de diciembre de 1994, y entrado en vigor el 16 de abril de 1998 (“ECT”), Artículo 26(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 aquélla de una obligación derivada de la Parte III relativa a una inversión de éste en el territorio de la primera”).

resolver un reclamo de derechos humanos en el futuro. Si bien la gran mayoría de los TBIs no contienen menciones directas a la protección de los derechos humanos, algunos TBIs de la nueva generación han empezado a incluirlas. Por ejemplo, el TBI Marruecos-Nigeria establece una obligación de respeto a los derechos humanos en cabeza del inversor:

“Artículo 18 . . . 2) los inversionistas y las inversiones deberán defender los derechos humanos en el Estado anfitrión. . . 4) Los inversionistas y las inversiones no administrarán ni operarán las inversiones de una manera que eluda las obligaciones ambientales, laborales y de derechos humanos internacionales de las que el Estado anfitrión y/o el Estado de origen sean Partes.”⁸¹

De forma similar, el TBI Brasil-India propone que los inversores cumplan con el respeto de los derechos humanos:

“Artículo 12.2 Los inversionistas y sus inversiones se esforzarán por cumplir con los siguientes principios y estándares voluntarios para una conducta empresarial responsable y consistente con las leyes adoptadas por el Estado Receptor: . . . b) respetar los derechos humanos internacionalmente reconocidos de las personas involucradas en las actividades de las empresas. . . c) abstenerse de solicitar o aceptar exenciones que no estén establecidas en el marco legal o reglamentario relativo a los derechos humanos.”⁸²

Por tanto, es posible que en un futuro los tribunales de inversión empiecen a declarar su competencia para entender, aunque sea en forma indirecta y siempre en relación con la disputa de inversión, sobre posibles protecciones

81 Traducción del Autor de Reciprocal Investment Promotion And Protection Agreement Between The Government Of The Kingdom Of Morocco And The Government Of the Federal Republic Of Nigeria firmado el 12 de marzo de 2016 (“**TBI Marruecos-Nigeria**”). El texto original del Artículo 18 reza: “Article 18 . . . 2) investors and investments shall uphold human rights in the host state. . . 4) Investors and investments shall not manage or operate the investments in a manner that circumvents international environmental, labor and human rights obligations to which the host state and/or the home state are Parties.”

82 Traducción del Autor de Investment Cooperation And Facilitation Treaty Between The Federative Republic Of Brazil And The Republic Of India firmado el 25 de enero de 2020 (“**TBI Brasil-India**”), Artículo 12.2. El texto original del Artículo reza: “Article 12.2 The investors and their investments shall endeavour to comply with the following voluntary principles and standards for a responsible business conduct and consistent with the laws adopted by the Host State: . . . b) respect the internationally recognized human rights of those involved in the companies’ activities . . . c) refrain from seeking or accepting exemptions that are not established in the legal or regulatory framework relating to human rights.”

de derechos humanos y *de carácter social* en casos de arbitrajes de inversión cuando esos arbitrajes hayan sido iniciados bajo alguno de estos nuevos tratados. Sin embargo, todo dependerá de la redacción de los tratados y de los reclamos presentados por las partes.

En lo que respecta al derecho aplicable, éste será clave para determinar qué derechos humanos el tribunal arbitral deberá considerar y cuáles son los estándares sustantivos para evaluar aquella posible violación de derechos humanos. Como se ha explicado previamente, el TBI o Capítulo de Inversión en que se funda la disputa es la fuente principal de derecho en un arbitraje de inversión de base en un tratado.⁸³ De esta manera, en aquellos casos en que el TBI o Capítulo de Inversión contenga provisiones directas referidas a la protección de los derechos humanos, éstas funcionarán como derecho aplicable. Sin embargo, dado el alto nivel de escasez de este tipo de provisiones, en la mayoría de los casos los tribunales arbitrales deberán referirse a la cláusula de solución de disputas o derecho aplicable del TBI o del Capítulo de Inversión respectivo, para así analizar el rol de los derechos humanos en la disputa.

La interpretación de los tratados por medio del Artículo 31(3)(c) de la Convención de Viena y la integración sistémica del derecho internacional son quienes podrán otorgarle un rol a los derechos humanos como derecho aplicable en las disputas de inversión, al menos como un derecho que pueda atemperar la responsabilidad del Estado cuando éste haya debido cumplir con obligaciones de otra índole fundadas en estas nuevas fuentes de obligaciones. El Artículo 31(3)(c) de la Convención de Viena permite que los tribunales, al interpretar tratados internacionales, consideren “cualquier regla relevante de derecho internacional.”⁸⁴ Por medio de esta integración sistémica, los tribunales de inversión podrían recurrir entonces a las normas de derecho internacional de derechos humanos.

Asimismo, las cláusulas de solución de disputas de los TBIs y Capítulos de Inversión en tratados de nueva generación suelen contener menciones a las reglas de derecho internacional o principios de derecho internacional, y al derecho local. Todas estas categorías de derecho aplicable también contienen protecciones de derechos humanos. De esta forma, si bien no hay duda que los derechos humanos tienen un rol como derecho aplicable en una disputa de inversión, el instrumento en que se funden, la obligación de cumplir con ellos, y el alcance que se les dé, estará sujeto a interpretación del tribunal arbitral.

83 Ver Sección 3.

84 Convención de Viena, Artículo 31(3)(c).

6.2 Derecho Ambiental y el Arbitraje de Inversión

Actualmente se puede observar una mayor interacción entre el derecho de las inversiones y los derechos de protección del medio ambiente. El motivo de ello es probablemente la combinación de la globalización con la multiplicación de cuerpos legales con características medioambientales.⁸⁵ Estos nuevos cuerpos legales han incorporado prácticas de negocios responsables y desarrollo sostenible, entre otras. En este contexto, se han creado obligaciones tanto para Estados como para inversores en lo que respecta a su conducta y el impacto de la misma en el medio ambiente.

Las obligaciones para los inversores en materia medioambiental pueden surgir de un contrato de inversión, del TBI aplicable al caso, o de la integración sistémica del derecho internacional. Los contratos de inversión entre un Estado y un inversor generalmente contienen cláusulas que obligan a los inversores a cumplir con las leyes locales del Estado receptor de la inversión.⁸⁶

Esas leyes locales incluyen leyes de protección medioambiental que los inversores deberán cumplir. Para los casos en donde no exista un contrato de inversión, el TBI aplicable podrá operar de manera similar a la cláusula aplicable de derecho de los contratos de inversión en tanto requiera que la inversión sea hecha y mantenida de acuerdo al derecho del Estado receptor.⁸⁷ Bajo el mismo criterio, el TBI aplicable podrá incorporar normas de derecho internacional en materia medio ambiental por medio de la integración sistémica del derecho internacional por vía del Artículo 31(3)(c) de la Convención de Viena.⁸⁸

Los TBIs requieren especial atención ya que, aunque se presentan como instrumentos para la protección de las inversiones, contienen cada vez más provisiones que velan por la protección medio ambiental de manera directa e indirecta y, en consecuencia, se convertirán en derecho aplicable en las disputas de inversión. Dentro de las provisiones directas y expresas, han empezado a crearse TBIs que establecen en el inversor obligaciones medio ambientales antes y después del establecimiento de la inversión. Dentro de las obligaciones pre-establecimiento está la de cumplir con estudios ambientales. El Artículo 14 del TBI Marruecos-Nigeria ilustra esta obligación:

85 Laurence Boisson de Chazournes, *Environmental Protection and Investment Arbitration: Yin and Yang?* ANUARIO COLOMBIANO DE DERECHO INTERNACIONAL, Vol. 10, 2017, p. 1 (“**Chazournes, Environmental Protection and Investment Arbitration**”).

86 Kate Parlett, *Protection of the Environment in Investment Arbitration – A Double-Edged Sword*, KLUWER ARBITRATION BLOG (22 de Agosto de 2017).

87 *Id.*

88 El problema que se suele presentar en la aplicación de normas de derecho internacional medioambiental es que éstas suelen ser programáticas, requiriendo así que el Estado firmante del tratado internacional establezca una ley local para que el tratado pueda operar.

“Los inversionistas o la inversión deberán cumplir con procesos de selección y evaluación ambiental aplicables a sus propuestas de inversión antes de su establecimiento, según lo exijan las leyes del Estado anfitrión para dicha inversión o las leyes del Estado de origen para dicha inversión, cualquiera que sea más riguroso en relación con la inversión de que se trate.”⁸⁹

El mismo TBI contiene también obligaciones post-establecimiento de la inversión en su Artículo 18. Éstas requieren que el inversor cumpla con ciertos estándares de protección y calidad durante el desarrollo de la inversión:

“Las inversiones deberán, de acuerdo con los requisitos de buenas prácticas relacionadas con el tamaño y la naturaleza de la inversión, mantener un sistema de gestión ambiental. Las empresas en áreas de explotación de recursos y las empresas industriales de alto riesgo deberán mantener vigente la certificación ISO 14001 o una norma de gestión ambiental equivalente.”⁹⁰

Asimismo, cada vez más TBIs contienen cláusulas de responsabilidad social empresarial (“**RSE**”) a cargo del inversor, generando una sinergia entre el derecho de las inversiones, el medio ambiente y la sustentabilidad. El TBI Canadá-Benín contiene una provisión de este tipo:

“Cada Parte Contratante debe alentar a las empresas que operan dentro de su territorio o que están sujetas a su jurisdicción a incorporar voluntariamente en sus prácticas y políticas internas estándares de responsabilidad social empresarial reconocidos internacionalmente, tales como declaraciones de principios que han sido respaldados por las Partes Contratantes. Estos principios abordan temas como el trabajo, el medio ambiente, los derechos humanos, las relaciones comunitarias y la anticorrupción.”⁹¹

89 TBI Marruecos-Nigeria, Artículo 14(1). Traducido por el Autor. El texto original del Artículo reza: “Investors or the investment shall comply with environmental assessment screening and assessment processes applicable to their proposed investments prior to their establishment, as required by the laws of the host state for such an investment or the laws of the home state for such an investment, whichever is more rigorous in relation to the investment in question”.

90 TBI Marruecos-Nigeria, Artículo 18(1). Traducido por el Autor. El texto original del Artículo reza: “Investments shall, in keeping with good practice requirements relating to the size and nature of the investment, maintain an environmental management system. Companies in areas or resource exploitation and high-risk industrial enterprises shall maintain a current certification to ISO 14001 or an equivalent environmental management standard”.

91 Agreement Between the Government of Canada and the Government of the Republic of Benin for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, firmado el 1 de septiembre de 2013, Artículo 16. Traducido por el autor. El texto original del artículo dice:

Otras cláusulas de RSE en los TBIs hacen referencia a lineamientos internacionales de RSE, y dan lugar a la incorporación de *soft law* en esta materia, como elemento complementario del derecho de las inversiones. El TBI Argentina-Qatar en su artículo 12 expresa:

“Los inversores que desarrollen operaciones en el territorio de la Parte Contratante receptora deberán esforzarse por incorporar *voluntariamente lineamientos de responsabilidad social empresarial internacionalmente reconocidos* en sus políticas y prácticas empresariales.”⁹²

Algunos de los lineamientos internacionales reconocidos que los inversores deben esforzarse por incorporar incluyen el Pacto Mundial de la ONU y las Normas de Derechos Humanos de la ONU para Empresas. El Pacto Mundial de la ONU trae en sus principios 7 a 9 los lineamientos en materia medio ambiental

“Principio 7: Las empresas deben apoyar un enfoque de precaución ante los desafíos ambientales; Principio 8: emprender iniciativas para promover una mayor responsabilidad ambiental; y Principio 9: fomentar el desarrollo y la difusión de tecnologías respetuosas con el medio ambiente.”⁹³

Por su parte, las Normas de la ONU para Empresas también dictan obligaciones en materia de protección del medio ambiente. La norma 14 establece

“Las empresas transnacionales y otras empresas comerciales realizarán sus actividades de conformidad con las leyes, los reglamentos, las prácticas administrativas y las políticas nacionales relativos a la conservación del medio ambiente de los países en que realicen sus actividades, así como de conformidad con los acuerdos, principios, objetivos, responsabilidades y normas internacionales pertinentes relacionados con el medio ambiente y los derechos humanos, la salud pública y la seguridad, la bioética y el principio de precaución y, en ge-

“Each Contracting Party should encourage enterprises operating within its territory or subject to its jurisdiction to voluntarily incorporate internationally recognized standards of corporate social responsibility in their practices and internal policies, such as statements of principle that have been endorsed or are supported by the Contracting Parties. These principles address issues such as labour, the environment, human rights, community relations and anticorruption”.

92 Tratado sobre Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno del Estado de Qatar, firmado el 11 de junio de 2016, Artículo 12.

93 Diez Principios del Pacto Mundial de las Naciones Unidas. La totalidad de los principios pueden ser consultados en <https://www.unglobalcompact.org/what-is-gc/mission/principles>.

neral, realizarán sus actividades de forma que contribuyan al logro del objetivo más amplio del desarrollo sostenible.”⁹⁴

Estos estándares, lineamientos y obligaciones de *soft law* incorporados a modo de referencia permitirán la ampliación del espectro de la protección medio ambiental otorgada por los TBIs.

Por otro lado, los TBIs también han experimentado un incipiente crecimiento de referencias a protecciones ambientales en sus preámbulos. Si bien las consideraciones preambulares no generan obligaciones en el sentido estricto para ninguna de las partes, sí son indicativas del objetivo y el propósito del tratado.⁹⁵ Por ejemplo, el TBI Marruecos-Nigeria expresa el entendimiento de que “el desarrollo sostenible requiere el cumplimiento de los pilares económico, social y ambiental que están incrustados en el concepto.”⁹⁶ Por su lado, el TBI Estados Unidos-Ruanda indica el deseo de “lograr estos objetivos de manera consistente con la protección de la salud, la seguridad y el medio ambiente, y la promoción de los derechos laborales reconocidos internacionalmente.”⁹⁷ El TBI China-Canadá reconoce “la necesidad de promover la inversión basada en los principios del desarrollo sostenible.”⁹⁸ Estas consideraciones preambulares y todas aquellas que existan en otros TBIs podrán ser utilizadas por los tribunales arbitrales al momento de interpretar el tratado y determinar la existencia o no de obligaciones (y eventualmente violaciones) de carácter ambiental por parte de los inversores.

94 Normas sobre las Responsabilidades de las Empresas Transnacionales y Otras Empresas Comerciales en la Esfera de los Derechos Humanos, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2 (2003), Norma 14.

95 *Chazournes, Environmental Protection and Investment Arbitration* en §II.A.

96 TBI Marruecos-Nigeria, Preámbulo. Traducido por el Autor. El texto original expresa el entendimiento de que “sustainable development requires the fulfillment of the economic, social and environmental pillars that are embedded within the concept”.

97 Treaty between the Government of the United States of America and the Government of the Republic of Rwanda

Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment, firmado el 19 de febrero de 2008, y entrado en vigor el 1 de enero de 2012, Preámbulo. Traducido por el Autor. El texto original indica el deseo de “achieve these objectives in a manner consistent with the protection of health, safety, and the environment, and the promotion of internationally recognized labor rights”.

98 Agreement Between the Government of Canada and the Government of the People’s Republic of China for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, firmado el 9 de septiembre de 2012 y entrado en vigor el 1 de octubre de 2014, Preámbulo. Traducido por el Autor. El texto original reconoce “the need to promote investment based on the principles of sustainable development”.

7. Conclusión

En definitiva, la cuestión del “derecho aplicable a un arbitraje de inversión” es una cuestión central en cualquier disputa y por lo tanto, no puede ser ignorada. Las consecuencias de su elección no sólo determinan las obligaciones y derechos de las partes, sino que la no aplicación del derecho aplicable puede llevar a la impugnación de la decisión arbitral.

También hemos determinado que la primera ecuación que debe resolver el operador jurídico consiste en determinar la fuente de la obligación que debe resolver, es decir, si la disputa que se le presenta es una disputa en función de un “acuerdo de inversión”, situación que otorga un valor fundamental a la autonomía de la libertad y a la selección del derecho aplicable por las partes, o si – por el contrario – la fuente de la obligaciones jurídica proviene del derecho internacional público, a través de la figura de un tratado bilateral de inversión o de un acuerdo de libre comercio, la autonomía de las partes es prácticamente irrelevante, pues la decisión del derecho aplicable ya ha sido realizada por los Estados contratantes en el tratado precedente y las partes en el arbitraje sólo pueden decidir sobre su aplicación al caso concreto.

Y entonces ¿cuál es el rol del derecho local en este segundo escenario? El derecho local sigue teniendo un rol fundamental, aunque el mismo no sea la consecuencia de la autonomía de la voluntad, en la medida que el derecho internacional establece las obligaciones macro, pero las conductas del Estado demandado todavía se siguen juzgando conforme a la aplicación del derecho local. Asimismo, y más importante aún, es el rol de complemento que cumple el derecho local cuando llena los vacíos propios del derecho internacional; así, el derecho internacional normalmente no define quién es nacional de un determinado país, o cómo son los procesos para adquirir nacionalidad. Tampoco define cuáles son los criterios para que una empresa sea considerada con domicilio en un lugar y no en otro, entre otros criterios cuyo contenido depende exclusivamente del derecho local. Por ello, corresponde también al operador jurídico determinar cuándo debe aplicar sólo el derecho internacional público o cuando éste se debe aplicar considerando el derecho local.

También hemos visto en este artículo la aparición de nuevos derechos y nuevas consideraciones que deben ser tenidas en cuenta por las partes en una disputa y también por el operador jurídico para mantener la norma internacional en consonancia con el desarrollo de los derechos internos. Asimismo, esta situación se cristaliza en una situación de competencia de distintos derechos, que compiten entre ellos para determinar el contenido exacto de las obligaciones a cargo del Estado. En la actualidad, un Tribunal no puede ignorar que su desempeño y decisión confluyen en una decisión que ya no sólo interesa a las partes directa-

mente comprometidas en la disputa, sino que también alcanza o puede alcanzar a la sociedad en general o a ciertos individuos específicos en esta y que son terceros en la disputa. Por ejemplo, la explotación de una inversión en el sector minero no solo impacta a las partes en la disputa, sino que también alcanza otras consideraciones como gestión y preservación del empleo, el desarrollo del Estado, el acceso a nuevas tecnologías, así como el impacto de las mismas respecto a los derechos humanos o el derechos al desarrollo que tienen los individuos y las comunidades cercanas a cualquier proyecto, y que inclusive su forma de vida y su supervivencia depende de la interacción con el proyecto de inversión que se está protegiendo en forma directa. Esta integración se puede realizar a través del principio de integración sistémica contenido en la regla de interpretación de tratados de la Convención de Viena.

Por último, existe una nueva generación de tratados que no sólo establecen obligaciones del Estado para con un inversor extranjero sino que también presentan la posibilidad y obligación de ese inversor de ejercer sus derechos y su proyecto económico en consonancia con el cumplimiento en forma específica y paralela de obligaciones en materia de derechos humanos, desarrollo social y protección del medio ambiente, obligaciones que el operador jurídico no podrá ignorar al momento de decidir y a las que deberá dar sentido y alcance, en forma conjunta con las demás obligaciones contenidas en el tratado. Esta es una nueva realidad de un mundo en constante cambio y en un tiempo en el que el cambio se ha acelerado.

En conclusión, la cuestión del derecho aplicable a las disputas de inversión sigue siendo tan importante y central como lo fue en sus orígenes. Sin embargo, 25 años de aplicación intensa del arbitraje de inversión, tanto arbitrajes de inversión de fuente contractual (fundados en un acuerdo de inversión) como aquellos de fuente en un tratado de inversión o capítulo de inversión en un tratado de libre comercio, han llevado la cuestión a un evidente estado de madurez; por ellos, los actuales tribunales normalmente no cometen los errores de interpretación y la confusión que expresaron aquellos primeros tribunales como los Comités ad hoc en los casos Amco y Klockner analizados en este artículo.⁹⁹ Asimismo, esa misma

99 El autor desea aclarar que quienes constituyeron esos Comités de Anulación fueron pioneros del arbitraje internacional a quienes los actuales usuarios le debemos no sólo el respeto por aquellos que nos antecedieron sino la formación del sistema jurídico del que hoy gozamos. Si por alguna razón esos tribunales no reflejaban la madurez que los actuales tribunales reflejan se debe exclusivamente a la novedad entonces de la cuestión y al cambio fundamental de paradigma que se estaba produciendo al haber una transición entre arbitrajes de base contractual (para la cual el CIADI fue creado) hacia un nuevo tipo de protección y disputas con el nacimiento y expansión, en los años 90s, de los tratados bilaterales de inversión.

experiencia permite que los tribunales, ahora enfrentados en la actualidad a otras circunstancias como el respecto a los derechos humanos o el cambio climático, comiencen a animarse a considerar que, sin abandonar la regla central que consiste en la protección de la inversión extranjera, también comiencen a considerar otras fuentes de derechos internacional y local que hacen más holística la protección ofrecida.

EXPROPIACIÓN, TRATO NACIONAL Y TRATO DE LA NACIÓN MÁS FAVORECIDA

Luis Miguel Velarde Saffer
Isabella Cannatà

Sumario:

1. Expropiación
- 2 Trato nacional y trato de la nación más favorecida



LUIS MIGUEL VELARDE SAFFER

Asociado Senior de Lalive (Ginebra). Luis Miguel asesora y representa a empresas privadas y Estados en arbitrajes comerciales y de inversión bajo las principales reglas de arbitraje, incluidas las reglas CIADI, CNUDMI y CCI. También brinda asesoría y planeamiento en las etapas previas a la disputa, evaluando la viabilidad de reclamos internacionales y sus fortalezas/debilidades, así como en las etapas posteriores a la emisión del laudo. Luis Miguel enfoca su práctica principalmente en América Latina, representando a clientes en el sector minero, energético, de construcción, aeroportuario y portuario, entre otros. Antes de vincularse a Lalive, Luis Miguel ejerció en el departamento de arbitraje internacional de Dechert (Paris) LLP y Baker Hostetler LLP (Washington, D.C.), y previamente en el Departamento de Derecho Corporativo de un despacho peruano.

Luis Miguel enseña y publica frecuentemente sobre temas relacionados con el arbitraje internacional, además de tener una práctica creciente como árbitro. Ha sido profesor de Derecho de Contratos en universidades peruanas y publicado el libro “Contratos: Teoría y Práctica. Aportes de Derecho Comparado” (2015). Luis Miguel es abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) y LL.M. por la Universidad de Harvard.

ISABELLA CANNATÀ

Licenciada en derecho italiano por la Universidad de Turín y de la maestría en estudios jurídicos internacionales por la NYU como becaria del Dean's Graduate Award. Es actualmente colaboradora del estudio LALIVE en Ginebra. Sus principales áreas de práctica son el arbitraje internacional, incluido el arbitraje de tratados comerciales y de inversión, y el derecho internacional público.

En su práctica profesional ha representado Estados y empresas en varios procedimientos de arbitraje internacional llevados a cabo bajo los auspicios de diferentes instituciones (a saber, CIADI, PCA, ICC y CAM) y regidos por varias leyes sustantivas y procesales. Su experiencia abarca varios sectores comerciales, incluidos el sector de la energía, de construcciones y bancario. También ha asesorado a instituciones internacionales y entidades privadas en asuntos de derecho internacional público.

Se desempeña actualmente como copresidenta de AIA-Arbit-40 y miembro de la junta del Capítulo Suizo del Club Español de Arbitraje. En estos roles organiza y coordina actividades de formación y capacitación en temas relacionados con el arbitraje internacional.



EXPROPIACIÓN, TRATO NACIONAL Y TRATO DE LA NACIÓN MÁS FAVORECIDA

1. Expropiación

1.1. Introducción

El término expropiación se refiere, en general, a la privación de la titularidad de un bien o un derecho en cabeza de un sujeto privado. Como señaló el tribunal del caso *S.D. Myers, Inc. c. Canadá*, el término expropiación “conlleva la connotación de una ‘toma’ por parte de una autoridad de tipo gubernamental de la ‘propiedad’ de una persona” con el fin de “transferir la titularidad de dicha propiedad a otra persona, normalmente la autoridad que ejerció de jure o de facto su poder para llevar a cabo la ‘toma’”.¹ Este capítulo, al ser parte de una Guía sobre Arbitraje de Inversión, se enfocará en las expropiaciones por parte de un Estado de los derechos de inversionistas extranjeros en su territorio.²

Tanto la costumbre internacional como los tratados internacionales protegen a los inversionistas extranjeros de la expropiación de los bienes o derechos de su titularidad.³ En la Sección 1.2 infra realizamos un breve recuento histórico de la evolución de las normas relevantes, hasta llegar a los tratados bilaterales de inversión (TBI) y tratados multilaterales que actualmente regulan la conducta de los Estados frente a los inversionistas extranjeros. Seguidamente, en la Sección 1.3, explicaremos las nociones de expropiación directa e indirecta a la luz de la jurisprudencia arbitral internacional. Finalmente, en la Sección 1.4, abordaremos las condiciones que deben cumplirse, de manera cumulativa, para que una expropiación se considere legal.

Las cláusulas de expropiación incluidas en los tratados internacionales han sido objeto de análisis e interpretación a fin de proceder a su aplicación en un sinnúmero de laudos arbitrales internacionales. Es, por lo tanto, imprescindible referirse

1 *S.D. Myers, Inc. c/ Canadá*, UNCITRAL, Laudo Parcial, 13 de noviembre de 2000, para. 280.

2 Véase Dolzer, Rudolf; Kriebaum, Ursula; Schreuer, Christoph. *Principles of International Investment Law*, Tercera Edición, Oxford: Oxford University Press, 2022, p. 151; United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD). *Expropriation: A Sequel*, Nueva York & Ginebra, 2012, p. 1. Disponible en: https://unctad.org/system/files/official-document/unctaddiaei2011d7_en.pdf [Consulta: 30 de noviembre de 2022].

3 Véase Cox, Johanne. *Expropriation in Investment Treaty Arbitration*, Primera edición, Oxford: Oxford University Press, 2019, pp. 4-5; *Generation Ukraine c/ Ucrania*, Laudo, 16 de septiembre de 2003, para. 11.3: “Es evidente que varios de los estándares del TBI, y la prohibición de expropiación en particular, son simplemente una codificación convencional de estándares que han existido durante mucho tiempo en el derecho internacional consuetudinario”.

a los desarrollos jurisprudenciales al abordar el estándar de protección contra las expropiaciones y los elementos que lo configuran. Las siguientes secciones toman en cuenta esta jurisprudencia.

1.2. Contexto histórico y nociones fundamentales

Existe consenso general en cuanto a que los Estados, en su calidad de entes soberanos, tienen el poder de expropiar activos privados ubicados en su territorio, incluyendo aquellos pertenecientes a extranjeros. Sin embargo, el derecho internacional público, concretamente, la costumbre y los tratados internacionales, limitan este poder, imponiendo ciertas condiciones para que su ejercicio se considere legítimo. Estas limitaciones se fundamentan en la idea de que los derechos de propiedad privada son elementos esenciales del libre mercado.⁴ De hecho, el debate sobre la necesidad de regular las expropiaciones bajo el derecho internacional surgió a partir del año 1910, impulsado principalmente por dos eventos históricos: por un lado, la expropiación de la propiedad agraria latifundista en México tras la Revolución de 1910 y, por otro, la abolición por parte del gobierno revolucionario ruso de todo tipo de propiedad privada.⁵

Un momento fundamental en el desarrollo de los estándares actuales fue la reivindicación que realizaron, a principios del año 1960, los Estados en vía de desarrollo de su soberanía sobre los recursos naturales en su territorio; reivindicación que terminó con la emisión de la Resolución 1803 (XVII) de la Asamblea General de Naciones Unidas.⁶ Esta Resolución estableció que los Estados tienen soberanía sobre los recursos naturales ubicados en su territorio y, además, precisó que los Estados pueden expropiar derechos de titularidad de privados solamente por razones de utilidad pública, seguridad o interés nacional, y siempre que medie el pago de una compensación adecuada.⁷ Como se explica a continuación, el derecho internacional de las inversiones ha acogido parámetros similares para proteger la propiedad privada.

A partir del año 1959 y, de manera exponencial, a partir de los años 1990, los Estados comenzaron a suscribir tratados bilaterales de inversiones, esto es, instrumentos de derecho internacional público destinados a regular el accionar estatal frente a los inversionistas a efectos de brindar seguridad jurídica a estos últimos. La gran mayoría de estos tratados incluye cláusulas de expropiación, las

4 Dolzer, Rudolf; Kriebaum, Ursula; Schreuer, Christoph. *Op. cit.*, p. 147.

5 UNCTAD. *Op. cit.*, p. 1.

6 Véase Cox, Johanne. *Op. cit.*, pp. 7-10.

7 Resolución 1803 (XVII) de la Asamblea General de Naciones Unidas de 14 de diciembre de 1962, para. 4. Disponible en: <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/ProfessionalInterest/resources.pdf> [Consulta: 30 de noviembre de 2022].

cuales generalmente establecen tanto las condiciones para que un Estado pueda expropiar legalmente la propiedad de un inversionista extranjero, como los parámetros para calcular una compensación adecuada.⁸ A continuación, citamos un ejemplo de estas cláusulas:

“(1) Ninguna de las Partes Contratantes tomará directa o indirectamente medidas de expropiación o de nacionalización, ni ninguna otra medida que tenga efecto similar contra las inversiones que se encuentran en su territorio y que pertenezcan a inversores de la otra Parte Contratante;

(2) En caso de que imperativos de utilidad pública justifiquen una derogación del párrafo 1 del presente Artículo, las siguientes condiciones deberán ser cumplidas:

a) que esas medidas sean tomadas bajo el debido proceso legal;

b) que ellas no sean discriminatorias;

c) que las mismas estén acompañadas de disposiciones que prevean el pago de una compensación pronta, adecuada y efectiva.

(3) El monto de dicha indemnización corresponderá al valor real que las inversiones concernidas tenían en las vísperas del día con que estas medidas fueron adoptadas o publicadas. El monto de la indemnización producirá intereses desde la fecha de la expropiación a la tasa de interés vigente en el comercio. La indemnización se pagará sin demora, y será efectivamente realizable y libremente transferible.”⁹

1.3. Expropiaciones directas e indirectas

Como se aprecia en el numeral (1) de la cláusula de expropiación arriba citada, tanto las expropiaciones directas como indirectas están prohibidas. Existen cláusulas similares en varios otros tratados de inversión. Por ejemplo, el Tratado de Libre Comercio entre Perú y Canadá establece que “[n]inguna de las Partes podrá nacionalizar o expropiar una inversión cubierta, sea directa o indirectamente, mediante medidas que tengan un efecto equivalente a la nacionalización o expropiación”.¹⁰

8 Wenhua Shan, “From North to South Divide to Private to Public Debate: Revival of the Calvo Doctrine and the Changing Landscape in International Investment Law”, En *Northwestern Journal of International Law & Business*, Vol. 27(1), pp. 632-633 (2021). Disponible en: <https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1658&context=njilb>. [Consulta: 30 de noviembre de 2022].

9 Acuerdo entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno de la República Argelina Democrática y Popular Sobre la Promoción y la Protección Recíprocas de las Inversiones del 4 de octubre de 2000, art. 4. Disponible en: [http://www.sice.oas.org/Investment/BITSbyCountry/BITS/ARG_Algeria_s.pdf] [Consulta: 1 de diciembre de 2022].

10 Tratado entre Canadá y la República de Perú para la promoción y protección de las

Una expropiación se considera como directa cuando consiste en una transferencia de la titularidad de un bien o su incautación física en beneficio del Estado o un tercero designado por este.¹¹ La expropiación directa implica la intención inequívoca y deliberada del Estado de despojar al propietario de la titularidad de un bien, la cual se refleja en una medida adoptada con carácter oficial por el Estado.¹² Para que se configure una expropiación directa, la medida debe privar al inversionista de su inversión de manera permanente y no debe estar justificada en la doctrina de los poderes de policía¹³ - es decir, la doctrina según la cual los Estados tienen el derecho inherente de proteger el interés público y no actúan ilegalmente al promulgar, de buena fe y de conformidad con el debido proceso, normas no discriminatorias y proporcionadas (que, sin embargo, pueden afectar negativamente los derechos de los particulares).¹⁴

Un ejemplo clásico de expropiación directa es el caso en que “las autoridades gubernamentales toman el control de una mina o una fábrica, privando al inversionista de todos los beneficios significativos de propiedad y control”.¹⁵ Las expropiaciones directas efectuadas por los Estados han resultado en disputas sobre, entre otros, si la expropiación resultó del ejercicio legal de poderes de policía - pues, de ser el caso, la toma no calificaría como una expropiación compensable -¹⁶ así como si el Estado compensó al inversionista de manera pronta, adecuada y efectiva.¹⁷

inversiones (2006), art. 13. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/626/download> [Consulta: 25 de noviembre de 2022]. Véase también, por ejemplo, el Acuerdo de Libre Comercio entre Chile y Perú, art. 11.10: “[n]inguna Parte expropiará ni nacionalizará una inversión cubierta, sea directa o indirectamente mediante medidas equivalentes a la expropiación o nacionalización (‘expropiación’)”. Disponible en: [http://www.sice.oas.org/trade/chl_per_fta/Text_s.asp] [Consulta: 25 de noviembre de 2022].

11 UNCTAD. *Op. cit.*, p. 6.

12 UNCTAD., *Op. cit.*, p. 7.

13 *Burlington Resources, Inc. c/ República de Ecuador*, Caso CIADI ARB/08/5, Decisión sobre responsabilidad, 14 de diciembre de 2012, para. 506.

14 *Saluka Investments BV c/ República Checa*, Laudo Parcial, 17 de marzo de 2006, para. 255; *Azurix c/ Argentina*, Caso CIADI ARB/01/12, Laudo, 14 de julio de 2006, paras. 311-312.

15 *Marvin Roy Feldman Karpa c/ México*, CIADI Caso ARB(AF)/99/1, Laudo, 16 de diciembre de 2002, para. 100.

16 Véase, p.e., *Quiborax S.A. & Non-Metallic Minerals, S.A. c/ Estado Plurinacional de Bolivia*, Caso CIADI ARB/06/2, Laudo, 16 de septiembre de 2015, para. 202: “El Tribunal está de acuerdo con la Demandada en que, si el Decreto de Revocación fuera el ejercicio legítimo de su derecho soberano a sancionar las violaciones de la ley en su territorio, no calificaría como una expropiación compensable”.

17 Véase, p.e., *Rusoro Mining Ltd. c/ República de Venezuela*, Caso CIADI ARB(AF)/12/5,

Sin embargo, la mayoría de las disputas relativas a expropiaciones resultan de las denominadas expropiaciones “indirectas”.¹⁸ En estos casos, la privación de la inversión no resulta de una transferencia formal de propiedad ni de una incautación física inmediata, sino de una interferencia por parte del Estado en el manejo, goce y/o disfrute de la inversión cuyo resultado final es equivalente a un despojo de la titularidad del inversionista.¹⁹ La noción de expropiación indirecta se ha desarrollado, en gran medida, a través de la doctrina y la jurisprudencia de los tribunales arbitrales internacionales que se han pronunciado sobre la cuestión.

De acuerdo con estas fuentes, se configura una expropiación indirecta cuando los actos de un Estado interfieren en tal medida con los derechos de propiedad y/u otros intereses jurídicos protegidos que éstos pierden la totalidad o gran parte de su valor, o cuando dichos actos estatales conllevan la privación del control de la inversión por parte de su titular, aunque este último permanezca formalmente como titular del derecho o interés jurídico protegido.²⁰ Dada la amplitud de esta definición, los árbitros deben analizar las particularidades de cada caso concreto para determinar si se ha configurado o no una expropiación indirecta.

La jurisprudencia internacional ha identificado tres elementos que deben evaluarse para determinar si ciertas medidas configuran una expropiación indirecta o no.²¹

En primer lugar, los tribunales consideran el impacto económico de la(s) medida(s). Para que cierta(s) medida(s) configure(n) una expropiación indirecta, ella(s) debe(n) tener un impacto duradero y destructivo sobre el valor económico de la inversión y el consecuente beneficio para el inversionista. En otras palabras, la(s) medida(s) debe(n) tener un efecto “que neutraliza efectivamente el beneficio de la propiedad” para el extranjero.²²

Laudo, 22 de agosto de 2016; *Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. c/ Republica de Costa Rica*, Caso CIADI ARB/96/1, Laudo, 17 de febrero de 2000.

18 Véase *Telenor Mobile Communications A.S. c/ Republica de Hungría*, Caso CIADI ARB/04/15, Laudo, 13 de septiembre de 2006, para. 69: “En la actualidad, la expropiación directa es la excepción más que la regla, ya que los Estados prefieren evitar el oprobio y la pérdida de confianza de los posibles inversores por medios más oblicuos”.

19 Véase, p.e., *Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. c/ Republica de Costa Rica. Op. cit.*, para. 78.

20 United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), *Expropriation: a Sequel*, Nueva York & Ginebra, 2012, p. 12. Disponible en: https://unctad.org/system/files/official-document/unctaddiaieia2011d7_en.pdf [Consulta: 31 de octubre de 2022]. Véase también *Starrett Housing Corporation, Starrett Systems, Inc. c/ República Islámica de Iran*, IUSCT Caso 24, Laudo Interlocutorio ITL 32-24-1, 19 de diciembre de 1983, para. 66.

21 Véase Dolzer, Rudolf; Kriebaum, Ursula; Schreuer, Christoph. *Op. cit.*, pp. 153-163.

22 *CMS Gas Transmission Company c/ Republica de Argentina*, Caso CIADI ARB/01/8, Laudo, 12 de mayo de 2005, para. 262.

En segundo lugar, los tribunales consideran el grado de interferencia de la(s) medida(s) con las expectativas legítimas y razonables del inversionista al momento de efectuar la inversión,²³ las cuales se basan en compromisos generales o específicos asumidos por el Estado frente al inversionista.²⁴

En tercer lugar, los tribunales analizan la naturaleza, el propósito y el carácter de la(s) medida(s) para determinar si esta(s) consiste(n) en acto(s) regulatorio(s) legítimo(s) del Estado destinado(s) al cumplimiento de una política pública o no. En caso afirmativo, los tribunales suelen considerar que estos actos reflejan un ejercicio soberano del poder de policía del Estado y, por lo tanto, no están sujetos a compensación.²⁵

Tanto la doctrina como los tribunales utilizan distintas subcategorías para clasificar distintos hechos constitutivos de expropiación indirecta, refiriéndose, por ejemplo, a una expropiación “*de facto*”, “disfrazada”, “consecuencial” o “regulatoria”. Sin embargo, una de las subcategorías que ha tomado especial relevancia es aquella que se refiere a la expropiación “progresiva” o “*creeping*”, la cual puede definirse como una serie de actos u omisiones por parte del Estado durante un período de tiempo que, de manera gradual o por etapas, generan la pérdida de la propiedad o del control sobre la inversión.²⁶ El efecto dominó ocasionado por las medidas estatales es característico de la expropiación progresiva o *creeping* toda vez que “[s]i el proceso se detiene antes de llegar a ese punto, la expropiación no se produciría. Esto no significa necesariamente que no se produzcan efectos adversos. Obviamente, cada paso debe tener un efecto adverso, pero por sí solo puede no ser significativo ni considerarse un acto ilegal”.²⁷

Como se desprende de lo anterior, a diferencia de la expropiación directa, la expropiación indirecta puede ser difícil de identificar. Esto ha llevado a que, en tratados más recientes, los Estados contratantes hayan buscado excluir la protección contra las expropiaciones indirectas²⁸ o aclarar los requisitos que deben cum-

23 Dolzer, Rudolf; Kriebaum, Ursula; Schreuer, Christoph. *Op. cit.*, pp. 171-174; UNCTAD. *Op. cit.*, pp. 73-76.

24 Véase, p.e., *Azurix c/ Argentina*, Caso CIADI ARB/01/12, Laudo, 14 de julio 2006, para. 318 “las expectativas no siempre se basan en un contrato sino en garantías expresas o implícitas, o en declaraciones formuladas por el Estado, que el inversor tuvo en cuenta para hacer la inversión”.

25 *Marvin Roy Feldman Karpa c/ México*. *Op. cit.*, para. 103.

26 Dolzer, Rudolf; Kriebaum, Ursula; Schreuer, Christoph. *Op. cit.*, pp. 180-182.

27 *Siemens A.G. c/ República de Argentina*, CIADI, Caso ARB/02/8, Laudo, 17 de enero de 2007, para. 263.

28 Tratado entre la República Federal de Brasil y la República de India para la inversión, cooperación y facilitación (2020), Arts. 6.1 y 6.3 Disponible en: <https://investmentpolicy>.

plirse para que ella se configure, de conformidad con los criterios desarrollados por la jurisprudencia internacional. Por ejemplo, el Anexo 13 del Acuerdo de Libre Comercio entre China y Nueva Zelanda establece que:

“[p]ara constituir una expropiación indirecta, la privación de la propiedad del inversor debe ser (a) grave o de duración indefinida; y (b) desproporcionada con respecto a la finalidad pública.”²⁹

Del mismo modo, el Anexo 812.1 del Tratado Bilateral de Inversión entre Perú y Canadá establece que:

“El solo hecho de que una medida o una serie de medidas de una Parte tenga un efecto adverso en el valor económico de la inversión, no determina que ha ocurrido una expropiación indirecta.

Salvo raras circunstancias, como cuando una medida o series de medidas son demasiado severas a la luz de su objetivo que no pueden ser consideradas de manera razonable como que fueron adoptadas y aplicadas de buena fe, las medidas no discriminatorias de una Parte que son diseñadas y aplicadas para proteger los legítimos objetivos de bienestar público, como salud, seguridad y ambiente, no constituyen una expropiación indirecta.”³⁰

1.4. Las condiciones de legalidad de las expropiaciones

Como se puede ver en la cláusula citada al final de la sección 1.2 *supra*, en los TBI, los Estados se han puesto de acuerdo sobre las condiciones que una expropiación debe cumplir para ser considerada legal. Los requisitos incluidos en el ejemplo citado *supra*, *i.e.*, que las medidas expropiatorias sean justificadas por “imperativos de utilidad pública”, que sean tomadas “bajo el debido proceso legal”, que “no sean discriminatorias” y que se acompañen “de disposiciones que prevean el pago de una compensación pronta, adecuada y efectiva” son las condiciones que típicamente se encuentran incluidas en los TBI. Explicamos estos requisitos a continuación.

En primer lugar, para que una expropiación sea considerada legal, debe servir un fin público. Los Estados cuentan con un amplio nivel de discreción para deter-

unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5912/download [Consulta: 25 de noviembre de 2022].

29 Acuerdo de Libre Comercio entre China y Nueva Zelanda (2008), anexo 13 (3). Disponible en: <https://www.mfat.govt.nz/assets/Trade-agreements/China-NZ-FTA/NZ-ChinaFTA-Annex-13-Expropriation-1.pdf> [Consulta: 25 de noviembre de 2022].

30 Tratado entre Canadá y la República de Perú para la promoción y protección de las inversiones (2006), anexo 812.1. Disponible en: http://www.sice.oas.org/trade/can_per/can_per_e/CAN_PER_text_e.asp#Cha08Ann12 [Consulta: 25 de noviembre de 2022].

minar qué fines públicos perseguir. En este sentido, se ha señalado que el Estado es “libre de juzgar por sí mismo lo que considera útil o necesario para el bien público”.³¹ Por esta razón, y sin perjuicio de que los tribunales pueden examinar (y han examinado) medidas expropiatorias para verificar su fin público,³² los tribunales normalmente aceptan las políticas ejecutadas por el Estado excepto en situaciones en las cuales exista un flagrante abuso.³³

En segundo lugar, la medida de expropiación no puede ser discriminatoria. En muchos casos, esta discriminación se ve reflejada en un trato distinto entre ciudadanos o empresas privadas nacionales y extranjeras.³⁴ Se ha considerado que existe un trato discriminatorio cuando las diferencias se basan en el origen extranjero de una empresa o inversor.³⁵

En tercer lugar, la expropiación debe ser realizada respetando el debido proceso. Esta condición presupone que la medida expropiatoria sea tomada según procedimientos preestablecidos por ley y que existan remedios jurídicos que permitan a la parte afectada cuestionar la medida expropiatoria.³⁶ Por ello, dicho procedimiento:

“debe ser de tal naturaleza que conceda al inversor afectado una oportunidad razonable dentro de un plazo razonable para hacer valer sus derechos legítimos

31 *Libyan Am. Oil Co. c/ Libia*, Arbitraje Ad Hoc, Laudo, 12 de abril de 1977, para. 241.

32 UNCTAD. *Op. cit.*, pp. 31-34.

33 Véase, p.e., *Vestey Group Limited c/ República de Venezuela*, Caso CIADI ARB/06/4, Laudo, 15 de abril de 2016, para. 294: “Por lo tanto, el Tribunal primero debe evaluar si existió un propósito público. Está de acuerdo con la Demandada en que, a efectos de esta evaluación, los estados merecen una amplia deferencia. En palabras del tribunal de LIAMCO, el Estado es “libre de juzgar por sí mismo lo que considere útil o necesario para el bien público”. Los tribunales internacionales deben entonces aceptar las políticas determinadas por el Estado para el bien común, excepto en situaciones de flagrante abuso del poder para establecer políticas públicas”.

34 UNCTAD. *Op. cit.*, pp. 34-36.

35 Véase, p.e., *Rusoro Mining Ltd. c/ República de Venezuela*. *Op. cit.*, paras. 394-397: “Es cierto, como afirma la Demandante, que las empresas estatales de Venezuela no se vieron afectadas negativamente por el Decreto de Nacionalización. Pero esto es una consecuencia necesaria de la nacionalización de un sector productivo en el que coexistían empresas privadas y estatales. En situaciones como esta, las empresas de propiedad privada son expropiadas, mientras que las empresas estatales no se ven afectadas. Pero esta diferencia de trato no puede considerarse una discriminación”; *Gami Investments Inc. c/ México*, UNCITRAL, Laudo, 15 de noviembre de 2004, paras.114-115 y *Eureko c/ Polonia*, Arbitraje Ad Hoc, Laudo parcial, 19 de agosto de 2005, para. 242. Una excepción a la nacionalidad como criterio de discriminación se encuentra en el caso *Bernhard von Pezold y otros c/ República de Zimbabue*, CIADI Caso ARB/10/15, Laudo, 28 de julio de 2015, para. 501.

36 UNCTAD. *Op. cit.*, pp. 36-40.

y que sus reclamaciones sean escuchadas. Si no existe ningún procedimiento legal de esta naturaleza, el argumento de que ‘las medidas se adoptan con arreglo al debido proceso legal’ no parecería correcto.”³⁷

En cuarto lugar, la expropiación se considera legal cuando media el pago de una compensación adecuada. Históricamente, esta condición ha sido motivo de controversia entre países desarrollados y países en vía de desarrollo por cuanto, para los primeros, el requisito se encontrará cumplido siempre y cuando la compensación sea pronta, adecuada y efectiva, mientras que, para los segundos, debería bastar con que la compensación sea adecuada. Este debate se inscribió en el contexto general de la descolonización.³⁸ La mayoría de los tratados modernos requiere el pago de una compensación pronta, adecuada y efectiva calculada con base en el valor justo de mercado del activo en cuestión. Así lo establece, por ejemplo, el tratado de libre comercio suscrito entre Perú y Canadá, que también establece reglas para determinar la cuantía y forma de la compensación:

“Ninguna de las Partes podrá nacionalizar o expropiar una inversión cubierta, sea directa o indirectamente, mediante medidas que tengan un efecto equivalente a la nacionalización o expropiación (en adelante “expropiación”), salvo por propósito público, de conformidad con el debido proceso, de una manera no discriminatoria y mediante una indemnización pronta, adecuada y efectiva. Dicha indemnización será equivalente al valor justo de mercado de la inversión expropiada inmediatamente antes de que la expropiación se haya llevado a cabo (“fecha de expropiación”), y no reflejará ningún cambio en el valor debido a que la intención de expropiar se conoció con antelación a la fecha de expropiación. Los criterios de evaluación incluirán el valor de empresa en funcionamiento, el valor del activo incluyendo el valor fiscal declarado de la propiedad tangible y otros criterios, según corresponda, para determinar el valor justo de mercado.

