

**LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN EL DERECHO
INTERNACIONAL DE LAS INVERSIONES**

LUIS GARCÍA - CORROCHANO MOYANO*

* Miembro del IHLADI. Profesor de Derecho Internacional Público. Academia Diplomática del Perú. Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.

Sumario. 1. Introducción. 2. El Derecho Internacional Público y el Derecho Internacional de las Inversiones. 3. El Inversionista ante el Derecho Internacional. 4. Los Tratados que protegen inversiones (Acuerdos Bilaterales de Protección de Inversiones y Tratados de Libre Comercio). 5. La solución de controversias Inversionista – Estado. 6. Conclusiones.

1. Introducción

Las controversias referidas a temas económicos o de inversiones han sido frecuentes entre los Estados desde el siglo XIX, si bien dichas controversias no necesariamente se condujeron o solucionaron a través de medios pacíficos. Lo novedoso en las controversias sobre inversiones es la participación directa de particulares (inversionistas, empresas) actuando en estas controversias frente a Estados, sin valerse para ello de la protección diplomática y compareciendo directamente ante las instancias internacionales.

A inicios del siglo XX tenemos un puñado de arbitrajes administrados por la Corte Permanente de Arbitraje que involucran asuntos de inversiones extranjeras a través de reclamaciones diplomáticas¹, pero además en la práctica de muchos Estados latinoamericanos hay una gran cantidad de comisiones arbitrales, comisiones mixtas de reclamaciones y arbitrajes *ad hoc* pactados para resolver decenas de controversias de extranjeros cuyos derechos de propiedad, créditos o acreencias fueron perjudicados por situaciones internas (guerras civiles o revoluciones) y que demandaron de los Estados una justa compensación a las pérdidas sufridas. Tal fue el caso de las reclamaciones de extranjeros contra los gobiernos de Chile², Colombia³, Cuba⁴, El Salvador⁵, Guatemala⁶, México⁷,

¹ *Affaire Canevaro* (Italie, Pérou), Recueil des Sentences Arbitrales (RSA), Vol. XI, pp. 397 – 410. *Affaire des réclamations françaises contre le Pérou* (France, Pérou), RSA, Vol. I, pp. 215 – 221.

² *Affaire du Guano* (Chili, France), RSA, Volume XV, pp. 77 – 387.

³ *Affaire Spadafora* (Colombie, Italie), RSA, Vol. XI, pp. 1 – 10. *Affaire Cerrutti* (Colombie, Italie), RSA Vol. XI, pp. 377 – 395.

⁴ *Walter Fletcher Smith Claim* (Cuba, EEUU), RSA, Vol. II, pp. 913 – 918.

⁵ *The Claims of Rosa Gelbtrunk and the “Salvador Commercial Company” et al.* (El Salvador, United States), RSA, Vol. XV, pp. 455 – 479.

⁶ *The Claims of Policarpo Valenzuela and others* (Guatemala, México), RSA, Vol. XV, pp. 1 – 21. *The May Case* (Guatemala, United States), RSA, Vol. XV, pp. 47 – 75. *Shufeldt claim*, (Guatemala, United States), RSA, Vol. II, pp. 1079 – 1102.

⁷ *General Claims Commission* (United Mexican States, United States of America), RSA, Vol. IV, pp. 1 – 769. *British – Mexican Claims Commission* (Great Britain, United Mexican States), RSA, Vol. V, pp. 17 – 129. *French – Mexican Claims Commission* (France, United Mexican States), RSA, Vol. V, pp. 325 – 560. *German – Mexican Claims Commission* (Germany, United Mexican States), RSA, Vol. V, pp. 561 – 595. Estas

Panamá⁸, Perú⁹ y Venezuela¹⁰, algunos de cuyos casos se refieren a modo de ilustración.

En adelante, la segunda mitad del siglo XX conocerá un especial desarrollo de los temas de inversiones y su cada vez más estrecha vinculación al Derecho Internacional Público, en la medida que aumentan los flujos de capitales, se desarrollan importantes contratos sobre recursos naturales (especialmente en la explotación de minerales e hidrocarburos) y aparece la categoría de los denominados “contratos de Estado” o “contratos internacionales”, cuyas particulares disposiciones toman del derecho interno y del derecho internacional las reglas destinadas a regir la ejecución e interpretación de dichos contratos, y finalmente las controversias que sobre esos instrumentos se generan darán lugar a arbitrajes cuya trascendencia sobrepasa no solamente el ámbito del derecho privado y los intereses del Estado concernido, sino que abren paso a una discusión doctrinaria sobre el alcance de dichos contratos y su clasificación como fuente del derecho, tal como fue el caso de los arbitrajes petroleros de empresas multinacionales con los gobiernos de Libia y Kuwait¹¹. Todas estas situaciones irían perfilando las características más saltantes de lo que hoy conocemos como Derecho Internacional de las Inversiones.

comisiones conocieron sucesivas ampliaciones para la inclusión de otros casos, llegando a ser varios centenares de reclamaciones las que resolvieron.

⁸ *General Claims Commission* (United States and Panama), RSA, Vol. VI, pp. 293 – 386.

⁹ *Affaire des réclamations des sujets italiens résident au Pérou* (Italie, Pérou), RSA, Vol. XV, pp. 389 – 453. *Landreau claim* (USA v. Peru), RSA, Vol. I, pp. 347 – 367.

¹⁰ *Mixed Claims Commission Belgium . Venezuela*, RSA, Vol. IX, pp. 319 – 347. *Mixed Claims Commission Great Britain – Venezuela*, RSA, Vol. IX, pp. 349 – 533. *Mixed Claims Commission* (France, Venezuela), RSA, Vol. X, pp. 9 – 355. *Mixed Claims Commission United States – Venezuela*, RSA, Vol. IX, pp. 113 – 318. *Mixed Claims Commission* (Germany, Venezuela), RSA, Vol. X, pp. 357 – 476. *Mixed Claims Commission* (Italy, Venezuela), RSA, Vol. X, pp. 477 – 692. *Mixed Claims Commission* (Netherlands, Venezuela), RSA, Vol. X, pp. 707 – 733. *Mixed Claims Commission* (Spain, Venezuela), RSA, Vol. X, pp. 735 – 759. *Mixed Claims Commission* (Sweden and Norway, Venezuela), RSA, Vol. X, pp. 761 – 770.

¹¹ Los arbitrajes del gobierno de Libia contra empresas trasnacionales fueron en cada caso decididos por un árbitro único, tales fueron el *Asunto BP Exploration Company c. Libia*, laudo de 10 de octubre de 1973, árbitro G. Lagergreen; *Asunto Texaco – Calasiatic c. Libia*, laudo de 29 de enero de 1977, árbitro René – Jean