La indemnización será pagada sin demora y será completamente liquidable y libremente transferible. La indemnización será pagadera en una moneda libremente convertible e incluirá un interés de una tasa comercialmente razonable para dicha moneda a partir de la fecha de expropiación hasta la fecha de pago.”³⁹

37 *ADC Affiliate Limited, ADC y ADMC Management Limited c/ República de Hungría*, Caso CIADI ARB/03/16, Laudo, 2 de octubre de 2006, para. 435.

38 Dolzer, Rudolf; Kriebaum, Ursula; Schreuer, Christoph. *Op. cit.*, pp. 183-184.

39 Tratado entre Canadá y la República de Perú para la promoción y protección de las inversiones (2006), art. 812. Disponible en: http://www.sice.oas.org/trade/can_per/

Finalmente, conviene mencionar que, actualmente, existe la tendencia de considerar como legal aquella expropiación que se efectúa cumpliendo con todos los requisitos salvo por el pago de una compensación, y como ilegal a la expropiación que no cumple con alguno de los demás requisitos. Esto tiene relevancia, entre otros, en relación con la fecha de valuación. Se considera que una expropiación “legal” se rige por las reglas establecidas en el tratado aplicable (valuación *ex ante*) mientras que, en línea con el principio establecido en el famoso caso *Chorzow*, la compensación en caso de una expropiación ilegal puede ser calculada tomando en consideración el mayor valor que pueda haber adquirido el activo expropiado hasta la fecha del laudo (valuación *ex post*).⁴⁰

2. Trato nacional y trato de la nación más favorecida

2.1. Introducción y contexto histórico

Históricamente, los estándares de trato nacional y nación más favorecida (NMF) tienen su origen en tratados internacionales cuyo fin es la regulación de relaciones de comercio exterior.⁴¹ Ambos estándares son una expresión del principio de no discriminación, según el cual los Estados, como partes contratantes, se comprometen a no dar un trato más favorable a los actores del mercado nacional en relación con los extranjeros, y a no diferenciar entre los actores extranjeros independientemente de su origen.⁴²

Después de la Segunda Guerra Mundial, la protección del comercio internacional y la necesidad de garantizar la igualdad de oportunidades entre los diversos actores fueron dos elementos clave detrás de la creación de un nuevo sistema multilateral de comercio exterior. Este sistema fue cimentado con la suscripción del *General Agreement on Tariffs and Trade* (GATT) en 1947, el cual estableció en su articulado:

“Artículo 1(1): cualquier ventaja, favor, privilegio o inmunidad concedido por una parte contratante a un producto originario de otro país o destinado a él,

can_per_e/CAN_PER_text_e.asp#Cha08Ann12 [Consulta: 25 de noviembre de 2022].

40 David Khachvani, *Compensation for Unlawful Expropriation: Targeting the Illegality*, ICSID Review, Vol. 32(2) (2017), pp. 391-402. Disponible aquí: <https://ik-k.com/wp-content/uploads/2017/01/KHACHVANI-Compensation-for-Unlawful-Expropriation-Targeting-Illegality-ICSID-Rev.-2017-pp.-385-403.pdf> [Consulta: 5 de diciembre de 2022].

41 United Nations, *Yearbook of the International Law Commission. Final report Study Group on the Most-Favoured-Nation Clause*, Vol. II (2015), paras. 41-52. Disponible en: https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/reports/1_3_2015.pdf [Consulta: 25 de noviembre de 2022].

42 Dolzer, Rudolf; Kriebaum, Ursula; Schreuer, Christoph. *Op. cit.*, pp. 253 y 264.

será concedido inmediata e incondicionalmente a todo producto similar originario de los territorios de todas las demás partes contratantes o a ellos destinado.

(...)

Artículo 3(4): [I]os productos del territorio de toda parte contratante importados en el territorio de cualquier otra parte contratante no deberán recibir un trato menos favorable que el concedido a los productos similares de origen nacional.”⁴³

Estos mismos principios subyacen a las reglas de protección en vigor en el derecho de inversiones. En efecto, mediante el estándar de trato nacional y NMF se busca que los inversionistas nacionales y extranjeros, sin importar su origen, estén sujetos a las mismas condiciones de competencia en el mercado del Estado Receptor, el cual no deberá tomar medidas que busquen favorecer a los inversionistas nacionales o solamente a algunos inversionistas extranjeros.⁴⁴ En la Sección 2.2 examinamos el estándar del trato nacional y en la Sección 2.3 hacemos lo propio con el estándar del trato de la NMF.

2.2. El estándar de trato nacional: definición y exigencias

Bajo el derecho internacional, el estándar de trato nacional implica que un Estado concede a los inversionistas extranjeros y sus inversiones un trato no menos favorable que el concedido, en circunstancias similares, a los inversionistas nacionales y sus inversiones. Las cláusulas de trato nacional son muy comunes en los tratados de inversiones. Por ejemplo, el TBI entre Perú y Colombia establece que:

“Cada Parte concederá a los inversionistas de la otra Parte un trato no menos favorable que el que conceda, en circunstancias similares, a sus propios inversionistas en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra disposición de las inversiones en su territorio.”⁴⁵

43 Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (1947), arts. 1 (1) y Art. 3 (4). Disponible en: https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/gatt47.pdf [Consulta: 25 de noviembre de 2022].

44 UNCTAD. National Treatment, New York, 1999, p. 8. Disponible en: <https://unctad.org/system/files/official-document/psiteiid11v4.en.pdf> [Consulta: 30 de noviembre de 2022].

45 Acuerdo entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República de Colombia sobre promoción y protección recíproca de inversiones, art. 2(1). Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/1798/download> [Consulta: 25 de noviembre de 2022]. Véase también el art. 2(2), que se

En general, al evaluar si el estándar de trato nacional ha sido respetado por un Estado, los tribunales arbitrales han analizado principalmente tres elementos, a saber, la similitud de las circunstancias, el trato menos favorable y la justificación del distinto trato. Algunos tribunales han considerado también en el análisis la intención de discriminación por parte del Estado al adoptar la medida.⁴⁶

En primer lugar, los tribunales deben determinar qué se entiende por “circunstancias similares” en cada caso concreto.⁴⁷ Si bien la jurisprudencia internacional está de acuerdo en que el análisis debe realizarse caso por caso, no se han desarrollado criterios uniformes para evaluar esta cuestión. Por ejemplo, el tribunal del caso *Apotex* estableció que entre los criterios para determinar si existen o no “circunstancias similares” se debe considerar si los inversionistas nacionales y extranjeros “(i) pertenecen al mismo sector económico o empresarial; (ii) han invertido o son empresas que compiten (...) en términos de bienes o servicios; o (iii) están sujetos a un régimen jurídico o a requisitos reglamentarios comparables”.⁴⁸ Otros tribunales han tomado en cuenta sólo algunos de estos criterios y otros han adoptado un enfoque más amplio. Por ejemplo, algunos tribunales han considerado que están en “circunstancias similares” sólo las compañías que desarrollan el mismo negocio,⁴⁹ las compañías que compiten en el mismo sector mercantil o económico⁵⁰ y también las compañías en general, independientemente del sector económico (en cuyo caso, el foco del análisis ha estado más en el trato que en las circunstancias).⁵¹ Este es un área donde la jurisprudencia internacional tiene pendiente uniformizar criterios en aras de la seguridad jurídica.

En segundo lugar, los tribunales deberán evaluar si el trato recibido por el inversionista extranjero es menos favorable que el recibido por su contraparte

refiere al trato otorgado a la inversión en sí, en vez que al inversionista.

46 Véase, por ejemplo, *Methanex Corporation c/ Estados Unidos de América*, UNCITRAL, Laudo Final, 3 de agosto de 2005, parte IV, capítulo B, para. 12 y *Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. and A.S. Baltoil c/ República de Estonia*, Caso CIADI ARB/99/2, 25 de junio de 2001, para. 181.

47 Véase Dolzer, Rudolf; Kriebaum, Ursula; Schreuer, Christoph. *Op. cit.*, pp. 254-256.

48 *Apotex Holdings Inc. and Apotex Inc. c/ Estados Unidos de América*, Caso CIADI ARB(AF)/12/1, Laudo, 25 agosto de 2014, parte VIII, p. 5 (para. 8.15).

49 Véase, p.e., *Marvin Roy Feldman Karpa c/ México*. *Op. cit.*, para. 171.

50 Véase, p.e., *Pope & Talbot c/ Canadá*, Arbitraje bajo el Capítulo once de NAFTA, Laudo sobre méritos fase dos, 10 de abril de 2001, para. 78.

51 *Occidental Exploration and Production Company c/ República de Ecuador (I)*, Caso LCIA No. UN3467, Laudo, 1 de julio de 2014, para. 173 (el Tribunal determinó que Ecuador no había respetado el estándar de trato nacional al conservar la devolución del IVA para ciertas empresas nacionales que operaban en sectores distintos).

nacional.⁵² En este contexto, al evaluar el trato no hay que pensar únicamente en la imposición de medidas legales por parte del Estado, sino también en “la manera en la que un Estado celebra un contrato de inversión y/o ejerce sus derechos en virtud del mismo”.⁵³ El trato menos favorable puede, por lo tanto, ser *de iure*, cuando la medida tomada por el Estado refleja un trato distinto para nacionales y extranjeros, o *de facto*, cuando a pesar de que la medida en sí no refleje un trato diferenciado, en la práctica sí lo hace.⁵⁴

En tercer lugar, es necesario determinar si el trato distinto entre inversionistas nacionales y extranjeros se encuentra justificado, por ejemplo, por razones legítimas de política pública.⁵⁵ Esto es algo que deberá evaluarse en función de los hechos de cada caso concreto. A modo de ejemplo, se han encontrado justificadas medidas tales como la participación pública destinada a evitar insolvencias en sectores relevantes para la economía⁵⁶ así como las ayudas financieras y la flexibilización de los requerimientos legales aplicables a las operaciones de compañías mineras de pequeña escala.⁵⁷

2.3. El estándar de la Nación más Favorecida: definición y exigencias

De acuerdo con el estándar de la NMF, un Estado deberá dar el mismo trato a inversionistas extranjeros en situaciones similares, independientemente de su origen.⁵⁸ A diferencia del estándar de trato nacional, el análisis no se centra en el trato menos favorable entre nacionales y extranjeros sino entre extranjeros de distintas nacionalidades que participan en el mercado del Estado Receptor. Tomando como ejemplo, nuevamente, el TBI entre Perú y Colombia, la cláusula de la NMF establece que:

“Cada Parte concederá a los inversionistas de la otra Parte un trato no menos favorable que el que conceda, en circunstancias similares, a los inversionistas de un país que no sea Parte en lo referente al establecimiento, adquisición,

52 Véase Dolzer, Rudolf; Kriebaum, Ursula; Schreuer, Christoph. *Op. cit.*, pp. 256-259.

53 *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. c/ República Islámica de Pakistan*, Caso CIA-DI ARB/03/29, Laudo, 27 de agosto de 2009, para. 388.

54 *Alpha Projektholding GmbH c/ Ucrania*, Caso CIADI ARB/07/16, Laudo, 8 de noviembre de 2010, para. 426.

55 Véase Dolzer, Rudolf; Kriebaum, Ursula; Schreuer, Christoph. *Op. cit.*, pp. 259-261.

56 *Gami Investments Inc. c/ México*, UNCITRAL. *Op. cit.*, para. 114.

57 *Rusoro Mining Ltd. c/ República de Venezuela*. *Op. cit.*, paras. 562-563.

58 United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD). Geneva, Most Favored Nation, 1999, p. 5. Disponible en: <https://unctad.org/system/files/official-document/psiteitd10v3.en.pdf> [Consulta: 31 de octubre de 2022].

expansión, administración, conducción, operación y venta u otra forma de disposición de inversiones en su territorio.”⁵⁹

Cuando un tratado contiene una cláusula de NMF, el inversionista de un Estado Contratante se encuentra habilitado para exigir que se le aplique el mismo trato concedido por el Estado Receptor al inversionista de un tercer Estado.⁶⁰ El efecto de estas cláusulas es, entonces, el de sustituir ciertos estándares de protección por otros más favorables al inversor.⁶¹ Existe consenso en que las cláusulas de NMF pueden aplicarse a estándares de protección, como son el Trato Justo y Equitativo, entre otros. También existe consenso en que las cláusulas de NMF no pueden ser utilizadas para expandir el alcance del tratado en cuestión.⁶² Por ejemplo, el tribunal del caso *Metal-Tech c/Uzbekistán* estableció que, puesto que los términos “inversión” e “inversor” aparecen en la misma cláusula de trato de la NMF, la misma cláusula “no puede ser utilizada para importar una definición de inversión más favorable contenida en otro TBI”.⁶³

Existe debate sobre si las cláusulas de NMF pueden aplicarse para importar estándares de naturaleza procesal. En el conocido caso *Maffezini c. España* y en aplicación de un TBI, el tribunal aceptó la solicitud del inversionista de obviar el requisito de 18 meses de negociación antes de poder presentar una reclamación ante un tribunal de inversión, establecido en el acuerdo bilateral Argentina-España, aplicando la cláusula de la NMF con referencia al tratado de libre comercio entre Chile y España, que no incluye dicha exigencia.⁶⁴ En decisiones más recientes, algunos tribunales han considerado que para poder aplicar la cláusula

59 Acuerdo entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República de Colombia sobre promoción y protección recíproca de inversiones, art. 3(1). Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/798/download> [Consulta: 25 de noviembre de 2022]. Véase también el art. 3(2), que se refiere al trato otorgado a la inversión en sí, en vez que al inversionista.

60 Dolzer, Rudolf; Kriebaum, Ursula; Schreuer, Christoph. *Op. cit.*, p. 264. ILC. *Op. cit.*, para. 105: “con el fin de hacer valer los derechos sustantivos en virtud del TBI, un demandante debe cumplir con los requisitos *ratione materiae*, *ratione personae* y *ratione temporis* para el ejercicio de la jurisdicción por parte de un tribunal de solución de controversias. Por ejemplo, una persona que no cumple con los criterios de un TBI para ser un el inversor no puede convertirse en inversor invocando una disposición NMF”.

61 ILC. *Op. cit.*, para. 115.

62 Dolzer, Rudolf; Kriebaum, Ursula; Schreuer, Christoph. *Op. cit.*, p. 266.

63 *Metal-Tech Ltd. c/ República de Uzbekistan*, Caso CIADI ARB/10/3, 4 de octubre de 2013, para.145.

64 *Emilio Agustín Maffezini c/ Reino de España*, Caso CIADI ARB/97/7, Laudo, 13 de noviembre de 2000.

de NMF a estándares procesales, el demandante debe probar que ello es consistente con la intención de las partes contratantes del tratado y que, de no hacerlo, no sería factible importar dichos estándares.⁶⁵

Finalmente, algunos tribunales arbitrales han señalado que se debe limitar el alcance de las cláusulas de NMF con base en el principio *ejusdem generis*. De acuerdo con este principio, la cláusula de NMF sólo se podrá aplicar si las materias cubiertas por el tratado base (suscrito entre el Estado Receptor y Estado de origen del inversionista) y el tratado de terceros (suscrito entre el Estado receptor y un tercer Estado) son del mismo tipo.⁶⁶ Por ejemplo, en el caso *Maffezini c/ España* antes mencionado, el tribunal señaló que:

“si un tratado con un tercero contiene disposiciones para la solución de controversias que sean más favorables para la protección de los derechos e intereses del inversor que aquellos del tratado básico, tales disposiciones pueden extenderse al beneficiario de la cláusula de la NMF pues son plenamente compatibles con el principio *ejusdem generis*. Naturalmente que el tratado con el tercero tiene que referirse a la misma materia del tratado básico, sea ésta la protección de inversiones extranjeras o la promoción del comercio, puesto que las disposiciones sobre solución de controversias se aplicarán en el contexto de estas materias.”⁶⁷

65 ILC. *Op. cit.*, paras. 91-141, disponible en: https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/reports/1_3_2015.pdf [Consulta: 31 de octubre de 2022]; *Zaza Okuashvili c/ Georgia*, Caso V 2019/058, Laudo Final Parcial sobre Jurisdicción y Admisibilidad, 31 de agosto de 2022, Section V.B.

66 Dolzer, Rudolf; Kriebaum, Ursula; Schreuer, Christoph. *Op. cit.*, pp. 265-266.

67 *Emilio Agustín Maffezini c/ Reino de España*, Caso CIADI ARB/97/7, Decisión de Jurisdicción, 25 de enero de 2000, para. 56.

TRATO JUSTO Y EQUITATIVO, PROTECCIÓN Y SEGURIDAD PLENAS, CLÁUSULA PARAGUAS

Caroline Richard
Rosario Galardi

Sumario:

1. Trato Justo y Equitativo
2. Protección y seguridad plena
3. Cláusula paraguas



CAROLINE RICHARD

Socia del grupo de arbitraje internacional de Freshfields Bruckhaus Deringer. Educada en derecho civil y anglosajón, posee grados en Derecho de Harvard Law School (LL.M.), Cambridge University (LL.M. en derecho internacional, primera clase), y Université de Montreal (LL.B. y D.E.S.S). Se encuentra admitida para ejercer como abogada en Nueva York, el Distrito de Columbia y Ontario, Canadá.

Caroline se dedica a arbitraje internacional, enfocándose en arbitraje de inversión en Latinoamérica. Ha actuado en algunas de las disputas más importantes y de alto perfil a nivel mundial, incluyendo la representación de Crystallex, Glencore y Tenaris, entre otros.

Dicta el curso de arbitraje de inversión en American University y conferencias sobre arbitraje de inversión a nivel global. Es coautora del venidero libro “Guide to the ICSID Additional Facility Rules”, a ser publicado por Oxford University Press.

ROSARIO GALARDI

Asociada del grupo de arbitraje internacional de Freshfields Bruckhaus Deringer. Se graduó como abogada *summa cum laude* de la Universidad de Buenos Aires (UBA) y obtuvo su LL.M. de la Universidad de Tulane.

Asesora y representa a clientes en arbitrajes comerciales y disputas entre inversores y Estados bajo las reglas del CIADI y la CCI.

Actualmente colabora en la formación de los equipos de la UBA participando en las competencias de arbitraje internacional Foreign Direct Investment Moot y Concours d'Arbitrage International de Paris.

TRATO JUSTO Y EQUITATIVO, PROTECCIÓN Y SEGURIDAD PLENAS, CLÁUSULA PARAGUAS¹

1. Trato Justo y Equitativo

El estándar de Trato Justo y Equitativo (“TJE”) es la protección sustantiva más importante en el arbitraje de inversión. La gran mayoría de los laudos bajo Tratados Bilaterales de Inversión (“TBI”) que ordenan el pago de compensación lo hacen en base a un incumplimiento del estándar de TJE. Muchos consideran que el estándar de TJE es un estándar “de respaldo”, porque puede ofrecer remedios cuando los hechos no sustentan un reclamo de expropiación u otros estándares más específicos.

A pesar de ser un estándar independiente, puede superponerse con otros. Por ejemplo, una medida expropiatoria o discriminatoria también puede constituir una violación del estándar de TJE.

1.1 Definición del estándar de TJE

En la gran mayoría de los TBI, las cláusulas de TJE suelen ser redactadas de forma muy amplia, con una redacción de este estilo: “1.- Cada Parte garantizará en su territorio un tratamiento justo y equitativo a las inversiones realizadas por inversores de la otra Parte”.² La mayoría de los TBI no definen la expresión “justo y equitativo” (solo algunos TBI recientes contienen algunos aspectos definidos³), por lo que los tribunales le han ido dando contenido en la jurisprudencia. La inter-

1 Lo desarrollado en este capítulo refleja el contenido de la clase “Estándares de Protección II” dictada por las autoras en el Curso de Arbitraje de Inversión de ARBANZA, y no refleja la visión de la firma Freshfields Bruckhaus Deringer ni de sus clientes.

2 Acuerdo para la promoción y la protección recíproca de inversiones entre el Reino de España y la República Argentina, 1992, artículo IV (1).

3 Por ejemplo, el Comprehensive and Economic Trade Agreement (“CETA”), tiene la siguiente definición: “Article 8.10 Treatment of investors and of covered investments 1. Each Party shall accord in its territory to covered investments of the other Party and to investors with respect to their covered investments fair and equitable treatment and full protection and security in accordance with paragraphs 2 through 6. 2. A Party breaches the obligation of fair and equitable treatment referenced in paragraph 1 if a measure or series of measures constitutes: (a) denial of justice in criminal, civil or administrative proceedings; (b) fundamental breach of due process, including a fundamental breach of transparency, in judicial and administrative proceedings; (c) manifest arbitrariness; (d) targeted discrimination on manifestly wrongful grounds, such as gender, race or religious belief; (e) abusive treatment of investors, such as coercion, duress and harassment; or (f) a breach of any further elements of the fair and equitable treatment obligation adopted by the Parties in accordance with paragraph 3 of this Article.”.

pretación de las disposiciones en los TBI debe hacerse conforme el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (“**CVDT**”) (que forma parte del derecho internacional consuetudinario⁴), según el cual un tratado debe interpretarse conforme el sentido corriente de sus términos, en el contexto de estos y teniendo en cuenta el objeto y fin del tratado.

Conforme la Real Academia Española, justo es “arreglado a justicia y razón” y equitativo es “que tiene igualdad de ánimo”. No existe una única definición consolidada o universalmente aceptada del estándar de TJE, por lo que la aplicación del estándar “es crucialmente dependiente de la evaluación de los hechos del caso”.⁵

Ante la ausencia de una definición que comprenda todas las posibles formas de accionar prohibidas por el Estado, los tribunales han tendido a determinar los factores y las subcategorías de potenciales violaciones del estándar de TJE. En tal sentido, el caso *Lemire c. Ucrania* desarrolló con claridad distintos elementos para determinar una violación del estándar de TJE: (i) si el Estado no ha brindado un marco legal estable y predecible; (ii) si el Estado hizo declaraciones específicas al inversor; (iii) si se le ha negado al inversor el debido proceso; (iv) si hay falta de transparencia en el procedimiento legal o en las acciones del Estado; (v) si ha habido hostigamiento, coacción, abuso de poder u otra conducta de mala fe por parte del Estado; o (vi) si alguna de las acciones del Estado puede calificarse como arbitraria, discriminatoria o inconsistente.⁶ Los factores del estándar de TJE se pueden resumir para simplificar en tres categorías principales de medidas: (i) frustración de las expectativas legítimas; (ii) conductas arbitrarias, discriminatorias, inconsistentes o sin debido proceso; y (iii) denegación de justicia. A continuación, analizaremos cada categoría.

1.2 Frustración de las expectativas legítimas del inversor

Las consideraciones clave de un reclamo por frustración de las expectativas legítimas incluyen: (i) si la conducta del Estado dio lugar a expectativas legítimas del inversor; (ii) si las expectativas del inversor son legítimas, razonables y no están basadas en

4 *Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) c. Sri Lanka*, Caso CIADI No. ARB/87/3, Laudo, 27 de junio de 1990, párr. 38; *Infinito Gold Ltd. c. Costa Rica*, Caso CIADI No. ARB/14/5, Laudo, 3 de junio de 2021, párr. 349; *BIVAC B.V. c. Paraguay*, Caso CIADI No. ARB/07/9, Decisión del tribunal sobre objeciones a la jurisdicción, 29 de mayo de 2009, párr. 59.

5 *AWG Group Ltd. C. Argentina*, UNCITRAL, Decisión sobre Responsabilidad, 30 de julio de 2010, párr. 188. Ver también, *National Grid PLC c. Argentina*, Laudo, 3 de noviembre de 2008, párr. 168; *El Paso c. Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/15, Laudo, 31 de octubre 2011, párr. 362.

6 *Joseph Charles Lemire c. Ucrania (II)*, Caso CIADI No. ARB/06/18, Decisión sobre Jurisdicción y Responsabilidad, 14 de enero de 2010, párr. 284.

consideraciones subjetivas del inversor; (iii) si el inversor se apoyó en esas expectativas legítimas; (iv) si el Estado después actuó de manera contraria a las expectativas legítimas del inversor (incluso en la ausencia de mala fe).⁷

Las expectativas legítimas pueden provenir de: (i) compromisos contractuales;⁸ (ii) representaciones o compromisos específicos hechos por el Estado,⁹ incluyendo representaciones escritas o verbales;¹⁰ y (iii) el marco regulatorio del Estado.¹¹

Las expectativas del inversor deben ser objetivas y razonables.¹² Algunos tribunales han notado que las expectativas legítimas del inversor deben fundarse en un análisis objetivo y han tomado en cuenta el *due diligence* ejecutado por el inversor al invertir, para entender las normas y condiciones básicas aplicables a la inversión.¹³

En cuanto a las expectativas legítimas basadas en el marco regulatorio, no cualquier cambio en el marco regulatorio dará lugar a un reclamo por expectativas legítimas, sino que debe afectar un componente esencial del marco regulatorio,¹⁴ o significativamente alterar “la base económica fundamental de las inversiones realizadas en base a ese marco regulatorio”,¹⁵ o ser irrazonable o injustificado.¹⁶ Va-

7 *REENERGY S.à r.l. c. España*, Caso CIADI No. ARB/14/18, Laudo, 6 de mayo de 2022, párr. 611.

8 *EBO Invest AS y otros c. Latvia*, Caso CIADI No. ARB/16/38, Laudo, 28 de febrero de 2020, párr. 426; *Rumeli c. Kazajstán*, Caso CIADI No. ARB/05/16, Laudo, 29 de julio de 2008, párr. 615.

9 *Glencore International A.G. y C.I. Prodeco S.A. c. Colombia*, Caso CIADI No. ARB/16/6, Laudo, 27 de agosto de 2019, párr. 1368; *Mobil Cerro Negro Holding, Ltd. y otros c. Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/07/27, Laudo, 9 de octubre de 2014, párr. 256.

10 *Mobil Cerro Negro Holding, Ltd. y otros c. Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/07/27, Laudo, 9 de octubre de 2014, párr. 256; *Clayton y otros c. Canadá*, Caso CPA No. 2009-04, Laudo sobre Jurisdicción y Responsabilidad, 17 de marzo de 2015, párr. 474

11 *Eurus Energy Holdings Corporation y Eurus Energy Europe B.V. c España*, Caso CIADI No. ARB/16/4, Decisión sobre Jurisdicción y Responsabilidad, 17 de marzo de 2021, párr. 326.

12 Los tribunales han determinado la existencia de expectativas legítimas tanto en el momento de la inversión inicial como en momentos posteriores. Ver, por ejemplo, *Tethyan Copper Company Pty Limited c Pakistán*, Caso CIADI No. ARB/12/1, Decisión sobre Jurisdicción y Responsabilidad, 10 de noviembre de 2017, párr 901; *Sun Reserve Luxco Holdings SRL c Italia*, Caso SCC 2016/32, Laudo, 25 de marzo de 2020, párrs. 721-723.

13 *STEAG GmbH c. España*, Caso CIADI No. ARB/15/4, Decisión sobre Jurisdicción, Responsabilidad, e Instrucciones Sobre Cuantificación de Daños, 8 de octubre de 2020, párr. 527; *Charanne B.V. y Construction Investments S.A.R.L. c. España*, Caso SCC No. 062/2012, Laudo Final, 21 de enero de 2016, párr. 505.

14 *Infrastructure Services Luxembourg c España*, Laudo, Caso CIADI No. No. ARB/13/31, 15 de junio de 2018, párr. 532.

15 *Cube Infrastructure c España*, Caso CIADI No. ARB/15/20, Decisión sobre Jurisdicción, Responsabilidad y Decisión Parcial sobre Daños, párr. 412.

16 *Infracapital c. España*, Caso CIADI No. ARB/16/18, Decisión sobre Jurisdicción, Re-

rios tribunales han explicado que el Estado no tiene una obligación de “congelar el marco jurídico” ya que este siempre puede evolucionar y adaptarse a los cambios de las circunstancias, pero tampoco puede cambiarse el marco regulatorio por completo o de manera arbitraria, o cuando el Estado ha asumido compromisos específicos,¹⁷ sin dar lugar a una compensación.

1.3 Conductas arbitrarias, discriminatorias, inconsistentes o sin debido proceso

Una medida arbitraria también puede resultar violatoria del estándar de TJE. Una medida es arbitraria “si no se basa en estándares jurídicos, sino en un exceso de discrecionalidad, prejuicio o preferencia personal, y se adopta por razones diferentes de las planteadas por el órgano a cargo de la toma de decisiones”.¹⁸

No debe confundirse arbitrariedad con discriminación. Aunque muchas veces, las medidas discriminatorias son arbitrarias, no toda medida arbitraria es discriminatoria. La discriminación ocurre cuando el inversor es “sometido a un trato diferente en circunstancias similares sin justificación razonable”.¹⁹ La discriminación puede ser *de facto*, es decir medidas que de por sí son neutras, pero resultan en un trato diferencial, o *de iure*, cuando las medidas son de por sí discriminatorias.²⁰

El estándar de TJE también prohíbe medidas inconsistentes, que resulten en un entorno de inversión inestable e impredecible, ya sea (i) cuando el inversor sufre el “roller coaster effect” de las decisiones del gobierno y las distintas entidades, es decir por el continuo cambio de las condiciones y regulaciones aplicables al proyecto en el que invirtió,²¹ o (ii) cuando distintas entidades del gobierno actúan

sponsabilidad y Directrices sobre Quantum, 13 de septiembre de 2021, párr. 531

17 *CMS Gas Transmission Company c. Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/8, Laudo, 12 de mayo 2005, párr. 277. Ver también, entre otros, *Infracapital c. España*, Caso CIADI No. ARB/16/18, Decisión sobre Jurisdicción, Responsabilidad y Directrices en Quantum, 13 de septiembre de 2021, párr. 566; *Electrabel S.A. c. Hungría*, Caso CIADI No. ARB/07/19, Decisión sobre jurisdicción, ley aplicable y responsabilidad, 30 de noviembre de 2012, párr. 7.77.

18 *Crystallex International Corporation c. Venezuela*, Caso CIADI No. ARB(AF)/11/2, Laudo, 4 de abril de 2016, párr. 578. *EDF (Services) Limited c. Rumania*, Caso CIADI No. ARB/05/13, Laudo, 8 de octubre de 2009, párr. 303.

19 *Crystallex International Corporation c. Venezuela*, Caso CIADI No. ARB(AF)/11/2, Laudo, 4 de abril de 2016, párr. 616.

20 Ver *Total S.A. c. Argentina*, Caso CIADI No. ARB/04/01, Decisión sobre Responsabilidad, 27 de diciembre de 2010, párrs. 211-215; *Archer Daniels Midland y Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. c. México*, Caso CIADI No. ARB(AF)/04/5, Laudo, 21 de noviembre de 2007, párr. 193.

21 *PSEG Global Inc. y otros c. Turquía*, Caso CIADI No. ARB/02/5, Laudo, 19 de enero de 2007, párr. 250: “the Tribunal also finds that the fair and equitable treatment obligation was seriously breached by what has been described above as the “roller-coaster” effect of the

inconsistentemente, por ejemplo, cuando una rama de gobierno niega lo que la otra rama afirma.²²

Un incumplimiento del estándar de TJE también puede provenir de una ausencia de debido proceso, que se puede dar por un “fracaso manifiesto de la justicia natural en los procedimientos judiciales o una falta total de transparencia e imparcialidad en un proceso administrativo”.²³ Esta obligación abarca principios fundamentales como el derecho a ser oído y el derecho a un tercero imparcial.

1.4 Denegación de justicia

Otro categoría de violación del estándar de TJE es la protección contra la denegación de justicia. Este concepto surge del derecho internacional consuetudinario. Por ejemplo, la Corte Internacional de Justicia ha reconocido el derecho a un juicio justo que incluye “el derecho a un tribunal independiente e imparcial establecido por ley; el derecho a que el caso sea escuchado y resuelto en un plazo razonable; el derecho a una oportunidad razonable para presentar el caso al tribunal y comentar sobre el caso del oponente; el derecho a la igualdad en el proceso frente al oponente; y el derecho a una decisión motivada”.²⁴

En el contexto del arbitraje de inversión, incluye: (i) un aspecto procesal, por ejemplo, cuando se rechaza acceso a las cortes, se prolongan excesivamente los procesos, o existen serios defectos procesales como violación del derecho a ser oído o falta de igualdad de trato; y (ii) un aspecto sustantivo, por ejemplo, sentencias o resultados irracionales o abusivos que van más allá de la incorrecta aplicación de la ley.²⁵

La denegación de justicia no necesariamente requiere de mala fe por parte de los tribunales domésticos. Donde existe “una inobservancia deliberada del debido proceso legal, un acto que choca, o al menos sorprende, un sentido de propiedad

continuing legislative changes”.

22 *MTD Equity Sdn. Bhd. y MTD Chile S.A. c. Chile*, Caso CIADI No. ARB/01/7, Laudo, 25 de mayo de 2004, párr. 163.

23 *Waste Management c. México* (II), Caso CIADI No. ARB(AF)/00/3, Laudo, 30 de abril de 2004, párr. 98.

24 CIJ, Opinión Consultiva sobre el Fallo No. 158 del Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas, 12 de julio de 1973, párr. 92 (traducción propia, original en Inglés “the right to an independent and impartial tribunal established by law; the right to have the case heard and determined within a reasonable time; the right to a reasonable opportunity to present the case to the tribunal and to comment upon the opponent’s case; the right to equality in the proceedings vis-à-vis the opponent; and the right to a reasoned decision.”)

25 *Jan de Nul N.V. y otro c. Egipto*, Caso CIADI No. ARB/04/13, Laudo, 6 de noviembre de 2008, párr. 195.

jurídica”,²⁶ una “injusticia sistémica”, es decir una falla fundamental del sistema de justicia,²⁷ habrá denegación de justicia. Eso dicho, el concepto de denegación de justicia no transforma a los tribunales de inversión en una instancia de apelación de las sentencias de los tribunales locales.²⁸ En tal sentido, una mera irregularidad en el procedimiento,²⁹ o un mero error de derecho, una discrepancia con el razonamiento de una decisión judicial o sentencias contradictorias no necesariamente constituyen *per se* una denegación de justicia.³⁰ Asimismo, la brevedad de una decisión local no es indicativa de una denegación de justicia.³¹ Generalmente, para plantear un reclamo exitoso por denegación de justicia, se deben agotar los recursos en sede local.³² Sin embargo, no se ha exigido este requisito cuando el agotamiento los recursos locales hubiese sido fútil o irrazonable, por ejemplo, cuando el reclamo por denegación de justicia se basa en demoras en los procedimientos judiciales,³³ o cuando hay evidencia de un sistema judicial defectuoso.³⁴

1.5 El estándar de TJE y el derecho consuetudinario

El Estándar Mínimo de Trato (“EMT”) es un conjunto de normas de derecho consuetudinario internacional que regulan el trato por parte de Estados a extranjeros.

26 *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)* (EE. UU c. Italia), Sentencia, 20 de julio de 1989, párr. 128 (traducción propia). Esta definición fue incorporada por los tribunales de inversión. *Lion Mexico Consolidated L.P. c. México*, Caso CIADI No. ARB(AF)/15/2, Laudo, 20 de septiembre de 2021, párr. 289; *Jan de Nul N.V. y otro c. Egipto*, Caso CIADI No. ARB/04/13, Laudo, 6 de noviembre de 2008, párr. 193

27 *Philip Morris Brand Sàrl y otros c. Uruguay*, Caso CIADI No. ARB/10/7, Laudo, 8 de julio 2016, párr. 500

28 *Jan de Nul N.V. y otro c. Egipto*, Caso CIADI No. ARB/04/13, Laudo, 6 de noviembre de 2008, párr. 206; *Iberdrola Energía, S.A. c. Guatemala (I)*, Caso CIADI No. ARB/09/5, Laudo, 17 de agosto 2012, párr. 491

29 *Philip Morris Brand Sàrl y otros c. Uruguay*, Caso CIADI No. ARB/10/7, Laudo, 8 de julio 2016, párr. 500

30 *Jan de Nul N.V. y otro c. Egipto*, Caso CIADI No. ARB/04/13, Laudo, 6 de noviembre de 2008, párr. 206; *Philip Morris Brand Sàrl y otros c. Uruguay*, Caso CIADI No. ARB/10/7, Laudo, 8 de julio 2016, párr. 500.

31 *Bridgestone c. Panamá*, Caso CIADI ARB/16/34, Laudo, 14 de agosto de 2020, párrs. 516-517.

32 *Philip Morris Brand Sàrl y otros c. Uruguay*, Caso CIADI No. ARB/10/7, Laudo, 8 de julio 2016, párr. 499; *Jan de Nul N.V. y otro c. Egipto*, Caso CIADI No. ARB/04/13, Laudo, 6 de noviembre de 2008, párrs. 191, 255, 256.

33 *Jan de Nul N.V. y otro c. Egipto*, Caso CIADI No. ARB/04/13, Laudo, 6 de noviembre de 2008, párr. 256.

34 *Binder c. República Checa*, Arbitraje Ad-Hoc, Laudo final, 15 de julio de 2011, párrs. 450-45.

El muy citado caso *Neer*³⁵ del año [1926] ofrece una definición estricta del EMT en el contexto de una investigación criminal (y no en un contexto de inversión extranjera), dirigida solo a conductas extremas del Estado, tales como “un ultraje... mala fe...o negligencia deliberada del deber...una insuficiencia de la acción gubernamental tan lejos de las normas internacionales que todo hombre razonable e imparcial reconocería su insuficiencia”.³⁶

La jurisprudencia de los tribunales de inversión ha tratado dos temas de debate: primero, si el estándar de TJE refleja el EMT o constituye un estándar autónomo y segundo, si el EMT ha evolucionado desde su descripción por el tribunal *Neer*. En relación con el primer punto, la mayoría de los tribunales lo han interpretado como un estándar independiente con un significado autónomo, salvo que se especifique lo contrario. La redacción de la cláusula es muy relevante. Por ejemplo, algunos tratados de inversión, tal como el artículo 10.5 del Tratado de Libre de Comercio (“**TLC**”) Perú-Singapur, hacen específica referencia al EMT.³⁷ Otro ejemplo que ha sido analizado frecuentemente en la jurisprudencia es el artículo 1105(1) del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (“**TLCAN**”), que estipula “Cada una de las Partes otorgará a las inversiones de los inversionistas de otra Parte, trato acorde con el derecho internacional, incluido trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas”. La Nota Interpretativa de la Comisión de Libre Comercio del TLCAN aclaró en el año 2001 que el artículo 1105(1) establece el nivel mínimo de trato a los extranjeros propio del derecho internacional consuetudinario, como el nivel mínimo de trato que debe otorgarse a las inversiones de

35 El caso *Neer* no versaba sobre el trato de la inversión extranjera, sino la responsabilidad de México por no haber realizado una investigación policial efectiva sobre el asesinato de un ciudadano estadounidense.

36 *Neer c. México*, Decisión, 15 de octubre de 1926, párr. 4 (traducción propia, original en Inglés: “an outrage...bad faith...wilful neglect of duty... an insufficiency of governmental action so far short of international standards that every reasonable and impartial man would readily recognize its insufficiency”).

37 TLC Perú-Singapur, 2012, Art. 10.5: “1. Cada Parte concederá a las inversiones de los inversionistas de la otra Parte un trato acorde con el nivel mínimo de trato de extranjeros del derecho internacional consuetudinario, incluyendo trato justo y equitativo y protección y seguridad plenas. 2. Los conceptos de trato justo y equitativo y protección y seguridad plenas en el párrafo 1 no requieren un trato adicional o más allá del requerido por el estándar del nivel mínimo de trato de extranjeros del derecho internacional consuetudinario y no crean derechos adicionales significativos. (a) La obligación de proveer trato justo y equitativo incluye la obligación de no denegar justicia en procedimientos criminales, civiles o contencioso administrativos. (b) La obligación de proveer protección y seguridad plenas exige a cada Parte proveer el nivel de protección policial que es exigido por el derecho internacional consuetudinario.” *Ver también* Agreement between Japan and the Republic of the Philippines for an Economic Partnership, 2008, Art. 91.

los inversionistas de otra Parte y que los conceptos de “trato justo y equitativo” y “protección y seguridades plenas” no requieren un trato adicional al requerido por el nivel mínimo de trato a los extranjeros propio del derecho internacional consuetudinario.³⁸

La mayoría de los tribunales ha determinado que el estándar de EMT ha evolucionado desde *Neer*, con varios tribunales asimilándolo al estándar de TJE. Eso dicho, existen tribunales, como *Glamis Gold c. EE. UU*, que han sostenido que, similarmente al caso *Neer*, para que una conducta resulte violatoria del artículo 1105 (1) del TLCAN, debe ser “lo suficientemente atroz e impactante - una denegación flagrante de justicia, arbitrariedad manifiesta, injusticia flagrante, una falta total de debido proceso, discriminación evidente o una falta manifiesta de razones”.³⁹ Por el otro lado, en *Merrill & Ring Forestry LLP c. Canadá*, el tribunal reconoció que existe una postura común de considerar que el derecho consuetudinario no ha permanecido “congelado” y que continúa evolucionando de acuerdo con las realidades de la comunidad internacional.⁴⁰ Basado en esta premisa, el tribunal reconoció que el estándar de TJE se ha convertido en parte del derecho consuetudinario y que el EMT hoy es un concepto más amplio que aquel definido por *Neer*, que demanda un TJE hacia el inversor.⁴¹

Otros tribunales han tomado una perspectiva diferente sobre este debate. Por ejemplo, el tribunal en *El Paso c. Argentina* señaló que la discusión sobre las diferencias entre el EMT y el TJE era algo fútil ya que el contenido del EMT está “tan vagamente definido como el estándar de trato justo y equitativo del TBI”.⁴²

2. Protección y seguridad plena

Las cláusulas de Protección y Seguridad Plena (“PSP”) generalmente tienen formulaciones como “protección y seguridad plena”, “protección más constante” o “protección continua”. El estándar puede estar combinado con el estándar de TJE en una misma cláusula. Por ejemplo, el artículo 2(2) TBI Reino Unido-Sri Lanka lee

38 Notas interpretativas de determinadas disposiciones del Capítulo 11 del TLCAN, Comisión de Libre Comercio del TLCAN, 31 de julio de 2001, sección B, 1-2.

39 *Glamis Gold Ltd. c. United States of America*, Laudo, 8 de junio de 2009, párr. 616 (traducción propia, original en Inglés: “sufficiently egregious and shocking—a gross denial of justice, manifest arbitrariness, blatant unfairness, a complete lack of due process, evident discrimination, or a manifest lack of reasons”).

40 *Merrill & Ring c. Canadá*, Caso CIADI No. ARB UNCT/07/1, Laudo, 31 de marzo de 2010, párr. 193.

41 *Merrill & Ring c. Canadá*, Caso CIADI No. ARB UNCT/07/1, Laudo, 31 de marzo de 2010, párrs. 211 y 213.

42 *El Paso c. Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/15, Laudo, 31 de octubre 2011, párr. 335.

“Las inversiones de nacionales o empresas de cualquiera de las Partes Contratantes recibirán en todo momento un trato justo y equitativo y gozarán de plena protección y seguridad en el territorio de la otra Parte Contratante...” (traducción propia).

Es indiscutible que el estándar de PSP se aplica a la seguridad física de las personas y la propiedad relacionada con una inversión protegida.⁴³ La obligación de otorgar PSP puede interpretarse como el deber de utilizar poderes de policía y poderes públicos para preservar el orden público y la seguridad y no es meramente una obligación de no causar daño.⁴⁴ Por lo tanto, puede ocurrir una violación de PSP si el daño fue causado por (i) el Estado; (ii) entidades cuyas acciones son imputables al Estado; o (iii) terceros.

El primer caso que encontró una violación del estándar PSP fue *Asian Agricultural c. Sri Lanka*. En este caso, durante una operación de contrainsurgencia, las fuerzas de seguridad de Sri Lanka destruyeron la instalación de cultivo de camarones de las demandantes. Las demandantes alegaron que se trataba de una violación de las obligaciones de PSP de la demandada en virtud del TBI Sri Lanka-Suiza, argumentando que Sri Lanka era estrictamente responsable por los daños derivados de la falta de garantía de PSP.

El tribunal rechazó las afirmaciones de la demandante de que la demandada había incumplido su obligación de PSP en virtud del TBI Sri Lanka-Suiza, y concluyó que el estándar de PSP (i) no podía interpretarse como una creación de responsabilidad objetiva (*strict liability*);⁴⁵ y (ii) no hace a Sri Lanka responsable por ninguna destrucción de las inversiones sin la necesidad de probar que los daños sufridos son atribuibles al Estado o sus agentes, y establecer la responsabilidad del Estado por no actuar con la “debida diligencia”.⁴⁶ Es decir que para analizar si el Estado es responsable por incumplimiento de estándar de PSP, se debe determinar si las entidades estatales omitieron proveer una protección tal que hubiera prevenido las destrucciones y el daño de ocurrir parcial o totalmente, cuando estaban en condiciones de hacerlo.⁴⁷

43 *Eurus Energy Holdings Corporation y otro c. España*, Caso CIADI No. ARB/16/4, Decisión sobre Jurisdicción y Responsabilidad, 17 de marzo de 2021, párr. 385; *Crystallex International Corporation c. Venezuela*, Caso CIADI No. ARB(AF)/11/2, Laudo, 4 de abril de 2016, párr. 634.

44 *Saluka Investments BV c. República Checa*, Caso PCA No. 2001-04, Laudo Parcial, 17 de marzo de 2006, párr. 483.

45 *Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) c. Sri Lanka*, Caso CIADI No. ARB/87/3, Laudo, 27 de junio de 1990, párrs. 50 y 54.

46 *Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) c. Sri Lanka*, Caso CIADI No. ARB/87/3, Laudo, 27 de junio de 1990, párrs. 50, 53, 57 y 58.

47 *Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) c. Sri Lanka*, Caso CIADI No. ARB/87/3, Laudo,

2.1 ¿Qué pasos preventivos se deben tomar de manera tal de otorgar PSP?

Los Estados tienen la obligación de ejercer la debida diligencia o tomar las medidas de vigilancia necesarias para prevenir daños, pero no hay responsabilidad estricta. La obligación de PSP es de medios, no de resultados.⁴⁸ Es decir, no proporciona al inversor una póliza de seguro contra daños a su inversión.

2.2 ¿PSP se extiende más allá de la protección física?

Algunos tribunales han considerado que el estándar de PSP puede ir más allá de la protección física de las inversiones y extenderse a la protección comercial y/o legal de las inversiones. Por ejemplo, el tribunal en *National Grid c. Argentina* sostuvo que la expresión “protección y seguridad constante” no implica una protección limitada a la protección y seguridad de bienes físicos.⁴⁹ De la misma forma, el tribunal en *Azurix c. Argentina* sostuvo que “[n]o se trata tan sólo de seguridad física; desde el punto de vista del inversor no es menor la importancia de la estabilidad que confiere un entorno de inversión seguro...[C]uando los términos “protección y seguridad” vienen calificados por “plenas” sin ningún otro adjetivo o explicación, estos términos abarcan, en su significado ordinario, el contenido de esa norma más allá de la seguridad física”.⁵⁰ Estos tribunales han observado que la definición de inversión en los TBI incluye activos intangibles, como las acciones o los derechos a explotar recursos naturales, así que la obligación de acordar PSP a esas inversiones no puede limitarse a la protección física.⁵¹

Por el otro lado, el tribunal en *Saluka c. República Checa* sostuvo que el estándar de PSP no cubre cualquier tipo de afectación de la inversión sino que protege específicamente la integridad física de la inversión frente a cualquier interferencia a través del uso de la fuerza.⁵² Similarmente, el tribunal en *BG c. Argentina* sostuvo que es inapropiado salirse del estándar tradicional de PSP que brinda solo protección física.⁵³

27 de junio de 1990, párr. 85.

48 *Infinito Gold Ltd. c. Costa Rica*, Caso CIADI No. ARB/14/5, Laudo, 3 de junio de 2021, párr. 627.

49 *National Grid PLC c. Argentina*, Laudo, 3 de noviembre de 2008, párr. 187.

50 *Azurix Corp. c. Argentina (I)*, Caso CIADI No. ARB/01/12, Laudo, 14 de julio de 2006, párr. 408.

51 *National Grid PLC c. Argentina*, Laudo, 3 de noviembre de 2008, párr. 187; *Azurix Corp. c. Argentina (I)*, Caso CIADI No. ARB/01/12, Laudo, 14 de julio de 2006, párrs. 407-408.

52 *Saluka Investments BV v. c. República Checa*, Caso PCA No. 2001-04, Laudo Parcial, 17 de marzo de 2006, párr. 483.

53 *BG Group Plc c. Argentina*, Laudo Final, 24 de diciembre de 2007, párr. 326.

3. Cláusula paraguas

Generalmente, las cláusulas paraguas implican el compromiso del Estado de “observar” o “garantizar” cualesquiera “obligaciones” o “compromisos” que haya “contraído con respecto a las inversiones”. En concreto, permiten traer las obligaciones del Estado en virtud de otros instrumentos (ya sea contratos o legislación) bajo el paraguas protector del tratado (de ahí el nombre). Este es uno de los estándares de protección más controvertidos.

Los puntos clave con respecto a las cláusulas paraguas son: (i) el tipo de obligaciones que se puede hacer cumplir bajo las cláusulas paraguas, es decir si sólo obligaciones contractuales, en cuyo caso se discute si el inversor debe ser parte de ese contrato, o también obligaciones reglamentarias y legislativas o representaciones unilaterales; (ii) la ley aplicable para determinar el contenido de la obligación y cómo se hace cumplir, y el efecto de una cláusula de selección de foro en el contrato; y (iii) el tipo de medidas que violarían una cláusula paraguas, es decir si cualquier acto del Estado puede constituir un incumplimiento de la cláusula paraguas o sólo aquellos actos *ius imperi*.

3.1 Interpretación amplia: SGS c. Paraguay

SGS, empresa suiza prestando servicios de certificación de mercancías preembarque, concluyó un contrato con el Ministerio de Hacienda de Paraguay bajo el cual SGS prestaría sus servicios para cargamentos destinados al Paraguay. El contrato contenía una cláusula de selección de foro. SGS no pudo cobrar por sus servicios, a pesar de una obligación contractual, así como promesas escritas y orales por parte de funcionarios paraguayos de que pagarían la deuda.

En el caso *SGS c. Paraguay*, el tribunal analizó el artículo 11 del TBI Suiza-Paraguay que leía “Cada Parte Contratante respetará en todo momento las obligaciones contraídas con respecto de las inversiones de los inversionistas de la otra Parte Contratante.”. El Tribunal determinó que tenía jurisdicción sobre el reclamo de la demandante, basándose en el sentido corriente del artículo 11, y declaró que: “El Artículo 11...que impone al Estado la obligación de respetar en todo momento las obligaciones contraídas con respecto a las inversiones no contiene limitación alguna: evidentemente se aplica a todos los compromisos de ese género, establecidos por contrato o por ley, unilaterales o bilaterales, etc.”⁵⁴

Además, el tribunal sostuvo que la cláusula de selección de foro que dirigía las disputas bajo el contrato a los tribunales nacionales paraguayos no afectaba la admisibilidad del reclamo bajo el TBI porque: (i) el reclamo de la demandante bajo

54 *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. Paraguay*, Caso CIADI No. ARB/07/29, Decisión sobre jurisdicción, 12 de febrero de 2010, párr. 167.

el artículo 11 no se solapaba con aquel bajo el contrato; (ii) incluso si el reclamo bajo el artículo 11 se solapaba con el reclamo bajo el contrato, el tribunal no estaba convencido de que ello represente un fundamento para declarar el reclamo inadmisibles; (iii) otorgar jurisdicción sobre reclamos contractuales es dar finalidad y efecto a la cláusula paraguas del artículo 11, que era la intención de los Estados parte del TBI; (iv) rechazar como inadmisibles el reclamo basado en una cláusula paraguas por la cláusula de selección de foro del contrato equivaldría, en la práctica, a aceptar la existencia de una renuncia implícita de derechos bajo el TBI con mecanismos de solución de controversias distintos.⁵⁵

3.2 Interpretación más restrictiva: *BIVAC c. Paraguay*

BIVAC, empresa holandesa prestando servicios técnicos de inspección de mercancías preembarque, concluyó el mismo contrato que *SGS* con el Ministerio de Hacienda para prestar sus servicios para importaciones en Paraguay. En ese caso también, Paraguay no cumplió con su compromiso de pago de los servicios bajo el contrato.

En el caso *BIVAC c. Paraguay*, el artículo 3(4) del TBI Países Bajos-Paraguay leía: “Cada Parte Contratante cumplirá toda obligación que haya contraído en relación con inversiones de nacionales de la otra Parte Contratante.” El Tribunal determinó que el reclamo de las demandantes era inadmisibles porque las partes habían convenido una jurisdicción exclusiva para resolver el reclamo bajo el contrato.⁵⁶

Según el tribunal, cuando el contrato tiene una cláusula de selección de foro otorgando jurisdicción exclusiva a los tribunales paraguayos, el reclamo debe considerarse inadmisibles basado en los siguientes fundamentos: (i) el artículo 3(4) del TBI no prevalece sobre la cláusula de jurisdicción exclusiva del contrato; (ii) la base fundamental del reclamo de *BIVAC* bajo la cláusula paraguas del TBI se refiere a un “conflicto, controversia o reclamo” derivado del contrato o generado en relación con el contrato; (iii) *BIVAC* no puede basarse en el contrato para formular un reclamo conforme al artículo 3(4) del TBI en los casos en que el contrato mismo remite ese reclamo exclusivamente a otro foro, a falta de razones excepcionales que pudieran hacer que el foro contractualmente dispuesto no estuviera disponible; y (iv) el foro apropiado para la resolución del reclamo contractual que ha sido planteado conforme al artículo 3(4) del TBI es

55 *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. Paraguay*, Caso CIADI No. ARB/07/29, Decisión sobre jurisdicción, 12 de febrero de 2010, párrs. 171-177.

56 *BIVAC B.V. c. Paraguay*, Caso CIADI No. ARB/07/9, Decisión del tribunal sobre objeciones a la jurisdicción, 29 de mayo de 2009, párr. 154.

el de los tribunales de la Ciudad de Asunción, que han de aplicar el derecho de Paraguay.⁵⁷ El tribunal entonces ordenó a BIVAC presentar su reclamo ante los tribunales paraguayos y decidió suspender el procedimiento arbitral hasta tanto los tribunales domésticos decidieran la cuestión.⁵⁸ El tribunal aclaró que, si los tribunales domésticos no impartían justicia, entonces declararía el reclamo admisible y se reanudaría procedimiento arbitral.⁵⁹

3.3 Interpretación intermedia: CMS c. Argentina

CMS, accionista minoritario de la licenciataria de gas TGN, presentó una demanda bajo la cláusula paraguas del TBI Estados Unidos-Argentina por incumplimiento de ciertas condiciones de la licencia y el marco regulatorio.

El tribunal aceptó que CMS podía ejecutar obligaciones contractuales entre su subsidiaria, TGN, y Argentina (a pesar de que CMS no era parte del contrato y a pesar de que el contrato tenía una cláusula de jurisdicción exclusiva), pero el tribunal sostuvo que solo incumplimientos en ejercicio del poder soberano podrían violar la cláusula paraguas del tratado (en oposición a actos que una parte privada puede concluir).⁶⁰ En el 2007, el laudo fue parcialmente anulado y el comité de anulación consideró que el tribunal no había explicado los motivos de su razonamiento porque no explicó cómo CMS podía hacer que Argentina cumpliera con sus compromisos contractuales hacia TGN, su subsidiaria.⁶¹ El comité sostuvo que el efecto de la cláusula no afecta el contenido de la obligación o el derecho aplicable, y por lo tanto las partes de la obligación siguen siendo las mismas, y CMS no era parte de los compromisos contractuales.⁶²

57 *BIVAC B.V. c. Paraguay*, Caso CIADI No. ARB/07/9, Decisión del tribunal sobre objeciones a la jurisdicción, 29 de mayo de 2009, párr. 159

58 *BIVAC B.V. c. Paraguay*, Caso CIADI No. ARB/07/9, Decisión del tribunal sobre objeciones a la jurisdicción, 29 de mayo de 2009, párr. 160; *BIVAC B.V. c. Paraguay*, Caso CIADI No. ARB/07/9, Decisión adicional del tribunal sobre objeciones a la jurisdicción, 9 de octubre de 2012, párr. 284.

59 *BIVAC B.V. c. Paraguay*, Caso CIADI No. ARB/07/9, Decisión adicional del tribunal sobre objeciones a la jurisdicción, 9 de octubre de 2012, párr. 290.

60 *CMS Gas Transmission Company c. Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/8, Laudo, 12 de mayo de 2005, párr. 299.

61 *CMS Gas Transmission Company c. Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/8, Decisión del Comité Ad-Hoc sobre el pedido de anulación de Argentina, 25 de septiembre de 2007, párrs. 95 y 96.

62 *CMS Gas Transmission Company c. Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/8, Decisión del Comité Ad-Hoc sobre el pedido de anulación de Argentina, 25 de septiembre de 2007, párr. 95.

DEFENSAS Y EXCEPCIONES A LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

Yael Ribco Borman

Sumario:

1. Introducción
2. Poder soberano de regular
3. Estado de necesidad y fuerza mayor
4. Corrupción
5. Conclusión

Yael Ribco Borman

Asociada Senior de Gaillard Banifatemi Shelbaya Disputes.

Yael asesora y representa a clientes corporativos y estatales en arbitrajes internacionales bajo las principales reglas de arbitraje, incluyendo CIADI, CNUDMI y CCI. Su experiencia incluye arbitrajes de inversión y comerciales. Yael también ha trabajado junto a abogados locales en procedimientos de anulación de laudos arbitrales ante cortes domésticas. Antes de vincularse a GBS Disputes, Yael ejerció como asociada en la práctica de Arbitraje Internacional de Shearman & Sterling LLP y en un reconocido bufete uruguayo. Además, Yael frecuentemente escribe, enseña y diserta sobre temas relacionados con el arbitraje internacional comercial y de inversiones.

DEFENSAS Y EXCEPCIONES A LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO¹

1. Introducción

El derecho internacional de las inversiones se construye sobre una red de más de 3,000 tratados bilaterales y multilaterales que ofrecen protección a las inversiones realizadas por nacionales de un Estado signatario en el territorio de otro Estado signatario (incluyendo la obligación del Estado receptor de la inversión de brindar un trato justo y equitativo y la prohibición de expropiar sin pago de compensación). La mayoría de estos tratados conceden a los inversionistas el derecho a iniciar un arbitraje internacional de inversión para reclamar compensación contra el Estado receptor de la inversión con relación a supuestos incumplimientos del tratado. Por su parte, una vez demandado, el Estado receptor puede invocar una serie de defensas y excepciones para evitar el pago de compensación al inversionista.

Las defensas y excepciones pueden encontrarse contempladas en el propio tratado o en el derecho internacional público (derecho consuetudinario o principios generales del derecho) y, según su naturaleza jurídica, pueden operar de modo de (i) excluir la jurisdicción del tribunal (por ejemplo, en caso de que no exista una inversión protegida o un inversionista protegido), (ii) afectar la admisibilidad de los reclamos (por ejemplo, en caso de que no se hayan cumplido los requisitos de notificación de la disputa previstos en el tratado aplicable), (iii) excluir la responsabilidad del Estado, o (iv) exonerar al Estado de la obligación de compensar (por ejemplo, si no existe nexo causal entre la conducta ilícita y el daño sufrido).

En este capítulo nos concentraremos en las excepciones a la responsabilidad del Estado (ítem (iii)). Debido al alcance restringido del presente artículo, nos limitaremos a explicar las nociones generales con referencia a algunos casos relevantes para cada tema, de modo de plantear las principales problemáticas e incentivar el diálogo y la reflexión. Un análisis exhaustivo de cada una de las defensas y excepciones excedería con creces el espacio asignado al presente artículo.

2. Poder soberano de regular

El “poder soberano de regular” ha sido definido como “un principio aceptado del derecho internacional consuetudinario que cuando el perjuicio económico resulte de una regulación no discriminatoria de buena fe, que esté dentro del marco de los

¹El presente artículo recoge las opiniones personales de su autora y no refleja la posición de Gaillard Banifatemi Shelbaya Disputes.

poderes de policía del Estado, no se requiere indemnización”.² En otras palabras, se reconoce el poder soberano de los Estados de regular en función del interés público, por lo que el ejercicio de buena fe y no discriminatorio de la potestad regulatoria no constituye expropiación y no da lugar a compensación.

El principio, que preexiste a las decisiones de tribunales de inversión que lo consagran, ha sido reconocido y aplicado por varios tribunales de inversión a partir del año 2000. Así lo confirmó el tribunal en *Philip Morris c. Uruguay*, que realizó un análisis detallado del desarrollo, alcance y contenido de la potestad regulatoria del Estado:

“El principio según el cual el ejercicio razonable y de buena fe del poder de policía del Estado en cuestiones tales como el mantenimiento del orden público, la salud o la moralidad, excluye la indemnización, aun si causa un perjuicio económico a un inversor, y de que las medidas adoptadas con ese fin no se deberían considerar expropiatorias, no halló un reconocimiento inmediato en las decisiones sobre tratados de inversión. Sin embargo, después del año 2000 surgió una tendencia congruente a favor de la diferenciación del poder de policía de la expropiación indirecta. Durante este último período, una serie de decisiones en materia de inversión han contribuido a desarrollar el alcance, el contenido y las condiciones de la doctrina del poder de policía del Estado, sobre la base del derecho internacional.”³

Por ejemplo, en el año 2006, el tribunal en *Saluka c. República Checa* reconoció expresamente que el ejercicio de buena fe y no discriminatorio de la potestad regulatoria del Estado no da lugar a responsabilidad internacional:

“Ha quedado establecido en el derecho internacional que los Estados no son responsables de pagar una indemnización al inversor extranjero cuando, en el ejercicio normal de sus facultades regulatorias, estos adoptan en forma no discriminatoria regulaciones de buena fe en aras del bienestar general. [...]

[El] principio de que el Estado adopta regulaciones generales que son “comúnmente aceptadas como parte del poder de policía de los Estados” forma

2 OCDE (2004) “Expropiación indirecta” y “el derecho a regular” en el derecho internacional de las inversiones”, *Papeles de trabajo de la OCDE en inversiones internacionales*, 2004/04, Publicaciones OCDE, p. 5, nota 10 [citación original en inglés]. En la práctica, el concepto de “poder soberano de regular” se confunde con el concepto de “poderes de policía del Estado”. Si bien técnicamente se trata de dos conceptos diferentes (en general, se entiende que el poder soberano de regular es más amplio que los poderes de policía), a los efectos de este artículo nos referiremos a ambos indistintamente.

3 *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. y Abal Hermanos S.A. c. República Oriental del Uruguay*, Caso CIADI N.º Arb/10/7, Laudo, 8 de julio de 2016, ¶ 295.

parte del derecho internacional consuetudinario actual. Existe una vasta jurisprudencia en línea con esta proposición. Como dijo recientemente el tribunal en *Methanex Corp. c. EEUU* en el laudo final, “[e]s un principio del derecho internacional consuetudinario que no se requiere indemnización por perjuicio económico que resulta de una regulación de buena fe en el marco de los poderes de policía de un Estado”.⁴

Más recientemente, en algunos tratados de inversión, los Estados contratantes han acordado expresamente que no constituyen expropiación los actos regulatorios no discriminatorios diseñados y aplicados para proteger objetivos legítimos del Estado. Por ejemplo, el Tratado de Libre Comercio entre Colombia y Estados Unidos dispone lo siguiente:

“Salvo en circunstancias excepcionales, no constituyen expropiaciones indirectas los actos regulatorios no discriminatorios de una Parte que son diseñados y aplicados para proteger objetivos legítimos de bienestar público, tales como la salud pública, la seguridad y el medioambiente.

Para mayor certeza, la lista de “objetivos de bienestar público” en el subpárrafo no es exhaustiva.”⁵

4 *Saluka Investments B.V. c. República Checa*, Caso CPA, Laudo Parcial, 17 de marzo de 2006, ¶¶ 255, 262.

5 Acuerdo de Promoción Comercial entre Colombia y los Estados Unidos, 15 de mayo de 2012, capítulo 10, anexo 10-B, párrafo 3(b). Véase también, por ejemplo, el Acuerdo Económico y Comercial Global entre Canadá, la Unión Europea y sus Estados Miembro, 30 de octubre de 2016, artículo 8.12, anexo 8-A, párrafo 3: “En aras de una mayor certeza, excepto en circunstancias extrañas en las que el impacto de una medida o de una serie de medidas es tan severo a la luz de su objetivo que parece manifiestamente excesivo, las medidas no discriminatorias tomadas por una parte, diseñadas y aplicadas para proteger el objetivo legítimo del bienestar público, como la salud, la seguridad y el medio ambiente, no constituyen expropiaciones indirectas”. Sin perjuicio del principio del poder soberano de regular en función del interés público, algunos tratados incluyen excepciones con respecto a medidas adoptadas por el Estado para garantizar la seguridad esencial del Estado. Por ejemplo, el artículo 22.2 del Acuerdo de Promoción Comercial Colombia-EUA establece que “Ninguna disposición de este Acuerdo se interpretará en el sentido de [] impedir que una Parte aplique medidas que considere necesarias para cumplir con sus obligaciones respecto al mantenimiento o la restauración de la paz o la seguridad internacional, o para proteger sus intereses esenciales en materia de seguridad”. Por su parte, el Acuerdo de Libre Comercio entre la República de Colombia y Canadá, 15 de agosto de 2011, además de una excepción de seguridad nacional (en el artículo 2202) contempla varias excepciones generales, incluyendo con respecto a medidas necesarias para proteger la vida o salud humana, animal o vegetal, para asegurar el cumplimiento de leyes y reglamentos que no sean incompatibles con el acuerdo o para la conservación de recursos naturales agotables vivos o no vivos (artículo 2201). El tribunal en *Eco Oro c. Colombia* analizó la excepción ambiental del artículo 2201 del TLC

Al determinar si una medida constituye un ejercicio legítimo de la potestad regulatoria del Estado, los tribunales de inversión han analizado una serie de elementos o condiciones. Como describe el tribunal en *Philip Morris c. Uruguay*:

“Tal como indicaran decisiones anteriores al amparo de tratados de inversión, para que las acciones de un Estado en el ejercicio de sus potestades regulatorias no conformen una expropiación indirecta, las acciones deben cumplir ciertas condiciones. Entre aquellas mencionadas con mayor frecuencia se encuentra la condición de que las acciones se tomen de buena fe en aras de proteger el bienestar público, y deban ser no discriminatorias y proporcionadas.”⁶

A continuación, explicaremos cada uno de los cuatro elementos identificados por el tribunal en *Philip Morris c. Uruguay*.

- Objetivo legítimo de bienestar público: entre otros, se consideran intereses legítimos la seguridad, el orden público, la moralidad, el medio ambiente y la salud pública.
- No discriminación: se considera tratamiento discriminatorio el que situaciones similares sean tratadas de forma diferente sin una justificación razonable.
- Proporcionalidad: las medidas adoptadas deben ser proporcionales al objetivo al que aspiran.
- Buena fe: la medida regulatoria debe haber sido adoptada por el Estado de buena fe y no de manera arbitraria o por motivos espurios.

Cabe aclarar que los elementos referidos anteriormente no son exhaustivos ni de aplicación obligatoria. Por ejemplo, varios tribunales han omitido el elemento de “proporcionalidad” pero exigido que la medida se haya adoptado de conformidad con el debido proceso.⁷

En *Saluka c. República Checa*, el tribunal analizó la legalidad de las medidas adoptadas por la República Checa con relación al banco Investicni a Postova

Colombia-Canadá y concluyó que, en las circunstancias del caso, no servía para excluir la responsabilidad de Colombia. Véase *Eco Oro Minerals Corp. c. República de Colombia*, Caso CIADI No. ARB/16/41, Decisión sobre jurisdicción, responsabilidad y directrices de quantum, 9 de septiembre de 2021, ¶¶ 826-837.

6 *Philip Morris c. Uruguay*, op. cit., ¶ 305.

7 Véase, por ejemplo, *Methanex Corporation c. Estados Unidos de América*, Laudo final sobre jurisdicción y méritos, 3 de agosto de 2005, parte IV, capítulo D, ¶ 7 (“una regulación no discriminatoria y con un fin de interés público, implementada de conformidad con el debido proceso y que afecte, entre otros, a un inversionista extranjero o a una inversión extranjera, no se considera expropiatoria y resarcible a menos que el Estado haya asumido compromisos específicos frente al potencial inversionista de abstenerse de adoptar tales regulaciones”).

Banka (IPB), del cual Saluka era accionista minoritario y que había sufrido a raíz de una crisis de deuda bancaria generalizada. Entre otros, el gobierno checo había intervenido a IPB, sometiéndolo a administración forzosa hasta su venta a otro banco por el precio de 1 corona checa.

El tribunal concluyó que al someter a IPB a administración forzosa, la República Checa “adoptó una medida válida y permitida en ejercicio de su potestad regulatoria, a pesar de que la medida haya tenido como efecto privar a Saluka de su inversión en IPB”.⁸ El tribunal consideró, entre otros factores, que la decisión de someter a IPB a administración forzosa había sido “perfectamente motivada” y “justificada bajo derecho checo”,⁹ que la medida regulatoria tenía por objeto “el bienestar general del Estado”¹⁰ y que había sido revisada y confirmada en vía administrativa y judicial.¹¹

Por su parte, en *Philip Morris c. Uruguay* el tribunal analizó la legalidad de las medidas de control de tabaco adoptadas por Uruguay, incluyendo la prohibición a las tabacaleras de comercializar más de una variante de cigarrillos bajo una misma familia de marcas y el aumento del tamaño de las advertencias sanitarias en las cajetillas de cigarrillos. El tribunal concluyó que las medidas habían sido adoptadas en el ejercicio válido del poder de policía de Uruguay para la protección de la salud pública y, por lo tanto, no se había configurado la expropiación de la inversión.¹² Entre otros motivos, el tribunal consideró que las medidas habían sido adoptadas “en observancia de las obligaciones legales nacionales e internacionales de Uruguay para la protección de la salud pública”,¹³ de buena fe y en forma no discriminatoria, “como parte de un amplio plan para el control del tabaco”.¹⁴ Además, el tribunal sostuvo que las medidas “fueron proporcionales al objetivo al que aspiraban, muy lejos de su impacto adverso limitado sobre el negocio de Abal” y que fueron efectivas en lograr el fin al que apuntaban de disminuir la incidencia del cigarrillo en Uruguay.¹⁵

8 *Saluka c. República Checa*, *op. cit.*, ¶¶ 276.

9 *Ibid.*, ¶¶ 271.

10 *Ibid.*, ¶¶ 275.

11 *Ibid.*, ¶¶ 274.

12 *Philip Morris c. Uruguay*, *op. cit.*, ¶¶ 307.

13 *Ibid.*, ¶¶ 302.

14 *Ibid.*, ¶¶ 306.

15 *Idem.*

3. Fuerza mayor y estado de necesidad

En los Artículos de Responsabilidad Internacional del Estado,¹⁶ se reconocen varias circunstancias que excluyen la ilicitud de la conducta y, en consecuencia, la responsabilidad del Estado. En estos casos, un comportamiento del Estado que de otra forma sería ilícito, deja de serlo: consentimiento para la comisión del hecho, legítima defensa, adopción de contramedidas, fuerza mayor, peligro extremo y estado de necesidad. Estas causales son de aplicación general, es decir, se aplican a obligaciones emanadas de cualquier fuente de derecho internacional público (incluyendo tratados).

A continuación, analizaremos las dos circunstancias de exclusión de ilicitud que podrían ser de mayor aplicación en el arbitraje de inversión: fuerza mayor y estado de necesidad.

La fuerza mayor entraña una situación en que el Estado se ve obligado a actuar de forma contraria a una obligación internacional ante una situación irresistible o imprevista. En el artículo 23 de los Artículos de Responsabilidad del Estado se define la fuerza mayor como circunstancia de exclusión de ilicitud de la siguiente manera:

1. “La ilicitud del hecho de un Estado que no esté de conformidad con una obligación internacional de ese Estado queda excluida si ese hecho se debe a un caso de fuerza mayor, es decir, a 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.”
2. “El párrafo 1 no es aplicable si:
 - a. La situación de fuerza mayor se debe, únicamente o en combinación con otros factores, al comportamiento del Estado que la invoca; o
 - b. El Estado ha asumido el riesgo de que se produzca esa situación.”

Por lo tanto, para que se constituya la causal de fuerza mayor, se deben configurar los siguientes elementos:

- El hecho del Estado en cuestión debe haber sido suscitado por una fuerza irresistible o un acontecimiento imprevisto, ya sea un acontecimiento natural o físico (como ser, fenómenos climáticos), una intervención humana

16 Los Artículos de Responsabilidad Internacional del Estado fueron aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en diciembre de 2001. En gran medida, recogen normas de derecho consuetudinario pertinentes a la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos. Los artículos son frecuentemente invocados ante – y aplicados por – tribunales arbitrales constituidos para resolver disputas entre inversionistas y Estados.

(como ser, la pérdida de control sobre parte del territorio nacional como consecuencia de una insurrección) o una combinación de ambos;

- La situación debe ser ajena al control del Estado;
- El cumplimiento de la obligación debe ser materialmente imposible debido a la fuerza irresistible o el acontecimiento imprevisto; no es suficiente que el cumplimiento de la obligación se haya vuelto más difícil u oneroso;
- El Estado no debe haber causado o inducido la situación de fuerza mayor; y
- El Estado no debe haber asumido el riesgo de que se produjera la situación de fuerza mayor (por ejemplo, si el Estado se ha comprometido a evitar que se produjera la situación o asumió el riesgo por adelantado).

Por su parte, el artículo 25 de los Artículos de Responsabilidad del Estado define el estado de necesidad como circunstancia de exclusión de ilicitud de la siguiente manera:

1. “Ningún Estado puede invocar el estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud de un hecho que no esté de conformidad con una obligación internacional de ese Estado a menos que ese hecho:
 - a. Sea el único modo para el Estado de salvaguardar un interés esencial contra un peligro grave e inminente; y
 - b. No afecte gravemente a un interés esencial del Estado o de los Estados con relación a los cuales existe la obligación, o de la comunidad internacional en su conjunto.”
2. “En todo caso, ningún Estado puede invocar el estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud si:
 - a. La obligación internacional de que se trate excluye la posibilidad de invocar el estado de necesidad; o
 - b. El Estado ha contribuido a que se produzca el estado de necesidad.”

Por lo tanto, el estado de necesidad podrá invocarse como circunstancia de exclusión de la ilicitud de una conducta del Estado en situaciones excepcionales en que se configuren los siguientes elementos:

- Debe estar en juego un interés esencial del Estado;
- El interés esencial del Estado debe haber sido amenazado por un peligro grave e inminente;
- La medida adoptada debe constituir el único medio de salvaguardar el interés esencial del Estado;
- La medida no debe afectar gravemente un interés esencial del Estado o Estados con respecto al cual existe la obligación, o de la comunidad internacional en su conjunto;

- La obligación internacional que se ha incumplido no debe excluir la posibilidad de invocar el estado de necesidad; y
- El Estado no debe haber contribuido a que se produzca el estado de necesidad.

La principal diferencia entre fuerza mayor y estado de necesidad reside en la voluntad del Estado: en el estado de necesidad, existe una decisión del Estado que la medida es necesaria por tratarse del “único modo” de salvaguardar un interés esencial, mientras que, en un caso de fuerza mayor, el acto es involuntario o impuesto (como ser, por ejemplo, un desastre natural, una guerra o golpe de Estado). Además de las normas consuetudinarias de derecho internacional, algunos tratados de inversiones recogen en mayor o menor medida estas circunstancias excepcionales. Por ejemplo, el Artículo XI del Tratado de Promoción y Protección de Inversiones entre Argentina y Estados Unidos de América (TBI Argentina-EUA) establece lo siguiente:

“El presente Tratado no impedirá la aplicación por cualquiera de las Partes de las medidas necesarias para el mantenimiento del orden público, el cumplimiento de sus obligaciones para el mantenimiento o la restauración de la paz o seguridad internacionales, o la protección de sus propios intereses esenciales de seguridad.”¹⁷

En la práctica del arbitraje de inversión, la fuerza mayor aún no ha sido aplicada como causal de exoneración de responsabilidad del Estado hacia un inversor extranjero. En cambio, el estado de necesidad (y el artículo XI del TBI Argentina-EUA) sí se ha aplicado como causal de exoneración de responsabilidad. Por ejemplo, Argentina invocó el estado de necesidad (tanto bajo el TBI Argentina-EUA como bajo derecho internacional consuetudinario) en una serie de arbitrajes iniciados contra el Estado con relación a ciertas medidas adoptadas a principios de la década del 2000 en el marco de una severa crisis económica que afectó al país. Ante similares circunstancias, algunos tribunales decidieron que se había configurado un estado de necesidad que eximía a Argentina de responsabilidad (total o parcialmente), ya que las medidas eran necesarias para mantener el orden público y salvaguardar la economía, mientras que otros tribunales decidieron que no cabía invocar la excepción de necesidad y, por lo tanto, condenaron a Argentina a compensar a los inversores por los daños sufridos con relación a las medidas. En parte, las decisiones divergentes obedecen a diferencias fácticas entre los casos, pero también demuestran las diferentes interpreta-

17 Tratado entre la República Argentina y los Estados Unidos de América sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, 20 de octubre de 1994, artículo XI.

ciones de la excepción de necesidad y de los hechos que realizan los diferentes tribunales arbitrales.

Por ejemplo, en *LG&E c. Argentina*, el tribunal concluyó que la conducta de Argentina entre el 1 de diciembre de 2001 y el 26 de abril de 2003 (es decir, el período durante el que el tribunal entendió que “Argentina estuvo sumida en un período de crisis”) se encontraba justificada en virtud del estado de necesidad bajo el Artículo XI del TBI Argentina-EUA y el derecho internacional consuetudinario. Por lo tanto, el tribunal eximió a Argentina de responsabilidad por el período durante el cual se extendió la crisis económica.¹⁸ En particular, el tribunal sostuvo que el “escenario negativo – económico, político y social – en su conjunto, activó las protecciones ofrecidas por el Artículo XI del Tratado, las cuales permitieron tomar medidas para mantener el orden público y controlar el descontento de la población”. El tribunal rechazó expresamente la interpretación propuesta por las demandantes, “según la cual el Artículo XI sólo es aplicable a circunstancias relacionadas con la acción militar o la guerra” y declaró que “las condiciones vividas en Argentina desde diciembre de 2001 exigían una acción inmediata y decisiva, para restaurar el orden civil y detener la caída de la economía. Concluir que una profunda crisis económica no constituye un interés esencial de seguridad, sería minimizar el caos que la economía puede causar en las vidas de una población entera y en la capacidad de dirección del Gobierno”.¹⁹

Además de fallar que Argentina se encontraba eximida de responsabilidad en función del Artículo XI del TBI Argentina-EUA, el tribunal en *LG&E c. Argentina* reconoció que la situación también configuraba un estado de necesidad bajo el derecho internacional consuetudinario (reflejado en el Artículo 25 de los Artículos sobre Responsabilidad de los Estados), ya que “los intereses esenciales de seguridad de Argentina estaban amenazados” y “[l]a existencia misma del Estado argentino, su sobrevivencia económica y política, las posibilidades de mantener operativos sus servicios esenciales y la preservación de su paz interna estuvieron en peligro”.²⁰

También en *CMS c. Argentina*, otro caso iniciado con relación a las medidas adoptadas por Argentina en el marco de la crisis económica, Argentina invocó la

18 Según el tribunal, “las pérdidas sufridas durante el estado de necesidad deberán ser soportadas por el inversionista”. En cambio, el tribunal estableció que Argentina era responsable por los daños y perjuicios causados a los inversionistas por los incumplimientos del TBI, excepto durante el período durante el cual se produjo el estado de necesidad. Véase *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., LG&E International Inc. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/1, Decisión sobre responsabilidad, 3 de octubre de 2006, ¶¶ 226-266.

19 *Ibid.*, ¶¶ 237-238.

20 *Ibid.*, ¶¶ 245, 257.

existencia de un estado de necesidad (o estado de emergencia) bajo el derecho internacional consuetudinario y el Artículo XI del TBI Argentina-EUA. A diferencia del tribunal en *LG&E c. Argentina*, el tribunal en *CMS c. Argentina* manifestó dudas sobre si en las circunstancias existía un “peligro grave e inminente” a “un interés esencial” del Estado.²¹ En todo caso, el tribunal sostuvo que aunque la crisis fue grave, “no llevó a un total colapso económico y social”, que las medidas adoptadas por Argentina “no eran las únicas disponibles” para proteger su interés y que las políticas del gobierno argentino “contribuyeron de manera importante a la crisis”.²² El tribunal concluyó que no se habían configurado las condiciones para invocar el estado de necesidad de conformidad con el Artículo 25 de los Artículos de Responsabilidad del Estado.²³ Sin perjuicio de ello, el tribunal sostuvo que aunque la crisis no excluye la ilegalidad de la conducta del Estado, en todo caso las circunstancias en las que fueron adoptadas las medidas deben ser tenidas en cuenta al determinarse el monto de compensación debida a los inversionistas.²⁴

En cuanto a los efectos de la invocación de alguna de las circunstancias de exclusión de la ilicitud de la conducta del Estado previstas en los Artículos de Responsabilidad del Estado, incluyendo fuerza mayor y estado de necesidad, el Artículo 27 establece que la invocación de una de estas circunstancias se entiende sin perjuicio de (i) el cumplimiento de la obligación de que se trate, en el caso y en la medida en que la circunstancia que excluye la ilicitud haya dejado de existir, y (ii) la cuestión de la indemnización de cualquier pérdida efectiva causada por el hecho en cuestión.

En cuanto al primer elemento, los comentarios a los Artículos de Responsabilidad del Estado explican que las circunstancias que excluyen la ilicitud no afectan en sí a la obligación subyacente, por lo que, si dejan de existir las circunstancias, la obligación recupera plena fuerza y efecto.²⁵

En cuanto al segundo elemento, la jurisprudencia de inversión ha expresado opiniones divergentes. Por un lado, algunos tribunales sostuvieron que la invocación de una de las circunstancias – tales como el estado de necesidad o fuerza mayor – “no exime al Estado de pagar la indemnización por las pérdidas efectivas

21 Véase *CMS c. Argentina*, *op. cit.*, ¶¶ 315-324.

22 *Ibid.*, ¶ 331.

23 *Ibid.*, ¶¶ 354-355. El Comité *Ad Hoc* del CIADI que revisó el laudo identificó una serie de errores y defectos en el laudo con respecto a la aplicación del Artículo XI del TBI Argentina-EUA. Véase *CMS Gas Transmission Company c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/8 (Procedimiento de anulación), Decisión del Comité *AD HOC* sobre la solicitud de anulación de la República Argentina, 25 de septiembre de 2007, ¶¶ 120-135.

24 Véase *CMS c. Argentina*, *op. cit.*, ¶ 356.

25 Comisión de Derecho Internacional, Comentarios a los Artículos de Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, 2001, Artículo 27, párrafo 2.

causadas por una conducta que le es atribuible”.²⁶ Otros tribunales, sin embargo, han entendido que “las pérdidas sufridas durante el estado de necesidad deberán ser soportadas por el inversionista”.²⁷

4. Corrupción

Aunque la “corrupción” es frecuentemente invocada como defensa en arbitrajes de inversión, es difícil encontrar una definición del término.²⁸ El concepto generalmente se usa para referir, aunque no exhaustivamente, a conductas tales como cohecho o soborno a funcionario público, soborno a personas de derecho privado, lavado de activos, malversación de fondos, obstrucción de justicia, tráfico de influencias, abuso de funciones, enriquecimiento ilícito, contabilidad falsa u ocultación de bienes. Algunas conductas consideradas “corruptivas” son comúnmente reconocidas como contrarias al orden público internacional, mientras que otras solamente son prohibidas por algunos Estados, pero no son condenadas por la comunidad internacional (por ejemplo, la intermediación en contratos públicos).

Los efectos jurídicos de la corrupción en el marco del arbitraje de inversión son tan diversos como las hipótesis de corrupción que se pueden plantear. En particular, dependiendo de las circunstancias de cada caso y el tratado aplicable, los tribunales han fallado que actos de corrupción pueden afectar un arbitraje de inversión en la etapa de jurisdicción o admisibilidad, méritos, daños, e incluso costos, como explicamos a continuación.

En *Unión Fenosa c. Egipto*, el tribunal falló que la existencia de corrupción para procurar un contrato de compraventa de gas natural tiene efectos “fatales” para los reclamos del demandante en cuanto a jurisdicción, admisibilidad y méritos.²⁹ El tribunal consideró, como punto de partida, el Artículo 1(2) del

26 *South American Silver Limited c. Estado Plurinacional de Bolivia*, Caso CPA N° 2013-15, Laudo, 22 de noviembre de 2018, ¶¶ 620. Véase también, por ejemplo, *CMS Gas Transmission Company c. República Argentina*, Caso CIADI N° ARB/01/8, Laudo, 12 de mayo de 2005, ¶¶ 388.

27 Véase, por ejemplo, *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., y LG&E International, Inc. c. República Argentina*, Caso CIADI N° ARB/02/1, Decisión sobre la Responsabilidad, párrs. 260, 261, 264.

28 Las convenciones y demás instrumentos para combatir la corrupción raramente definen el término corrupción. Véase, por ejemplo, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, 14 de diciembre de 2005.

29 *Unión Fenosa Gas, S.A. c. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI No. ARB/14/4, Laudo, 31 de agosto de 2018, ¶¶ 7.48. Véase también *World Duty Free Company Limited c. República de Kenia*, Caso CIADI No. ARB/00/7, Laudo, 4 de octubre de 2006, ¶¶ 157 (“las reclamaciones basadas en contratos de corrupción o en contratos obtenidos por cor-

Acuerdo para la Protección y Fomento Recíprocos de Inversiones entre el Reino de España y la República Árabe de Egipto (“TBI España-Egipto”), que define el término “inversiones” como “todo tipo de haberes [...] adquiridos de acuerdo con la legislación del país receptor de la inversión”. En atención al requisito de legalidad de la inversión previsto en el TBI España-Egipto, “una inversión hecha de forma corrupta por un inversionista español no se encuentra protegida por el Tratado”.³⁰ Sin embargo, luego de realizar un análisis exhaustivo de los hechos del caso, el tribunal concluyó que no existían pruebas de corrupción por parte del demandante con relación al contrato, por lo que el tribunal rechazó las alegaciones de corrupción hechas por Egipto.³¹

Al igual que el TBI España-Egipto, aplicable en *Unión Fenosa c. Egipto*, el Tratado entre el Gobierno del Estado de Israel y el Gobierno de la República de Uzbekistán para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (TBI Israel-Uzbekistán) también restringe el término “inversión” a activos que cumplan con el requisito de legalidad bajo el derecho del Estado Receptor de la inversión. Sin embargo, a diferencia del caso anterior, en *Metal-Tech c. Uzbekistán* el tribunal concluyó que la inversión había sido realizada mediante actos de corrupción contrarios a las leyes de Uzbekistán (i.e., mediante pagos ilegales). Al no cumplir con el requisito de legalidad del TBI Israel-Uzbekistán, la supuesta inversión no podría considerarse amparada por el TBI Israel-Uzbekistán y el consentimiento para someter controversias a arbitraje contenido en el Tratado no podría extenderse a la controversia relacionada a una inversión no protegida. Por lo tanto, el tribunal se declaró incompetente (i.e. falto de jurisdicción) para resolver la controversia con relación a la supuesta inversión.³²

El tribunal plasmó su preocupación por el hecho de que los actos de corrupción frecuentemente involucran la participación tanto del demandante como del Esta-

rupción no pueden ser admitidas por este Tribunal Arbitral”). En el caso, el tribunal reconoció la injusticia de castigar al demandante por una conducta que habría sido propiciada por el entonces presidente de Kenia. Sin embargo, el tribunal explicó que la corrupción es un asunto de orden público por lo que debía primar el interés público (es decir, los intereses de los contribuyentes y ciudadanos). Véase *World Duty Free c. Kenia*, op. cit., ¶¶ 180-181.

30 *Unión Fenosa c. Egipto*, op.cit., ¶ 7.46. El tribunal tomó nota del hecho que, bajo el derecho de Egipto, se consideran delictivos los actos de corrupción para procurar un contrato público.

31 *Unión Fenosa c. Egipto*, op. cit., ¶¶ 7.116-7.117.

32 *Metal-Tech Ltd. c. República de Uzbekistán*, Caso CIADI No. ARB/10/3, Laudo, 4 de octubre de 2013, ¶¶ 372-373. En algunos casos, se reconoció incluso el principio que aun en ausencia de requisito de legalidad bajo el tratado aplicable, una inversión no podrá gozar de protección si se realiza en contravención de los principios de buena fe o por medio de corrupción, fraude o conducta engañosa. Véase, por ejemplo, *Gustav F W Hamester GmbH & Co KG c. República de Ghana*, Caso CIADI No. ARB/07/24, Laudo, 18 de junio de 2010, ¶ 123.

do (o sus agentes), por lo que podría ser injusto castigar solamente al demandante denegándole el derecho de recurrir a arbitraje. Considerando las circunstancias del caso, el tribunal concluyó que como Uzbekistán había contribuido a crear la situación que resultó en que se rechacen los reclamos, los costos del arbitraje debían ser repartidos entre las partes.³³

En *Penwell Business c. Kirguistán* el tribunal sostuvo que, en caso de constatarse actos de corrupción, los reclamos debían considerarse inadmisibles.³⁴ Luego de analizar la evidencia presentada por Kirguistán, el tribunal concluyó que el demandante había estado involucrado en actos de corrupción con relación a su inversión, por lo que el tribunal declaró los reclamos inadmisibles.³⁵

Por su parte, el tribunal en *Al-Warraq c. Indonesia* debió analizar el efecto de varias alegaciones de corrupción y lavado de activos por parte de los demandantes, incluyendo la presunta existencia de solicitudes de sobornos por parte de funcionarios del Estado Receptor. En ese caso, el tribunal falló que “no se trata de una cuestión de jurisdicción, sino ateniendo al fondo, que deberá analizarse en la etapa de fondo del arbitraje”.³⁶ En la etapa de méritos, el tribunal analizó las alegaciones de corrupción, pero concluyó que no existía prueba suficiente en respaldo de las alegaciones.³⁷

En *EDF c. Rumania*, el tribunal también analizó los efectos de corrupción en la etapa de méritos y sostuvo que una solicitud de soborno por parte de un organismo estatal constituye una violación del trato justo y equitativo (transparencia y expectativas legítimas), así como una violación del orden público internacional.³⁸ Sin embargo, al igual que en *Al-Warraq c. Indonesia*, el tribunal en *EDF*

33 *Metal-Tech c. Uzbekistán*, *op. cit.*, ¶¶ 389-390, 420-422.

34 El caso fue iniciado bajo la ley de inversiones de Kirguistán, que no contiene expresamente el llamado requisito de legalidad que sí contienen varios tratados de protección de inversiones (por ejemplo, los TBI España-Egipto e Israel-Uzbekistán). Sin embargo, el tribunal entendió que una inversión obtenida por medio de corrupción no se encuentra protegida por el derecho de Kirguistán y que, además, es contraria a “principios universalmente reconocidos y normas de derecho internacional”, que forman parte del derecho de Kirguistán. Véase *Penwell Business Limited c. República Kirguisa*, Caso CPA No. 2017-31, Laudo final, 8 de octubre de 2021, ¶¶ 311-318.

35 *Penwell Business c. Kirgizstan*, *op.cit.*, ¶¶ 317, 362-363, 379.

36 *Hesham T. M. Al Warraq c. República de Indonesia*, Laudo sobre las objeciones preliminares presentadas por la demandada en jurisdicción y admisibilidad, 21 de junio de 2012, ¶ 99.

37 *Hesham T. M. Al Warraq c. República de Indonesia*, Laudo final, 15 de diciembre de 2014, ¶ 614.

38 Nótese que, a diferencia de los casos anteriores, en *EDF c. Rumania* la existencia de corrupción no se alegó como una defensa por parte del Estado sino como una violación del

c. *Rumania* concluyó que no existía prueba suficiente sobre las alegaciones de corrupción.³⁹ El tribunal aclaró que, a pesar de la dificultad de probar los hechos de corrupción, la carga de la prueba recaía sobre el demandante, la parte que había alegado corrupción.⁴⁰

El principio aplicado por el tribunal en *EDF c. Rumania*, i.e. que la carga de la prueba recae sobre la parte que alega corrupción, ha sido comúnmente aplicado por otros tribunales de inversión.⁴¹ Un aspecto que resulta más controversial es el estándar probatorio, es decir, con qué grado de certeza se deben probar los hechos de corrupción alegados. Algunos tribunales han fallado que, por tratarse de hechos gravísimos, debe existir prueba definitiva de los actos de corrupción, mientras que otros tribunales han dispuesto que, por tratarse de actos difíciles de probar, no es necesario contar con prueba definitiva, sino que basta con que se establezca la existencia de hechos que permitan inferir la presencia de corrupción mediante indicios.⁴²

Por ejemplo, en *Unión Fenosa c. Egipto* el tribunal explicó que ha sido reconocido que los actos de corrupción rara vez pueden probarse mediante pruebas directas, “más bien, depende de la acumulación de prueba circunstancial”.⁴³ Sin embargo, la prueba debe existir: “en un caso que depende de pruebas circunstanciales (como el presente caso), a menudo se trata de unir los puntos; pero primero tienen que existir los puntos en la evidencia presentada ante el tribunal”.⁴⁴ Como

tratado aplicable.

39 *EDF (Services) Limited c. Rumania*, Caso CIADI No. ARB/05/13, Laudo, 8 de octubre de 2009, ¶¶ 221, 231-237.

40 *Ibid.*, ¶ 232.

41 Véase, por ejemplo, *ECE Projektmanagement c. República Checa*, Caso CPA No. 2010-5, Laudo, ¶ 4.873. Sin perjuicio de ello, algunos tribunales han sostenido que sería posible invertir la carga de la prueba en caso de que quien alega los hechos de corrupción haya presentado prueba que *prima facie* confirme los hechos alegados. Véase, por ejemplo, *Karkey Karadeniz Elektrik Uretim A.S. c. República Islámica de Pakistán*, Caso CIADI No. ARB/13/1, Laudo, 22 de agosto de 2017, ¶ 497.

42 Véase, por ejemplo, *ECE c. República Checa*, *op. cit.*, ¶ 4.873. Véase también, por ejemplo, *Penwell Business c. Kirgizstan*, *op. cit.*, ¶¶ 324-334.

43 *Unión Fenosa c. Egipto*, *op. cit.*, ¶ 7.52.

44 *Unión Fenosa c. Egipto*, *op. cit.*, ¶¶ 7.113-7.114. Como explicamos arriba, en el caso el tribunal concluyó que no existían pruebas de corrupción (o “puntos” o “banderas rojas”), por lo que el tribunal rechazó las alegaciones de corrupción hechas por Egipto. Véase también *Metal-Tech c. Uzbekistan*, *op. cit.*, ¶¶ 243, 293, donde el tribunal analizó la presencia de varias “banderas rojas” y concluyó que era posible establecer la presencia de corrupción en grado suficiente para violar la ley de Uzbekistán con relación a la realización de la inversión del demandante en Uzbekistán.

concluyó el tribunal en *ECE c. República Checa*, “el Tribunal debe decidir el caso sobre la base de la evidencia que consta en el expediente. Si no se cumple la carga de la prueba, no se prueba la alegación. Ante la falta de evidencia firme que confirme las alegaciones de corrupción, la mera existencia de sospechas no puede ser equiparada con prueba”.⁴⁵

En conclusión, lamentablemente, muchas inversiones se ven viciadas por actos de corrupción en su realización o desarrollo. Dependiendo de las circunstancias concretas del caso y el tratado o ley aplicable, los actos de corrupción afectarán un arbitraje de inversión ya sea en la etapa de jurisdicción, admisibilidad, méritos o costos. En todo caso, como abogados, nuestra tarea es procurar conseguir evidencia suficiente para respaldar las alegaciones de corrupción, sin perjuicio de las dificultades ya reconocidas para procurar este tipo de prueba.

5. Conclusión

Las defensas y excepciones a la responsabilidad del Estado son un elemento de suma importancia en el derecho internacional de las inversiones, que permite su adaptación y aplicación a circunstancias no previstas – e incluso imposibles de prever – al firmar el tratado de inversión aplicable, como es el caso de la pandemia de COVID-19 o el calentamiento global. Como abogado de parte en arbitrajes de inversión, independientemente de la parte a la que uno representa (inversionista demandante o Estado demandado), es fundamental estar familiarizado con estas defensas y excepciones, su ámbito de aplicación, limitaciones y efectos jurídicos.

45 *ECE c. República Checa*, *op. cit.*, ¶ 4.876.

LOS DAÑOS EN EL ARBITRAJE DE INVERSIÓN

Krystle Baptista Serna
Cruz Bosch Albarracín

Sumario

1. Introducción
2. Estándares de compensación previstos en los tratados de inversión
3. Principio de reparación integral
4. Efectos de legalidad o ilegalidad de la conducta del Estado sobre la compensación
5. Límites a la compensación
6. Valoración de los daños
7. Daños morales
8. Intereses
9. Asignación de costas

KRYSTLE BAPTISTA SERNA

Árbitro independiente y socia fundadora de KB | International Law & Arbitration (Madrid, España). Krystle trabaja en arbitraje como árbitro y consultora en arbitrajes comerciales y de inversión bajo los principales reglamentos internacionales. Krystle también tiene experiencia como miembro de mesa de resolución de disputas (dispute board). En 2022 la Comisión Europea la incluyó en la lista de árbitros y expertos aptos para nombramiento en disputas basadas en tratados entre la UE y terceros países. Es profesora asociada en el IE Law School en Madrid. Krystle es licenciada en Derecho por la Universidad de Navarra y tiene un LLM en la Universidad de Nueva York. Es miembro del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid y del New York Bar.

CRUZ BOSCH ALBARRACÍN

Abogada en prácticas en KB | International Law & Arbitration (Madrid, España). Cruz es abogada por la Universidad de Buenos Aires, profesora de filosofía por la Pontificia Universidad Católica Argentina y tiene un máster en Derecho de Empresa en la Universidad de Navarra.

LOS DAÑOS EN EL ARBITRAJE DE INVERSIÓN

1. Introducción

En este capítulo desarrollaremos las nociones de compensación, daño y valoración. Se trata de nociones complejas y cruciales para la práctica del arbitraje internacional y, particularmente, del arbitraje de inversión, porque consisten en determinar la cifra en la que se traduce la violación de un estándar internacional por parte del Estado. Se tratan, por lo tanto, de un área de máximo interés para los clientes, que requieren coordinación entre los abogados y los expertos. Los abogados dan a los expertos instrucciones sobre los estándares de compensación del daño y, sobre la base de tales instrucciones y dependiendo del contexto (por ejemplo, la industria o sector al que pertenece el inversor), las perspectivas económicas del negocio y otras informaciones, los expertos utilizan una serie de métodos de valoración para cuantificar los daños.

El tratamiento exhaustivo de todos los temas relacionados con la compensación, los daños y su valoración requeriría la elaboración de guías completas sobre cada tema y existe numerosa bibliografía al respecto.¹ Por lo tanto, en este capítulo se pretende dar una visión general e introductoria. Este capítulo centra la atención en los siguientes temas claves: los estándares de compensación de los tratados (2.), el principio de reparación integral (3.), los efectos de la legalidad o ilegalidad de la conducta del Estado sobre la compensación (4.), los límites a la compensación (5.), la valoración de daños (6.), los daños morales (7.), los intereses (8.) y, finalmente, la asignación de costas (9.).

2. Estándares de compensación

Como introducción y encuadre normativo del tema es importante recordar que los arbitrajes de inversión suelen surgir de la violación de un tratado bilateral o

1 Ver. Marboe Irmgard. *Calculation of Compensation and Damages in International Investment Law*. Segunda edición. Oxford University Press, 2017; Beharry, Cristina L. (ed.). *Contemporary and Emerging Issues on the Law of Damages and Valuation in International Investment Arbitration*. Brill/Nijhoff, 2018. Ver también Trenor, John A. (editor), *The Guide to Damages in International Arbitration*, Tercera edición, Global Arbitration Review, 2018; Kantor, Mark. *Valuation for Arbitrators*. Kluwer, 2008; Ripinsky, Serhey y Williams, Kevin. *Damages in International Investment Law*. BIICL, 2009; Sabahi, Borzu. *Compensation and Restitution in Investor State Arbitration*. Oxford University Press, 2011; Wälde, Thomas W. y Sabahi, Borzu. "Compensation, Damages and Valuation in International Investment Law". En Muchlinski, Ortino, Schreuer (eds.). *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Capítulo 26, 2009; Wöes, Herfried, San Román Rivera, Adriana, Spiller, Pablo y Dellepiane, Santiago. *Damages in International Arbitration under Complex Long-Term Contracts*. Oxford University Press, 2014.

multilateral de inversión que da la opción a los inversores de acudir al arbitraje internacional. Por lo tanto, cuando la reclamación tenga origen en un tratado de inversión –y en ausencia de fijación de una *lex specialis*– serán de aplicación las reglas previstas en el tratado y, subsidiariamente, las normas de derecho internacional consuetudinario recogidas en el Texto del proyecto de Artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, incorporado al Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 53.º período de sesiones (23 de abril a 1.º de junio y 2 de julio a 10 de agosto de 2001) –Documento A/56/10 (los “**Artículos sobre Responsabilidad del Estado**”).

Los tratados de inversión más recientes normalmente imponen el estándar de compensación previsto para la expropiación. Por ejemplo, el Tratado sobre la Carta de la Energía prevé en su Art. 13 que:

“Las inversiones de los inversores de una Parte Contratante en el territorio de otra Parte Contratante no serán objeto de nacionalización, expropiación o medida o medidas de efecto equivalente a la nacionalización o a la expropiación (a las cuales se aludirá en lo sucesivo como “expropiación”), excepto si dicha expropiación se lleva a cabo:

- a. por un motivo de interés público;
- b. de manera no discriminatoria;
- c. con arreglo al debido procedimiento legal; y
- d. mediante el pago de una indemnización rápida, adecuada y efectiva.

El importe de la indemnización equivaldrá al justo valor de mercado de la inversión expropiada inmediatamente antes de que el anuncio de la expropiación o de la intención de llevar a cabo la expropiación hubiese afectado al valor de la inversión (en lo sucesivo denominado “fecha de valoración”).

Este justo valor de mercado se expresará, a elección del inversor, en una divisa libremente convertible, basándose en el tipo de cambio existente en el mercado para esta divisa en la fecha de valoración. La indemnización incluirá intereses según un tipo comercial fijado con arreglo a criterios de mercado, desde la fecha de la expropiación hasta la del pago.

Con arreglo a la legislación de la Parte Contratante que realice la expropiación, el inversor afectado tendrá derecho a que un tribunal u otra autoridad competente e independiente de dicha Parte, revise con prontitud su caso, el pago de la indemnización y la valoración de su inversión, de acuerdo con los principios enunciados en el apartado 1).

En aras de una mayor claridad, se considerará un acto de expropiación la situación en la que una Parte Contratante expropie los bienes de una sociedad o empresa de su territorio en la cual hayan invertido los inversores de cualquier

otra Parte Contratante, incluso cuando se haya hecho mediante una participación en el capital.”

Este tipo de cláusulas reconocen el derecho de los Estados de expropiar propiedades de inversores extranjeros, siempre que se cumplan los requisitos enumerados en la cláusula anterior, es decir, que el Estado lo haga (i) por un propósito de interés público; (ii) de forma no discriminatoria; (iii) mediante el pago pronto, adecuado y efectivo² de una indemnización; y (iv) con apego al procedimiento legalmente previsto. La fórmula del pago “rápido, adecuado y efectivo” quiere decir que la compensación deberá (i) ser pagada sin demora; (ii) ser equivalente al valor justo de mercado que tenga la inversión expropiada inmediatamente antes que la medida expropiatoria se haya llevado a cabo; (iii) no reflejar ningún cambio en el valor debido a que la intención de expropiar se haya conocido con antelación a la fecha de expropiación; y (iv) ser completamente liquidable y libremente transferible.

Si se cumplen estas condiciones, la expropiación se considera lícita. Una expropiación que no cumple con las condiciones anteriores es ilegal y, por lo tanto, da lugar a una obligación de reparación por parte del Estado infractor, de conformidad con las normas de derecho internacional consuetudinario que se desarrollarán en la siguiente sección.³

3. Principio de reparación integral

El incumplimiento por un Estado contratante de una garantía de no expropiación ilegal o de trato justo y equitativo genera una obligación de reparar el daño causado como consecuencia del incumplimiento del tratado. Esta obligación se conoce como el principio de reparación integral bajo el derecho internacional consuetudinario y se encuentra codificada en el Art. 31(1) de los Artículos sobre Responsabilidad del Estado.⁴ La obligación de reparar el ilícito surge automáti-

2 *OOO Manolium Processing c. República de Bielorrusia*, PCA Caso No. 2018-06, 615; *Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. y Autobuses Urbanos del Sur S.A. c. la República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/09/1, p. 1033.

3 Endicott, Martin. “Remedies in Investor-State Arbitration: Restitution, Specific Performance and Declaratory Awards”. En Kahn & Walde (eds.) *New Aspects of International Investment Law*. Citado en Sabahi & Rubins. “Compensation, Damages, and Restitution”. En Borzu, Sabahi, Noah D Rubins, Don Wallace, Jr. *Investor-State Arbitration*. Oxford University Press, 2019, p. 4.

4 Art. 31 (1), Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, Documento A/56/10 de la Comisión de Derecho Internacional: “El Estado responsable está obligado a reparar íntegramente el perjuicio causado por un hecho internacionalmente ilícito”.

camente de la comisión del hecho y no depende de una demanda o protesta de otro Estado.⁵

3.1 El caso Fábrica de Chorzów

El principio de reparación integral fue introducido por la Corte Permanente de Justicia Internacional en el caso de la Fábrica de Chorzów, en el cual la Corte especificó el contenido de la obligación, declarando que la reparación debía hacer desaparecer todas las consecuencias del hecho ilícito y restablecer la situación que, con toda probabilidad, habría existido de no haberse cometido el acto ilícito.

En el caso de la Fábrica de Chorzów,⁶ Polonia expropió una fábrica de nitrato situada en la región de la Alta Silesia polaca que pertenecía a dos empresas alemanas. El gobierno polaco se había comprometido a abstenerse de expropiar las propiedades de nacionales alemanes ubicados en esa región por un período de quince años, en virtud de la Convención de Ginebra de 1922 entre Alemania y Polonia, pero las autoridades polacas se apoderaron de la fábrica y transfirieron el título de propiedad al gobierno. Alemania respaldó los reclamos de las dos empresas y presentó una reclamación ante la Corte Permanente de Justicia Internacional en contra de Polonia. Las partes finalmente llegaron a un acuerdo, pero el estándar para compensar los daños causados por hechos internacionalmente ilícitos establecido por la Corte Permanente de Justicia Internacional en su decisión constituye un referente para los tribunales internacionales hasta el día de hoy:

“El principio esencial contenido en la noción de acto ilícito – que parece establecido por la práctica internacional y en particular por las decisiones de los tribunales arbitrales – es que la reparación debe, en la medida de lo posible, eliminar todas las consecuencias del acto ilícito y restablecer la situación que probablemente habría existido de no haberse cometido el acto ilícito. Restitución en especie o, de no ser posible, el pago de una suma de dinero correspondiente al valor equivalente a la restitución en especie; de ser necesarios, daños y perjuicios por las pérdidas sufridas que no queden cubiertas por

5 Art. 31 (4), Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, Documento A/56/10 de la Comisión de Derecho Internacional.

6 Para un estudio más completo del caso de la Fábrica de Chorzów, ver Nelson, Timothy. *A Factory in Chorzów: The Silesian Dispute That Continues to Influence International Law and Exploration Damages Almost a Century Later*, 1(1) J. Damages Int'l Arb. 77, 2014. Ver también Desierto, Diane A. *The Outer Limits of Adequate Reparations for Breaches of Non-Expropriation Investment Treaty Provisions: Choice and Proportionality in Chorzów*, 55 Colum. J. Trans. L. 395, 2017.

la restitución en especie o el pago en sustitución – estos son los principios que deberían aplicarse para determinar el monto de la compensación debida por un acto contrario al derecho internacional”.⁷

El caso de la Fábrica de Chorzów explica que la reparación bajo el derecho internacional consuetudinario puede tener dos formas: restitución y compensación. Es decir, la obligación de reparación tiene una doble función: por una parte, restablecer la situación a un escenario de no- incumplimiento, y por otra, reparar los daños o perjuicios sufridos a través de una indemnización. A continuación, se explican estos conceptos de forma más detallada.

Por último, es importante señalar que aunque el estándar del caso Chorzów se concibió en un contexto de expropiación, también ha sido utilizado en casos relativos a otros ilícitos internacionales.⁸

3.2 Principales formas de reparación

Las medidas generales de reparación de ilícitos con dimensión internacional son la restitución, la indemnización y la satisfacción.⁹ Dado que esta última raramente se da en el arbitraje de inversiones,¹⁰ nos centraremos en las dos primeras.

La restitución implica el restablecimiento de la realidad previa a que se cometiera el hecho ilícito¹¹ y –en teoría– constituye el principal recurso ante un Estado que comete un hecho internacionalmente ilícito.¹² Bajo el derecho internacional, la restitución como forma de reparación está supeditada a que sea materialmente posible y a que no entrañe una carga totalmente desproporcionada en comparación con el beneficio que derivaría de la indemnización en vez de la restitución.¹³ Por su parte, la indemnización consiste en cubrir cualquier

7 *Factory at Chorzów (Germany c. Poland)*, Judgment, 1928 PCIJ (Ser. A) No. 17, p. 47.

8 *CMS Gas Transmission Company c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/8, p. 400; *MTD Equity Sdn. Bhd. y MTD Chile S.A. c. Chile*, Caso CIADI No. ARB/01/7, p. 238.

9 Art. 37 (1), Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, Documento A/56/10 de la Comisión de Derecho Internacional.

10 *Europe Cement Investment y Trade S.A. c. República de Turquía*, Caso CIADI No. ARB (AF)/07/2, p. 148.

11 Art. 35, Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, Documento A/56/10 de la Comisión de Derecho Internacional.

12 *Bernhard von Pezold y otros c. República de Zimbabue*, Caso CIADI No. ARB/10/15, p. 699; *CME Czech Republic B.V. c. República Checa*, p. 618.

13 Art. 35, Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, Documento A/56/10 de la Comisión de Derecho Internacional. Ver

daño financieramente calculable y probado, incluyendo el lucro cesante.¹⁴ En el arbitraje de inversiones la indemnización es la forma de reparación más utilizada.¹⁵ Con la finalidad de lograr una reparación integral, cabe la posibilidad de que los tribunales otorguen estas medidas de manera única o combinada.¹⁶ Ahora bien, cuando la restitución resulta materialmente imposible o entraña una carga desproporcionada en comparación con el beneficio que derivaría de la indemnización, se prefiere esta última.¹⁷ A pesar de que la restitución es considerada como el principal remedio en el derecho internacional,¹⁸ no suele ser otorgada por los tribunales. Ello se debe a que, por lo general, en el momento de emitir el laudo, la posibilidad de ordenar la restitución ha devenido abstracta, y es materialmente imposible¹⁹ (por ejemplo, porque el objeto de la controversia ha sido destruido, se ha deteriorado irremediamente, ha perecido, o ha pasado a manos de un tercero de buena fe²⁰) o la carga de ejecutar dicha decisión resulta desproporcionada en relación con el beneficio que proporciona, lo cual deberá fundarse en motivos de razonabilidad y equidad.²¹ Además, ante las difi-

también, Martin Endicott, Remedies in Investor-State Arbitration: Restitution, Specific Performance and Declaratory Awards, in *New Aspects of International Investment Law* 540–41 (Kahn & Wälde eds., Martinus Nijhoff Publishers 2007).

14 Art. 36, Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, Documento A/56/10 de la Comisión de Derecho Internacional.

15 Brower, Charles N. y Brueschke, Jason D. *The Iran-United States Claims Tribunal*. Martinus Nijhoff Publishers, 1998, p. 473. Citado en Sabahi & Rubins. “Compensation, Damages, and Restitution”. En Borzu, Sabahi, Noah D Rubins, Don Wallace, Jr. *Investor-State Arbitration*. Oxford University Press, 2019, p. 5.

16 Art. 34, Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, Documento A/56/10 de la Comisión de Derecho Internacional.

17 Art. 35, Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, Documento A/56/10 de la Comisión de Derecho Internacional.

18 Mr. Franck Charles Arif c. República de Moldavia, Caso CIADI No. ARB/11/23, p. 269.

19 Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. y Autobuses Urbanos del Sur S.A. c. República Argentina, Caso CIADI No. ARB/09/1, p. 1098.

20 Endicott, Martin. “Remedies in Investor-State Arbitration: Restitution, Specific Performance and Declaratory Awards”. En Kahn & Walde (eds.) *New Aspects of International Investment Law*. Citado en Sabahi & Rubins. “Compensation, Damages, and Restitution”. En Borzu, Sabahi, Noah D Rubins, Don Wallace, Jr. *Investor-State Arbitration*. Oxford University Press, 2019, p. 6.

21 Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l. y EnergíaTermosolar B.V. (antes Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l. y AntinEnergíaTermosolar B.V.) c. Reino de España, Caso CIADI No. ARB/13/31, p. 636; Endicott, Martin. “Remedies in Investor-State Arbitration: Restitution, Specific Performance and Declaratory Awards”. En Kahn & Walde (eds.) *New Aspects of International Investment Law*. Citado en Sabahi & Rubins. “Compen-

cultades que plantea ejecutar un laudo que ordene la restitución, los inversores agraviados suelen solicitar directamente una compensación.²² También sucede que, aunque los tribunales arbitrales tengan la potestad de otorgar remedios no pecuniarios como la restitución, los tratados no prevén la ejecución de dichas decisiones. De hecho, el Art. 54 del Convenio CIADI solo obliga a los estados a ejecutar “las obligaciones pecuniarias impuestas por el laudo”.²³ Asimismo, algunos tratados prevén una elección entre efectuar la restitución y reintegrar el equivalente pecuniario.²⁴

3.3 Evaluación de la compensación de conformidad con el estándar del caso Fábrica de Chorzów

La aplicación del estándar establecido en el caso de la Fábrica de Chorzów permite calcular el monto de los daños que se otorgarán al inversor. Este cálculo se obtiene de la diferencia entre el valor que tendría la inversión afectada de no haber ocurrido la conducta ilícita del Estado y el valor real.²⁵ Por lo tanto, la aplicación del estándar de Chorzów requiere la construcción de un escenario hipotético (conocido como escenario contra-fáctico o *but-for*) en el que se asume que la conducta ilícita del estado nunca ocurrió.

Para el cálculo del escenario contra-fáctico, es necesario asumir que el mundo siguió girando y, por lo tanto, es necesario identificar lo que el gobierno habría y podría haber hecho de manera legítima. Asimismo, para establecer el escenario contra-fáctico se asume que los demandantes retienen la inversión y la operan, teniendo en cuenta todos los eventos y riesgos que probablemente hubieran ocu-

sation, Damages, and Restitution”. En Borzu, Sabahi, Noah D Rubins, Don Wallace, Jr. *Investor-State Arbitration*. Oxford University Press, 2019, p. 6-7.

22 Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. c. Estados Unidos Mexicanos, Caso CIADI No. ARB (AF)/00/2, p. 183.

23 Art. 54(1) del Convenio CIADI: “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”.

24 TBI Modelo EE.UU 2004, Art. 34; TBI Modelo Canadá 2004, Art. 44.

25 Sabahi & Rubins. “Compensation, Damages, and Restitution”. En Borzu, Sabahi, Noah D Rubins, Don Wallace, Jr. *Investor-State Arbitration*. Oxford University Press, 2019, p. 9-11.

rido (y que no sean especulativos),²⁶ los términos contractuales,²⁷ leyes del Estado receptor de la inversión, impuestos, normas ambientales y laborales,²⁸ etc. con impacto en el valor de la inversión (solo se borran los actos ilícitos del estado). El escenario contra-fáctico debe incorporar únicamente los eventos que probablemente hubieran ocurrido en ausencia del ilícito. Aunque la certeza no es necesaria, el escenario propuesto no debe ser especulativo.²⁹

4. Efectos de la conducta del Estado sobre la compensación

Existe un debate sobre si el estándar de compensación previsto en los tratados debe aplicarse sólo a las expropiaciones legales o también a las consideradas ilegales. Antes del 2006, y en particular del caso ADC c. Hungría,³⁰ los tribunales arbitrales en casos de inversión generalmente aplicaban los estándares de compensación de los tratados tanto a las expropiaciones legales como a las ilegales. Sin embargo, el caso ADC c. Hungría, en el que gobierno húngaro revocó la concesión que la demandante tenía para operar una nueva terminal aeroportuaria en Budapest, estableció un cambio, que han seguido otros tribunales de manera creciente.³¹

En ADC c. Hungría el tribunal arbitral determinó que la revocación de la concesión de la demandante realizada por Hungría constituía una expropiación

26 Wälde, Thomas W. y Sabahi, Borzu. "Compensation, Damages and Valuation in International Investment Law". En Muchlinski, Ortino, Schreuer (eds.). *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Capítulo 26, 2009, p. 1057. Citado en Sabahi & Rubins. "Compensation, Damages, and Restitution". En Borzu, Sabahi, Noah D Rubins, Don Wallace, Jr. *Investor-State Arbitration*. Oxford University Press, 2019, p. 9.

27 P.e., en CMS c. Argentina el tribunal desestimó el argumento del inversor de que hubiera renovado la licencia de operaciones por 10 años adicionales a los establecidos en el contrato de licencia. CMS Gas Transmission Company c. República Argentina, Caso CIADI No. ARB/01/8, p.196-9; EDF (Services) Limited c. República de Rumania, Caso CIADI No. ARB/05/13, p. 243-5; Alpha Projektholding GmbH c. Ucrania, Caso CIADI No. ARB/07/16, 421; CME Czech Republic B.V. c. República Checa, p. 605.

28 Ver, p.e., Venezuela Holdings et al. c. Venezuela, Caso CIADI No. ARB/07/27 (aplicando el límite de producción impuesto por la legislación en el cálculo de daños).

29 Los tribunales arbitrales son reacios a otorgar daños especulativos e inciertos. Ver Sabahi, Borzu, Duggal, Kabir y Birch, Nicholas J. "Principles Limiting the Amount of Compensation". En Beharry, Cristina (ed.). *Contemporary and Emerging Issues on the Law and Valuation in International Investment Arbitration*. Brill/Nijhoff, 2008. Citado en Sabahi & Rubins. "Compensation, Damages, and Restitution". En Borzu, Sabahi, Noah D Rubins, Don Wallace, Jr. *Investor-State Arbitration*. Oxford University Press, 2019, p. 10.

30 ADC Affiliate Ltd y ADC & ADMC Management Ltd c. Hungría, Caso CIADI No ARB/ 03/16.

31 Sabahi & Rubins. "Compensation, Damages, and Restitution". En Borzu, Sabahi, Noah D Rubins, Don Wallace, Jr. *Investor-State Arbitration*. Oxford University Press, 2019, p. 11.

indirecta ilícita, porque no se había realizado con un fin de interés público, era discriminatoria y violaba el debido proceso. Asimismo, el tribunal arbitral determinó que el tratado de inversión aplicable solo determinaba el estándar de compensación que se debía aplicar en caso de expropiación legal, que no podía utilizarse para determinar los daños pagaderos en caso de expropiación ilegal.³² Dado que el tratado de inversión no contenía ninguna regla que rigiera la cuestión en caso de expropiación ilícita, el tribunal consideró que debía aplicarse por defecto el estándar del derecho internacional consuetudinario, es decir, el principio de reparación integral del caso de la Fábrica de Chorzów.³³

A los efectos de la valoración del daño, la principal diferencia entre la compensación calculada de conformidad con los estándares de un tratado y la calculada con base en el estándar de Chorzów es que, en algunas circunstancias, el derecho internacional admite que la fecha de valoración se traslade del momento inmediatamente anterior a la expropiación a la fecha del laudo. Esto concede a la parte agraviada la posibilidad de recibir una mayor indemnización si el valor de mercado de la propiedad se apreció tras la expropiación, lo cual se explicará con más detalle en la sección sobre la valoración de daños (6.) *infra*.³⁴

5. Límites a la compensación

Existen distintas razones que pueden justificar un límite en la cuantía de la indemnización que de otro modo se otorgaría, que son (i) la causalidad; (ii) la culpa concurrente; (iii) la falta de mitigación del daño; (iv) la falta de certeza; (v) la doble indemnización; (vi) y la aplicación del principio de equidad. Algunos de estos principios están interrelacionados (por ejemplo, los conceptos de causalidad y culpa concurrente están relacionados, en la medida en que la contribución del perjudicado al daño causado puede debilitar o romper el nexo causal entre la infracción y el daño).

5.1. Causalidad

El Art. 31 de los Artículos sobre Responsabilidad del Estado exige la reparación del daño *causado* por un hecho ilícito, incorporando el principio general de derecho que dice que debe existir un vínculo entre el acto ilícito y el daño. Es decir, los

32 ADC Affiliate Limited y ADC & ADMC Management Limited c. República de Hungría, Caso CIADI No. ARB/03/16, p. 481.

33 ADC Affiliate Limited y ADC & ADMC Management Limited c. República de Hungría, Caso CIADI No. ARB/03/16, p. 483 y 484.

34 Sabahi & Rubins. "Compensation, Damages, and Restitution". En Borzu, Sabahi, Noah D Rubins, Don Wallace, Jr. *Investor-State Arbitration*. Oxford University Press, 2019, p. 12.

daños serán indemnizables en la medida en que la parte lesionada pueda probar que estos fueron el resultado del hecho ilícito.

Ahora bien, los tratados de inversión no definen el concepto de causalidad, por lo que los tribunales arbitrales han recurrido en numerosas ocasiones a los comentarios sobre los Artículos sobre Responsabilidad del Estado.³⁵ Estos recogen los diversos términos que se utilizan para describir el vínculo que debe existir entre el hecho ilícito y el daño para que surja la obligación de reparación, por ejemplo, que las pérdidas sean atribuibles al hecho ilícito como causa inmediata, que sean directas y no demasiado remotas o inciertas para ser evaluadas. Además del criterio de inmediatez se puede tener en cuenta su previsibilidad o proximidad.

En cualquier caso, el requisito de un vínculo causal no es necesariamente el mismo en relación con todo incumplimiento de una obligación internacional, no existe una fórmula verbal única, sino que el tratamiento de la causalidad dependerá de los hechos del caso.³⁶

5.2 Culpa concurrente

Bajo el principio de la culpa concurrente, el papel de la parte agraviada en la creación de su propia lesión ya sea por acción u omisión, deliberada o negligente, se tendrá en cuenta para el cálculo de la forma y la cuantía de la reparación.³⁷

Los tribunales de inversión han recurrido al principio de la culpa concurrente en varias ocasiones, al estimar que los inversionistas habían actuado de manera negligente o ejercieron un juicio comercial erróneo.³⁸

La discrecionalidad para reducir los daños se deriva del poder inherente de los tribunales internacionales para decidir en las disputas, que incluye la autoridad

35 La República Islámica de Irán c. Estados Unidos de América, Casos IUSCT Nos. A15 (II: A), A26 (IV) y B43, p. 1792; Inmaris Perestroika Sailing Maritime Services GmbH y otros c. Ucrania, Caso CIADI No. ARB/08/8, p. 381; Biwater Gauff (Tanzania) Limited c. República Unida de Tanzania, Caso CIADI No. ARB/05/22, p. 785; Gemplus, S.A., SLP, S.A., y Gemplus Industrial S.A. de C.V. c. Estados Unidos Mexicanos, Caso CIADI No. ARB (AF)/04/3, p. 11.9; Joseph Charles Lemire c. Ucrania (II), Caso CIADI No. ARB/06/18, p. 155; El Paso Energy International Company c. República Argentina, Caso CIADI No. ARB/03/15, p. 682; Sol Es Badajoz GmbH c. Reino de España, Caso CIADI No. ARB/15/38, p. 477 y 549.

36 Art. 31 (10), Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, Documento A/56/10 de la Comisión de Derecho Internacional.

37 Art. 39, Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, Documento A/56/10 de la Comisión de Derecho Internacional.

38 Emilio Agustín Maffezini c. El Reino de España, Caso CIADI No. ARB/97/7, p. 64; MTD Equity Sdn. Bhd. y MTD Chile S.A. c. Chile, Caso CIADI No. ARB/01/7, p. 242.

para cuantificar la compensación.³⁹ Sin embargo, el monto por el cual los tribunales deben reducir los daños para reflejar la culpa concurrente no se basa en ninguna fórmula particular.⁴⁰

5.3 Falta de mitigación del daño

La mitigación es un principio general del derecho contractual, que normalmente requiere que la parte lesionada -incluso la víctima totalmente inocente- tome todas las medidas razonables para reducir la magnitud de las pérdidas que sufre por la conducta ilícita de la otra parte. Es decir, el hecho de no tomar medidas razonables no genera responsabilidad en sí mismo, pero puede reducir la compensación debida, en la medida en que la reparación se limitará a aquellas pérdidas que no podrían haberse evitado mediante una acción oportuna.⁴¹

Las medidas razonables para mitigar el daño varían según el caso, pero entre las actuaciones comunes podemos encontrar la renegociación de contratos, la redistribución de recursos o incluso el abandono de una inversión frustrada.⁴² Por ejemplo, en *Bridas c. Turkmenistán*, el tribunal arbitral condenó al Estado por haber abandonado injustificadamente una *joint venture* con una empresa argentina de hidrocarburos, pero redujo el monto del laudo por falta de mitigación de daños porque consideró que la demandante había continuado operando el yacimiento petrolero e incurriendo en costos operativos incluso después de que fuera evidente que no obtendría ingresos.⁴³

39 Ver *Yukos Universal Ltd (Isle of Man) c. Federación Rusa*, CNUDMI, PCA Caso No. AA 227, p. 1636: “The Tribunal agrees with the ISCID Annulment Committee in the MTD c. Chile case that “the role of the two parties contributing to the loss [is] [...] only with difficulty commensurable and the Tribunal [has] a corresponding margin of estimation.” However, the Tribunal, as other tribunals have done, must reach a decision and it has done so on the basis of all the evidence which it has reviewed”.

40 Sabahi & Rubins. “Compensation, Damages, and Restitution”. En Borzu, Sabahi, Noah D Rubins, Don Wallace, Jr. *Investor-State Arbitration*. Oxford University Press, 2019, p. 16.

41 Sabahi, Borzu, Duggal, Kabir y Birch, Nicholas J. “Principles Limiting the Amount of Compensation”. En Beharry, Cristina (ed.). *Contemporary and Emerging Issues on the Law and Valuation in International Investment Arbitration*. Brill/Nijhoff, 2008. Citado en Sabahi & Rubins. “Compensation, Damages, and Restitution”. En Borzu, Sabahi, Noah D Rubins, Don Wallace, Jr. *Investor-State Arbitration*. Oxford University Press, 2019, p. 16-17.

42 Sabahi, Borzu, Duggal, Kabir y Birch, Nicholas J. “Principles Limiting the Amount of Compensation”. En Beharry, Cristina (ed.). *Contemporary and Emerging Issues on the Law and Valuation in International Investment Arbitration*. Brill/Nijhoff, 2008. Citado en Sabahi & Rubins. “Compensation, Damages, and Restitution”. En Borzu, Sabahi, Noah D Rubins, Don Wallace, Jr. *Investor-State Arbitration*. Oxford University Press, 2019, p. 17.

43 *Bridas S.A.P.I.C., et al, c. Gobierno de Turkmenistán y Turkmenneft*, Caso ICC No. 9058/FMS/KGA, p. 46 y 53.

5.4 Especulación y falta de certeza de los daños

Una de las normas más asentadas del derecho de responsabilidad internacional es que no se puede otorgar reparación por daños especulativos o inciertos.⁴⁴ En aplicación de este principio, los tribunales se han negado a valorar una indemnización utilizando métodos prospectivos de cuantificación (como el método de descuento de flujo de fondos, que veremos *infra*⁴⁵), o a indemnizar el lucro cesante cuando los proyectos en cuestión aún no estaban funcionando⁴⁶ o carecían de un historial de rentabilidad suficiente.⁴⁷ En esos casos, los tribunales suelen otorgar los costes a fondo perdido (aquellos en los que el demandante ha incurrido para realizar la inversión), lo que se conoce como la *new business rule*.⁴⁸

Sin embargo, en los últimos años, varios tribunales han utilizado métodos de mercado para cuantificar daños por la pérdida de proyectos que no estaban finalizados, con el razonamiento de que si estos hubieran permanecido en manos del inversionista, se habrían vuelto rentables.⁴⁹ Basado en este razonamiento, la inversión realizada es el mínimo que los demandantes deberían tener derecho a recuperar,⁵⁰ pero también pueden otorgarse indemnizaciones por cifras mayores.

44 Amoco International Finance Corporation c. El Gobierno de la República Islámica de Irán, Compañía Nacional de Petróleo de Irán, Compañía Petroquímica Nacional y Compañía Química Kharg Limited, Caso IUSCT No. 56, p. 38.

45 Ver 6.4 Enfoques para la cuantificación de daños.

46 Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) c. República de Sri Lanka, Caso CIADI No. ARB/87/3, p. 107.

47 Metalclad Corporation c. Estados Unidos Mexicanos, Caso CIADI No. ARB (AF)/97/1, p. 121.

48 Sabahi & Rubins. "Compensation, Damages, and Restitution". En Borzu, Sabahi, Noah D Rubins, Don Wallace, Jr. *Investor-State Arbitration*. Oxford University Press, 2019, p. 17. Ver también Gotanda, John Y. *Recovering Lost Profits in International Disputes*, 36 Geo. J. Int'l L. 61, 71-2 (2004).

49 En Waguih Elie George Siag y Clorinda Vecchi c. República Árabe de Egipto, Caso CIADI No. ARB/05/15, p. 574, 631. (El tribunal otorgó US\$75 millones a la demandante sobre la base del precio de propiedades frente al mal comparables, significativamente más que los US\$30 millones realmente invertidos en el proyecto). En Crystallex International Corporation c. República Bolivariana de Venezuela, Caso CIADI No. ARB (AF)/11/2, p. 880-5 (Aunque la mina de oro no había comenzado a operar, el tribunal dictaminó que, de no ser por la expropiación, el proyecto se habría vuelto rentable y por lo tanto, otorgó una indemnización sobre esa base). En Khan Resources Inc., Khan Resources B.V. y Cauc Holding Company Ltd. c. el Gobierno de Mongolia y Monatom Co., Ltd., Caso PCA No. 2011-09, p. 267, 409, 421 (Aunque el proyecto no había llegado a la fase de producción, un estudio de viabilidad mostró que su valor excedía los costos hundidos. El tribunal utilizó un método basado en el mercado para evaluar daños varias veces superiores al monto invertido).

50 Khan Resources Inc., Khan Resources B.V. y Cauc Holding Company Ltd. c. el Gobier-

Por último, los tribunales se han negado a otorgar compensación por daños que todavía no se ha materializado, o que son demasiado remotos o especulativos.⁵¹

5.5 Doble indemnización

Es un principio generalmente aceptado que un demandante solo puede percibir una única indemnización por un daño en particular. Sin embargo, esta sencilla afirmación genera algunas dificultades en el contexto del arbitraje de inversión, donde el demandante y sus filiales pueden presentar múltiples reclamaciones ante tribunales distintos, bajo diferentes sistemas legales y con fundamento en distintas causas, en relación con los mismos daños. Al respecto, el tribunal en el caso Ronald S. Lauder c. República Checa insistía en que si distintos jueces o tribunales arbitrales concedieran indemnizaciones al mismo tiempo, la cuantía de la indemnización del foro cuya decisión fuese posterior debería tener en cuenta las indemnizaciones previas al evaluar el daño definitivo para evitar la doble indemnización.⁵²

También puede presentarse un problema de doble indemnización al emplear métodos de valoración prospectivos como el método de descuento de flujo de fondos, que incluye elementos tanto de daño emergente como de lucro cesante, porque se debe asumir que los costes de la inversión en todo caso se hubieran incurrido para obtener ganancias futuras.⁵³

Por otra parte, la compensación por daño moral puede superponerse a aquella otorgada por pérdidas materiales fijadas a valor de mercado, ya que el valor de mercado suele incluir elementos tales como el fondo de comercio y la reputación, que también integran la base de los daños morales. Igualmente, cuando se otorga una indemnización por interferencias en contratos a largo plazo y el inversor puede reinvertir el monto otorgado en el laudo, algunos autores han considerado que esto crea el riesgo de una doble indemnización, en la medida que la indemnización incluye rendimientos hipotéticos de la inversión.⁵⁴

no de Mongolia y Monatom Co., Ltd., Caso PCA No. 2011-09, p. 409.

51 LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. y LG&E International Inc. c. República Argentina, Caso CIADI No. ARB/02/1.

52 Ronald S. Lauder c. República Checa, p. 172.

53 Wells, Louis T. "Double-Dipping in Arbitration Awards? An Economist Questions Damages Awarded to Karaha Bodas Company in Indonesia". En *Arbitration International*, Núm. 4, Vol. 19 (2003), pp. 471-482. Sabahi & Rubins. "Compensation, Damages, and Restitution". En Borzu, Sabahi, Noah D Rubins, Don Wallace, Jr. *Investor-State Arbitration*. Oxford University Press, 2019, p. 17.

54 Sabahi & Rubins. "Compensation, Damages, and Restitution". En Borzu, Sabahi, Noah D Rubins, Don Wallace, Jr. *Investor-State Arbitration*. Oxford University Press, 2019, p. 17.

Por último, se ha debatido si la concesión de intereses sobre el lucro cesante sobre un mismo período constituiría un supuesto de doble indemnización, ya que el capital no puede generar simultáneamente intereses y beneficios.⁵⁵

5.6 Equidad

Además de los diversos principios discutidos anteriormente, la indemnización puede reducirse por razones de equidad o por el ejercicio de la discrecionalidad del árbitro.

La equidad es un principio general del derecho internacional que puede entrar en juego cuando las partes han acordado que el tribunal puede fallar *ex aequo et bono*⁵⁶ (sobre la base de nociones de equidad en lugar de principios legales). El criterio de equidad forma parte del ejercicio de discreción del tribunal al otorgar una indemnización, potestad que, por ejemplo, se utiliza para cuantificar y distribuir los daños en proporción a la culpa de las partes, fijar la tasa de interés y asignar las costas.

6. Valoración de los daños

La valoración de los daños es normalmente efectuada por peritos expertos en colaboración con expertos técnicos de la industria. Por ejemplo, la valoración de un proyecto de gas puede requerir expertos en operaciones de gas, geólogos que opinen sobre la estructura de los depósitos y expertos en valoración que utilicen los hallazgos de estos especialistas para cuantificar los daños. El papel de un abogado internacional en este contexto es asesorar a los expertos sobre las normas legales aplicables, como la fecha de valoración, los términos contractuales, las leyes locales, los impuestos y las regulaciones ambientales y laborales. Por lo general, los tribunales arbitrales tendrán que elegir entre valoraciones contrapuestas presentadas por las partes, a menudo utilizando diferentes métodos de valoración.

Los tribunales también pueden nombrar expertos independientes que les ayuden a comprender las valoraciones y alegatos de las partes. Además, pueden utilizar otras técnicas para probar la razonabilidad de las valoraciones, como el *hot-tubbing*, un procedimiento mediante el cual los peritos de ambas partes se presentan conjuntamente ante el tribunal arbitral y de forma conjunta o consecutiva responden a las preguntas del tribunal y los letrados.

55 Crawford, James. *The International Law Commission's Articles on State Responsibility*. Cambridge University Press, 2002, p. 239. Citado en Sabahi & Rubins. "Compensation, Damages, and Restitution". En Borzu, Sabahi, Noah D. Rubins, Don Wallace, Jr. *Investor-State Arbitration*. Oxford University Press, 2019, p. 17-18.

56 Art. 38, inc. 2), Estatuto de la Corte Internacional de Justicia; *The American Independent Oil Company c. El Gobierno del Estado de Kuwait*, p. 78.

A continuación, explicaremos los siguientes conceptos clave en la valoración: (i) la noción de valor justo de mercado, (ii) fecha de valoración, (iii) la perspectiva de la valoración, y (iv) diversos enfoques para la cuantificación de los daños.

6.1 Valor justo de mercado o valor de mercado razonable

El valor justo de mercado, adoptado en los tratados de inversión modernos como estándar de compensación para la expropiación, puede ser definido como el precio que un comprador está dispuesto a pagar a un vendedor en circunstancias en las que ambos tienen completa información de la situación, intenciones de maximizar sus ganancias y no están bajo ningún tipo de coacción o amenaza⁵⁷ o, dicho de otra forma, el precio -expresado en equivalentes de efectivo- al que determinada propiedad cambiaría de manos entre un comprador y un vendedor actuando en condiciones de plena competencia en un mercado abierto y sin restricciones, en el que ninguno de los dos está obligado a comprar o vender, y ambos tienen un conocimiento razonable de los hechos relevantes.⁵⁸ Como mencionamos anteriormente, el valor justo de mercado ha logrado un gran apoyo como base del valor de la indemnización en caso de expropiación. El Art. 13 del Tratado sobre la Carta de la Energía citado en el punto 2 es una de las normativas, junto con numerosas leyes nacionales, tratados bilaterales y multilaterales de inversión, que recogen esta tendencia.⁵⁹

6.2 Fecha de valoración de los daños

El valor de una inversión a menudo fluctúa entre la fecha de incumplimiento del tratado y la fecha del laudo. Las variaciones pueden deberse a las condiciones del mercado, la oferta y la demanda de un producto, la situación política u otros factores. Por lo tanto, la fijación de la fecha de valoración puede tener un impacto significativo en los daños y, a menudo, es objeto de un intenso debate entre las partes y sus expertos.

57 Starrett Housing Corporation, Starrett Systems, Inc. y otros c. El Gobierno de la República Islámica de Irán, Bank Markazi Irán y otros, Caso IUSCT No. 24, p. 277.

58 CMS Gas Transmission Company c. República Argentina, Caso CIADI No. ARB/01/8, p. 402.

59 El Banco Mundial realizó un estudio sobre el estado del derecho internacional en la década de los noventa, que respecto del estándar de compensación dice que la compensación se considerará “adecuada” si se basa en el valor justo de mercado del bien expropiado, y que dicho valor se determinará en el momento inmediatamente antes a producirse la expropiación o cuando se conoció públicamente la decisión de expropiar el bien. Ver Art. 3, Título IV “Expropriation and Unilateral Alterations or Termination of Contracts” del las Directrices del Banco Mundial sobre el Tratamiento de la Inversión Extranjera Directa (1992).

Como se señaló antes, la mayoría de los tratados de inversión exigen que, para determinar el nivel adecuado de compensación de un activo expropiado, este debe valorarse a la fecha inmediatamente anterior a aquella en que la expropiación se haga pública.⁶⁰ Esto ocurre para asegurar que el valor del bien expropiado no refleje el impacto de la expropiación. Sin embargo, como se señaló en el caso de la Fábrica de Chorzów, en algunas circunstancias se considera que la fecha de valoración puede ser la del laudo, ya que tomar la fecha inmediatamente anterior a la expropiación implicaría aceptar que la demandada estaba facultada a expropiar las propiedades, y equivaldría a poner en el mismo nivel una expropiación legal que una ilegal en lo que respecta a sus resultados financieros.⁶¹

De hecho, con base en el caso de la Fábrica de Chorzów, el tribunal arbitral en el caso ADC c. Hungría explicó que la fecha efectiva de valoración se puede mover a la fecha del laudo en situaciones que involucran un acto ilegal, cuando el valor de la inversión ha aumentado tras el incumplimiento,⁶² esto es, cuando a la fecha del laudo el valor del bien expropiado resulta superior a la indemnización que resultaría de la suma del valor a la fecha del incumplimiento más los intereses capitalizados hasta el laudo. Este enfoque se adopta para evitar un enriquecimiento injusto del Estado que, bien porque ha logrado gestionar mejor el bien expropiado o bien porque las condiciones de mercado le han resultado más favorables, ha logrado que el bien expropiado se revalorice.⁶³

En ADC c. Hungría sucedió que el tráfico del aeropuerto aumentó sustancialmente después de la expropiación, lo que hizo que la operación fuera más rentable

60 Art. 4 (2) del TBI entre Argentina-Chile (1991).

61 Caso de la Fábrica de Chorzów (Fondo), PCIJ Serie A. No 17, p. 47: "It follows that the compensation due to the German Government is not necessarily limited to the value of the undertaking at the moment of dispossession, plus interest to the day of payment. This limitation would only be admissible if the Polish Government had had the right to expropriate, and if its wrongful act consisted merely in not having paid to the two Companies the just price of what was expropriated; in the present case, such a limitation might result in placing Germany and the interests protected by the Geneva Convention, on behalf of which Interests the German Government is acting, in a situation more unfavourable than that in which Germany and these interests would have been if Poland had respected the said Convention. Such a consequence would not only be unjust, but also and above all incompatible with the aim of Article 6 and following articles of the Convention -that is to say, the prohibition, in principle, of the liquidation of the property, rights and interests of German nationals and of companies controlled by German nationals in Upper Silesia- since it would be tantamount to rendering lawful liquidation and unlawful dispossession indistinguishable in so far as their financial results are concerned".

62 ADC Affiliate Limited y ADC & ADMC Management Limited c. República de Hungría, Caso CIADI No. ARB/03/16, pág. 497.

63 Memento práctico Arbitraje 2020-2021. Madrid: Francis Lefevre, p. 4883.

en manos del nuevo operador. El tribunal calculó la compensación a la fecha del laudo, asignando a los demandantes las ganancias adicionales que habrían obtenido si el aeropuerto hubiera permanecido en sus manos.⁶⁴

6.3 Perspectiva de valoración

Establecer el valor justo de mercado de una inversión a partir de una fecha de valoración determinada normalmente impide que el experto tenga en cuenta la información posterior a esa fecha, aunque afecte a la cuantificación.

La prohibición del uso retrospectivo de información es inherente a la definición de valor justo de mercado, que implica una transacción hipotética llevada a cabo entre un comprador y un vendedor justo antes del incumplimiento. Esto es lo que se conoce como enfoque *ex ante* de la valoración.⁶⁵

En cambio, cuando se mueve la fecha de valoración a la fecha del laudo, el experto puede tener en cuenta información sobre eventos que ocurrieron después del incumplimiento, evitando de este modo la prohibición del “uso retrospectivo”. En este caso, se imagina un escenario entre un hipotético comprador y vendedor que concluyen su trato en el presente y, lógicamente, saben todo lo que ha sucedido desde el incumplimiento. Esto es lo que se conoce como perspectiva de valoración *ex post*.⁶⁶

6.4 Enfoques para la cuantificación de daños

Las empresas y los tribunales de tratados de inversión emplean tres enfoques principales para la valoración de las inversiones: el enfoque basado en el mercado; el enfoque de renta; el enfoque basado en activos. A continuación, explicamos brevemente cada enfoque, añadiendo un breve apunte sobre la pérdida de oportunidad.

64 Desde ADC c. Hungría, varios tribunales han respaldado este enfoque (Marion Unglaube c. República de Costa Rica, pág. 223, 316-18; Yukos Universal Ltd (Isla de Man) c. Federación Rusa, p. 1763-8; Bernhard von Pezold y otros c. República de Zimbabue, pág. 758-64; y Quiborax SA et al. c. Bolivia, p. 377). Sin embargo, la práctica de cambiar la fecha de valoración ha tenido críticas. George Abi Saab y Brigitte Stern presentaron extensas opiniones disidentes en Conoco Phillips Petrozuata BV et al. c. Venezuela (p. 256) y Quiborax SA et al. c. Bolivia (p. 46-56), respectivamente.

65 Cf. Santa Elena SA c. Costa Rica, Caso CIADI No. ARB/96/1, p. 84 (El tribunal determinó que la fecha de una expropiación lícita era la del decreto de expropiación, y luego señaló que, si la relevante para la valoración fuese la fecha del laudo, entonces el tribunal tendría que tener en consideración aquellos factores presentes en la mente de un posible comprador. Si, por el contrario, la fecha relevante fuese la del decreto de expropiación, los factores que surgieron después deben descartarse).

66 Sabahi & Rubins. “Compensation, Damages, and Restitution”. En Borzu, Sabahi, Noah D Rubins, Don Wallace, Jr. *Investor-State Arbitration*. Oxford University Press, 2019, p. 21.

El enfoque basado en el mercado proporciona un valor que surge de comparar el activo en cuestión con activos idénticos o semejantes que se hayan vendido o puesto en el mercado en fechas cercanas a la de la valoración. Tales comparables serán, dependiendo del objeto de valoración, empresas, acciones, negocios, etc.⁶⁷

El enfoque basado en los ingresos o de renta refleja la opinión prevaleciente de que un activo está representado por su capacidad para generar ingresos financieros a su propietario.⁶⁸ El método más utilizado en arbitraje de inversión es el descuento de flujo de fondos, especialmente para la valoración de empresas.⁶⁹ Este permite calcular el valor presente de una propiedad a partir de los flujos de efectivo netos futuros esperados, utilizando una tasa de descuento.

El enfoque del coste o basado en activos suele elegirse cuando la empresa en cuestión no tiene un historial de rentabilidad. En tales situaciones, los tribunales suelen recurrir a métodos de valoración retrospectivos, que cuantifican la compensación con base en costos históricos incurridos por el demandante en el desarrollo de la inversión afectada, lo que se puede obtener a partir de los costes incurridos, el valor contable, el valor de reposición y el valor de liquidación.⁷⁰ Estos métodos no tienen en cuenta la capacidad futura de generar ingresos de los activos en cuestión, que en la mayoría de los casos representa el elemento fundamental de valor para cualquier negocio. Como resultado, en muchos casos, los métodos retrospectivos corren el riesgo de no compensar adecuadamente a la parte perjudicada.⁷¹

67 Memento práctico Arbitraje 2020-2021. Madrid: Francis Lefevre, p. 4915. Marboe, Irmgard. *Damages: Current Issues and Challenges, Brill Research Perspectives on International Investment Law and Arbitration*. Vol. 2.1, 2018, p. 45-48. Citado en Sabahi & Rubins. "Compensation, Damages, and Restitution". En Borzu, Sabahi, Noah D Rubins, Don Wallace, Jr. *Investor-State Arbitration*. Oxford University Press, 2019, p. 22.

68 Damodaran, Aswath. *Investment Valuation: Tools and Techniques for Determining the Value of Any Asset*. Wiley, 2012, p. 453. Citado en Sabahi & Rubins. "Compensation, Damages, and Restitution". En Borzu, Sabahi, Noah D Rubins, Don Wallace, Jr. *Investor-State Arbitration*. Oxford University Press, 2019, p. 21.

69 Sabahi & Rubins. "Compensation, Damages, and Restitution". En Borzu, Sabahi, Noah D Rubins, Don Wallace, Jr. *Investor-State Arbitration*. Oxford University Press, 2019, p. 23.

70 Rubins, Noah, Sinha Vasuda, y Roberts, Baxter. "Approaches to Valuation in Investment Treaty Arbitration" en Beharry, Cristina L. (ed.). *Contemporary and Emerging Issues on the Law of Damages and Valuation in International Investment Arbitration*. Brill/Nijhoff, 2018, p. 195-200. Citado en Sabahi & Rubins. "Compensation, Damages, and Restitution". En Borzu, Sabahi, Noah D Rubins, Don Wallace, Jr. *Investor-State Arbitration*. Oxford University Press, 2019, p. 25.

71 Rubins, Noah, Sinha Vasuda, y Roberts, Baxter. "Approaches to Valuation in Investment Treaty Arbitration" en Beharry, Cristina L. (ed.). *Contemporary and Emerging Issues on the Law of Damages and Valuation in International Investment Arbitration*. Brill/Nijhoff, 2018, p. 195-

Por último, algunos ordenamientos jurídicos⁷² admiten la recuperación de daños por pérdida de la oportunidad. Este tipo de compensación se otorga en los casos en que el demandante no logra probar con el grado de certeza requerido la cuantía del lucro cesante, pero el tribunal está convencido de que hubo una pérdida cierta. De esta forma, se busca desfavorecer el resultado “todo o nada” en la asignación de daños y, posiblemente, equilibrar los intereses de ambas partes con miras a lograr un resultado más justo.⁷³

7. Daños morales

El Art. 31 de los Artículos sobre Responsabilidad de los Estados establece la obligación de reparar íntegramente el perjuicio causado por el hecho internacionalmente ilícito, perjuicio que comprende todo daño, tanto material como moral.

En cuanto al concepto jurídico del daño moral, este puede definirse como la indemnización judicialmente determinada por el mal cometido, debiendo ser la indemnización adecuada y equilibrada en relación con la lesión sufrida, que puede ser tanto física como mental.⁷⁴

La persona lesionada tiene derecho, según las normas de derecho internacional, a ser indemnizada por el daño infringido que le haya causado sufrimiento mental, daño a sus sentimientos, humillación, vergüenza, degradación, pérdida de la posición social o daño a su prestigio o reputación, y tal compensación debe ser proporcional a la lesión. Los daños morales son difíciles de medir y estimar en términos monetarios, pero esto no los hace menos reales ni es una razón por la cual la persona lesionada no deba ser indemnizada.⁷⁵

No es frecuente que los tribunales otorguen daños morales en marco del arbitraje de inversión, sin embargo, en el caso *Desert Line c. Yemen*, la demandada solicitó una compensación por daños morales que incluían la pérdida de reputación. En

200. Citado en Sabahi & Rubins. “Compensation, Damages, and Restitution”. En Borzu, Sabahi, Noah D Rubins, Don Wallace, Jr. *Investor-State Arbitration*. Oxford University Press, 2019, p. 26.

72 P.e., el Art. 7.4.3 (2) de los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales dispone que la compensación puede deberse por la pérdida de una expectativa en proporción a la probabilidad de que acontezca.

73 Saidov, Djakhongir. *Damages: The need for uniformity*. 25 J.L. & COM. (2005-06), p. 402. Citado en Sabahi & Rubins. “Compensation, Damages, and Restitution”. En Borzu, Sabahi, Noah D Rubins, Don Wallace, Jr. *Investor-State Arbitration*. Oxford University Press, 2019, p. 28.

74 Informes de laudos arbitrales internacionales, Comisión Mixta de Reclamaciones (Estados Unidos y Alemania) (1 de noviembre de 1923-30 de octubre de 1939), Vol. VII p.36.

75 Informes de laudos arbitrales internacionales, Comisión Mixta de Reclamaciones (Estados Unidos y Alemania) (1 de noviembre de 1923-30 de octubre de 1939), Vol. VII p. 40.

esta ocasión, el tribunal manifestó que, sin perjuicio de que los tratados de inversión apunten principalmente a proteger la propiedad y bienes de contenido económico, estos no excluyen la posibilidad de solicitar excepcionalmente compensación por daños morales, lo cual se acepta en la mayoría de los sistemas legales.⁷⁶ En este caso, el tribunal consideró que el prestigio y reputación de la demandada habían sido perjudicados, por lo que era procedente compensarla por daños morales.⁷⁷

La cuantificación de los daños morales resulta extremadamente difícil porque implica identificar estándares objetivos para establecer la compensación por daño moral.⁷⁸ En *Lemire c. Ucrania* el tribunal, citando a *Desert Line c. Yemen* reiteró que las circunstancias para otorgar daños morales son excepcionales, y analizó tres factores: (i) que las acciones del Estado impliquen amenaza física, detención ilegal u otras situaciones análogas en las que los malos tratos contravengan las normas conforme a las cuales se espera que actúen las naciones civilizadas; (ii) que las acciones del Estado causen deterioro de la salud, estrés, ansiedad u otros sufrimientos mentales tales como humillación, vergüenza y degradación, o pérdida de la reputación, prestigio y posición social; y (iii) que tanto la causa como el efecto sean graves o sustanciales.⁷⁹

Por último, no deben confundirse los daños morales con los daños punitivos, que no tienen un carácter resarcitorio sino un efecto sancionador. Si bien estos últimos son comunes en algunos sistemas de derecho interno, todavía no han encontrado aplicación en el derecho internacional. En el caso *Lusitania*⁸⁰ fueron rechazados por no satisfacer ningún daño sufrido⁸¹ y algunos tratados de inversión, como por ejemplo el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, excluyen explícitamente la posibilidad de otorgar daños punitivos.⁸²

8. Intereses

Los intereses compensan al inversor por la imposibilidad de hacer uso del dinero por un período de tiempo, pudiendo el interés acumulado sobre un laudo exceder

76 *Desert Line Projects LLC c. República de Yemen*, Caso CIADI No. ARB/05/17, p. 289.

77 *Desert Line Projects LLC c. República de Yemen*, Caso CIADI No. ARB/05/17, p. 290.

78 Sabahi & Rubins. “*Compensation, Damages, and Restitution*”. En Borzu, Sabahi, Noah D Rubins, Don Wallace, Jr. *Investor-State Arbitration*. Oxford University Press, 2019, p. 30.

79 Joseph Charles Lemire C. Ucrania (II), Caso CIADI No. ARB/06/18.

80 Informes de Laudos Arbitrales Internacionales, Comisión Mixta de Reclamaciones (Estados Unidos y Alemania): Decisiones Administrativas y Opiniones de Carácter General y Opiniones en Reclamaciones Individuales de Lusitania y Otros Casos hasta el 30 de junio de 1925. (Washington, Government Printing Office, 1925).

81 Informes de laudos arbitrales internacionales, Comisión Mixta de Reclamaciones (Estados Unidos y Alemania) (1 de noviembre de 1923 - 30 de octubre de 1939), Vol. VII p. 39.

82 Tratado de Libre Comercio de América del Norte, art. 1135 (3).

el principal en los casos en que el tiempo transcurrido desde el incumplimiento hasta el laudo sea significativo.⁸³

8.1 Intereses previos y posteriores a la fecha del laudo

Los intereses devengados en la fase previa al laudo son parte de la indemnización por el daño causado por el ilícito cometido por el Estado, y son calculados utilizando el mismo estándar de compensación aplicado para llegar al monto principal de los daños, en tanto su finalidad también es lograr una reparación integral.⁸⁴ La aplicación del principio de reparación integral en este contexto requiere determinar la tasa de interés que el inversor podría haber percibido si hubiera recibido de inmediato las sumas adeudadas y hubiera puesto el dinero en uso productivo.⁸⁵

Por el contrario, los intereses que se acumulan después de que se ha dictado un laudo, también conocidos como intereses moratorios, tienen por objeto desalentar el pago atrasado y reembolsar al acreedor del laudo por cualquier demora. Esta distinción está explicada en los comentarios a los Artículos sobre Responsabilidad del Estado.⁸⁶

8.2 Bases legales para el otorgamiento de intereses

La primera de las fuentes legales aplicada por los tribunales arbitrales para establecer los intereses son los tratados de inversión: muchos tratados de inversión disponen que la indemnización debe ir acompañada de intereses⁸⁷ calculados a una tasa comercial.⁸⁸ Sin embargo, la mayoría de los tratados no definen cuál es la tasa

83 P.e., en *Aminoil c. Kuwait*, el monto correspondiente a los intereses por daños era casi tres veces superior al monto correspondiente al principal, ya que la expropiación había tenido lugar veintidós años antes.

84 Art. 38, Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, Documento A/56/10 de la Comisión de Derecho Internacional; *Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) c. República de Sri Lanka*, Caso CIADI No. ARB/87/3, p. 114.

85 Sabahi & Rubins. “*Compensation, Damages, and Restitution*”. En Borzu, Sabahi, Noah D Rubins, Don Wallace, Jr. *Investor-State Arbitration*. Oxford University Press, 2019, p. 32.

86 Art. 38 (12), Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, Documento A/56/10 de la Comisión de Derecho Internacional.

87 Esto también podría inferirse del requisito que la mayoría de los tratados tienen de que la compensación por expropiación se pague sin demora injustificada. P.e. Art. 4.2 del TBI entre Portugal-Uruguay (1997); Art. 7 c) del TBI entre Argentina-Holanda (1992); Art. 5.3 del TBI entre España-República Árabe Siria (2003); y Art. 4.3 del TBI entre Argentina-Suecia (1991).

88 En este sentido, Art. 5 (3) del TBI entre Bolivia y España (2001); Art. 6 (2.c) del TBI

comercial apropiada.⁸⁹ Queda, por lo tanto, en manos del tribunal, determinar la tasa de interés razonable.

El tribunal también puede basarse en leyes nacionales, que en muchos casos contienen tasas de interés legal fijas, beneficiosas porque no requieren prueba del daño real causado por el pago atrasado, aunque tienen como desventaja el hecho de que suelen cambiar lentamente, y es posible que no reflejen las condiciones actuales del mercado, como la inflación.⁹⁰

Otra de las fuentes utilizada por los tribunales para otorgar intereses “previos y posteriores” al laudo han sido las estipulaciones contractuales que dieron origen a la relación entre las partes,⁹¹ e incluso se ha citado en alguna ocasión el Art. 7.4.9 los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales.⁹²

8.3 Tasa de interés

Aplicando las fuentes legales discutidas anteriormente, y dependiendo de las circunstancias de cada caso, los tribunales arbitrales han aplicado una variedad de tasas de interés, entre ellas, (i) tasas bancarias –tasas de préstamos interbancarios;⁹³ tasas de refinanciamiento del Banco Central; y tasas preferenciales–;⁹⁴ (ii) tasas en relación con las variaciones de las Letras del Tesoro y Certificados de Depósito Americanos,⁹⁵ más un margen adecuado para el período anterior y posterior al

entre México y Emiratos Árabes Unidos (2016); Art. 4 (2) del TBI entre Ecuador y Suecia (2001).

89 Una excepción a esta afirmación se encuentra en el caso *OOO Manolium Processing c. República de Bielorrusia*, Caso PCA No. 2018-06 iniciado por un inversor ruso bajo el tratado de la Unión Económica de Eurasia de 2014. El tratado prevé el pago de intereses por expropiación por la tasa que resulte mayor entre una tasa comercial inexistente y LIBOR. Por lo tanto, el tribunal arbitral se vio obligado a aplicar LIBOR. Ver p. 679.

90 Sabahi & Rubins. “Compensation, Damages, and Restitution”. En Borzu, Sabahi, Noah D Rubins, Don Wallace, Jr. *Investor-State Arbitration*. Oxford University Press, 2019, p. 35.

91 *Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. C. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/00/5, págs. 383 y 387.

92 *Petrobart Limited c. La República Kirguisa (I)*, 94-95.

93 *Ceskoslovenska Obchodni Banka, AS c. República Eslovaca*, págs. 344.

94 Beharry, Christina. *Pre-Judgement Interest Rates in International Investment Arbitration*, 8 J. Int'l Disp. Sett. 56, 2017, 67-9. Citado en Sabahi & Rubins. “Compensation, Damages, and Restitution”. En Borzu, Sabahi, Noah D Rubins, Don Wallace, Jr. *Investor-State Arbitration*. Oxford University Press, 2019, p. 36.

95 *CMS Gas Transmission Company c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/8, p. 471-472; *ADC Affiliate Ltd y ADC & ADMC Management Ltd c. Hungría*, Caso CIADI No ARB/ 03/16, p. 300; *Marion Unglaube c. República de Costa Rica*, p. 324-5; y *Saint-Gobain Performance Plastics Europe c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso

laudo; (iii) la tasa de rendimiento histórica del demandante,⁹⁶ (iv) el rendimiento de un bono del gobierno a diez años,⁹⁷ y tasas legales.

8.4 Fecha de devengo de los intereses

El Art. 38 (2) de los Artículos sobre Responsabilidad del Estado dispone que los intereses se devenguen desde la fecha en que debería haberse pagado la suma principal hasta la fecha en que se haya cumplido la obligación de pago.

Los tribunales arbitrales han adoptado diversos enfoques para fijar la fecha de inicio del devengo de los intereses, eligiendo la mayoría la fecha del incumplimiento⁹⁸ y, en otros, la fecha en que los inversores presentaron la reclamación de arbitraje.⁹⁹ Algunos tribunales arbitrales han resuelto que los intereses deberían acumularse a partir de la fecha en que venció la obligación contractual de pago del Estado receptor de la inversión.¹⁰⁰ Por último, cuando el objeto del arbitraje es la cuantía obtenida en un laudo arbitral o sentencia judicial, los tribunales arbitrales generalmente han adoptado como inicio de la contabilización de los intereses la fecha del laudo o sentencia judicial.¹⁰¹

8.5 Capitalización simple y compuesta

El método de cálculo puede seguir leyes de capitalización simple o compuesta. La diferencia radica en si la capitalización incluye o no los intereses pasados, añadiéndolos al principal, para devengar intereses futuros. En la capitalización simple los intereses se obtienen multiplicando el capital inicial por el tipo de interés por el período de devengo. En la capitalización compuesta, en cada período de capitalización, los intereses ya devengados se acumulan al principal y así generan nuevos intereses.

En *Santa Elena c. Costa Rica*, el tribunal explicó la justificación para otorgar interés compuesto, diciendo que si un propietario ha perdido una propiedad y no ha recibido el equivalente monetario que entonces se le adeudaba, el monto de la indemnización debe reflejar, al menos en parte, la suma adicional que habría

CIADI No. ARB/12/13, p. 880-2.

96 *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. y Vivendi Universal, S.A. (antes Aguas Argentinas, S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. y Vivendi Universal, S.A.) c. República Argentina (II)*, Caso CIADI No. ARB/03/19, p. 9.3.8.

97 *Novenergia II-Energy & Environment (SCA), SICAR c. Reino de España*, p. 845-6.

98 *Asian Agricultural Products Ltd c. Sri Lanka*, 114.

99 *Asian Agricultural Products Ltd c. Sri Lanka*, 115.

100 *SGS c. Paraguay*, p. 184-8.

101 *Saipem SpA c. La República Popular de Bangladesh*, 212.

ganado, si la indemnización y los ingresos generados por la misma hubieran sido reinvertidos cada año a tasas razonables de interés vigentes, sin que el propósito del interés compuesto sea castigar por la demora en el pago.¹⁰²

La tendencia de los tribunales, sin embargo, es otorgar intereses simples en lugar de compuestos.¹⁰³ En este sentido, los comentarios sobre los Artículos sobre Responsabilidad del Estado¹⁰⁴ explican que las disposiciones contractuales que parecerían permitir el interés compuesto deben interpretarse restrictivamente¹⁰⁵ y señalan que la jurisprudencia arbitral es unánime en rechazar el interés compuesto, y que harían falta argumentos muy fuertes y muy específicos para admitir el otorgamiento de ese tipo de interés.¹⁰⁶

9. Asignación de costes legales y arbitrales

Los costes asociados con un arbitraje son de dos tipos: costas del arbitraje y gastos legales. A continuación, se explicarán ambos conceptos.

Las costas del arbitraje incluyen los honorarios y gastos del tribunal arbitral, incluidos los gastos de viaje y otros, así como los gastos relacionados con la contratación de secretarios y asistentes del caso y la obtención de asesoramiento de expertos independientes sobre cuestiones complejas. También incluyen las tarifas de las instituciones arbitrales, que abarcan las tarifas de registro, gastos administrativos por el mantenimiento de los archivos, la prestación de apoyo logístico y de secretaría a los tribunales, la contratación de servicios de transcripción e interpretación para las audiencias, y cualquier otra tarifa cobrada por una autoridad facultada para proceder a los nombramientos de los árbitros.

Por su parte, los costes legales normalmente incluyen los honorarios y gastos de los abogados de las partes incurridos en relación con el arbitraje, que comprenden los gastos asociados con los testigos y peritos, viajes, la recolección de

102 Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. c. República de Costa Rica, Caso CIADI No. ARB/96/1, p. 104.

103 Derains, Yves. *Études Pierre Bellet 113*. 1991. Citado en Sabahi & Rubins. "Compensation, Damages, and Restitution". En Borzu, Sabahi, Noah D Rubins, Don Wallace, Jr. *Investor-State Arbitration*. Oxford University Press, 2019, p. 39.

104 Art. 38 (8), Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, Documento A/56/10 de la Comisión de Derecho Internacional.

105 Art. 38 (8), Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, Documento A/56/10 de la Comisión de Derecho Internacional.

106 Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II, p. 650. Citado en Art. 38 (8), Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, Documento A/56/10 de la Comisión de Derecho Internacional.

prueba, y cualquier otro servicio o bien proporcionado o adquirido en relación con el manejo del caso por los abogados.¹⁰⁷

La mayor parte de las costas del arbitraje suelen ser gastos legales, y la asignación de estos entre las partes es uno de los temas principales que surge en casi todos los casos con respecto a costes. Normalmente, los tribunales reservan la cuestión de las costas para el final del procedimiento arbitral y, en ese momento, invitan a las partes a presentar alegatos en relación con su asignación.

Existen dos enfoques para la asignación de costas. En primer lugar, y en consonancia con la práctica de los tribunales ingleses, el enfoque *costs follow the event* o “el que pierde paga” que requiere que la parte perdedora asuma los costos legales y del arbitraje de la parte ganadora en proporción al grado en que ha perdido. El enfoque contrario requiere que cada parte asuma sus propios costos legales y del arbitraje. La mayoría de los reglamentos de arbitraje internacional otorgan a los árbitros amplia autoridad para asignar los costos legales y de arbitraje como lo consideren adecuado.¹⁰⁸

En el arbitraje de inversiones moderno, es difícil identificar un patrón consistente en las decisiones de los tribunales con respecto a la distribución de los costos. Los primeros laudos tendían dividir los costes del arbitraje y ordenaban a las partes sufragar sus propios gastos legales.¹⁰⁹ Últimamente, los tribunales asignan con mayor frecuencia los costes legales y de arbitraje en función del éxito relativo de las partes.¹¹⁰

Al asignar las costas al perdedor, los tribunales consideran varios factores. En primer lugar, no se suelen adjudicarlas costas a un demandante que no ha tenido éxito cuando la buena fe de sus reclamaciones es evidente.¹¹¹ En segundo lugar, los árbitros no suelen ordenar al perdedor que pague las costas legales de la parte ganadora cuando las cuestiones de derecho debatidas son nuevas, complejas o

107 Sabahi & Rubins. “Compensation, Damages, and Restitution”. En Borzu, Sabahi, Noah D Rubins, Don Wallace, Jr. *Investor-State Arbitration*. Oxford University Press, 2019, p. 39-40.

108 Art. 61 (2), Convenio CIADI sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados; Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI; Art. 58 (1) del Reglamento de Arbitraje (Mecanismo Complementario) del CIADI; Art. 28 (3) del Reglamento de la Corte de Arbitraje de Londres; Art. 42 del Reglamento de Arbitraje de UNICITRAL.

109 Romak SA c. Uzbekistán, p. 250.

110 Chevron Corp. (USA) y Texaco Petroleum Company (USA) c. República del Ecuador, p. 375.

111 Tradex Hellas, SA c. Greece, p. 206-7.

poco claras.¹¹² En tercer lugar, los árbitros tienen en cuenta el comportamiento de ambas partes: cuando la parte perdedora ha sido diligente, o la parte vencedora ha complicado o demorado innecesariamente el procedimiento, es menos probable que los árbitros asignen las costas a la parte perdedora.¹¹³ Finalmente, el factor de la razonabilidad de los costes es muy importante. Cuando los costes de la parte vencedora son desproporcionados en relación con los gastos de la parte contraria, o con la magnitud o la complejidad de la disputa, los tribunales pueden reducir la asignación de costes de la parte perdedora.¹¹⁴

112 *Eli Lilly and Company c. Canadá*, p. 455.

113 *Olgúin c. Paraguay*, p. 85.

114 *Churchill Mining plc c. Indonesia*, p. 551-2.

VALUACIÓN DE DAÑOS EN ARBITRAJE: VISIÓN DEL EXPERTO

Daniela Bambaci
Alejandro Martinolich

Sumario:

1. El rol del experto
2. Marco conceptual para el cálculo de daños
3. Metodología de valuación de daños
4. Conclusiones

DANIELA BAMBACI

Daniela Bambaci se desempeña como *Managing Director* en Berkeley Research Group. Ha presentado testimonio experto en casos que involucran valuaciones, daños y dictámenes sobre conducta regulatoria en casos de CIADI, UNCITRAL, CCI, etc. Adicionalmente, ha trabajado en diversos casos comerciales y de tratados de arbitraje internacional, en muchos de ellos como experta, incluyendo importantes reclamos contra países como Argentina, Bolivia, Canadá, Ecuador, Egipto, El Salvador, Kenia, Hungría, Senegal, Trinidad & Tobago, los Estados Unidos de América y Venezuela. Su trabajo incluye una variedad de industrias, desde recursos naturales hasta hotelería, incluyendo producción de gas natural y transporte, energías renovables, producción petrolera, concesiones aeroportuarias, servicios de agua y alcantarillado, producción y distribución de electricidad. La Sra. Bambaci cuenta con una Licenciatura en Economía de la Universidad de San Andrés y un Posgrado en Economía de la Universidad Torcuato Di Tella.

ALEJANDRO MARTINOLICH

Alejandro Martinolich se desempeña como Associate Director en Berkeley Research Group. El Sr. Martinolich cuenta con una amplia experiencia realizando valuación de activos tangibles e intangibles para fusiones y adquisiciones (M&A), divestitures, joint ventures, introducción de planes de negocios y registros contable, y ha brindado asesoramiento financiero a diversas compañías. El Sr. Martinolich también ha trabajado en la valuación de daños en el contexto de litigios internacionales. A lo largo de su carrera estuvo involucrado en casos de industrias como agro, banca, financiera, alimentación y bebidas, gas y petróleo, bienes raíces, construcción, turismo, logística, IT, química, entre otras. Ha brindado servicios a compañías líderes en Estados Unidos y América Latina: Argentina, Perú, Ecuador, Colombia, Chile, Uruguay, Brasil, Panamá, Costa Rica y República Dominicana. El Sr. Martinolich es Licenciado en Economía de la Universidad Nacional de Rosario y cuenta con una Especialización en Finanzas de la Universidad de San Andrés.



VALUACIÓN DE DAÑOS EN ARBITRAJE. VISIÓN DEL EXPERTO

1. El rol del experto

En algunos procesos arbitrales, es necesario el cálculo de daños o compensación debida en el evento que el tribunal encuentre que hubo algún incumplimiento o accionar ilícito por una de las partes. El criterio que suele guiar dicho cálculo es el de *full-compensation*. Es decir, la compensación debe tener el objetivo de compensar al demandante por las pérdidas generadas a partir del incumplimiento o del accionar ilícito de la contraparte. Dicho de otra manera, la compensación por daños busca colocar al damnificado en la misma situación económica en la que hubiese estado de no haberse producido el incumplimiento, o el acto ilícito.

Dicho cálculo es provisto por expertos en daños, que son contratados por las partes para realizar estimaciones independientes de la compensación reclamada en el caso. Si bien los expertos son contratados por las partes, su responsabilidad profesional es hacia el Tribunal de proveer una valuación de daños independiente e imparcial.

Los expertos de cada parte reciben instrucciones respecto a los hechos de las disputas y las medidas que deben contemplarse en su cómputo de daños. Dentro de ese contexto, los expertos presentarán su cálculo sustentado en la evidencia del caso, las instrucciones, literatura financiera y económica, y estadísticas relevantes, entre otras cosas.

Es habitual que los expertos de las partes lleguen a diferentes conclusiones de cuantificación de daños. Usualmente la diferencia en las opiniones surge, entre otras, de: (i) diferencias en las consideraciones de los hechos que se están reclamando y las instrucciones brindadas por las partes; (ii) diferencias en la opinión respecto a la metodología aplicable o; (iii) diferencias respecto a los parámetros empleados en la valuación. Es importante que los expertos, a lo largo del proceso arbitral, expongan elocuentemente las fuentes de divergencias entre sus opiniones para permitir al tribunal arbitral decidir respecto a ellas.

En las siguientes secciones de este capítulo, presentaremos los principios generales para la cuantificación de daños y las distintas metodologías disponibles.

2. Marco conceptual para el cálculo de daños

El cálculo o valuación de daños debe apoyarse en un entendimiento de los hechos que dieron lugar a la disputa. A su vez, los daños deben ser consistentes con los méritos del caso y el marco legal aplicable, además de basarse en la metodología de cálculo más apropiada para cada caso.

2.1 Valor Justo de Mercado o Fair Market Value

Uno de los principios fundamentales para la estimación del valor de los daños en una disputa es el de valor justo de mercado (VJM) o *fair market value*.

Tal como lo define el Banco Mundial, el VJM es:¹

“[E]l precio, expresado en términos equivalentes al efectivo, al cual la propiedad cambiaría de manos entre un comprador hipotético dispuesto y capaz y un vendedor hipotético dispuesto y capaz actuando en condiciones de igualdad, en un mercado abierto y sin restricciones, cuando ninguno de ellos está bajo obligación de comprar o vender y cuando ambos tengan un conocimiento razonable de los hechos relevantes”. (traducción propia)

El VJM es el resultado de un ejercicio teórico para la determinación del valor de un activo. Es decir, simula una transacción hipotética pero no requiere de la ocurrencia de la transacción. Son importantes las condiciones en las que se debe modelar dicha transacción hipotética: ninguna de las partes se debe encontrar forzada a vender y ambas deben tener un conocimiento razonable de los hechos. El principio fundamental en el que se basa este ejercicio es el de *arms' length*, el mismo indica una transacción entre dos partes independientes en la que ambas partes actúan en su propio interés y tanto el comprador como el vendedor son independientes, poseen el mismo poder de negociación, no están bajo presión o coacción de la parte contraria y actúan en su propio interés para lograr el trato más beneficioso.

Los tribunales consideran, comúnmente, el VJM como una medida relevante o principio fundamental para la estimación de los daños. Los casos más comunes donde se utiliza el VJM de un activo para el cálculo del daño son: (i) casos de expropiaciones de activos, donde el daño se estima como el VJM del activo al momento de la expropiación; y, (ii) casos en los que el valor de un activo fue afectado por un incumplimiento o un acto ilícito, donde el daño se determina como la diferencia entre los valores justos de mercado de los escenarios con y sin la presencia del incumplimiento o el acto ilícito.

El VJM de un activo para el cómputo de daños se calcula en un momento del tiempo particular, que se determina como la fecha de valuación indicada por los abogados del caso. La selección de la fecha de valuación impone restricciones en cuanto al tipo de información disponible a utilizar en el análisis de valuación, aspecto que discutiremos más adelante.

Existen diversas metodologías de valuación para determinar el VJM. En la siguiente sección, describiremos tres de las metodologías empleadas más frecuentemente: Método del Ingreso, Método del Mercado y Método del Costo.

1 Ver American Society of Appraisers, *International Glossary of Business Valuation Terms*, Junio de 2001, pp. 4-5

2.2 Escenario contrafáctico y real para el cálculo de daños

El daño surge de la diferencia de valor entre dos escenarios: (i) el escenario contrafáctico (o *but-for scenario*) y (ii) el escenario real (o *actual scenario*).

El escenario contrafáctico refleja cuál sería el valor que hubiese percibido el demandante de no haberse implementado las medidas reclamadas. Este escenario debe poner al demandante en la misma posición financiera en la que se encontraría si sus activos nunca hubiesen recibido el impacto negativo del incumplimiento, o el accionar ilícito.

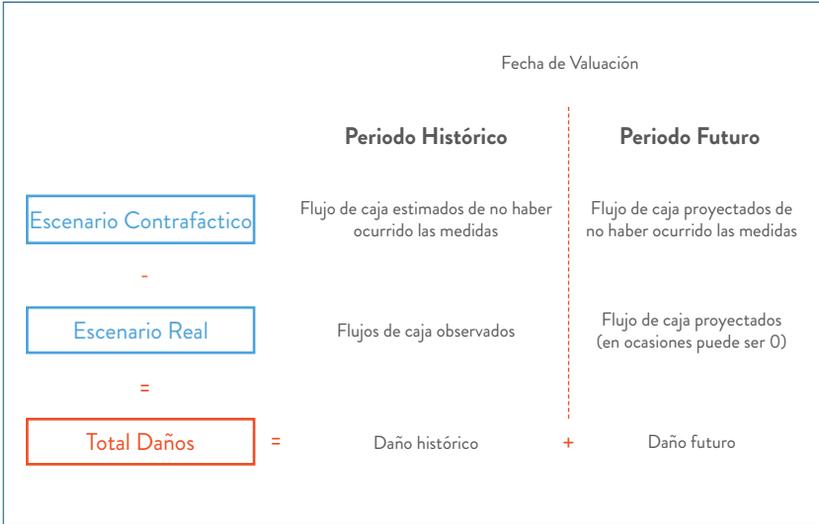
El escenario contrafáctico es un escenario hipotético, donde las variables afectadas por las medidas son modeladas asumiendo que las medidas en disputa no han ocurrido, pero que la evolución de las demás variables sigue su curso normal. En la práctica existen múltiples factores afectando el valor de una compañía, tales como factores macroeconómicos o específicos de la industria que no están relacionados a las medidas. Por ende, el experto debe ser capaz de identificar y aislar el efecto negativo generado por dichos factores sobre la valuación para evitar incluirlo en el daño. Esto es, en la construcción de los escenarios contrafáctico y real, debe procurarse que el único factor distinto entre ambos sea la existencia del acto ilícito generador del daño; el resto de las variables – macroeconómicas y específicas de la industria, entre otras – deben mantenerse similares.

El escenario contrafáctico es un escenario de circunstancias distintas a las acontecidas en la realidad. Es importante que el escenario resultante sea realista, posible y que esté construido sobre una base sólida de evidencia.

Por otro lado, lo que denominamos escenario real se basa en el valor del activo bajo la implementación de las medidas reclamadas. En este escenario, con anterioridad a la fecha de valuación, se consideran los flujos de caja observados; mientras que, con posterioridad a la fecha de valuación, se consideran los flujos de caja esperados asumiendo la continuidad de las medidas reclamadas.

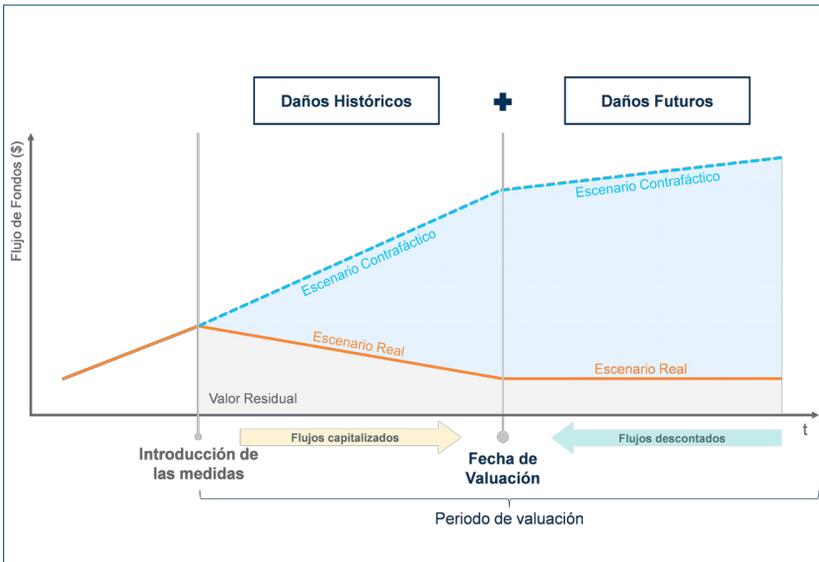
Una vez que se realiza la estimación de los escenarios, el contrafáctico y el real, los daños se calculan como la diferencia entre ambos. La fecha de valuación determinará una separación entre lo que sería un daño histórico y un daño futuro, como se muestra en la Ilustración 1 a continuación.

Ilustración 1. Cálculo de Daños



La imagen a continuación ilustra el cálculo del daño a lo largo del período de valuación y la separación entre el daño histórico y futuro.

Ilustración 2. Escenario Contrafáctico y Escenario Actual



En este caso, observamos que la compañía continúa operando luego de las medidas, pero sufre daños por un deterioro en los flujos de fondos. El escenario real se puede calcular observando el lucro efectivamente producido por el demandante y asumiendo la continuidad del *status quo* para el período proyectado. Sin embargo, el escenario contrafáctico requiere estimar lo que hubiese sucedido si no se hubiesen producido las medidas en cuestión.

2.3 Enfoque *ex - ante* y *ex - post*

Como se señaló anteriormente, el VJM de un activo se estima a una fecha de valuación particular. La determinación de la fecha elegida es indicada por los abogados en sus instrucciones a los expertos, en función de los méritos del caso y las consideraciones legales específicas.

La selección de la fecha de valuación impone ciertas restricciones en cuanto al tipo de información disponible en el análisis de valuación. Existen dos enfoques en relación con la información y las expectativas que deben utilizarse en la preparación de los escenarios contrafáctico y real: el enfoque *ex - ante* y el enfoque *ex - post*.

El enfoque *ex - ante* impone el requerimiento de que cualquier información surgida posteriormente a la fecha de valuación no puede ser considerada en la construcción del escenario contrafáctico. De esta manera, el analista debe retrotraerse al pasado y pararse sobre ese punto en la línea temporal, pretendiendo no tener conocimiento alguno sobre lo que sucederá a futuro y utilizando pronósticos realizados únicamente con la información disponible en aquel entonces. La lógica que sigue el enfoque es la de compensar al inversor de manera tal que quede indiferente entre estar en su posición damnificada actual o haber vendido su activo a un valor justo de mercado un instante antes de que se produjera el incumplimiento.

En cambio, si aplicamos el enfoque *ex - post*, la información que puede utilizar el experto es la que se encuentra disponible hasta la fecha del proceso arbitral o del laudo. De esta forma, se toman en cuenta los eventos ocurridos y la *performance* económica del demandante hasta la fecha.

Ambos enfoques son ampliamente aceptados en la práctica y, en términos técnicos, ninguno se considera erróneo. A priori, no hay un sesgo en que un enfoque lleve siempre a una valuación menor o mayor. Es, en última instancia, un tema legal que es instruido a los expertos.

3 Metodología de Valuación de Daños

Existen tres metodologías para estimar el valor justo de mercado de un activo, estas son: Método del Ingreso, Método del Mercado y Método del Costo. A continuación, describiremos cada una de ellas.

Hay diversos propósitos para los cuales puede utilizarse una valuación. Pueden ser: una planificación estratégica, una salida a bolsa (IPO), una transacción, una disputa o un arbitraje. Es importante recalcar que la valuación no es una ciencia exacta y puede haber más de una metodología aplicable a cada caso.

La selección de la metodología aplicable en arbitraje es siempre específica para cada caso y para cada reclamo. Como experto, proveer métodos de valoración alternativos y evidencia suficiente ayuda a brindar un resultado más confiable.

3.1 Método del Ingreso

El método del ingreso estima el valor de un activo a través del valor presente de los beneficios futuros esperados. Existen diversas metodologías, entre ellas, *flujo de fondos descontados simplificado* (Simplified DCF por sus siglas en inglés), *valor presente neto ajustado* (APV por sus siglas en inglés) o *flujo de fondos capitalizados* (CCF por sus siglas en inglés).

El método del ingreso es la metodología más utilizada por profesionales en el área de finanzas y en compañías a la hora de analizar el valor de activos y tomar decisiones de inversión. En lo que respecta al cálculo de daños en procesos de disputas comerciales o de arbitrajes, es ampliamente utilizado y aceptado por tribunales.

El más comúnmente utilizado en la práctica es el método de flujo de fondos descontados o DCF. Este método consiste en estimar los flujos de fondos libres futuros que produciría una compañía o un activo durante su vida económica, para luego descontarlos a un valor presente neto, aplicando la tasa de descuento correspondiente.

Los flujos de fondos libres son los flujos de fondos que generarían los activos de la empresa previo al pago de deuda financiera. En otras palabras, podría considerarse el dinero que queda disponible para destinarse al pago de dividendos, a la reducción de la deuda o a la recompra de acciones. Posteriormente, si se tratara del análisis de valor de una compañía, al valor del activo determinado como el valor presente de los flujos de fondos libres, se le descuenta el valor presente de la deuda financiera neta del excedente de caja, y se le suma o resta el valor de otros activos o pasivos no operativos para determinar el valor del patrimonio.

La fórmula de los flujos de fondos libres es la siguiente:

$$\begin{aligned} \text{Flujos de fondos libres} = \\ = \text{EBIT} \times (1 - \text{tasa impositiva}) + \text{amortizaciones} - \text{inversión en capital de trabajo} - \text{inversión} \\ \text{en activos fijos} \end{aligned}$$

donde EBIT = ingresos - costos fijos y variables - amortizaciones

Un desafío del método de DCF es que requiere la estimación de flujos de fondos de manera confiable, realista y con la evidencia necesaria para respaldarlo. Las fuentes de dichas proyecciones dependerán de la particularidad de cada caso, pero suele basarse en proyecciones de la compañía previas a la implementación de las medidas, la performance histórica (en casos donde la compañía se encuentre en un estado estacionario) o considerando el desempeño de compañías comparables.

Los flujos de fondos proyectados se deben descontar al presente con aquella tasa de descuento que refleje el riesgo inherente a los flujos que está descontando. Habitualmente, para descontar estos flujos se utiliza la tasa de Costo Promedio de Capital (o WACC por sus siglas en inglés).

La tasa WACC es el promedio ponderado del costo de la deuda (es decir, la tasa de interés de mercado de largo plazo exigida por entidades financieras a activos como los analizados), y la tasa de rentabilidad exigida por el inversor (es decir, la tasa de rendimiento esperada exigida por los inversionistas de las acciones ordinarias de la empresa).

Para calcular la WACC se aplica la siguiente fórmula:

$$WACC = W_D + k_D + (1 - t) + W_E + k_E$$

Donde:

- W_D es la ponderación de la deuda en la estructura de capital.
- k_D es el costo o retorno de la deuda exigido por los prestamistas.
- t es la alícuota impositiva marginal correspondiente a la inversión.
- W_E es la ponderación del capital propio en la estructura de capital.
- k_E es el costo o retorno del capital propio exigido por los accionistas

Para estimar el costo de capital propio (utilizamos el modelo ampliamente utilizado de Capital Asset Pricing Model (CAPM), que permite evaluar cuál es el retorno que esperan los accionistas para un grupo de acciones particular. Técnicamente, el método del CAPM plantea que el costo de oportunidad del capital propio equivale al retorno de títulos valores libres de riesgo más el riesgo sistemático de la compañía o proyecto, multiplicado por la prima de riesgo de mercado. La ecuación del CAPM para el es la siguiente:

$$k_E = r_f + \beta + [E(r_m) - r_f]$$

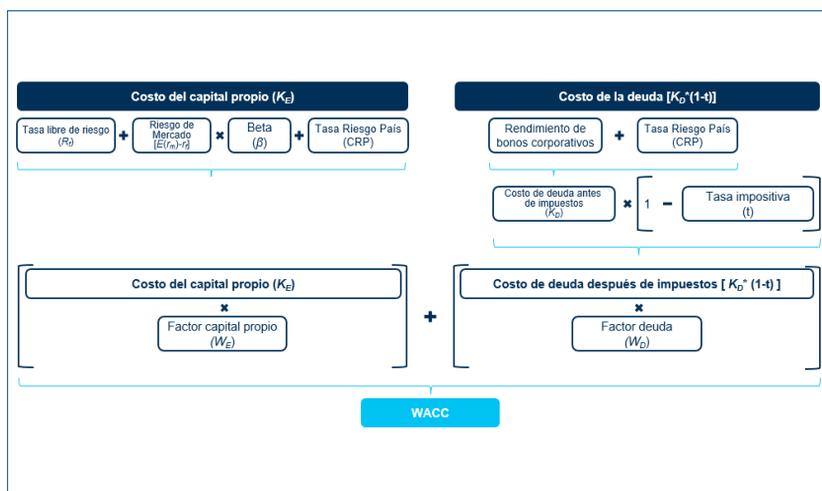
Donde:

- r_f es la tasa de retorno libre de riesgo.
- $E(r_m)$ es la tasa de retorno prevista sobre la cartera de mercado general.

- $E(r_m) - r_f$ es la prima de riesgo de mercado.
- β es el riesgo sistemático del capital propio (beta).

En el modelo CAPM, la prima de riesgo de mercado se pondera con el coeficiente beta. El coeficiente beta mide, básicamente, qué tan sensible es un título valor (o un grupo de títulos) al riesgo general de mercado. En este sentido, acciones que tengan un coeficiente beta mayor a 1 tienden a amplificar los movimientos del mercado; contrariamente, acciones con un coeficiente beta menor a 1 y mayor a 0 tienden a moverse en la misma dirección que el mercado, pero en menor magnitud. El coeficiente beta de un proyecto o empresa, a su vez, captura los riesgos financieros vinculados a su estructura de capital, puesto que normalmente se calcula determinando la regresión de sus retornos frente al retorno de la cartera de mercado.

Ilustración 2. Cálculo de la WACC



Una vez elegida la fecha de valuación, los flujos de fondos futuros se descuentan con la WACC a esa fecha, mientras que los históricos se actualizan a la fecha de valuación empleando una tasa que represente el costo de oportunidad de la demandante por el hecho de no haber recibido la compensación por los daños en el momento en el que se produjeron.

El DCF es un método conveniente y ampliamente utilizado, especialmente en el caso de activos únicos que no tienen comparables en el mercado en el que se

encuentran. Asimismo, permite hacer supuestos explícitos que pueden fácilmente evaluarse de forma separada. En particular, para el cálculo de daños en procesos de disputas comerciales o arbitrales, es el más utilizado por su transparencia en cuanto a los *drivers* de valor. Es decir, teniendo en cuenta que la metodología requiere una proyección explícita de cada una de las líneas del flujo de fondos (e.g. ingresos, costos, inversiones, capital de trabajo, etc.), un tribunal puede entender fácilmente el impacto que tiene en la determinación del daño cada uno de los supuestos y/o escenarios elaborados para el flujo de fondos.

Por último, si bien el Método del Ingreso es al que primero recurren los analistas si tienen la información necesaria disponible, es posible que en una instancia secundaria utilicen como *benchmark* el VJM obtenido a partir del resto de los enfoques disponibles.

3.2 Método del mercado

El método del mercado provee una indicación del valor de un activo tomando como referencia el valor de activos comparables en el mercado. La determinación del valor de un activo a través de este método puede desprenderse tanto de la cotización de acciones comparables en el mercado (*public guidelines*), como de los precios de ventas de activos comparables en transacciones de mercado (*similar transactions*).

Al aplicar este enfoque, nos estamos adhiriendo al principio que indica que las transacciones de activos existentes en el mercado representan fielmente su valor, en el sentido de que tanto los vendedores como compradores ya tomaron en cuenta todas las variables e información disponibles para realizarlas.

Puesto que dos activos no suelen ser idénticos entre sí, el mayor desafío de este enfoque reside en poder identificar cuáles son los activos verdaderamente comparables al analizado, a partir de los cuales podemos comenzar a trabajar sobre nuestra valuación.

Algunos de los parámetros que se suelen utilizar para definir la comparabilidad entre empresas son, por ejemplo: tamaño de la entidad, mercado en el que se encuentra, industria en la que se encuentra, riesgos enfrentados, composición de las ventas, etapa de desarrollo corporativo, márgenes operativos, el *leverage* operativo, el *leverage* financiero y el tipo de *management*, entre otros.

Una vez definidos cuáles son los activos comparables, el valuador procede a construir ratios o métricas implícitas de valor que vinculan los precios observados y variables operativas de los activos comparables. Posteriormente, el valuador aplica estas métricas implícitas, luego de determinados ajustes por diferencias entre activos (de ser necesarios), sobre las variables operativas del activo analizado para calcular su valor en términos de los activos comparables.

En general, los múltiplos suelen ser ratios compuestos por: el valor de la empresa, como, por ejemplo, el precio de la acción, su capitalización de mercado, el *enterprise value*, el *equity value*, etc.; y una medida de *performance* operativa de los comparables como ventas, resultado operativo (i.e., resultado antes de intereses, impuestos y distribuciones o EBITDA por sus siglas en inglés), resultado, etc. Comúnmente, suelen utilizarse los múltiplos basados en rentabilidad como *enterprise value* en relación a EBITDA (i.e., EV/EBITDA), precio de la acción en relación a beneficios (i.e., *Price/Earnings* o PER), entre otros. Pero dependerá del tipo de industria analizada, características específicas de la compañía y de la información o evidencia disponible.

En conclusión, este método suele ser más simple y rápido que el Método del Ingreso, y no requiere tanta información como la necesaria para proyectar flujos de fondos. Sin embargo, asegurar la comparabilidad entre empresas comprende supuestos implícitos muy fuertes acerca de su similitud. A su vez, no siempre es posible encontrar comparables relevantes, especialmente cuando la empresa en cuestión se encuentra en pleno crecimiento. En estos casos, el enfoque de mercado no captura las expectativas de crecimiento, a menos que uno aplique ajustes subjetivos o seleccione una muestra acotada de comparables con perfil de alto crecimiento y exposición a oportunidades de expansión únicas.

3.3 Método del Costo

El método del costo se basa en el principio del costo de reproducción o reemplazo para calcular el valor de un activo o de la suma de activos netos para el caso de una compañía, teniendo en cuenta el estado en el que se encuentran.

Este método no tiene en cuenta el valor de una compañía como negocio en marcha, sino como la suma del valor individual de los activos netos, y no considera el valor que generan los distintos activos (tangibles e intangibles) trabajando de manera conjunta y con potencial de crecimiento. En casos de empresas en crecimiento esta metodología puede subestimar el VJM del activo.

Un ejemplo de común aplicación es en el caso de un activo o conjunto de activos inmobiliarios que no tengan un flujo esperado asociado (por ejemplo, un terreno o depósito, entre otros). También es habitual ver la aplicación del método en el caso de empresas de servicios regulados (agua, distribución gas/luz, etc.) donde el marco regulatorio se basa en el valor de reposición de los activos.

3.4 Otras consideraciones

Existen algunos enfoques diferentes al valor justo de mercado que son en ocasiones traídos a procesos de disputas o arbitrales, como son los métodos de costos históricos. Este enfoque tiene la particularidad de ser retrospectivo y se basa en el

valor histórico de compra de un activo y no en información actual o disponible al momento del análisis.

Un ejemplo de este enfoque es el uso del valor de libros o *book value*. En este caso se determina el valor de una compañía o activo a través del valor registrado en los estados contables, el cual considera el valor histórico de adquisición ajustado por las depreciaciones contables. Este enfoque no considera el valor de mercado de dichos activos al momento del análisis o el flujo de fondos futuro que dichos activos netos podrían generar, y suele estar afectado por las normas contables vigentes para cada caso.

4 Conclusiones

En conclusión, es importante establecer que la estimación de daños tiene el objetivo de poner al damnificado en la misma posición económica en la que hubiese estado de no haberse producido el incumplimiento, o el acto ilícito; y, la selección de la metodología debe estar alineada con este principio.

La valuación o estimación de daños puede ser sustentada por más de una metodología aplicable a cada caso. La selección de la metodología aplicable en arbitraje es siempre específica para cada caso y para cada reclamo. La determinación del método apropiado (Ingreso, Mercado o Costo) va a depender del marco legal, las instrucciones de parte, la evidencia disponible, y el criterio profesional del experto.

Como experto, proveer métodos de valoración alternativos y evidencia suficiente ayuda a brindar un resultado más confiable y asistencia al tribunal para el entendimiento de los daños estimados.

Referencias:

- American Society of Appraisers, *International Glossary of Business Valuation Terms*, Junio de 2001.
- Damodaran, *Corporate Finance: Theory and Practice*, Chapter 7, 2nd edition, 2001
- Damodaran, *It is all relative... Multiples, Comparables and Value!*, available at <http://pages.stern.nyu.edu/~adamodar/pdfiles/country/relvalAIMR.pdf>
- Damodaran, *Applied Corporate Finance*, (3rd. ed)
- Damodaran, *Damodaran on Valuation: Security Analysis for Investment and Corporate Finance* (2nd ed., 2006)
- Damodaran, *Investment Valuation: Tools and Techniques for Determining the Value of Any Asset* (2nd ed., 2002)
- Damodaran, *The Cost of Capital: The Swiss Army Knife of Finance*, April 2016
- J. Berk and P. DeMarzo, *Corporate Finance* (4th ed., 2017)

- K. Dunbar, Elizabeth A. Evans and Roman L. Weil, Ex Ante versus Ex Post Damages Calculations, in *Litigation Services Handbook – The Role of the Financial Expert*, Fifth Edition, 2012.
- R. Brealey, S. Myers, and F. Allen, *Principles of Corporate Finance* (12th ed., 2017)
- S. Pratt and A. V. Niculita, *Valuing a Business: The Analysis and Appraisal of Closely Held Companies*, 5th edition, 2008; y A. Damodaran, *Investment Valuation: Tools and Techniques for Determining the Value of Any Asset*, 2nd edition, 2002.

ESTRATEGIAS PARA LA REDACCIÓN EFECTIVA DE MEMORIALES EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL

Ari D. MacKinnon
Elisa Zavala A.
Alejandro Nava Cuenca

Sumario:

1. Introducción
2. Persuasión
3. Redacción de un memorial persuasivo
4. Conclusión

ARI D. MACKINNON

Ari D. MacKinnon es socio de Cleary Gottlieb en su oficina de la ciudad de Nueva York. Su práctica se enfoca en asuntos de disputas en América Latina con un énfasis particular en temas de arbitraje internacional y corrupción.

Ari ha representado con éxito a varias de las principales empresas latinoamericanas de petróleo y gas, energía, infraestructura y pulpa y papel, así como a otros clientes en disputas en la región. Habla regularmente en América Latina sobre temas relacionados con el arbitraje y la gestión de crisis. Ari tiene experiencia en la conducción de disputas relacionadas con arbitraje y corrupción tanto en inglés como en español.

Ari ha sido reconocido como abogado destacado en arbitraje internacional por Chambers Latin America, Chambers Global y Chambers USA. Latinvex nombró a Ari como una de las “Estrellas Legales en Ascenso de América Latina”. Legal 500 ha reconocido a Ari como un “Socio de próxima generación” para el arbitraje internacional, y durante seis años consecutivos (2017-2022) ha sido reconocido por Benchmark Litigation como una “Lista caliente de 40 y menores”.

Ari se unió a Cleary Gottlieb en 2009 y se convirtió en socio en 2015. Recibió un Doctorado en Jurisprudencia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Nueva York. Recibió un M.A. de Middlebury College y un B.A. del Grinnell College.

ELISA ZAVALA A.

Elisa Zavala es asociada de Cleary Gottlieb en su oficina de Nueva York. Su práctica se centra en litigios y arbitrajes internacionales, con énfasis en América Latina. Ha publicado varios artículos académicos sobre derecho internacional y resolución de conflictos. Elisa se incorporó a Cleary Gottlieb en 2020. Antes de incorporarse a Cleary, Elisa fue abogada asociada en Claro & Cía. en Chile, donde practicó litigios y arbitrajes complejos. También fue profesora en el Departamento de Derecho Internacional de la Universidad Católica de Chile. Elisa se licenció en Derecho en Chile antes de completar su LLM en la Facultad de Derecho de Harvard.

ALEJANDRO NAVA CUENCA

Alejandro Nava es secretario judicial de la jueza Diane P. Wood en la Corte de Apelaciones del Séptimo Circuito de Estados Unidos. Antes de incorporarse al poder judicial americano, Alejandro trabajó como asociado en el departamento de litigios y arbitraje de Cleary Gottlieb (Nueva York) y en el departamento de litigios de Travieso & Evans (Venezuela). También fue profesor de Derecho de Obligaciones en la Universidad Rafael Urdaneta en Venezuela. Alejandro obtuvo su Juris Doctor en la Facultad de Derecho de Yale en el 2021, y se licenció en derecho en la Universidad Rafael Urdaneta en el 2015.



ESTRATEGIAS PARA LA REDACCIÓN EFECTIVA DE MEMORIALES EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL

1. Introducción

Sea frente a un juez o a un árbitro, el objetivo de un abogado es el mismo: persuadir. El arte de la persuasión en el derecho implica jugar con la lógica, la evidencia, las palabras y las emociones para convencer a una tercera parte de una posición particular. Si bien en el ideario colectivo es usual visualizar a un abogado argumentando en una audiencia, lo cierto es que el grueso del proceso persuasivo en un arbitraje se desarrolla por escrito. En el arbitraje internacional, los memoriales son la herramienta a través de la cual se logra este objetivo, y es por ello que aprender a estructurar y redactar estos escritos resulta crucial.

Más que un proceso lineal similar al método científico, la redacción de memoriales persuasivos es un proceso dinámico dirigido a conectar no solo con el raciocinio del árbitro, sino también con su fibra emocional. Ya que no somos seres puramente racionales, nuestro razonamiento está influenciado por un complejo entramado de emociones, intuición, y subconsciente. Al entender las emociones que instintivamente nos mueven, se pueden diseñar estrategias de persuasión que estimulen y conecten con ese aspecto de nuestra humanidad. Y la mejor forma de hacerlo es a través del *storytelling*: contando una buena historia.

La narrativa tiene poder sobre la *psique* humana, porque es la forma en la que percibimos nuestra realidad. Pero un memorial exitoso no depende solo de una secuencia de hechos, sino de cómo se presentan esos hechos para crear una teoría de lo acontecido. En otras palabras, se debe “explica[r] no solo qué pasó sino por qué, a través de una historia convincente que apele a la razón y la psicología, que sea persuasiva tanto a la mente como al corazón.”¹ Así, es importante comenzar refiriéndonos a la psicología de la persuasión y explicar qué estrategias se pueden utilizar para convencer a nuestra audiencia: los árbitros (Sección 2).

Si la teoría del caso no se plasma de una forma efectiva en los memoriales, ni la mejor historia podrá convencer al árbitro. Por ello, la presentación del escrito es tan o más importante que la historia en sí. La sección siguiente explora esta parte del proceso de redacción (Sección 3). En ella se explica cómo estructurar el escrito para que el relato fluya de una forma organizada. Además, se proveen consejos

1 Neumann, Richard Jr. y Tiscione, Kristen. *Legal Reasoning and Legal Writing*. Séptima edición, 2013, p. 255 (traducción libre del original en inglés: “A persuasive theory ‘explains not only *what* happened but also *why*’ through a compelling story that ‘has both rational and psychological appeal’ and is ‘persuasive both to the mind and to the heart’”).

específicos para mejorar el estilo de redacción y crear un escrito más persuasivo, con especial énfasis en la brevedad y claridad.

2. Persuasión

2.1. El *storytelling*

Contrario a lo enseñado por la teoría económica clásica según la cual los seres humanos somos completamente racionales,² en realidad las personas somos seres complejos cuyo razonamiento está influenciado por la emoción. Este aspecto básico de la psicología humana debe ser tomado en cuenta al momento de redactar un documento persuasivo. Algunos expertos en psicología infieren que nuestros antepasados que colaboraron mejor entre ellos tuvieron más éxito evolutivo, y es por eso que la mayoría de los seres humanos tenemos una marcada afinidad por la justicia y la empatía.³ Sea cual sea la razón, lo cierto es que las decisiones motivadas por elementos emocionales e instintivos son normales y potentes.

Al entender las emociones que mueven al ser humano, los abogados pueden diseñar estrategias de persuasión que estimulen y conecten con esa fibra emocional. Es nuestra tesis que las historias son el mejor vehículo para alcanzar este objetivo.

2.2. La teoría del caso

Entre los elementos esenciales para la construcción de una buena historia, destaca la importancia de contar con una teoría del caso. De hecho, la teoría del caso es la idea central en torno a la cual debe construirse el relato y la idea central que debe transmitir la historia.

Por teoría del caso entendemos “la exposición lógica del caso como un todo seleccionada por el abogado entre las alternativas disponibles, a la luz de la teoría anticipada del abogado de la parte contraria y a la luz de la elección del abogado en cuanto al tema y la historia.”⁴ Richard K. Neumann y Kristen K. Tiscione explican la importancia de contar con una teoría del caso para convencer a los jueces de la siguiente forma:

2 Mill, John Stuart. *Essays on Some Unsettled Questions of Political Economy*. Segunda edición. Longmans, Green, Reader & Dyer, 1874, ensayo 5, párrafos 38 y 48 (el término “hombre económico” fue usado por primera vez por Mill en esta obra).

3 Waal, Frans de. “The Evolution of Empathy”. En *Greater Good Magazine*, 1 septiembre 2005 [En Línea]: Disponible en shorturl.at/fANQ9.

4 Anderson, Terrence; Schum, David y Twining, William. *Analysis of Evidence*. Segunda edición, 2005, p. 153 (traducción libre del original en inglés: “the logical statement of the case-as-a-whole selected by counsel from the available alternatives, in light of opposing counsel’s anticipated theory and in light of counsel’s choice as to theme and story”).

“Persuadir es vender, y los jueces han sido descritos acertadamente como “compradores profesionales de ideas”. Los jueces tienen sus puntos de venta, y tanto los abogados como los jueces utilizan la palabra teoría para referirse al conjunto de ideas que, en un caso determinado, un abogado ofrece comprar. En el juicio, cada abogado propone una teoría del caso (...) Una teoría es una idea en la que se puede basar una decisión, una forma de ver la controversia. Una teoría persuasiva es una visión de los hechos y del derecho -entrelazados- que justifica una decisión a favor del cliente y motiva a tomar esa decisión. Una teoría persuasiva “explica no solo lo que ocurrió” sino también el por qué “mediante una historia convincente que “tiene un atractivo tanto racional como psicológico” y esto es “persuasivo tanto para la mente como para el corazón”.”⁵

Es usual que los abogados preparen su teoría del caso desde las primeras etapas de un arbitraje. Sin embargo, es también común que ésta se ajuste a medida que se revisan las pruebas y se descubren los documentos que están en poder de la contraparte. Por eso, es importante mantenerse abiertos a la posibilidad de hacer cambios, de ser necesario.

2.3. Tácticas para transmitir la teoría del caso

Son muchas las tácticas que pueden utilizarse para transmitir la teoría del caso, y la idoneidad del uso de una u otra táctica depende de los hechos del caso. Sin embargo, a continuación, nos referimos a algunas tácticas que suelen ser útiles en la mayoría de los casos.

Primero, para comunicar la teoría del caso de forma efectiva, es recomendable identificar una o más temáticas que enfatizen los hechos y argumentos más relevantes.⁶ Por temática nos referimos a lo que en inglés se conoce como *theme*, que es un término que no se identifica simplemente con el tema de un escrito, sino con la tesis o idea central que se quiere transmitir. Ésta debe encapsular el argumento principal y explicar la razón de sentido común por la que el cliente debe prevalecer. Es el ancla del escrito al que se debe volver cada vez que

5 Neumann, Richard Jr. y Tiscione, Kristen. *Op. cit.*, p. 255. (Traducción libre del original en inglés: “Persuading is selling, and judges have accurately been described as ‘professional buyers of ideas.’ Judges have their selling points, and both lawyers and judges use the word *theory* to refer to the collection of ideas that, in a given case, a lawyer offers to purchase. At trial, each lawyer propounds a *theory of the case* (...) A theory is an idea on which a decision can be based -a way of looking at the controversy. A persuasive theory is a view of the facts and law- intertwined together -that justifies a decision in the client’s favor and motivates to make that decision”).

6 Anderson, Terrence. *Op. cit.*, 153.

se pueda. Como dice el aforismo, “la repetición es la madre de todo aprendizaje”. Para muchos la temática de un escrito es tan relevante que si no se identifica y comunica de forma clara, entonces el escrito simplemente no será persuasivo.⁷ Gerald Lebovits, en su artículo sobre escritura legal, explica qué es la temática en los siguientes términos:

“La temática funciona si atrae a un estudiante de secundaria inteligente. Las temáticas tienen que ver con lo correcto y lo incorrecto, lo bueno y lo malo. La temática trata de lo que es justo y moral. Para crear una temática, imagina que estás en una jurisdicción sin leyes, una jurisdicción en la que lo único que cuenta es la justicia y la moral. Dile al lector que tienes razón, no porque una ley diga esto o aquello, sino porque si pierdes los malos prosperarán y los buenos sufrirán. Piensa en la temática de tu adversario. Una vez que encuentres una temática, inclúyela desde el principio hasta el final de tu escrito. Incluye toda autoridad, hecho y cuestión importante y útil que apoye tu tema o contradiga el de tu adversario. Excluye todo lo demás. Hay muchos elementos que son esenciales para la construcción de una buena historia, pero entre ellos destaca la importancia de contar con una teoría del caso, y de identificar una temática o theme que se transmita como el mensaje principal del escrito.”⁸

Segundo, al construir la historia es importante ser muy cuidadoso en seleccionar lo primero y lo último que se dice por el efecto de primacía y recencia. Cícero ya había identificado este efecto hace muchos años.⁹ En tiempos modernos, la Asociación Americana de Psicología explica que la posición que tiene un elemento dentro de una lista afecta la forma en que se recuerda.¹⁰ Y la psicología enseña que, al leer o escuchar un listado, la mente recuerda mejor sus primeros (efecto

7 Lebovits, Gerald. “Do’s, Don’ts, and Maybes: Legal Writing Do’s”. En *NYSBA Journal, The Legal Writer*, Num. 4, vol. 156.

8 *Idem*. (Traducción libre del original en inglés: “A theme works if it appeals to a smart high-school student. Themes involve right and wrong, good and bad. Theme is about what’s just and moral. To create a theme, imagine you’re in a jurisdiction with no laws, a jurisdiction in which all that counts is justice and morality. Tell the reader you’re right, not because some law says this or that, but because if you lose the bad will prosper and the good will suffer. Think about your adversary’s theme. Once you find a theme, weave it from the beginning to the end of your writing. Include every important and helpful authority, fact, and issue that supports your theme or contradicts your adversary’s theme. Exclude all else”).

9 Cícero. *The Verrine Orations* (trad. L.H.G. Greenwood). Harvard, 1953, p. 283.

10 Asociación Americana de Psicología. Diccionario de la APA, “Serial Position Effect” [En Línea]: shorturl.at/ghoMR.

de primacía) y últimos (efecto de recencia) elementos.¹¹ En consecuencia, los elementos del medio se recuerdan peor.¹²

Lo mismo aplica en un arbitraje internacional, donde lo que un árbitro lee o escucha primero tendrá un mayor impacto en el lector a consecuencia del efecto de primacía, y esto afectará su interpretación de las pruebas y los argumentos que siguen. En este sentido, la introducción en los memoriales resulta crucial ya que impactará la lectura del resto del escrito y el análisis que el tribunal haga de las pruebas que presente la contraparte. Asimismo, como la psicología de la persuasión indica que los seres humanos suelen recordar mejor lo último que fue expresado en cierta conversación o evento, lo que se escribe al final de un memorial o lo que se dice en un alegato de clausura impacta la interpretación de las pruebas y argumentos que precedieron.

Tercero, cuando se prepare el relato debe considerarse la forma en que se vinculan los hechos de la historia porque la mente recuerda secuencias de hechos y no eventos aislados. Lo que emociona al lector son las historias con secuencias coherentes. Para poder presentar un relato coherente, se debe entender a profundidad los hechos del caso. Esto es una tarea ardua que requiere revisar documentos, hablar con testigos, trabajar con peritos, y, sobre todo, considerar diferentes puntos de vista sin asumir que se tiene conocimiento pleno de lo acontecido. Solo a través de este esfuerzo se puede identificar los hechos que deben formar parte de la secuencia, y también, los que no deben formar parte de la misma. En este sentido, cada hecho que se incluya debe ser parte del rompecabezas y por ello debe servir un propósito claro.¹³

Cuarto, el abogado puede recurrir a imágenes para fortalecer su relato porque las imágenes tienen un impacto fuerte en la mente del lector. Así, si al leer los hechos el árbitro puede traducir las palabras a imágenes concretas en su mente, el relato tendrá un poder persuasivo mucho mayor. El abogado puede crear este efecto de forma consciente, repensando los hechos y traduciéndolos a imágenes mientras redacta el escrito, lo cual generará en el árbitro un impacto visual que toque la fibra emocional.¹⁴ Esto, porque las imágenes logran transmitir de forma vívida lo que se está contando, lo cual hace la historia más creíble y ayuda al árbitro a recordar los hechos.

11 *Idem*.

12 *Idem*.

13 Miró Quesada, Caterina. “Chapter 5: Writing Tips for Arbitration Practitioners”. En De la Jara Plaza, José María y Arroyo, Camila (eds.). *Surviving in the Field of International Arbitration: War Stories and Lessons Learned*. Kluwer Law International, 2020, p. 19.

14 Neumann, Richard Jr. y Tiscione, Kristen. *Op. cit.*, p. 259-60.

Finalmente, los psicólogos explican que las emociones negativas impactan más que las positivas,¹⁵ y por eso es importante anticiparse a los argumentos de la contraparte y refutarlo; especialmente, aquellos que tengan el potencial de generar reacciones negativas. Esto se logra presentando el mismo hecho bajo una luz diferente. Es importante recordar que la anticipación de los contraargumentos y la presentación de hechos bajo la luz más favorable debe ser siempre acorde a la verdad. Nada es más importante que la credibilidad frente al tribunal. Una vez que esta se pierde, es muy difícil recuperarla.

3. Redacción de un memorial persuasivo

En base a lo explicado en la sección anterior, sabemos que lo que el litigante quiere comunicar en sus memoriales es una historia convincente. La retórica se entiende, desde los tiempos clásicos de Roma y Grecia, como el arte de seleccionar los medios de persuasión más efectivos.¹⁶ En otras palabras, es “el arte de organizar y expresar argumentos.”¹⁷ Esto es precisamente de lo que tratan las subsecciones que siguen: la primera se refiere al contenido que se quiere comunicar; la siguiente a la estructura para transmitir esas ideas; y la última a la forma en que se redactará ese mensaje.

3.1. Contenido: ¿Qué queremos comunicar?

Primero, un practicante de arbitraje debe decidir *qué* quiere decir. Una de las técnicas más efectivas para lograr este cometido es la de hacer una “lluvia de ideas” o *brainstorming*. Consiste en escribir todas las ideas, argumentos, hechos, temáticas y posibles pruebas que vengan a la mente, sin discriminar en esta primera etapa cuáles sobrevivirán un escrutinio más riguroso. Si se está trabajando en equipo, entonces este es un trabajo que se puede hacer en conjunto. Pero de ser así, lo recomendable es que cada miembro del grupo pueda primero pensar por sí mismo, y luego se discutan estas ideas en conjunto.¹⁸

15 Vaish, Amrisha; Grossmann, Tobias y Woodward, Amanda. “Not all emotions are created equal: The negativity bias in social-emotional development”. En *Psychological Bulletin*, 2008, pp. 383-403.

16 Sandler, Paul. “Classical Rhetoric and the Modern Trial Lawyer”. En *The Art of Persuasion: Essays on Rhetoric in the Courtroom*, p. 2.

17 Lebovits, Gerald. *op. cit.*

18 La experiencia demuestra que, si este *brainstorming* se hace en voz alta sin que exista antes una etapa de trabajo individual, entonces las ideas de unos influirán a las de otros, dificultando o evitando el surgimiento de líneas argumentativas diferentes. Asimismo, quienes tengan un mayor liderazgo pueden influenciar, aún de forma indirecta, a los que se encuentren en jerarquías inferiores, sean menores, o menos experimentados.

Una vez que se han compartido, depurado y seleccionado las ideas (idealmente eliminado solo aquellas consideradas incoherentes o ilógicas) entonces se recomienda proceder a una etapa de creación de un esquema u *outline* del escrito. El objetivo principal es determinar de forma clara qué se quiere comunicar, cuál será la temática y cuáles son los argumentos que se presentarán para apoyarla.¹⁹ Se recomienda que este esquema sea extenso; debe tener todos los argumentos que se quieren desarrollar, incluyendo aquellos respecto de los que se tienen dudas. Luego, al momento de redactar, el abogado se dará cuenta de cuáles argumentos hacen sentido y apoyan la teoría del caso.

La decisión respecto de qué es lo que se va a decir depende de la audiencia del escrito. La teoría de la retórica enseña que no debe asumirse nada respecto del lector, porque no se sabe nada sobre él.²⁰ En este caso, sin embargo, sí tenemos información sobre nuestros lectores. El abogado sabe que quienes van a leer el documento son los árbitros. Para que la historia que se cuenta sea efectiva y creíble es importante involucrar al tribunal. Para eso, hay que ayudar al tribunal a entender el caso, especialmente explicando sus complejidades y cómo superarlas, siempre teniendo en cuenta que ellos son abogados, usualmente preparados en la materia o en los tópicos generales del arbitraje.

La retórica también enseña que debe relatarse los hechos de una forma que sea especialmente persuasiva para esa persona en particular. Por ello, es importante conocer cuáles son las creencias, valores y características del lector.²¹ En el arbitraje internacional, es usual que se conozca el nombre de el o los árbitros que conocerán del caso antes de presentar los memoriales más sustantivos y la evidencia, lo cual a su vez permite saber la cultura legal de la que provienen. Algunos piensan erróneamente que esto no tiene relevancia, ya que creen que la lógica traspasa las diferencias que existen entre distintos países o culturas. Sin embargo, como vimos antes, los seres humanos no somos absolutamente racionales. Por eso, existen autores que afirman que la cultura y formación educacional y profesional del árbitro sí es un factor que afecta el poder persuasivo del escrito, al menos en cierta medida.²²

19 Miró Quesada, Caterina. *Op. cit.*, p. 18.

20 Garner, Bryan A. *The Winning Brief: 100 Tips for Persuasive Briefing in Trial and Appellate Courts*. Segunda Edición, 2003, p. 425.

21 Sandler, Paul M. "Classical Rhetoric and the Modern Trial Lawyer". En *The Art of Persuasion: Essays on Rhetoric in the Courtroom*, p. 2 [En Línea]: shorturl.at/nvMPZ.

22 Para una explicación detallada de esta discusión, ver Hornikx, Jos. "Chapter 4: Cultural Differences in Perceptions of Strong and Weak Arguments". En Cole, Tony. *The Roles of Psychology in International Arbitration*. 2017, pp. 75-92.

En el caso del arbitraje internacional, algunas de las temáticas que influirán en el relato de los hechos pueden ser la nacionalidad de los árbitros y los idiomas que hablen; si son abogados en sistemas civiles de derecho, de *common law*, o de otros sistemas (como los mixtos, o con tradiciones religiosas como los que existen en algunos países islámicos); si ejercen además como litigantes o académicos; si tienen conocimiento especializado respecto de alguna industria económica; y si existen laudos públicos de casos en los que hayan participado, o artículos académicos que hayan publicado, que contengan sus visiones sobre temas de fondo que se discutan entre las partes. Para recopilar esta información y otra disponible que pudiera haber, es recomendado consultar los *currículum vitae* de los árbitros y tener en mente la información contenida en ellos al momento de armar el relato y los memoriales que se presentarán.

3.2. Estructura: ¿En qué orden hacerlo?

En la subsección anterior nos enfocamos en qué se quiere decir, y detallamos algunas formas en que se puede determinar el contenido del relato que se va a comunicar en los memoriales. En esta sección vamos a centrar la atención en la estructura que va a facilitar la comunicación de ese contenido. Utilizar una estructura adecuada es particularmente útil y relevante cuando se escriben memoriales largos en aquellos casos en que existe una multiplicidad de temas a discutir.

En términos generales, un memorial debe tener una organización lógica y ser fácil de seguir. Además, la estructura del escrito debe adaptarse a los objetivos del caso. Esto incluye elegir una estructura narrativa dependiendo de dicho objetivo, que normalmente es, o cronológica o temática. Por cronológica nos referimos a una estructura en que los temas o las preguntas que se quieren tratar se presenten de acuerdo al orden cronológico en que sucedieron los hechos relevantes.²³ Relatar sucesos de esta manera suele ser la forma más clara de entender cómo aquellos hechos acontecieron. Otras veces, el relato debe estructurarse de forma temática. Este suele ser el caso cuando existen preguntas (o respuestas a esas preguntas) que solo pueden tratarse una vez que otras hayan sido respondidas.²⁴ En esos casos, se dice que existen preguntas o temáticas que son interdependientes, y por eso se organizan de esa forma en vez de en orden cronológico. Como explica Lynn Bahrych, “[d]iscutir primero la pregunta anterior generalmente facilitará la comprensión de la interrelación para el lector y evitará referencias cruzadas incómodas.”²⁵

23 Bahrych, Lynn. *Legal Writing in a Nutshell*. Cuarta edición, 2009, p. 15.

24 *Ibid.*, p. 14.

25 *Idem*.

Ya entrando a sugerencias más específicas, es altamente recomendable utilizar títulos y subtítulos. Al final, la estructura va a estar marcada por ellos. La idea es dividir el memorial en distintas secciones, y que cada una de ellas pueda servir de apoyo para construir la teoría del caso que se ha planteado.²⁶ Cada sección contendrá un título que la identifique, y cuando sea necesario –usualmente por la extensión de la sección o por la diversidad de temas que se traten– se pueden también incluir subtítulos.

Para crear un encabezado efectivo se puede recurrir a ciertas técnicas porque es importante que el título en sí mismo sea persuasivo.²⁷ Una forma de lograr esto en el marco de un arbitraje es asegurarse que los títulos sean afirmaciones, no simplemente temas. La razón por la cual se recomienda utilizar afirmaciones en los títulos es porque muchos árbitros comienzan su lectura de los memoriales por la tabla de contenidos o el índice.²⁸ Se espera que el lector pueda comprender la teoría del caso mediante la sola lectura de aquella parte del memorial. Y eso solo se logra si los títulos y subtítulos son afirmaciones que sirven para construir el relato mediante el cual se busca persuadir al tribunal. Por ejemplo, si se quiere hacer un capítulo sobre cómo las tratativas o negociaciones de un acuerdo afectan la interpretación de las cláusulas del contrato, en vez de llamar a ese capítulo “Tratativas previas”, sería mejor utilizar el siguiente título: “La negociación del acuerdo confirma nuestra interpretación del contrato”.

Que el título sea una afirmación, sin embargo, no quiere decir que el argumento completo deba ir en el título. Los títulos no deben ser demasiado largos, y si resultan muy extensos entonces el uso de subtítulos puede ayudar a dividir los argumentos en sus distintas partes.²⁹ Es importante mantener los títulos breves porque si son muy extensos, dejan de cumplir con su rol de resumir los argumentos. Para expresar los argumentos en títulos breves hay que tener clara la esencia de los argumentos, lo cual requiere mucho estudio y análisis. Si bien en algunos momentos puede volverse una tarea ardua traducir el argumento a un título corto, hacerlo servirá para poner a prueba el argumento y su comprensión por quien está redactando. Además, es de esperar que en algunas ocasiones los títulos o subtítulos sean contraargumentos o refutaciones a aquellas defensas que se espera que la parte contraria levante.³⁰

26 Miró Quesada, Caterina. *Op. cit.*, p. 20.

27 Neumann, Richard Jr. y Tiscione, Kristen. *Op. cit.*, p. 296; Miró Quesada, Caterina. *Op. cit.*, p. 20.

28 Neumann, Richard Jr. y Tiscione, Kristen. *Op. cit.*, p. 296.

29 *Ibid.*, p. 297.

30 *Ibid.*, p. 296.

3.3. Redacción: ¿De qué forma comunicarlo?

Una vez que el abogado ha preparado un esquema general del memorial, y tiene una idea sobre qué temas tocará, debe comenzar la redacción.

Dentro de cada sección del escrito suele ser importante comenzar con un párrafo introductorio que explique su contenido, a no ser que la sección sea tan breve que el párrafo introductorio no hace más que repetir el contenido que sigue. Esto permite al lector obtener un contexto adecuado para la lectura de los párrafos que siguen.³¹ Una forma de hacer esto es recurrir a una frase temática contundente seguida de un resumen de los puntos que abarcará el argumento. Como vimos antes, lo primero que se lee suele tener un impacto en lo que se lee a continuación. Por eso, la introducción en una sección o capítulo sirve como una oportunidad para explicarle al lector qué rol juega la misma dentro de la teoría del caso.³²

Cada sección debe estar constituida por un conjunto de párrafos. Lo ideal es limitar cada párrafo a una sola idea. Los párrafos deben comenzar con una primera oración que introduzca el tema del párrafo, que es lo que en inglés se conoce como el *topic sentence*. Es importante recordar que no se debe “terminar el párrafo anterior con lo que debería ser la frase temática del siguiente párrafo”.³³

Un consejo que es propio de la redacción de documentos legales es evitar rehacer el argumento de la contraparte. Al estructurar una sección o un párrafo que contiene una refutación, existe una tentación de resumir el argumento que se va a responder.³⁴ Si bien esto puede ser necesario, lo es solo hasta cierto punto. El riesgo de explicar más de lo necesario es que potencialmente se mejore el argumento de la contraparte, cuando en realidad lo que se pretende es refutarlo. Para evitar correr este riesgo, un parámetro es determinar si la explicación es suficiente como para que el lector entienda cuál argumento de la contraparte es el que se está

31 Miró Quesada, Caterina. *Op. cit.*, p. 20.

32 Legum, Barton. “The Ten Commandments of Written Advocacy in International Arbitration”. En Park, William (ed.). *Arbitration International*. Oxford University Press 2013, vol. 129 num. 1, pp. 2-3 (“Los argumentos legales se comprenden mejor cuando el lector sabe a dónde se dirige antes de llegar allí. La organización de su argumento es más fuerte y clara cuando cada párrafo comienza con una oración temática: una oración que hace o anuncia el punto principal del párrafo.”) (Traducción libre del original en inglés: “Legal arguments are better understood when the reader knows where you are going before you get there. The organization of your argument is stronger and clearer when each paragraph begins with a topic sentence: a sentence that makes or announces the main point of the paragraph”).

33 Garner, Bryan. *Op. cit.*, p. 115.

34 Legum, Barton. *Op. cit.*, p. 4.

refutando, o no.³⁵ Si no es suficiente, se puede explicar un poco más. Sin embargo, todo lo que vaya más allá de eso es innecesario. Adicionalmente, recomendamos resumir el argumento en una oración argumentativa. Por ejemplo, en vez de escribir “la contraparte argumenta que...”, se puede decir que “la contraparte yerra al argumentar que...”.

A la creación de oraciones aplican principios similares a los antes explicados respecto de la estructura de los párrafos. Lo esperable es que cada oración se refiera a una idea principal. Sin embargo, si la división va a afectar la claridad del mensaje que se quiere comunicar, entonces es preferible mezclar en una misma oración más de un pensamiento, o incluir ideas conectadas o relacionadas.³⁶ En general, se sugiere que las frases no sean muy largas. Si se han redactado oraciones complejas, es importante analizar si pueden separarse en dos o más, y de ser posible, implementar aquella división. Para determinar si una frase es muy larga, un autor escribiendo sobre redacción persuasiva ante tribunales norteamericanos sugiere que las oraciones tengan menos de 20 palabras, en promedio, lo que nos parece un parangón razonable para usar de referencia.³⁷

En los escritos legales es usual recurrir a oraciones subordinadas “concesivas” (oraciones subordinadas que expresan un obstáculo que no resulta efectivo del todo). Algunos ejemplos son: “si bien la contraparte argumenta X, la realidad es que Y” o “aunque existe debate en la doctrina sobre A, la visión mayoritaria es que B”. Reconociendo la utilidad de esta forma de argumentar, a veces éstas pueden ser largas y confusas, por lo que hay que ejercer especial cuidado al formular las mismas.

Al momento de elegir las palabras, o cuántas palabras utilizar para comunicar una idea, la sugerencia es tratar de escribir de forma clara y directa. Además, se recomienda ser breve y escribir de forma sencilla, estilo que asegurará que el escrito sea conciso. En español es usual escribir recurriendo a un gran número de cláusulas condicionales y concesivas, así como una gran variedad de adjetivos para caracterizar incluso ideas simples. Sin embargo, cuando estamos en el marco de un arbitraje internacional, nuestra sugerencia es alejarse de ese estilo. Como explica Caterina Miró, los abogados que usualmente escriben en castellano deben intentar evadir la tentación de utilizar una plétora de palabras para describir cada argumento, ya que esto le asegurará al litigante que el tribunal leerá todo y

35 *Idem*.

36 Garner, Bryan. *Op. cit.*, p. 40.

37 *Ibid.*, p. 132.

lo entenderá de forma clara.³⁸ Muchas veces el uso de palabras excesivamente efusivas suelen generar el efecto contrario de sospechar sobre la veracidad de lo que se escribe. Por ejemplo, no es necesario decir que “es totalmente evidente y no queda lugar a dudas que las partes que han firmado un contrato quedan indefectiblemente vinculadas por lo que se ha acordado.” Es suficiente decir que “el contrato es vinculante para las partes”. Un consejo práctico es tener cuidado con palabras o frases como “obvio”, “claro”, “patente”, “sin lugar a dudas”, y otras similares que en vez de reafirmar la obviedad de lo que se dice lo ponen en duda. Algo que es evidente no requiere que se diga que lo es para serlo. Como explica Legum: “Las palabras clara y evidentemente protestan demasiado. Señalan debilidad. Es paradójico pero cierto. Si no te has dado cuenta, empieza a mirar cualquier frase en la que aparezca una de esas palabras. Elimine el adverbio y la frase será más fuerte.”³⁹

Asimismo, se sugiere evitar los superlativos. Usualmente una frase funciona igualmente bien –sino mejor– sin ellos.⁴⁰ Por ejemplo, no es más efectivo decir “el argumento de la contraparte es extremadamente absurdo, incoherente y un completo sinsentido” que decir “el argumento de la contraparte es ilógico”.

Es importante recordar que los árbitros, y especialmente aquellos que conocen casos internacionales, suelen estar muy ocupados. Es usual que lleven muchos arbitrajes, y que además estos tengan audiencias agendadas una tras la otra. En la práctica, esto implica que el tiempo que los árbitros tienen para leer los memoriales es limitado. Esto no quiere decir que los árbitros van solamente a leer los memoriales que sean más breves, pero sí implica que “el estilo de escritura más eficaz es el que es fácil de entender, no el que tiene las paráfrasis más elegantes o más bonitas... Lo más breve es mejor para la comunicación.”⁴¹ Si bien es difícil ser conciso, usualmente es mejor serlo, tal como enseñan los aforismos: “Si tuviera más tiempo hubiera escrito una carta más corta” o “Si lo bueno breve, doblemente bueno”.

Continuando con la elección de palabras, es importante que las palabras en la primera frase del párrafo apunten a lo que precede: *esto, aquello, estos, aquellos*.

38 Miró Quesada, Caterina. *Op. cit.*, p. 19.

39 Garner, Bryan. *Op. cit.*, p. 363 (Traducción libre del original en inglés: “The words *clearly* and *obviously* protest too much. They signal weakness. It’s paradoxical but true. If you haven’t been aware of this, start looking at any sentence in which one of those words appears. Remove the adverb and the sentence will be stronger”).

40 Legum, Barton. *Op. cit.*, p. 5.

41 *Ibid.*, p. 1. (Traducción libre del original en inglés: “... the most effective writing style is the one that is easy to understand, not the one with the most elegant to beautifully turned paraphrases (...) Shorter is better for communication”).

Esto permite conectar las distintas oraciones de una forma que permita leer el relato fluidamente.⁴² Es sugerido, en algunos casos, repetir una palabra o frase del párrafo anterior en la primera fase del siguiente párrafo para “hacerse eco” de lo que se acaba de escribir.⁴³

Otro consejo útil al momento de elegir qué palabras utilizar es relajar el tono, y tratar de evadir palabras excesivamente técnicas o “leguleyas”. Una encuesta realizada en Estados Unidos demostró que una mayoría abundante de los jueces, a través de los distintos estados, preferiría que los abogados dejaran de utilizar jerga legal.⁴⁴ Consideraban, incluso, que el uso de jerga legal indicaba que un abogado era menos calificado o preparado que los que no las utilizaban.⁴⁵ El uso de jerga legal nos parece que produce un efecto similar que aquellas palabras que se usan para dar un énfasis innecesario a una frase. El uso excesivo de la jerga y de grandilocuencias legales pone en duda la efectividad de la oración.

Todas estas sugerencias buscan evitar que se distorsionen los hechos o el derecho que se comunica.⁴⁶ Algunas veces incluir hipérboles o exageraciones puede producir una comunicación que se aleja de la realidad y correr ese riesgo es innecesario. Distorsionar los hechos es siempre grave, y es particularmente riesgoso cuando quien lee el documento es un árbitro internacional. Ellos leen de forma crítica los memoriales, y tienen desarrolladas sensibilidades para identificar cuándo lo que se escribe es una exageración en vez de un relato sincero de los hechos o del derecho.⁴⁷ Como se explicó antes, una vez que el árbitro pierde la confianza en la transparencia de uno de los litigantes, es difícil poder recuperarla.

Para concluir esta sección, un consejo específico para quienes litigan ante árbitros internacionales es mantener un “tono internacional” en los memoriales. Como mencionamos antes, los árbitros frente a los que uno litiga pueden tener

42 Garner, Bryan. *Op. cit.*, p. 127.

43 Bahrych, Lynn. *Op. cit.*, pp. 42, 46 (“Una buena transición se refiere a lo que ha precedido y anuncia lo que sigue. Sin transiciones, una escritura legal es como un mosaico sin pegamento: nada, por elegante que esté diseñado, se mantiene unido (...) La repetición o el eco de palabras o frases clave sirve como una transición sustantiva efectiva entre oraciones.”) (Traducción libre del original en inglés: “A good transition refers to what has preceded and announces what is to follow. Without transitions, a piece of legal writing is like a mosaic without glue: nothing, no matter how elegantly designed, holds together (...) Repetition or echo of key words or phrases serves as an effective substantive transition between sentences”).

44 Garner, Bryan. *Op. cit.*, p. 177.

45 *Idem.*

46 *Ibid.*, p. 337.

47 Legum, Barton. *Op. cit.*, p. 5.

una formación académica distinta a la propia, estar habilitados para ejercer la profesión en sistemas legales diferentes, e incluso vivir en países o culturas que tienen otros idiomas y otras tradiciones. Por eso, al redactar, hay que preguntarse si lo que se comunica será comprensible para árbitros que viven y ejercen en un contexto diferente al de quien está escribiendo. Algunas palabras o términos jurídicos no se llaman de la misma forma en todos los sistemas jurídicos, no tienen una traducción precisa a otros idiomas, o no se aplican o tienen los mismos efectos jurídicos que en otros países. Por eso, hay que ser críticos en la elección de las palabras para asegurarse que ellas comunican lo que se espera, y son apropiadas en el contexto de un arbitraje internacional.⁴⁸

4. Conclusión

Ayuda memoria: consejos prácticos para una redacción efectiva:

- Escribir de forma natural
- Escribir con sustantivos y verbos
- Revisar y reescribir
- No sobrescribir
- No exagerar
- No dar demasiadas explicaciones
- Evitar palabras rebuscadas
- Evitar el lenguaje agresivo
- Usar frases cortas y sencillas
- Utilizar puntos con viñetas
- Utilizar la voz activa
- Dividir las secciones extensas en unidades más pequeñas
- Evite el lenguaje florido y las palabras de relleno
- Evitar la repetición
- Evitar las hipérbolos y eliminar palabras innecesarias
- Evitar los dobles negativos
- Evite demasiadas sub-cláusulas y paréntesis

A modo de conclusión de este artículo eminentemente práctico, hemos incluido a continuación una caja con una ayuda memoria que esperamos permitan una consulta rápida de los consejos antes explicados.

48 *Ibid.*, p. 2.

PREPARACIÓN DE AUDIENCIAS EN ARBITRAJES DE INVERSIÓN

Luciana T. Ricart
Fernando A. Tupa

Sumario:

1. Introducción
2. Disposiciones en las resoluciones procesales sobre la organización de la audiencia
3. Alegato de apertura
4. Alegato de cierre
5. Interrogatorio de testigos y peritos
6. Palabras finales.

LUCIANA T. RICART

Luciana Ricart es socia de la oficina de Londres de Curtis, Mallet -Prevost, Colt & Mosle LLP. Es abogada con diploma de honor de la Universidad de Buenos Aires, Argentina y cursó una maestría (LL.M.) en Estudios Legales Internacionales en New York University como Becaria Fulbright. Se encuentra admitida como abogada en la Ciudad de Buenos Aires y como Solicitor Advocate en Inglaterra y Gales. Asesora frecuentemente a Estados en temas de derecho internacional público como inmunidad soberana, interpretación de tratados y disputas territoriales. Representa a Estados Latinoamericanos, Europeos y de Medio Oriente en controversias de inversión bajo las reglas de arbitraje del CIADI, la CNUDMI, y la CCI en una variedad de sectores, como petróleo y gas, seguridad social y servicios financieros. Asimismo, ha representado a un Estado de Medio Oriente ante la Corte Internacional de Justicia. Fue Profesora Adjunta interina en la Universidad de Buenos Aires y actualmente se desempeña como Profesora Adjunta en American University Washington College of Law.

FERNANDO A. TUPA

Fernando Tupa es socio del estudio Curtis, Mallet-Prevost, Colt & Mosle LLP (oficinas de Buenos Aires y Nueva York) y miembro del grupo de Arbitraje Internacional de la firma. Es abogado egresado con diploma de honor de la Universidad de Buenos Aires, y cuenta con maestrías en Derecho Empresario de la Universidad de San Andrés y en Estudios Legales Internacionales (LL.M.) de la New York University. Se encuentra admitido como abogado tanto en la Ciudad de Buenos Aires como en el Estado de Nueva York. Ha representado a Estados, entidades estatales y compañías privadas en arbitrajes comerciales internacionales y arbitrajes de inversión bajo las reglas del CIADI, CNUDMI y de la CCI, entre otras, en una variedad de sectores e industrias, incluyendo petróleo y gas, recursos naturales, energía, infraestructura, construcción, telecomunicaciones, seguridad social e impuestos. Ha participado en importantes arbitrajes de inversión que involucraron a Estados de Latinoamérica, Asia y África. También se desempeña como Profesor Adjunto en American University Washington College of Law.



PREPARACIÓN DE AUDIENCIAS EN ARBITRAJES DE INVERSIÓN¹

1. Introducción

La audiencia en el arbitraje internacional es una etapa fundamental del proceso, ya que constituye la culminación de la etapa probatoria del caso. Es en la audiencia cuando las partes podrán presentar sus alegatos orales frente al tribunal, y cuando la evidencia testimonial y pericial presentada a lo largo del arbitraje se pondrá a prueba a través del interrogatorio de testigos y peritos. Pese a que la audiencia sea la culminación de la etapa probatoria del caso, y tenga lugar recién una vez concluida la fase escrita del procedimiento arbitral, su planificación debe considerarse desde el inicio mismo del arbitraje, tanto desde el punto de vista práctico como desde el punto de vista estratégico. Incluso, ciertos aspectos deberían ya empezar a planificarse desde la primera resolución procesal del caso, en la cual se sentarán las bases sobre ciertas reglas que resultarán aplicables en la audiencia.

Este artículo se concentrará en la preparación de audiencias en arbitrajes de inversión y se enfocará en las cuestiones centrales –tanto teóricas como prácticas– que deben tenerse en cuenta a la hora de planificar y organizar una audiencia arbitral. Para ello, cubriremos brevemente las disposiciones de las resoluciones procesales sobre la organización de la audiencia, para luego concentrarnos en algunas pautas claves que deben considerarse en la preparación de los alegatos de apertura y de cierre, y en la preparación y conducción de los interrogatorios de los testigos y peritos.

2. Disposiciones en las resoluciones procesales sobre la organización de la audiencia

Una parte importante en la planificación de la audiencia arbitral son las disposiciones procesales sobre la organización de la audiencia, las cuales determinarán varias cuestiones estratégicas, como el alcance de los interrogatorios de testigos y peritos.

Los diversos reglamentos arbitrales de las distintas instituciones arbitrales contienen una serie de reglas sobre el desarrollo y conducción de audiencias, pero no suelen ser exhaustivas.² En la práctica, las partes negocian en la primera reso-

¹ Las opiniones expresadas en este artículo pertenecen a los autores y no reflejan necesariamente las de Curtis, Mallet-Prevost, Colt & Mosle LLP o sus clientes.

² Ver, por ejemplo, Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (2013), artículos 17.3 y 28, Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) (2006), regla 32; Reglamento de Arbitraje de la CCI (2021), artículo 26.

lución procesal ciertas disposiciones generales sobre el desarrollo y conducción de la audiencia. Asimismo, un tiempo anterior a la celebración de cada audiencia, las partes también negocian ciertas disposiciones específicas sobre la conducción de esa audiencia. Es conveniente dejar para la resolución procesal sobre la organización de una audiencia específica la definición de ciertas cuestiones centrales sobre la organización y conducción de dicha audiencia. Ello permitirá a las partes tomar decisiones respecto a su estructura con mayor conocimiento de cómo se ha desarrollado el caso, y adecuar la distribución de los tiempos de la audiencia acorde a la cantidad de testigos y peritos que deben prestar testimonio.

Existen diversos factores sobre el desarrollo y conducción de la audiencia que las partes y el tribunal suelen incluir en la primera resolución procesal del caso: (a) lugar de celebración y modalidad de la audiencia (i.e., si una porción o toda la audiencia podrá llevarse a cabo de modo virtual); (b) lenguaje del arbitraje y de celebración de la audiencia (lo que determinará si será necesario contar con intérpretes); (c) distribución del tiempo de audiencia entre las partes (usualmente estableciendo que ambas partes contarán con igual cantidad de tiempo para presentar su caso); (d) reglas sobre el interrogatorio de testigos y peritos (determinando su alcance); (e) disposiciones sobre los registros de la audiencia en transcripciones y grabación de audio; (f) reglas sobre transparencia (i.e., celebración de la audiencia en privado o en público); entre otros.³

En forma previa a la celebración de la audiencia, se suele llevar a cabo una conferencia telefónica o por video con el tribunal, de corta duración, en donde se discutirán las cuestiones vinculadas a la organización y conducción de la audiencia, y en donde las partes expondrán sus posiciones al respecto. Los detalles relevantes para la celebración de la audiencia –muchos de ellos negociados directamente entre las partes con anterioridad a esa conferencia, y aquellos respecto de los cuales no hay acuerdo, decididos por el tribunal luego de escuchar las posiciones de las partes– serán plasmados en una resolución procesal emitida por el tribunal sobre la organización de la audiencia.⁴

En cuanto a la distribución de los tiempos durante la audiencia, en el arbitraje constituye un principio fundamental que cada parte tenga igual oportunidad de

3 Ver, por ejemplo, *David R. Aven y otros c. la República de Costa Rica*, Caso N.º UNCT/15/3, Resolución Procesal 1, 10 de septiembre de 2015, párrafos 9, 10.11-10.15, 23-26. Disponible en bit.ly/2ZGf1iS [Consulta: 1 de noviembre de 2021]. *IBT Group, LLC y IBT, LLC c. República de Panamá*, Caso CIADI No. ARB/20/31, Resolución Procesal 1, 17 de febrero de 2021, párrafos 19, 21, 22, 23. Disponible en bit.ly/3qhA32X [Consulta: 2 de noviembre de 2021].

4 Ver, por ejemplo, *David R. Aven y otros c. la República de Costa Rica*, Caso N.º UNCT/15/3, Resolución Procesal 5, 25 de noviembre de 2016. Disponible en bit.ly/3CyUueF. [Consulta: 1 de noviembre de 2021].

presentar su caso. Para lograrlo, la práctica más común respecto de la distribución de tiempos de audiencia es la utilización de la técnica del reloj de ajedrez, por medio de la cual ambas partes cuentan con igual tiempo para presentar su caso en la audiencia y deciden cómo utilizarlo.⁵ Asimismo, en la resolución procesal previa a la audiencia, se suele pautar el tiempo máximo que cada parte dispondrá para el alegato de apertura y, de corresponder, para el de cierre.⁶

La resolución procesal previa a la audiencia también suele contener disposiciones sobre el interrogatorio de testigos y peritos.⁷ Existen distintas posibilidades sobre el alcance del contrainterrogatorio en el arbitraje internacional, que puede ser más limitado (a solo aquello que haya sido objeto del testimonio escrito) o más amplio (cualquier cuestión que esté dentro del conocimiento o experticia del testigo o perito).⁸

Hay otra serie de disposiciones a tener en cuenta para incluir en la resolución procesal previa a la audiencia, incluyendo la posibilidad de que el tribunal pueda convocar a interrogar a un testigo o perito no convocado por las partes⁹ y la participación de testigos de hecho solo en las partes de la audiencia en las que deban declarar (conocido como “*sequestration*” o aislamiento), pudiéndose hacer ciertas excepciones para los testigos que sean parte o representante de una parte en el arbitraje.¹⁰

Asimismo, se pautarán disposiciones respecto de la presentación de los materiales de soporte durante la audiencia, entre los que se encuentran los anexos

5 *Ibid.*, párrafos 13-17. Lo más frecuente es que la técnica del reloj de ajedrez se utilice para computar el tiempo disponible para los interrogatorios de testigos y peritos, pero que los tiempos establecidos para los alegatos de apertura y cierre no se computen, y se estipulen tiempos fijos máximos para presentar dichos alegatos orales. De esta forma, mediante la aplicación de la técnica del reloj de ajedrez, se procederá a deducir del total de tiempo asignado a cada parte el tiempo consumido en cada interrogatorio. En general, la persona que actúa como secretario del tribunal lleva a cabo esta contabilización.

6 *Ibid.*, párrafos 18, 34.

7 *Ibid.*, párrafo 30.

8 Ver Sección 5.3 (Contrainterrogatorio).

9 Ver, por ejemplo, *David R. Aven y otros c. la República de Costa Rica*, Caso N.º UNCT/15/3, Resolución Procesalº5, 25 de noviembre de 2016, párrafo 24. Disponible en bit.ly/3CyUueF. [Consulta: 1 de noviembre de 2021]. Ver también, *David R. Aven y otros c. la República de Costa Rica*, Caso N.º UNCT/15/3, Resolución Procesalº1, 10 de septiembre de 2015, párrafo 23.3. Disponible en bit.ly/2ZGf1iS [Consulta: 1 de noviembre de 2021].

10 Ver, por ejemplo, *David R. Aven y otros c. la República de Costa Rica*, Caso N.º UNCT/15/3, Resolución Procesalº5, 25 de noviembre de 2016, párrafo 28. Disponible en bit.ly/3CyUueF. [Consulta: 1 de noviembre de 2021]. Ver también, *David R. Aven y otros c. la República de Costa Rica*, Caso N.º UNCT/15/3, Resolución Procesalº1, 10 de septiembre de 2015, párrafo 23.5. Disponible en bit.ly/2ZGf1iS [Consulta: 1 de noviembre de 2021].

demostrativos que son documentos creados por las partes o los peritos (muchas veces en formato de diapositivas) que presentan información que ya se encuentra en el expediente, pero de una manera distinta, por medio de gráficos o tablas, y en donde se requiere alguna verificación, de cálculo, por ejemplo. Las resoluciones procesales suelen establecer un plazo de antelación entre 24 a 72 horas antes de usar el anexo demostrativo en la audiencia cuando deberá entregarse copias a la contraparte de dichos anexos para que la información en dichos anexos demostrativos pueda ser verificada y, si hay alguna objeción, plantearla a la parte contraria o recurrir en su caso al tribunal.¹¹ Otros materiales de soporte durante la audiencia incluyen carpetas para los contrainterrogatorios, presentaciones de PowerPoint, y una carpeta de documentos conjunta para la audiencia para el tribunal (conocida como “*joint hearing bundle*” o carpeta conjunta de audiencia).¹² Como se verá en el siguiente apartado, la celebración de audiencias remotas ha consolidado la práctica de que todas estas presentaciones sean electrónicas.¹³

2.1. Las audiencias virtuales: ¿han llegado para quedarse?

Como resultado de la pandemia global originada por el Covid-19, durante los años 2020 y 2021, la mayoría de las audiencias arbitrales han sido celebradas en forma virtual. Al principio de esta práctica, hubo cierta resistencia por parte de los Estados participantes en arbitrajes de inversión a la celebración de audiencias con este formato, invocando el derecho a tener una audiencia presencial como parte de su derecho de defensa y del debido proceso, solicitando que la audiencia se postergue hasta cuando fuera posible realizarla en forma presencial y, en algunos casos, hasta recusando a los miembros del tribunal arbitral por ordenar la realización de una audiencia virtual.¹⁴ Sin embargo, la extensión de las restricciones de viaje ocasionadas

11 Ver, por ejemplo, *PACC Offshore Services Holdings Ltd c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. UNCT/18/5, Resolución Procesal 5 sobre Organización de la Audiencia, 21 de abril de 2020, párrafo 25. Disponible en bit.ly/3nXBLU3 [Consulta: 1 de noviembre de 2021].

12 Ver, por ejemplo, *David R. Aven y otros c. la República de Costa Rica*, Caso N.º UNCT/15/3, Resolución Procesal 5, 25 de noviembre de 2016, párrafos 33, 36 y 38. Disponible en bit.ly/3CyUueF. [Consulta: 1 de noviembre de 2021].

13 Esta práctica ya había comenzado en años anteriores con campañas para la realización de procesos arbitrales más responsables con el medio ambiente. Ver, por ejemplo, *Campaign for Greener Arbitrations*. Disponible en bit.ly/3BwEoRG. [Consulta: 1 de noviembre de 2021]. Ver, también, “El CIAM se suma a Greener Arbitrations para reducir el impacto ambiental de sus arbitrajes”. 13 de enero de 2001. En *ElDerecho.com* [En línea]: bit.ly/3CGRSLS [Consulta: 2 de noviembre de 2021].

14 Ver, por ejemplo, Lisa Bohmer, “ICSID dismisses arbitrator challenge in Spanish revealable case; decision to hold virtual hearings does not warrant the tribunal’s disqualification”. 17 de diciembre de 2020. En *IARReporter* [En línea]: bit.ly/3nUA61t [Consulta: 2 de

por la pandemia por un período prolongado significó que incluso los Estados que al principio se negaron a realizar audiencias virtuales las hayan aceptado (o los tribunales hayan decidido celebrarlas bajo esa modalidad, pese a la objeción de alguna parte), y así se han celebrado numerosas audiencias en dicho formato.¹⁵

Usualmente, previo a la realización de una audiencia virtual, el tribunal consulta a las partes para establecer un protocolo cibernético sobre todas las cuestiones que deben tenerse en cuenta y coordinarse a los fines de llevar a cabo una audiencia virtual. Las reglas de la International Bar Association sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional estipulan en su última actualización de 2020 que dicha consulta deberá versar sobre: (a) la tecnología a ser usada, (b) pruebas de la tecnología con todos los participantes, (c) horario de comienzo y finalización de la audiencia, teniendo en cuenta las zonas horarias en donde se encuentran todos los participantes, (d) la forma en que se mostrarán los documentos durante la audiencia, y (e) medidas para asegurarse de que los testigos que presten testimonio no sean indebidamente influenciados o distraídos.¹⁶

noviembre de 2021] (comentando la decisión en el caso *Landesbank Baden-Wuerttemberg y otros c. España* que rechazó la recusación de todos los miembros del tribunal arbitral hecha por España motivada por la decisión del tribunal arbitral de ordenar la realización de una audiencia virtual en vistas a las dificultades de viaje en agosto de 2020 para que la audiencia pueda desarrollarse en modo presencial en La Haya). Ver también, Damien Charlotin, “[Updated]: Vattenfall tribunal survives second bid by Germany to disqualify all members; PCA Secretary-General offered opinion on all grounds for challenge, including non-suspension during pandemic”. 8 de julio de 2020. En *IARReporter* [En línea]: bit.ly/3nWtq2S [Consulta: 2 de noviembre de 2021] (comentando la decisión en el caso *Vattenfall c. Alemania* que rechazó la recusación de todos los miembros del tribunal arbitral hecha por Alemania motivada por la decisión del tribunal arbitral de ordenar la realización de una audiencia virtual sobre cuantía en junio de 2020 en vistas a las restricciones impuestas por la pandemia del coronavirus).

15 Ante las objeciones de las partes a llevar a cabo la audiencia de manera virtual, alegando la posible afectación del derecho de defensa y del debido proceso, los tribunales arbitrales se vieron en la situación de tener que decidir si postergaban las audiencias o de todas formas celebraban la audiencia en forma virtual, pese a la objeción de alguna de las partes. Los tribunales arbitrales siempre buscan consenso, y que las partes estén de acuerdo con la postergación o la celebración de la audiencia de forma virtual, sobre todo porque quieren evitar planteos futuros de nulidad de laudos arbitrales por supuesta afectación del derecho de defensa y del debido proceso. Los reglamentos arbitrales no contenían disposiciones expresas sobre estas cuestiones, pero siempre le otorgaban al tribunal arbitral amplio poder y discreción respecto a cómo llevar a cabo el procedimiento arbitral, en particular en miras a un procedimiento expedito y eficaz. La primera de las instituciones arbitrales que administran arbitrajes de inversión en incorporar expresamente la facultad del tribunal de determinar que la audiencia se lleve a cabo de forma virtual fue la CCI, que modificó recientemente su reglamento. Reglamento de Arbitraje de la CCI (2021), artículo 26.1.

16 International Bar Association, *Revisión de las Reglas de la IBA (International Bar Associ-*

Varias de las instituciones administradoras de arbitrajes han publicado modelos de protocolos cibernéticos para audiencias virtuales que se encuentran disponibles en línea, en donde se remarcan las diversas cuestiones a tener en cuenta en la negociación del protocolo para una audiencia virtual.¹⁷ Lo más común es que el tribunal arbitral o la secretaría envíe a las partes un borrador del protocolo para que las partes expresen sus preferencias, las cuales quedarán plasmadas en una resolución procesal, junto con las decisiones del tribunal sobre las cuestiones en las que haya discrepancia entre las partes. Si bien la logística de la audiencia no es un tema legal, es un tema de mucha relevancia para que una audiencia remota pueda desarrollarse con éxito. Uno de los puntos a tener en cuenta por parte de los abogados es la comunicación entre el equipo si éste va a estar ubicado en distintos lugares. Asimismo, se deberá planificar desde dónde declararán testigos y peritos, y qué herramientas tecnológicas se pondrán a disposición para asegurarse de que estos no sean indebidamente influenciados.¹⁸

En nuestra opinión, las audiencias virtuales han llegado para quedarse en el arbitraje de inversión, sobre todo en dichas audiencias procesales o sobre cuestiones incidentales (como medidas provisionales), en casos en los cuales los montos en disputa no son elevados, o cuando la duración de la audiencia no es mayor a un par de días.

ation) sobre *Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional*, diciembre de 2020, Art. 8.2. Disponible en bit.ly/3mbTirZ [Consulta: 25 de octubre de 2021].

17 La página de internet de la institución arbitral Delos ha compilado varios protocolos y otras herramientas (algunas en español) para la celebración de audiencias remotas. *Delos Dispute Resolution*. Disponible en bit.ly/3bBFhh3 [Consulta: 1 de noviembre de 2021]. En español ver por ejemplo, Cámara de Comercio Internacional, *Nota de orientación de la CCI sobre Posibles Medidas Destinadas a Mitigar los Efectos de la Pandemia del COVID-19*. Paris: CCI, 2020. Disponible en bit.ly/3GDv6ad [Consulta: 1 de noviembre de 2021]. La página web de la International Bar Association también ha recientemente incorporado una sección titulada “Herramientas de tecnología para apoyar arbitrajes virtuales”, en donde se encuentran links a herramientas para planificar y llevar a cabo audiencias virtuales. Ver International Bar Association, *Technology Tools to Support Virtual Arbitrations*. Disponible en bit.ly/3wbXxr1 [Consulta: 1 de noviembre de 2021]. Para un ejemplo reciente de resolución procesal previa a la audiencia con un protocolo de audiencia remota ver *PACC Offshore Services Holdings Ltd c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. UNCT/18/5, Resolución Procesal 5 sobre Organización de la Audiencia, 21 de abril de 2020. Disponible en bit.ly/3nXBLU3 [Consulta: 1 de noviembre de 2021].

18 En audiencias virtuales recientes en las que hemos participado, hemos notado que el uso de una cámara de 360 grados para asegurarse de que no haya otras personas presentes en la sala desde donde declara el testigo o perito no resulta tan útil desde el punto de vista práctico por cómo se ve la configuración de la cámara en la pantalla. En otras situaciones, el uso de otra cámara fija ubicada en un pedestal y con visión del lado opuesto del cuarto desde donde el testigo o perito está testificando ha resultado más útil.

3. Alegato de apertura

Es usual que la audiencia arbitral (ya sea una audiencia de medidas provisionales, jurisdiccional, de fondo, de cuantía o incluso de anulación si se tratase de un arbitraje CIADI) comience con el alegato de apertura de cada una de las partes. La duración del alegato de apertura suele estar pautada de antemano en las resoluciones procesales sobre organización de audiencias y cada parte contará con la misma cantidad de tiempo para presentar su caso. Si bien cada parte puede elegir utilizar menor tiempo que aquel pautado para el alegato de apertura, no siempre la resolución procesal permitirá que ese tiempo que no sea utilizado pueda ser reservado por esa parte para el interrogatorio de testigos o peritos.

El alegato de apertura es de gran importancia para remarcar los puntos más salientes del caso y para exponer frente al tribunal las pruebas más relevantes que apoyan el caso de cada parte.

Como lo afirman Chang y Navarro González:

“La oratoria jurídica (“*advocacy*”) en el arbitraje sobre tratados de inversiones es un arte, no una ciencia –es el arte de la persuasión del tribunal. Los abogados deben aprenderse los hechos y el derecho, diseñar cuidadosamente una estrategia eficaz, redactar una historia precisa y convincente, simplificar los mensajes transmitidos a los árbitros y presentarlos convincentemente ante el tribunal. Deben hacerlo tomando en cuenta las particularidades específicas del arbitraje sobre tratados de inversiones en contraposición con otras formas de resolución de disputas. Los hechos y el derecho son el [fin] último para ser exitosos en un arbitraje, pero presentarlos de una manera persuasiva es ciertamente el camino que lleva a ese resultado.”¹⁹

Al tratarse de un arte y no de una ciencia, no hay reglas estrictas sobre cómo debe realizarse un alegato de apertura. Asimismo, las diferencias culturales existentes en la tradición jurídica de los diversos abogados involucrados en un arbitraje internacional implican que tampoco haya un solo estilo de alegato que deba seguirse. Más allá del estilo personal de cada orador y de su tradición jurídica, lo esencial en el alegato de apertura es su preparación con un conocimiento acabado del caso y de la industria o sector sobre el cual se está argumentando. Ello, en tanto no se puede explicar convincentemente lo que no se entiende. Además de leer exhaustivamente sobre el tema en discusión, el abogado o los abogados que

19 Cheng, Tai-Heng y Navarro González, Simón, “Advocacy in Investment Treaty Arbitration”. En *Global Arbitration Review -The Guide to Advocacy*. Cuarta edición. 2019, p. 11. Disponible en bit.ly/3madP02 [Consulta: 25 de octubre de 2021] (traducción del inglés al español por los autores).

serán los oradores encargados del alegato de apertura también podrán nutrirse de la experiencia de los testigos y peritos de la parte a quien representan para su confección.

En cuanto a preparación, cada orador tendrá su estilo y algunos se basarán en un discurso completamente escrito mientras que otros sólo se apoyarán en notas o puntos principales a tratar. Sea cual fuere el método que se adopte, es recomendable hacer uno o varios ensayos del alegato de apertura para tomar el tiempo y asegurarse de que el lenguaje utilizado es adecuado para un discurso oral. Siempre es conveniente hablar más lento de lo que uno hablaría normalmente para mantener la atención del tribunal. Un ritmo más lento también evitará que los estenógrafos e intérpretes (si los hubiera) tengan que interrumpir seguido para solicitar al orador que vaya más despacio.²⁰ En nuestra experiencia, y como lo señalan autores con mucha experiencia en alegatos orales, un alegato de apertura presentado a mucha velocidad pierde fuerza y no capta la atención del tribunal.²¹ Si bien habrá una transcripción de la audiencia a la cual los miembros del tribunal podrán referirse, el alegato de apertura causará una impresión inmediata en el tribunal y abrirá paso a la prueba testimonial y pericial que vendrá.²²

El objetivo principal a lograr con el alegato de apertura es que el tribunal entienda cuál es la teoría del caso de la parte que uno representa, así como también poder mostrarle al tribunal la prueba documental contemporánea a los hechos del caso y explicar su relevancia. El alegato de apertura ayuda a situar al tribunal en una perspectiva particular del caso para que analice la prueba con esa perspectiva, muchas veces apelando al sentido de justicia y equidad de los árbitros.

Las preguntas del tribunal durante el alegato de apertura ayudarán a observar la reacción del tribunal a la teoría del caso presentada por las partes y dejarán entrever los puntos críticos que el tribunal estará buscando confirmar durante el interrogatorio de testigos y peritos.²³

No hay una receta única para la realización de un alegato de apertura efectivo. Los principios a seguir son la simplicidad, brevedad, estructura clara, flexibilidad,

20 Cada orador tendrá un ritmo distinto para hablar y es conveniente tenerlo presente a la hora de preparar los primeros borradores del alegato de apertura para tener una idea de su extensión frente al tiempo total disponible para el alegato. En nuestra experiencia, un ritmo adecuado oscila aproximadamente entre 135 a 145 palabras por minuto.

21 Ver Franz T. Schwarz, "Opening Submissions". En *Global Arbitration Review -The Guide to Advocacy*. Cuarta edición. 2019, p. 7. Disponible en bit.ly/3CBnEdh [Consulta: 31 de octubre de 2021].

22 *Idem*.

23 Las interrupciones y preguntas del tribunal durante el alegato de apertura no suelen computarse dentro del tiempo con el que cuenta la parte para presentar su alegato oral.

flujo lógico y precisión. Proponemos tener en cuenta esos lineamientos para la preparación del alegato de apertura.

En cuanto a estructura, lo primero a tener en cuenta es si va a ser necesario más de un orador. Si el alegato es largo (más de una hora), es recomendable tener más de un orador para evitar la monotonía. Asimismo, distribuir el alegato de apertura entre distintos oradores permite que los oradores se concentren en un tema en particular sobre el que tienen un conocimiento acabado o más profundo. En este sentido, en arbitrajes de inversión, es común que los temas de cuantía en el alegato de apertura sean desarrollados por el abogado que tenga más experiencia en esos temas. La estructura interna del alegato suele presentar una introducción breve (de 5 a 10 minutos) en donde se hará un resumen de la controversia y de la teoría del caso para la parte que uno representa. Esta introducción situará al tribunal en cómo abordar el caso desde el punto de vista de cada parte. Es importante que el alegato también resuma los hechos relevantes y que los vincule con la evidencia, ya sea pruebas documentales o las declaraciones testimoniales o la prueba pericial. Para ello, será útil recurrir a ayudas visuales como presentaciones de PowerPoint en donde se muestre al tribunal los extractos de los documentos claves para el caso de la parte que uno está representando. Durante el alegato, si bien es necesario hacer mención a precedentes legales, no es recomendable discutirlos en detalle. Se puede de la misma forma utilizar la ayuda visual de PowerPoint para referir al tribunal a partes de los precedentes legales que se quiere remarcar. Asimismo, es importante que el alegato de apertura se concentre en presentar el caso propio y no en constantemente anticipar los argumentos de la parte contraria. Por último, es recomendable que el alegato de apertura concluya con un petitorio claro y conciso.

El uso de presentaciones de PowerPoint durante las audiencias es una herramienta útil para mostrar documentos claves, como correspondencia relevante y documentos gráficos, fotos, líneas de tiempo, mapas o incluir citas extensas a precedentes.

Hay ciertas cuestiones que conviene evitar en el alegato de apertura, como presentar argumentos exclusivamente apoyados en declaraciones testimoniales y que no están corroborados por otra evidencia. Ello por cuanto esas declaraciones estarán sujetas a contrainterrogatorio y puede que, según se desarrolle, estas pierdan cierto valor. Asimismo, es preferible durante el alegato de apertura no hacer mucho énfasis en cuestionar la credibilidad de los testigos o peritos de la contraparte antes de que estos sean contrainterrogados, o desacreditar excesivamente el caso de la parte contraria. En su lugar, como indicamos, resulta más conveniente presentar el caso de la parte que uno está representando. Tampoco consideramos conveniente exagerar el caso propio o hacer énfasis en la mala fe o en conducta atroz por la otra parte.

Finalmente, unos consejos prácticos sobre cómo abordar las preguntas del tribunal durante el alegato de apertura. Las preguntas de los árbitros reflejan el modo en que estos abordarán el caso y los temas que consideran problemáticos. No es inusual que los árbitros hagan preguntas similares a las partes, que desafían su postura y que son la contracara de la pregunta hecha a la otra parte. No hay que temer pedir aclaraciones si es necesario, y puede también solicitarse tiempo al tribunal para contestar la pregunta posteriormente. Si bien los árbitros otorgarán tiempo para contestar las preguntas, es bueno intentar satisfacer la curiosidad de los árbitros en el momento y contestar concretamente las preguntas formuladas, dejando en claro la postura de la parte a quien uno representa respecto del tema de la pregunta. Ahora bien, si uno no está seguro de una respuesta en ese momento, es preferible solicitar contestar la pregunta en otro momento y no dar respuestas categóricas que luego pueden ser incorrectas.

4. Alegato de cierre

Muchas audiencias concluyen con un alegato de cierre en donde cada parte remarca cómo, a su criterio, lo acontecido en la audiencia ha probado los distintos aspectos de su caso. Puede ocurrir que los alegatos de cierre sean reemplazados por escritos post-audiencia o que se realice un alegato de cierre corto y posteriormente se presenten escritos post-audiencia.²⁴ Cada una de las opciones tiene sus ventajas y desventajas.

Por su parte, una ventaja del alegato de cierre es su inmediatez con lo acontecido en la audiencia, ya que la evidencia está fresca en la mente de los miembros del tribunal. El alegato de cierre también puede ser útil para influenciar las deliberaciones del tribunal, cuya primera sesión suele ocurrir inmediatamente luego de celebrada la audiencia. En este sentido, es común que el tribunal reserve uno o dos días de deliberaciones luego de la audiencia.

La ventaja de los escritos post-audiencia es que da a las partes tiempo suficiente de procesar lo ocurrido en la audiencia y focalizar sus argumentos y su postura final en el caso. Si se pauta la presentación de escritos post-audiencia, se suele establecer de antemano su extensión máxima y se suele plantear su presentación en simultáneo, y a veces se prevén dos rondas.

Una práctica que hemos notado en varias audiencias a las que asistimos recientemente es la realización de alegatos de cierre orales, pero en una audiencia de un

24 Sin embargo, realizar tanto escritos post-audiencia como alegatos de cierre puede ser repetitivo e incrementar el costo y duración del arbitraje. Ver, por ejemplo, Cámara de Comercio Internacional, *Conducción eficaz del arbitraje. Una guía para abogados internos y para otros representantes de las partes*. París: CCI, 2015, p. 60. Disponible en bit.ly/3brO3OS. [Consulta: 1 de noviembre de 2021].

día de duración planificada para unas semanas o meses posteriores a la audiencia principal en donde se interrogaron a los testigos y peritos. Al finalizar la audiencia, el tribunal también puede circular una lista de preguntas para que las partes aborden en su alegato de cierre. Un alegato de cierre de esas características permitirá a las partes contar con el tiempo suficiente para absorber lo acontecido en la audiencia y revisar las transcripciones, y así poder marcar al tribunal los puntos más relevantes arrojados por los testimonios a los fines de demostrar que la evidencia ventilada en la audiencia en los diversos temas apoya el caso de la parte que uno representa.

El objetivo principal del alegato de cierre es inducir al tribunal a que emita un laudo favorable a nuestro cliente. El propósito será poner en contexto lo acontecido en la audiencia, explicando por qué la posición de nuestro cliente, que se expuso en detalle en el alegato de apertura, fue confirmada por la evidencia de testigos y peritos, y es apoyada por la prueba documental que se encuentra en el expediente. Asimismo, el alegato de cierre servirá para demostrar que lo argumentado por la parte contraria fue refutado por la evidencia en la audiencia, o que la audiencia demostró que los testigos o peritos de la otra parte fueron desacreditados, o que su testimonio no tiene sustento en la prueba documental.

En cuanto a la estructura del alegato de cierre, la estructura ideal es aquella que encuadra el caso de tal manera de darle al tribunal los pasos que debería seguir para fallar a favor de nuestro cliente. Dentro de esta estructura, se pueden insertar las respuestas a las preguntas que el tribunal haya planteado a ser contestadas durante el alegato de cierre, y a aquellas preguntas que el tribunal haya formulado durante la audiencia y sólo se haya contestado sucintamente en el momento.

Dado que habrá un tiempo limitado para el alegato de cierre, lo más eficiente será incluir en diapositivas de PowerPoint las citas de las transcripciones de los interrogatorios de testigos y peritos que apoyan los argumentos de nuestro cliente. Será útil también incluir en las diapositivas al lado de la respectiva declaración un extracto del documento o de la autoridad legal sobre el que fue preguntado el testigo o perito para que el tribunal pueda contrastar lo dicho por el testigo o perito con el documento en cuestión.

5. Interrogatorio de testigos y peritos

El interrogatorio de testigos y peritos es una de las partes centrales de la etapa probatoria en un arbitraje internacional. Es en dicha oportunidad donde se pondrá a prueba la credibilidad, experticia y conocimiento del testigo o perito, lo que en definitiva determinará qué peso o relevancia le dará el tribunal a dicha prueba testimonial o pericial al momento de emitir su laudo.

La primera decisión que debe tomar una parte es si quiere interrogar a todos o sólo a algunos de los testigos y peritos presentados por la parte contraria. Pue-

de no siempre resultar recomendable llamar a todos los testigos o peritos de la otra parte. Algunos testigos o peritos pueden haber presentado testimonios sobre cuestiones que una parte considera irrelevantes para la resolución de la controversia. También puede ocurrir que, debido al tiempo limitado de la audiencia, se tenga que optar y se elija llamar a los testigos o peritos que se consideren más importantes, resignando llamar a otros que se consideran menos relevantes o que han declarado sobre las mismas cuestiones que otros testigos o peritos a los que se va a llamar. Se trata de decisiones estratégicas que deben adoptarse haciendo un balance entre el tiempo disponible para interrogatorios y los puntos relevantes que la parte debe probar para respaldar su caso y desacreditar el caso de la parte contraria.

Una cuestión que no debe soslayarse –y que debe resultar claro para aquellos testigos y peritos cuyas declaraciones testimoniales o informes periciales se presentarán en un caso– es que la presencia del testigo o perito en la audiencia es de vital importancia (y, por ende, es imprescindible chequear su disponibilidad cuando se los convoca al caso y cuando se negocian las fechas de la audiencia). La falta de comparecencia de un testigo o perito ofrecido por una parte en la audiencia, salvo por razones debidamente justificadas, conlleva generalmente que se considere por no presentada su declaración testimonial o informe pericial, el cual será eliminado del expediente del caso. En aquellos casos en que el tribunal decida no excluir la prueba, le dará muy poco o ningún valor probatorio. Distinta es la situación cuando existen razones justificadas por las que el testigo o perito no pueda comparecer. En esos casos, es posible acordar otra fecha de audiencia o disponer la utilización de medios tecnológicos –como una video llamada– para que el testigo o perito declare en la misma o en otra fecha (con las mismas garantías que suelen establecer los protocolos cibernéticos).

Por otro lado, también puede darse la situación en la cual una parte opte por no llamar a un testigo o perito de la parte contraria, pero que la parte que ofreció a ese testigo o perito quiera insistir en que declare en la audiencia. Como señalamos, algunas resoluciones procesales sobre organización de la audiencia prevén esa posibilidad (o sea, que una parte pueda insistir en llamar a la audiencia a un testigo o perito propio que la parte contraria decidió no llamar). Es probable que la parte que insista en la comparecencia del testigo o perito tenga que brindar razones que justifiquen esa necesidad. En esos casos, será el tribunal arbitral quien decidirá si permite que el testigo o perito declare en la audiencia, en particular para someterse a un interrogatorio directo (que, en el caso de un perito, puede consistir en una presentación ante el tribunal) y a las preguntas del tribunal –aunque se le puede dar la posibilidad a la parte contraria, si el tribunal decide finalmente llamar al testigo o perito, de cambiar de opinión y contrainterrogarlo.

Otro tema no menor es el idioma en que un testigo o perito va a declarar en la audiencia. En el caso que el procedimiento arbitral se desarrolle en más de un idioma, o que el testigo o perito no hable el idioma del arbitraje, los abogados deben decidir en qué idioma conviene interrogar al testigo o perito (si, obviamente, los abogados manejan tanto el idioma en que va a declarar el testigo o perito y el idioma del arbitraje). Se puede establecer una fecha –sobre todo en aquellos procedimientos arbitrales en donde hay más de un idioma involucrado– en el que cada parte debe notificar en qué idioma testificarán sus testigos y peritos en la audiencia. Ello es útil para que cada parte pueda preparar su interrogatorio en el idioma que crea conveniente. Según nuestra experiencia, lo más recomendable es interrogar al testigo o perito en el mismo idioma que en el que éste va a declarar, ya que es probable que se pierda dinámica y fluidez en el interrogatorio si hay traducción de las preguntas (sumado al hecho que se le otorga al testigo o perito un tiempo adicional para pensar sus respuestas si es que también maneja el otro idioma).

El interrogatorio de testigos y peritos cuenta con varias etapas: (1) una primera etapa de preparación, que debería comenzar varias semanas antes de la audiencia; (2) el interrogatorio directo; (3) el conainterrogatorio; (4) el re-interrogatorio o re-directo; y (5) las preguntas del tribunal, que en el caso de los peritos también puede consistir en una sesión conjunta que se conoce como “hot-tubbing”. A continuación, abordaremos en detalle cada una de estas etapas.

5.1 Preparación de testigos y peritos

La preparación de los testigos y peritos propios es de suma importancia y no debe ser subestimada. Se trata de una práctica usual en el arbitraje internacional.²⁵ En ausencia de normas internacionales vinculantes al respecto, las normas locales de conducta profesional en cada jurisdicción deberán guiar la conducta del abogado respecto de su rol en la preparación de testigos y peritos en el arbitraje.²⁶

Generalmente –salvo que las normas de conducta profesional a las que está sujeto el abogado lo prohíban– los abogados de las partes se encuentran autori-

25 Ver International Bar Association, *Directrices de la IBA sobre Representación de Parte en el Arbitraje Internacional*, directrices 23 y 24 Disponible en bit.ly/3jYS95s. [Consulta: 2 de noviembre de 2021].

26 Ver Harbst, Ragnar. *A Counsel's Guide to Examining and Preparing Witnesses in International Arbitration*. Países Bajos: Kluwer Law International, 2015, capítulo 12, p. 176. Así como en la obra de Harbst, el análisis de cada una de las reglas profesionales de conducta en cada jurisdicción está fuera del alcance de este artículo y para el propósito de este artículo asumimos que la preparación de testigos no está prohibida por las reglas locales a las que el abogado está sujeto. *Ibid.*, p. 176. Ver, asimismo, *ibid.*, pp. 180-183 (explicando brevemente a modo ilustrativo cómo ciertas jurisdicciones, incluyendo Inglaterra y Gales y Alemania regulan la preparación de testigos).

zados a asistir a los testigos o peritos en la preparación de su interrogatorio, explicándoles los puntos claves de la posición de la parte y repasando con ellos los documentos más importantes del caso. Demás está decir que cada testigo o perito tiene el deber de decir la verdad ante el tribunal arbitral y debe narrar los hechos tal cual ocurrieron. Sin embargo, ello no es óbice para que los abogados trabajen con los testigos o peritos en presentar su testimonio de la forma más eficaz posible para respaldar el caso de una parte.

Algunas de las recomendaciones que se le pueden brindar al testigo o perito sobre cómo contestar preguntas en la audiencia son las siguientes: (a) responder con amabilidad y cortesía; no perder el temperamento por más que el abogado interrogante lo haya perdido; (b) cuando la respuesta requiera una elaboración, tratar de insistir en la ampliación de la respuesta; (c) contextualizar la respuesta (el abogado interrogante siempre intentará sacar de contexto lo que el testigo dijo para desacreditarlo); (d) solicitar aclaración respecto de la pregunta si no se entendió o si la pregunta contiene más de una premisa; y (e) solicitar que se le muestre el documento sobre el que se le está preguntando.

Es importante que el testigo o perito tenga tiempo suficiente para preparar su testimonio oral. Ello implica no sólo repasar sus declaraciones testimoniales o informes periciales escritos, sino también todas aquellas otras declaraciones testimoniales o informes periciales de otros testigos o peritos de la misma parte –ya que es fundamental conocer sus testimonios para poder coordinar la estrategia del caso y que no haya contradicciones– así como también las declaraciones testimoniales o informes periciales de la contraparte que aborden los mismos hechos o las mismas cuestiones. Además, el testigo o perito debe repasar y estudiar todos aquellos documentos relevantes, o en los que tuvo alguna participación personal, que pueden ser objeto de su interrogatorio.

5.2 Interrogatorio directo

El interrogatorio directo de testigos en el arbitraje internacional suele ser muy breve.²⁷ Es frecuente que se considere que las declaraciones testimoniales escritas de los testigos reemplazan su testimonio directo. El breve interrogatorio directo en la audiencia (en la práctica es usual una duración de no más de 5 minutos) sirve únicamente para que el testigo confirme sus declaraciones escritas, efectúe

27 Antes de ser interrogado cada testigo hará una declaración al tribunal asumiendo el compromiso de decir la verdad. Ver, por ejemplo, Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) (2006), regla 35.2 (“Cada testigo hará la siguiente declaración antes de que se le interrogue: ‘Declaro solemnemente, por mi honor y conciencia, que diré la verdad, toda la verdad y sólo la verdad.’”).

cualquier corrección que quiera realizar, e informe al tribunal sobre cualquier hecho o circunstancia relevante que ocurrió con posterioridad a la presentación de sus declaraciones testimoniales. En algunas circunstancias menos frecuentes, se permite un interrogatorio directo un poco más largo, en donde el testigo –a partir de preguntas que efectúan los abogados de la parte que lo ofreció– puede explicar cuál es su posición o función, cuál es su conocimiento de los hechos, o enfocarse en alguna cuestión fáctica central para el caso. También puede utilizarse ese tiempo para abordar cuestiones fácticas controvertidas que el testigo no tuvo la oportunidad de tratar en su declaración testimonial porque su relevancia surgió con posterioridad a la presentación de sus declaraciones.

El interrogatorio directo de los peritos no sigue necesariamente las mismas reglas.²⁸ Es frecuente que los peritos puedan presentar un resumen oral de sus informes (acompañado por una presentación de PowerPoint) por un tiempo acordado, usualmente de entre 20 o 30 minutos. Esa presentación debe versar sobre los puntos centrales de su informe, explicando sus conclusiones. Si el perito utilizase diapositivas consideradas “anexos demostrativos” en su presentación, debe entregar copias a la contraparte de dichos anexos con cierta anticipación para que esos anexos demostrativos puedan ser verificados. Si bien las presentaciones son usuales para peritos sobre temas de cuantía o técnicos (ingenieros, arquitectos, etc.), en los casos de peritos legales o de aquellos cuya evidencia no sea técnica, también puede acordarse llevar a cabo interrogatorios directos más largos (de 20 a 30 minutos) en lugar de una presentación.

5.3 Contrainterrogatorio

El contrainterrogatorio de testigos y peritos es uno de los momentos más relevantes de una audiencia en un arbitraje internacional. El contrainterrogatorio también es en cierta forma un arte, porque su objetivo no es justamente que el tribunal entienda en forma acabada cada una de las cuestiones narradas o explicadas en la declaración testimonial o el informe pericial, sino cuestionar la credibilidad de los testigos y peritos presentados por la otra parte, y mostrar las contradicciones entre las manifestaciones de los testigos y peritos y el resto de la prueba del caso. Por lo tanto, un contrainterrogatorio efectivo requiere de mucha preparación, y

28 En el caso del perito, la declaración a realizar al tribunal antes de ser interrogado confirmará que su testimonio se adecuará a lo que sinceramente cree. Ver, por ejemplo, Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) (2006), regla 35.3 (“Cada perito hará la siguiente declaración antes de que haga cualquier aseveración: ‘Declaro solemnemente, por mi honor y conciencia, que lo que manifestaré estará de acuerdo con lo que sinceramente creo.’”).

debería incluir un estudio exhaustivo de la persona a contrainterrogar (a los fines de determinar si existen elementos para cuestionar su credibilidad, o su independencia o imparcialidad en el caso de los peritos), una revisión minuciosa de los documentos del caso (y, en particular, la identificación de aquellos documentos en los que el testigo participó personalmente o debería conocer), y un análisis de posibles contradicciones entre las declaraciones del testigo o las conclusiones del perito y el resto de la evidencia del caso.²⁹

En la preparación del contrainterrogatorio, es importante tener en cuenta cuál es la “teoría del caso” de la parte que se está representando, e identificar los aspectos del caso sobre los que el testimonio del testigo o perito puede ser relevante. Debido al tiempo limitado disponible para contrainterrogatorios, también resulta fundamental determinar desde un inicio cuáles son los objetivos de cada contrainterrogatorio y cuáles son los puntos que se pueden probar con ese testigo o perito. Algunas de las preguntas que debe hacerse el abogado durante la preparación de un contrainterrogatorio deben ser: ¿qué aspectos del testimonio son los más problemáticos?, ¿qué admisiones serían las más valiosas?, ¿hay motivos para desacreditar al testigo o perito? Asimismo, es importante revisar todos los documentos citados por el testigo o perito y chequear si respaldan su testimonio, así como también buscar en los documentos del expediente las referencias al nombre del testigo o perito. También puede resultar útil buscar material públicamente disponible para impugnar al testigo o perito (y solicitar su inclusión en el expediente con anterioridad a la audiencia –generalmente se establece un plazo anterior a la audiencia para ello).

Una cuestión relevante a tener en cuenta en la preparación es cuál es el alcance del contrainterrogatorio, lo que va a depender fundamentalmente de lo que el tribunal haya establecido en la primera resolución procesal del caso o en la resolución procesal sobre la organización de la audiencia.³⁰

29 Ver en general Harbst, Ragnar. *A Counsel's Guide to Examining and Preparing Witnesses in International Arbitration*. Países Bajos: Kluwer Law International, 2015, capítulo 8.

30 En algunas oportunidades, los tribunales establecen un alcance más limitado del contrainterrogatorio, permitiendo que se le pregunte al testigo o perito sólo cuestiones que estén directamente relacionadas con su declaración testimonial o informe pericial. En otras oportunidades, el tribunal arbitral admite que el alcance del contrainterrogatorio sea más amplio, permitiéndose preguntas sobre cualquier tema que pueda ser de conocimiento del testigo o perito, por más que dicha cuestión no haya sido mencionada en un testimonio escrito. El alcance más amplio o más limitado del contrainterrogatorio tiene sus ventajas y desventajas. Una de las ventajas del alcance limitado es que se evita que el testigo o perito sea confrontado con sorpresas, en tanto que la ventaja del alcance más amplio es poder dilucidar aspectos adicionales del caso que pueden ser relevantes, y así poder llegar a ser más exhaustivo y conocer la verdad. Ver González de Cossio, Francisco,

Al iniciar el contrainterrogatorio, se acostumbra entregar al testigo o perito una carpeta que contendrá una serie de documentos que obren en el expediente sobre los cuáles se le van a formular preguntas durante su contrainterrogatorio. Pueden incluirse documentos enteros o extractos de documentos (incluso con partes resaltadas). Si el documento no se encuentra en el idioma que maneja el testigo o perito, debe incluirse una traducción. Lo usual es que se prepare una carpeta para cada testigo o perito, aunque también se puede utilizar la misma carpeta para interrogar a varios testigos o peritos cuando declaran sobre los mismos temas. La parte interrogante debe entregar copias de esas carpetas a los miembros del tribunal y a los abogados de la contraparte. En el caso de las audiencias virtuales, las carpetas de contrainterrogatorios son reemplazadas por carpetas virtuales o por índices de los documentos que se le van a mostrar al testigo o perito, quien los podrá ver desde su pantalla cuando el abogado que lleva a cabo el contrainterrogatorio le pida al administrador de documentos (o *document manager*) de la empresa que administra la audiencia virtual que los exhiba. Sujeto al acuerdo de Partes y a las instrucciones del Tribunal, el índice podrá enviarse electrónicamente al tribunal y a la contraparte al inicio del contrainterrogatorio.

El contrainterrogatorio de un testigo o perito suele comenzar con una serie de preguntas básicas vinculadas a la preparación del testimonio escrito, a la asistencia que recibió de los abogados para confeccionarlo (*i.e.*, si se trató de meras correcciones de formato y ediciones de borradores, o fue un involucramiento más sustantivo), a los documentos que revisó, y a la asistencia que recibió para la preparación de su testimonio oral. Luego también se formulan típicamente una serie de preguntas que tratan de desacreditar al testigo o perito, poniendo en duda la credibilidad del testigo, su interés en el caso, o la imparcialidad o independencia del perito (por ejemplo, resaltando las relaciones con las partes, sus abogados o la defensa de una misma posición).

Concluida esa serie de preguntas iniciales, se procederá a formular preguntas sobre los temas específicos sustantivos sobre los que versan las declaraciones testimoniales o informes periciales, no necesariamente en orden. En ciertas ocasiones, se le van a mostrar al testigo o perito ciertos documentos que se encuentran en la carpeta para el contrainterrogatorio a los fines de poder formular ciertas preguntas sobre estos.

Existen diversas técnicas que los abogados suelen emplear en los contrainterrogatorios de testigos y peritos en un arbitraje internacional. También existen diferencias culturales (sobre todo, entre los abogados de formación en derecho civil y aquellos abogados con formación en el *common law*) que influyen en la for-

“Atención urgente: profundización en las reglas del interrogatorio”. En *ICC México Pa-
uta*, núm. 84 (2017), p. 39.

ma en que se llevará a cabo el conainterrogatorio. Sin embargo, más allá de esas diferencias, en los conainterrogatorios se trata de “controlar” al testigo o perito, y por eso se suelen evitar las preguntas abiertas –en donde se le daría al testigo o perito la posibilidad de explayarse libremente sobre algún punto. Es recomendable utilizar preguntas cerradas o que sugieran una respuesta (o sea, que se puedan contestar por sí o por no). Generalmente, el abogado que lleva adelante el conainterrogatorio va a evitar formular preguntas respecto de las cuales no sabe o no espera la respuesta (salvo en aquellos casos en los que la respuesta, aunque pueda ser sorpresiva, no va a dañar su caso). Si bien la técnica empleada de conainterrogatorio dependerá en gran medida del estilo del abogado que conduzca el conainterrogatorio, también dependerá en cierta forma del testigo o perito que se interroga y de los puntos que se quieran probar con su testimonio. Algunas de las técnicas más utilizadas por los abogados al momento de conainterrogar un testigo o perito son: (a) realizar preguntas tendenciosas o que sugieran una respuesta (“*leading questions*”), que puedan contestarse por sí o por no, con la idea de descontextualizar y guiar al testigo o perito a dar respuestas parciales; (b) hacer una serie de preguntas cortas y simples, o “*baby steps*”, para establecer un punto a probar a través de esas preguntas que guíen hacia una conclusión que se busca establecer; (c) formular la misma pregunta de varias maneras distintas (cuando se persigue la confirmación por parte del testigo o perito de una cuestión que es clave para el caso, y éste se muestra reticente a hacerlo); (d) realizar preguntas que contengan más de una premisa a los fines de confundir al testigo o perito.

Otra cuestión que no debe pasarse por alto es cuáles son las objeciones que los abogados de la parte que ofreció al testigo o perito pueden plantear durante el conainterrogatorio. Si bien la mayoría de los tribunales arbitrales no ven con buenos ojos que el abogado de la parte contraria interrumpa el conainterrogatorio, hay ciertas situaciones en las que estratégicamente conviene formular objeciones para evitar que el abogado que está llevando adelante el conainterrogatorio pueda realizar ciertas preguntas, o forzarlo a tener que abandonar una línea de preguntas. Las objeciones más frecuentes que pueden plantearse son: (a) que la pregunta ya fue contestada; (b) que la pregunta se encuentra fuera del alcance del testimonio o de la experticia del testigo o perito; (c) que la pregunta es irrelevante; (d) que la pregunta es especulativa; (e) que se está tergiversando la evidencia (pudiendo solicitar que se le muestre al testigo o perito el documento correspondiente); o (f) que la información que se le pregunta es privilegiada.³¹

31 Ver Reglas de la IBA Sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional (2020), artículo 8.3 (“El Tribunal Arbitral tendrá en todo momento pleno control sobre la Audiencia Probatoria. El Tribunal Arbitral podrá limitar o excluir cualquier pregunta, respuesta o com-

Es importante manejar adecuadamente el control del tiempo y chequear frecuentemente cuánto tiempo disponible resta según el estimado para ese testigo o perito. Si una línea de preguntas no está resultando muy efectiva, o ya se obtuvieron los puntos principales que se buscaban establecer, resulta recomendable pasar a otro tema. El abogado debe asegurarse de poder cubrir en el tiempo estimado los objetivos o puntos principales que se buscan establecer con ese testigo o perito. Cada parte usualmente estipula en la agenda de la audiencia el tiempo estimado para el contrainterrogatorio de cada testigo o perito. Si bien esa agenda suele ser tentativa, y nada impide –por lo general– a una parte utilizar más o menos tiempo con cada testigo o perito, debe tenerse en cuenta que –como consecuencia de la utilización frecuente de la técnica del reloj de ajedrez para medir los tiempos– si se utiliza más tiempo con algún testigo o perito, eso significa que luego se contará con menos tiempo con otro testigo o perito. El tiempo en una audiencia debe utilizarse estratégicamente, y el abogado no debe tener miedo de cambiar sus planes iniciales. Puede ser que, a partir del desarrollo de la audiencia, y de cómo evoluciona un contrainterrogatorio en particular, el abogado decida acortar o extender los tiempos originalmente previstos para contrainterrogar un testigo o perito.

A continuación, se proporcionan algunos consejos prácticos respecto a cómo conducir un contrainterrogatorio en forma efectiva: (a) no hacer preguntas abiertas o respecto a las cuales no se conocen las respuestas; (b) si el testigo o perito brinda una respuesta incompleta u omite información, insistir para obtener una respuesta completa; (c) si el testigo trata de cambiar el tema, volver a formular la pregunta; (d) utilizar preguntas para educar al tribunal sobre alguna cuestión del caso; (e) evitar preguntas compuestas (salvo que se busque confundir al testigo o perito); (f) no enojarse con el testigo o perito si no responde a la pregunta o es evasivo; (g) no dejar que el testigo o perito brinde explicaciones que excedan la pregunta; (h) si ya se obtuvo la respuesta que se buscaba, pasar a otro tema (saber cuándo parar); (i) referirse con precisión a los apéndices documentales del caso; y (j) mantener contacto visual con el testigo o perito.

parecencia de un testigo, si considerase que dicha pregunta, respuesta o comparecencia es irrelevante, insustancial, irrazonablemente gravosa, repetitiva o que de alguna otra manera se da alguno de los supuestos que justifique su objeción contemplados en los Artículos 9.2. o 9.3.”) y artículo 9.2. (“El Tribunal Arbitral podrá excluir, a instancia de parte o de oficio, la prueba o la exhibición de cualquier Documento, declaración, testimonio oral o inspección, en todo o en parte, por cualquiera de las siguientes razones: (a) Falta de relevancia suficiente o utilidad para la resolución del caso;... (g) Consideraciones de economía procesal, proporcionalidad, justicia o igualdad entre las Partes que el Tribunal Arbitral estime suficientemente relevantes.”). Ver también Harbst, Ragnar. *A Counsel’s Guide to Examining and Preparing Witnesses in International Arbitration*. Países Bajos: Kluwer Law International, 2015.

Por último, debe señalarse que, a pesar que el tribunal arbitral suele hacer sus preguntas al final del interrogatorio del testigo o perito, también en ciertas ocasiones puede formular preguntas durante el conainterrogatorio. En esos casos, el tiempo utilizado por el testigo o perito en contestar las preguntas del tribunal no se computará dentro del tiempo con el que cuenta la parte para sus interrogatorios.

5.4 Re-interrogatorio (Re-directo)

El re-interrogatorio o interrogatorio re-directo de un testigo o perito tiene un alcance acotado y se encuentra limitado a aquellas cuestiones que fueron objeto del conainterrogatorio. No siempre es necesario realizar un re-interrogatorio; debe evaluarse su necesidad o conveniencia en cada caso luego de concluido el conainterrogatorio.³²

La duración de un interrogatorio re-directo no suele ser muy extensa y persigue ciertos objetivos: (a) es la última oportunidad que tiene la parte para que su testigo o perito aclare alguna cuestión que no pudo aclarar durante su conainterrogatorio y que puede dar lugar a confusión, (b) permite al testigo o perito ampliar su explicación sobre algún punto que fue objeto del conainterrogatorio, o (c) de alguna forma, le da la posibilidad al testigo o perito de corregir su declaración sobre alguna cuestión que, debido a la técnica cerrada del conainterrogatorio, pueda dar lugar a una interpretación errónea o a una contradicción con otras declaraciones que efectuó.

Si las preguntas en el interrogatorio re-directo exceden las cuestiones que fueron ventiladas en el conainterrogatorio, la parte contraria puede objetarlas. Según su conformación, los tribunales arbitrales pueden tomar una postura más amplia –permitiendo aquellas preguntas que tienen alguna vinculación, aunque sea indirecta, con las preguntas o respuestas del conainterrogatorio – o una postura más restrictiva– solo permitiendo aquellas preguntas que tengan una relación directa con las cuestiones que surgieron durante el conainterrogatorio.

En cuanto a la técnica del interrogatorio re-directo, las preguntas no pueden ser dirigidas o inducir una respuesta (o sea, no pueden ser “*leading questions*”),³³ sino que deben ser preguntas amplias, pero siempre vinculadas a las cuestiones que surgieron del conainterrogatorio. Por lo tanto, la necesidad de corrección

32 Ver en general Harbst, Ragnar. *A Counsel's Guide to Examining and Preparing Witnesses in International Arbitration*. Países Bajos: Kluwer Law International, 2015, capítulo 9.

33 Ver Reglas de la IBA Sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional (2020), artículo 8.3 (“Las preguntas y repreguntas efectuadas a un testigo durante su interrogatorio no deberán inducir irrazonablemente sus respuestas”).

o la necesidad de ampliar la explicación de un punto no se le puede comunicar al testigo o perito mediante preguntas que induzcan su respuesta. Usualmente, se suelen hacer una serie de preguntas cortas para poder ubicar al testigo o perito en el tema, e incluso mostrarle algún documento que ya se le mostró durante su conainterrogatorio, para luego guiarlo mediante preguntas más amplias a que el testigo o perito aclare, amplíe o corrija algún punto de su testimonio.

En situaciones muy excepcionales, y debidamente justificadas, el tribunal arbitral permitirá a la parte contraria hacer preguntas vinculadas al interrogatorio re-directo. El criterio es extremadamente restrictivo y suele ser bastante inusual que se plantee y que el tribunal lo permita.

5.5. Preguntas del tribunal y “*hot-tubbing*”

Es también común que el tribunal arbitral formule preguntas a los testigos o peritos con posterioridad al interrogatorio re-directo (salvo que ya las haya formulado durante el conainterrogatorio). En ese caso, las partes también tendrán la posibilidad de hacer preguntas al testigo o perito que se vinculen directamente con las cuestiones que surgiesen de las preguntas del Tribunal. El criterio en este supuesto es restrictivo, y la oportunidad de hacer preguntas en estas situaciones es muy limitada.

Excepcionalmente, existe la posibilidad que, una vez concluidos los interrogatorios de los peritos (en particular los peritos de cuantía o aquellos que testifican sobre cuestiones técnicas), el tribunal arbitral decida llevar a cabo una sesión conjunta con los peritos de ambas partes (aquellos que presentan testimonios sobre las mismas cuestiones) en el que los miembros del tribunal les harán una serie de preguntas iguales a ambos peritos. Según el caso, se le puede dar lugar o no a los abogados de las partes a que formulen preguntas. Esta sesión se conoce como “*hot-tubbing*”, y su utilización es cada vez más usual en el arbitraje internacional. En algunas oportunidades infrecuentes, el *hot-tubbing* reemplaza al interrogatorio de los peritos, y se les da a las partes la posibilidad de formular sus preguntas dentro del marco de esa sesión conjunta.

6. Palabras finales

La audiencia en el arbitraje internacional es en muchos casos la etapa decisiva del procedimiento arbitral, la que puede determinar la suerte del caso. Si bien la audiencia constituye la culminación de la etapa probatoria del procedimiento, su planificación debe comenzar desde el inicio del arbitraje. En este artículo hemos aportado una serie de pautas a ser consideradas en la preparación de la audiencia, tanto desde el punto de vista sustantivo respecto a cómo presentar los alegatos de apertura y de cierre, o consejos prácticos sobre cómo preparar el interrogatorio de

testigos y peritos, como también desde el punto de vista administrativo o logístico, para que la audiencia se desarrolle correcta y eficazmente.

En la preparación de audiencias, no queremos dejar de destacar el rol fundamental que cumple cada uno de los distintos abogados del equipo. Si bien en la mayoría de los equipos habrá un abogado o abogada líder que tendrá a cargo la mayor parte de los alegatos y de los interrogatorios, será también clave el rol de los abogados *junior* en la preparación de la audiencia, así como también en la logística y planificación de varios aspectos de la audiencia, junto con otros profesionales como *paralegals* o de soporte técnico que formen parte del equipo. Una audiencia exitosa requiere de mucha preparación, de una gran dedicación de los testigos y peritos, y de un trabajo coordinado entre todos los miembros del equipo.

INTERROGATORIO CRUZADO EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL

Mélida N. Hodgson

Sumario:

1. Introducción
2. Concepto de interrogatorio cruzado
3. Objetivos del interrogatorio cruzado
4. Reglas procesales y éticas
5. Preparación del interrogatorio cruzado
6. Consideraciones estratégicas
7. Objeciones
8. Revisión de principios generales sobre ejecución de interrogatorio

MÉLIDA N. HODGSON

Socia del equipo de arbitraje internacional de Arnold & Porter en la oficina de Nueva York. La Dra. Hodgson es una profesional con 30 años de experiencia y es reconocida por su trayectoria tanto en arbitrajes de inversión como comerciales, que también asesora a gobiernos, entidades estatales y entidades corporativas en temas relativos a protección internacional de inversiones, disputas comerciales y resolución de controversias de comercio internacional. Actualmente representa a Panamá y a la República del Perú. Asimismo ha representado a Venezuela y a la República de Sierra Leona en arbitrajes de inversión, tanto como a entidades estatales en arbitrajes comerciales. La Dra. Hodgson también cuenta con experiencia actuando como árbitro en disputas internacionales, y sus áreas de experticia son la minería, infraestructura, transporte, energía, y controversias post-M&A. La Dra. Hodgson fue Asesora Jurídica de la Oficina del Representante Comercial de los Estados Unidos (“USTR”) donde litigó ante la OMC, y representó a los EE.UU. en disputas y en negociaciones, incluso el Tratado Bilateral de Inversión con el Uruguay. La Dra. Hodgson ha sido incluida en el “ranking” de Chambers en sus publicaciones de Latinoamérica, EE.UU. y Global. Asimismo, ha tenido el honor de ser reconocida desde hace muchos años por Latinex como una de los “top 100” abogados cuya práctica se centra en América Latina, así como en Who’s Who Legal: Arbitration y Legal 500 Latin America. Es Vice Presidenta del Instituto de Derecho Mercantil Mundial de la CCI y de la Sociedad Americana de Derecho Internacional (“ASIL”). Es también miembro de la Comisión de Arbitraje y ADR de la CCI, y del consejo de la AAA/ICDR. La Dra. Hodgson es egresada de la Vassar College (B.A.) y de la Facultad de Derecho de la Universidad de Nueva York (J.D.). La Dra. Hodgson es bilingüe en español e inglés, nacida en Nicaragua, con capacidad de trabajar en francés.

INTERROGATORIO CRUZADO EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL

El concepto del interrogatorio cruzado se ha desarrollado como una herramienta fundamental para debilitar la credibilidad del testimonio presentado por los testigos y los peritos contrarios en el arbitraje internacional.

El objetivo de este artículo es i) establecer la importancia de la prueba testimonial y distinguir el tratamiento de esta entre derecho civil y derecho común (*civil law* y *common law*); ii) introducir el concepto del interrogatorio cruzado; iii) explicar el objetivo del interrogatorio cruzado; iv) presentar las reglas procesales y éticas que se aplican a los interrogatorios cruzados en el ámbito de los arbitrajes internacionales; v) ofrecer sugerencias prácticas para la preparación del interrogatorio cruzado; vi) ofrecer estrategias prácticas para un interrogatorio cruzado; vii) considerar las objeciones que podrían constituir la base para que un tribunal limite o rechace ciertas líneas de preguntas; y viii) explicar los principios generales sobre la ejecución del interrogatorio.

1. Introducción

1.1 Importancia de los testigos y expertos

La prueba documental es el principal medio probatorio en el arbitraje internacional. Sin embargo, hay puntos que los documentos no prueban por lo que el testimonio escrito de un testigo, y el examen del mismo, es importante. Por ejemplo, el testigo puede ofrecer diferentes interpretaciones de una prueba documental. El testigo puede dar claridad frente a documentos contradictorios o poco claros. Igualmente, el testigo puede explicar el origen y razón de ser de los documentos. Por lo tanto, el testigo puede ser más persuasivo que los mismos documentos probatorios. De manera similar, el testimonio de experto (o “perito”) sirve generalmente para exponer a los árbitros cuestiones técnicas y complejas.

1.2 Diferencias entre *Common Law* y *Civil Law*

Es importante señalar que el arbitraje internacional ha evolucionado como un sistema para resolver disputas entre partes de diferentes países con enfoques de resolución de disputas desde la perspectiva de ordenamientos jurídicos muy diferentes. Los dos sistemas legales más extendidos son los sistemas de *common law* y *civil law*. Como resultado, el arbitraje internacional ha combinado aspectos de ambas tradiciones.¹ *Common law* es el sistema de la mayoría de los países de

1 Born, Gary B. *International Commercial Arbitration. Procedures in International Arbitration*, Tercera edición. Kluwer Law International, 2021, pp. 2372-2375.

habla inglesa, mientras que el sistema *civil law* es el sistema dominante en Europa continental y países que han sido influenciados por Europa, incluyendo América Latina y la mayor parte de África. Sin embargo, cuando se habla del interrogatorio cruzado, la práctica del *common law* ha tenido una mayor influencia.

Primero, en el sistema de *common law* se le da más importancia al proceso oral. Es decir, el *common law* tiende a ser escéptico de una prueba documental a menos que se pueda encontrar un testigo que testifique bajo juramento sobre su autenticidad.² Se podría decir que el testimonio de testigos o empleados involucrados con prueba documental es más valioso en un sistema alineado con el concepto de “*trial by jury of peers.*” En contraste, el sistema de *civil law* tiende a descreer en la evidencia testimonial y pone mayor énfasis en la prueba documental.³ Si bien el testimonio de los testigos puede ser crucial para un caso de *civil law*, generalmente este sistema otorga mucho menos peso al testimonio oral que el sistema de *common law* y trata el testimonio de los testigos afiliados o empleados por una parte con considerable escepticismo.

Segundo, en el sistema de *common law* el proceso civil es adversarial, mientras que en el sistema de *civil law* el proceso civil es inquisitorio. Bajo los procedimientos “adversariales”, el árbitro tiene un papel más pasivo y, a menudo, se inclinará a adoptar procedimientos en los que cada parte tenga una libertad relativamente amplia para desarrollar y luego presentar su propia versión de los hechos y el derecho.⁴ Es decir, es la responsabilidad de las partes presentar un caso que incluya argumentos legales y pruebas mientras que los miembros del tribunal entonces evalúan los argumentos y las pruebas presentadas. En cambio, bajo los procedimientos “inquisitoriales”, el papel del árbitro es el de ser el principal responsable de identificar y abordar cuestiones jurídicas, buscar pruebas e investigar el expediente de hechos.⁵

Tercero, en sistemas de *civil law* existen limitaciones importantes respecto a testigos. Por ejemplo, en algunos sistemas de *civil law*, la parte y los representantes de las partes no pueden ser testigos sobre la base de que es probable que se descarte su testimonio puesto que los testigos con interés en el asunto en cuestión no necesariamente dirán la verdad.⁶ Presumiblemente, todo lo que una parte en el proceso desee introducir en el proceso ya formará parte de la presentación y los escritos de esta parte.

2 *Ibid.*, p. 2370.

3 *Idem.*

4 *Idem.*

5 *Ibid.*, p. 2369.

6 Blackaby, Nigel y otros. *Redfern and Hunter on International Arbitration. Conduct of the Proceedings*. Sexta edición, Oxford University Press, 2015, p. 392.

Finalmente, la preparación de testigos también conlleva diferencias en cada sistema. Generalmente, es aceptable en las jurisdicciones de *common law* que el abogado pueda entrevistar y “preparar” a testigos de su cliente para la presentación oral en una audiencia. Durante la preparación, el abogado puede discutir con el testigo su testimonio y los problemas que podrían surgir durante el interrogatorio cruzado, así como el estilo del contra interrogatorio. Sin embargo, en algunas jurisdicciones de *civil law* tal preparación de testigos está prohibida y se puede considerar manipulación de testigos.⁷ Esto también podría ser limitado bajo el *common law* inglesa. No obstante, ahora es ampliamente aceptado que la mayoría de las jurisdicciones—incluso las de *civil law*—permiten que los abogados en arbitrajes internacionales entrevisten y preparen a los testigos.⁸

Aunque hay distintas diferencias de cada sistema, no existe una fórmula procesal fija para los arbitrajes internacionales de *common law* o *civil law*. En la práctica, los arbitrajes internacionales varían ampliamente entre sí en cuanto a los enfoques procesales y ha habido un intento de armonizar los dos sistemas. Sin embargo, los esfuerzos por armonizar las diferencias entre los dos procedimientos tradicionales se han reflejado en el desarrollo de la práctica del arbitraje internacional y, en particular, a través de pautas y reglas procesales internacionalmente aceptadas.

2. Concepto de interrogatorio cruzado

El interrogatorio cruzado también es llamado *interrogatorio contrario*, *contra-interrogatorio*, *contra-examen*, *examen cruzado* o *interrogatorio de repreguntas*. El interrogatorio cruzado es aquel que hace el abogado de una parte, en audiencia, a los testigos y expertos propuestos por la parte contraria, quienes generalmente ya presentaron un testimonio o informe de experto por escrito, el cual tiene por finalidad neutralizar, modificar o reducir el valor probatorio de tal testimonio.

El interrogatorio cruzado es una práctica de *common law* que ha influenciado notoriamente el arbitraje internacional. Se considera una de las técnicas principales del sistema *common law* y el proceso adversarial.

El interrogatorio cruzado es un instrumento de contradicción y de control de la información suministrada por el testigo o experto. Lleva una función eminentemente crítica: tiene por objeto probar y testear la veracidad de la versión ofrecida libremente por el testigo y experto de la contraparte.⁹ Además, tribunales han

7 Born, Gary B. *Op. cit.*, pp. 3093-3094.

8 Blackaby, Nigel y otros. *Op. Cit.*, p. 392. p. 391.

9 Sarralde, Cristóbal. ‘Capítulo 8: Mi primer interrogatorio cruzado’, en José María de la Jara Plaza, Carolina Arroyo, et al. (eds), *Surviving in the Field of International Arbitration: War Stories and Lessons Learned | Sobreviviendo en el Arbitraje Internacional: Historias de*

reconocido como proposición general que la declaración de un testigo o experto que ha sido sujeto a un interrogatorio cruzado puede tener mayor peso que la declaración de un testigo o experto que no lo ha sido.

Hay varios tipos de interrogatorios y típicamente en una audiencia se lleva la siguiente secuencia: interrogatorio directo, interrogatorio cruzado, interrogatorio re-directo, e interrogatorio re-cross. La secuencia de interrogatorios antes mencionada tiene lugar durante la audiencia después de que las partes hayan realizado sus presentaciones de apertura y antes de sus presentaciones de clausura.

3. Objetivos del interrogatorio cruzado

La meta y fin último de un interrogatorio cruzado es reducir, en lo posible, el impacto adverso que el testimonio directo o informe pericial tengan en la posición que se está defendiendo. En tal sentido, el interrogatorio cruzado persigue dos clases de objetivos: destructivos y constructivos.

En la clase de objetivos destructivos, el enfoque debe ser desacreditar la credibilidad del testimonio del testigo o informe del experto. Esto se puede lograr de varias maneras, por ejemplo, demostrando su falta de idoneidad, su falta de independencia, sus contradicciones, inconsistencias, improbabilidades, sus lagunas, entre otras deficiencias. En la clase de objetivos constructivos, el enfoque debe ser enfatizar determinada información, obtener nuevos significados o interpretaciones, obtener nuevos hechos, presentar un caso alternativo y “educar” al tribunal.

En cuanto a los objetivos “destructivos”, se pueden dividir en dos: *ad rem* y *ad hominem*.¹⁰ *Ad rem* busca desacreditar el testimonio en sí. *Ad hominem* busca desacreditar la credibilidad del testigo o experto. La desacreditación del testimonio puede darse mostrando contradicciones (ej. incompatibilidad en el mismo testimonio); inconsistencias (ej. incompatibilidad con otra evidencia); falta de sustancia (ej. “en mi opinión... ”); improbabilidad de los hechos incluidos en el testimonio; y falta de relevancia de los hechos incluidos en el testimonio.¹¹

La desacreditación de la credibilidad del testigo o experto puede darse a través de acreditar su incompetencia, su parcialidad, o antecedentes. Por ejemplo, la credibilidad de un experto se pone en duda si ese experto declara sobre derecho constitucional cuando según su *curriculum vitae* no tiene estudios, no trabajó ni es profesor en esa rama del derecho. La imparcialidad de un experto se puede

Guerra y Lecciones Aprendidas, (Kluwer Law International 2020) pp. 35-36.

10 Harbst, Ragnar. *A Counsel's Guide to Examining and Preparing Witnesses in International Arbitration. Cross-Examination*. Kluwer Law International, 2015, pp. 98, 115.

11 *Ibid.*, p. 127.

poner en cuestión cuando se destaca que el experto fue empleado varias veces por la misma firma de abogados o el experto tiene un interés económico en el proceso. Por último, se puede desacreditar a un testigo que ha sido condenado por falso testimonio previamente al enfatizar esos antecedentes.

En cuanto a los objetivos “constructivos”, la estrategia es resaltar puntos que son favorables a nuestro caso. Es útil recordar que un interrogatorio cruzado también sirve para “educar” al tribunal, lo cual es particularmente relevante en el caso de los expertos quienes presentan testimonios generalmente más técnicos y complejos.¹² Sin embargo, los objetivos constructivos, si bien pueden ser útiles, no son los más importantes y lo que nos debe llevar más tiempo dado que el objetivo principal del interrogatorio cruzado es desacreditar la prueba aportada por la parte contraria.

4. Reglas procesales y éticas

Como se señaló anteriormente, las diferencias en el enfoque de *common law* “contradictorio” con el “enfoque inquisitivo” de *civil law* resultó en la necesidad de armonizar y diseñar un conjunto uniforme de pautas probatorias para las partes en el arbitraje internacional. Las normas más extendidas sobre práctica probatoria hoy en día son las Reglas de la International Bar Association sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional (“Reglas de la IBA”).¹³ Las Reglas de la IBA se han actualizado periódicamente, incluida la más reciente en 2020, lo que demuestra su flexibilidad y amplia aceptación como una fuente principal de *soft law*.¹⁴

Aunque las Reglas de la IBA fueron diseñadas para acercar las diferencias entre abogados de *common law* y *civil law* con respecto al método de examinación de testigos y expertos, las Reglas de la IBA se inclinan hacia la tradición de *common law*. Por ejemplo, conforme al Artículo 8(4) las preguntas las hacen los abogados y se sigue el orden típico de *common law*: *direct*, *cross-examination* y *re-direct*.

Normas de tradición de *civil law*, sin embargo, pueden verse en otros aspectos. Por ejemplo, bajo el Artículo 8.3 el tribunal tiene total control de la audiencia de prueba. Igualmente, bajo el Artículo 8.3 el Tribunal puede limitar

12 Harbst, Ragnar. *Op. cit.*, p. 107.

13 IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration, 17 December 2020 (found here <https://www.acerislaw.com/wp-content/uploads/2021/03/2020-IBA-Rules-on-Taking-Evidence-in-Int-Arbitration.pdf>).

14 Duggal, Kabir. Carlos González-Bueno (ed), 40 under 40 International Arbitration. *Proving Your Case: Evidentiary Framework and Evidentiary Standards in International Commercial Arbitration*. Dykinson, S.L., 2021, p. 258.

o excluir preguntas, respuestas o comparecencia de un testigo en determinadas circunstancias. Bajo el Artículo 8.3(g) el tribunal tiene el poder para formular preguntas (Artículo 8.4.(g)).¹⁵

No obstante, una gran parte de las normas que regirán el interrogatorio cruzado quedan libradas al acuerdo de partes o decisión del tribunal. Entre otros temas procesales, sujeto a la aprobación del tribunal, las partes pueden tener acuerdos sobre: i) la duración del contra-interrogatorio; ii) la identificación y designación de testigos y expertos a contra-interrogar; iii) el alcance del contra-interrogatorio—por ejemplo, si estará limitado al contenido del testimonio directo o informe pericial, o se puede abarcar más cuestiones afuera del contenido escrito del testigo o perito; iv) los documentos a utilizar—por ejemplo, si se pueden utilizar documentos que no se encuentren en el expediente; v) el número de abogados que puede realizar el contra-interrogatorio; vi) si se permite el *re-direct* y *re-cross*; vii) el alcance del *re-direct* y *re-cross*; viii) si los testigos y expertos podrán asistir a la audiencia antes de su contra-interrogatorio o no; y ix) el careo de testigos o expertos legales (*hot-tubbing*)—una técnica en la que dos o más testigos o expertos presentados por una o ambas partes, son interrogados juntos sobre temas particulares por el tribunal arbitral y posiblemente por un abogado si algún tema surge del interrogatorio del tribunal.¹⁶

En 2021 las Directrices del Consejo Internacional de Arbitraje Comercial (ICCA) establecieron normas mínimas de conducta de los participantes en un arbitraje internacional. El objeto de estas normas es promover los principios generales y los estándares mínimos de cortesía que se esperan de todos los participantes durante el transcurso de un arbitraje internacional. Entre ellas, se incluye el deber de los abogados de cumplir con las directivas del tribunal y no actuar de forma ofensiva e irrespetuosa hacia los testigos o expertos.¹⁷ Las Directrices ICCA no son obligatorias a menos que las partes lo acuerden o el tribunal así lo disponga.¹⁸

15 Por cierto, es posible, particularmente en arbitrajes donde una mayoría del tribunal proviene del sistema derecho civil, que el tribunal dicta que la examinación de testigos, o expertos, se hará por el tribunal.

16 Ver 'Hot Tubbing and Expert Conferences—Using Concurrent Expert Evidence to Streamline Construction Arbitration', in Gregory Kochansky (ed), *Dispute Resolution Journal*, (AAA-ICDR 2019, Volume 74 Issue 3) pp. 81-130.

17 Ver ICCA Reports No. 9, *Guidelines on Standards of Practice in International Arbitration*, 2021 (https://cdn.arbitration-icca.org/s3fs-public/document/media_document/ICCA_Guidelines_on_Standards_of_Practice_in_International_Arbitration.pdf).

18 ICCA Reports No. 9, *Guidelines on Standards of Practice in International Arbitration*, 2021, p. 1.

5. Preparación del interrogatorio cruzado

5.1 La decisión y los riesgos del interrogatorio

El interrogatorio cruzado es un medio para alcanzar un fin. La meta principal es persuadir al árbitro del caso en cuestión. Solo se debe contrainterrogar a un testigo en la medida necesaria para asegurar la munición necesaria para respaldar la teoría del caso y de manera convincente para el árbitro. Por lo tanto, es importante tener un conocimiento completo de lo que requiere el caso de su cliente, y lo que hará para tratar de lograrlo, balanceando los riesgos.

Dos cuestiones deben ser consideradas y balanceadas al momento de decidir si contra-interrogar. Primero, se debe considerar el daño que el testimonio directo generó en el caso en cuestión (principio de “no arreglar lo que no está roto”).¹⁹ Segundo, se debe considerar la probabilidad que ese daño pueda ser mitigado mediante un contra-interrogatorio (principio de “si no puedes hacer un bien, no hagas un daño mayor”).²⁰ Si un testigo no ha dicho nada que perjudique su caso o si está seguro de que no puede obtener ninguna información favorable, no seguir con el contra-interrogatorio puede ser una opción razonable.²¹

También se debe considerar los riesgos que surgen durante un interrogatorio cruzado. La pérdida de control del contra-interrogatorio es un riesgo que puede llevar a que el testigo agregue nuevos elementos hirientes o que refuerce los aspectos negativos de su testimonio directo, debilitando la fuerza del caso y causando daño a la posición que se tenía que defender. Una de las decisiones importantes del abogado podría ser no llevar a cabo el contra-interrogatorio de uno o algunos testigos de la contraparte.

5.2 Preparación del interrogatorio cruzado

Se debe tener en cuenta que, si bien el tema y el objetivo del interrogatorio es afectar la credibilidad de un testigo o perito, el tribunal también está evaluando la credibilidad de los abogados que dirigen los contrainterrogatorios, lo que a su vez se reflejará en el fondo del caso la credibilidad en la posición que cada parte está tratando de presentar. Por lo tanto, la preparación es crucial para dirigir el interrogatorio de manera clara, eficientemente, de forma ordenada y lógica.²²

19 Harbst, Ragnar. *Op. cit.*, p. 146.

20 *Ibid.*, pp. 147-148.

21 Hobér, Kaj. Axel Calissendorff and Patrik Schöldstrom (eds), Stockholm Arbitration Yearbook 2019, Stockholm Arbitration Yearbook Series, Volume 1, Kluwer Law International, 2019, p. 44.

22 Sarralde, Cristóbal. *Op.cit.*, Surviving in the Field of International Arbitration: War Stories and Lessons Learned | Sobreviviendo en el Arbitraje Internacional: Historias de

Para estar completamente preparado para un contrainterrogatorio, se debe comenzar con un estudio completo y cuidadoso del expediente, conociendo los hechos y el derecho que rodean a la disputa. El derecho incluye no solo el derecho sustantivo sino también las normas procesales que regirán a la audiencia. Parte de esa preparación implicará necesariamente estudiar en profundidad la declaración testimonial o el informe pericial y todos sus anexos.

Es útil después comenzar a determinar los objetivos de lo que se busca con cada contra-interrogatorio. Como se mencionó anteriormente, el propósito podría ser que el testigo de la otra parte confirme partes de la propia historia, se puede usar para obtener información que uno está seguro que posee el testigo o el experto, o el propósito puede ser “educar” al tribunal.

También tendrá que anticipar la estrategia de la contraparte, así como preparar las preguntas y anticipar las posibles respuestas. A menudo se ha dicho que en cualquier tipo de contra-interrogatorio, el contra-interrogador no debe hacer preguntas cuya respuesta no sepa. En el arbitraje, la regla puede modificarse para permitir algún riesgo controlado. Hacer preguntas en las que sabe la respuesta, o en las que puede manejar todas las respuestas posibles, reduce el riesgo de perder el control del testigo, lo cual debe evitarse.²³

Durante la preparación, también será necesario manejar las expectativas del cliente de antemano, e informar al cliente por qué no sería prudente dirigir un contra-interrogatorio.

5.3 Cómo estructurar el interrogatorio cruzado

Notablemente, en el arbitraje internacional, no hay un método único para estructurar el interrogatorio cruzado. Un desafío añadido es el elemento de la sorpresa, a veces inevitable, que puede cerrar inesperadamente ciertas líneas de cuestionamiento o abrir otras nuevas. Un posible método para preparar es el siguiente:

“Primer paso: determinar los puntos más relevantes que el abogado pretende demostrar (“los pilares del interrogatorio”). Estos puntos son generales y no deben ser más de tres (ej. que la inversión se obtuvo mediante corrupción).

Segundo paso: encontrar los elementos que nos permiten probar los puntos más relevantes (ej. documentos que acreditan transferencias de dinero a cuentas de funcionarios públicos).

Guerra y Lecciones Aprendidas, (Kluwer Law International 2020), p. 37.; Henry G. Burnett and David Weiss, ‘Systematic advocacy: a guide to cross-examination in international arbitration’, *Revista Brasileira de Arbitragem*, (Kluwer Law International 2016, Volume XIII Issue 51) pp. 109-110.

23 Harbst, Ragnar. *Op. cit.* p. 100.

Tercer paso: redactar las preguntas con la correspondiente evidencia que el examinador piensa utilizar y el plan de acción ante las respuestas del testigo o experto (*cross-outline*).²⁴

5.4 Preguntas en el interrogatorio cruzado

La forma de las preguntas es el elemento más importante del contra-interrogatorio. Generalmente, deben evitarse preguntas abiertas (preguntas periodísticas como *quién, qué, dónde, cuándo, por qué, cómo*) porque se arriesga perder el control del testigo o experto, invitando respuestas largas, potencialmente declaraciones dañinas y sin límite.²⁵ También se debe evitar preguntas largas y preguntas dobles o compuestas por la simple razón que un testigo podrá escoger una porción de la pregunta para contestar e ignorar el resto.²⁶

Estos riesgos son particularmente altos en el contra interrogatorio de expertos o peritos que tienden a tener un mejor entendimiento de los temas de la examinación. Además, se arriesga con preguntas demasiado complejas que las respuestas no sean correctamente entendidas o puede provocar varias diferentes respuestas no puntuales y causar más confusión, lo que requiere más preguntas de seguimiento.

En general, también se debe evitar calificativos o adjetivos porque tienen el efecto de crear ambigüedad y dan al testigo la oportunidad de argumentar con sus preguntas y estancar el progreso del examen oral.²⁷

Por último, se debe evitar preguntas con conclusiones. El propósito del interrogatorio cruzado no es discutir el caso, lo cual debe ser guardado para el argumento del cierre.²⁸ Tampoco estas preguntas tienden a tener el resultado deseado.

Las preguntas deben ser principalmente preguntas sugestivas (*leading questions*), cortas, no ambiguas, limitadas a un hecho por pregunta.²⁹ Las *leading questions* son preguntas que el testigo puede responder con un “sí” o “no” y permiten mantener el control sobre el testigo y el interrogatorio. Esto asegurará que el testigo no pueda evadir fácilmente responder a lo expuesto y también significará que el testigo no pueda divagar más allá del alcance de lo que se le preguntó.³⁰

24 Harbst, Ragnar. *Op. cit.*, p. 129.

25 Hobér, Kaj., *Op cit.* p. 47-48.

26 *Idem.*

27 Burnett, Henry G., y Weiss, David. *Systematic advocacy: a guide to cross-examination in international arbitration*, *Revista Brasileira de Arbitragem*, (© Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB; Kluwer Law International 2016, Volume XIII Issue 51) p. 116.

28 Hobér, Kaj. *Op. cit.*, p. 47-48.

29 *Ibid.*, p. 48.

30 *Ibid.*, p. 50.

El orden de las preguntas se debe ser lógico y se debe evitar saltar de un tema a otro para que el tribunal pueda seguir la secuencia de las preguntas y sacar sus conclusiones. En otras palabras, la secuencia elegida debe tener la intención de ayudar a construir un caso persuasivo sin tener que sermonear al tribunal más tarde en el argumento final sobre lo que uno quiere que concluyan.³¹

Finalmente, el interrogatorio no debe ser excesivamente lento porque se pierde la atención del tribunal. Tampoco el interrogatorio debe ser excesivamente rápido. El tribunal no conoce el caso como las partes y el testigo o experto y hay que buscar que siga la línea de preguntas.³² Esto requerirá considerar y adaptarse a la atmósfera o entorno en el que se lleva a cabo el contrainterrogatorio, así como al momento del proceso.³³

6. Consideraciones estratégicas

6.1 Cuestiones estratégicas durante el interrogatorio cruzado

Una estrategia clave es comenzar o finalizar el contra-interrogatorio con puntos favorables porque los árbitros generalmente recuerdan el comienzo y el final.

Escuchar al testigo y estar preparado para las sorpresas: las respuestas del testigo o experto pueden llevar a otros temas relevantes. El *cross-outline* tiene que ser flexible sin perder un orden.

Es importante mantener el auto-control porque al subir el tono de voz, ser confrontativo, agresivo, irónico o cínico tendrá consecuencias negativas en el testigo y el tribunal.³⁴

Otro principio básico es referir a los documentos cuando se pregunta en base a ellos y también esperar que los miembros del Tribunal encuentren el documento antes de continuar con el contra-interrogatorio.

Recordar también que en la gran mayoría de casos, la examinación es grabada en transcripción en vivo por un taquigráfico judicial. Por lo tanto, se debe pedir respuestas verbales cuando el testigo responde con gestos o sonidos (por ejemplo, “hmm” o “aja”).

El abogado debe terminar el contra-interrogatorio a tiempo porque continuarlo puede hacer que el testigo o experto formule los puntos que pretendemos evitar. Una vez que el examinador ha establecido el punto que pretendía hacer, es hora de continuar al próximo punto.³⁵

31 *Ibid.*, p. 49.

32 Burnett, Henry G. y Weiss, David. *Op. cit.*, pp. 125-126.

33 Hobér, Kaj. *Op. cit.*, p. 54.

34 Burnett, Henry G. Weiss, David. *Op. cit.*, p. 113.

35 Harbst, Ragnar. *Op. cit.*, pp. 123-124.

6.2 Estrategias frente a situaciones típicas

Es importante estar preparado para cualquier situación probable. Entre ellos, se puede presentar con un testigo recalcitrante, paranoico o no cooperador. Esta es una situación normal en arbitraje internacional. En estos casos, el testigo tiene su discurso preparado y el objetivo de decirlo durante su intervención. También puede repetir su discurso o dar respuestas evasivas. O el testigo está en una situación de alerta permanente pensando que le están haciendo decir algo que no quiere o no debe decir. Ante esta situación, se le debe preguntar de diferentes formas si ha entendido la pregunta, se le repite y se le pide que la responda. Esto debe ser realizado de una forma amigable y respetuosa. Es aconsejable dejar en claro que el testigo no está respondiendo (“entiendo que usted quiere también hablar de los eventos de junio, pero la pregunta es sobre los eventos de diciembre...”).

Otro tema es el testigo con “falta” de entendimiento. Cuando un testigo dice que no entiende la pregunta, jamás se le pregunta al testigo por qué no entendió la pregunta. Ello le daría libertad al testigo para hablar. Es preferible reformula la pregunta o pasar a la siguiente pregunta.

Un testigo puede responder a la pregunta solicitando tiempo para explicar. En esas instancias, el abogado tiene pocas herramientas para evitar el discurso preparado del testigo, a menos que el tribunal intervenga. En estos casos, el abogado debe evitar repreguntar o aclarar partes del discurso, porque ellos darían libertad al testigo para que hable nuevamente.

Un testigo interrogador es un testigo que formula preguntas o responde utilizando una pregunta. Lo mejor es evadir la pregunta y continuar con el contra-interrogatorio. Esto evita discusiones y pérdida de control del contra-interrogatorio.

Finalmente, durante un interrogatorio cruzado, es probable que haya interrupciones del Tribunal.³⁶ Las interrupciones impiden que el interrogatorio fluya normalmente y dan tiempo al testigo a pensar y lo pueden ayudar a recomponerse. Dependiendo el caso, la interrupción puede ser una señal de lo que es relevante para el tribunal. En un extremo, en caso que la interrupción sea realizada por el árbitro designado por la contraria y que la interrupción claramente no persiga un fin aclaratorio, es posible, pero naturalmente difícil, preguntar al tribunal respetuosamente si puede posponer sus preguntas para el final.³⁷

7. Objeciones

Las objeciones de procedimiento en el arbitraje difieren de los juicios civiles y otros foros de derecho interno. Las Reglas de la IBA brindan orientación sobre qué pre-

36 *Ibid.*, p. 142-143.

37 *Idem.*

guntas puede excluir un tribunal. Conforme al Artículo 8 (2) de las Reglas de la IBA, el tribunal puede limitar o excluir preguntas si considera que: i) la pregunta es irrelevante; ii) la pregunta es insustancial; iii) la pregunta es irrazonablemente gravosa; iv) la pregunta es repetitiva; v) responder la pregunta supondría transgredir un impedimento legal o privilegio; o vi) existen razones de especial sensibilidad política o institucional que el tribunal estime suficientemente relevantes.³⁸ También se pueden excluir preguntas que no cumplan con las normas procesales (por ejemplo, preguntas sobre temas excluidos del informe pericial) bajo el Artículo 9 (2) de las Reglas de la IBA.³⁹

8. Principios del interrogatorio cruzado

En breve, los siguientes principios se utilizan generalmente al preparar y realizar un contrainterrogatorio:⁴⁰

No.1 – Estar preparado

- Planificar
- Determinar los objetivos
- Determinar las preguntas
- Determinar el orden de las preguntas
- Determinar la formulación de las preguntas
- Preparar los documentos que se van a utilizar
- Preparar preguntas de seguimiento (*follow-up questions*) y preguntas alternativas
- Ensayar

No. 2 – Ser breve

- No hacer más de tres puntos⁴¹
- No perder el interés del tribunal
- Mayor poder de persuasión
- Saber cuándo finalizar el contra-interrogatorio

No. 3 – Usar solo leading questions

- Evitar preguntas que empiecen con “cómo”, “cuál”, “qué”, “cuándo”, “quién”, “dónde” y “por qué” (salvo que sea parte de una estrategia)

38 *Ibid.*, pp. 136-137.

39 *Ibid.*, p. 137.h

40 Ver Hobér, K. and Sussman, H. *Cross-examination in international arbitration: nine basic principles*. Oxford University Press, 2014.

41 Hobér, Kaj. *Op. cit.*, p. 53.

- Evitar que el experto se transforme en profesor

No. 4 – Usar solo preguntas cortas, simples e inequívocas

- El final de cada pregunta debe ser “¿cierto?”, “¿no es así?”, “¿correcto?”, “¿es ese su testimonio?”
- Evitar adjetivos o calificativos (la inversión fue de un millón de dólares vs. la inversión fue importante)

No. 5 – Escuchar las respuestas

- Evaluar la respuesta antes de continuar
- Ser flexible a modificar el orden del cross-outline
- Re-preguntar si la pregunta no ha sido respondida

No. 6 – No preguntar por conclusiones

- Mantenerse con los hechos. No dar lugar a que el testigo diga lo que quiera
- No hacer comentarios a los árbitros durante el contra-interrogatorio
- Evitar “one question too many”

No. 7 – No permitir que el testigo repita su testimonio directo

No. 8 – No permitir que el testigo explique

No. 9 – No discutir o enojarse con el testigo

Los nueve principios tienen como denominador común el control del testigo y del contra-interrogatorio. Sin control del testigo, es prácticamente imposible alcanzar los objetivos. La finalidad del contra-interrogatorio no es obtener nueva información: es utilizar los hechos conocidos para avanzar nuestra posición. En base a esta finalidad, se debe guiar al testigo al lugar que nos es favorable.

Finalmente, cuando se hace el contra-interrogatorio se debe tener en mente los alegatos de cierre. El objetivo principal es asegurar que los interrogatorios cruzados ayudan a cerrar los argumentos principales a favor de su cliente.

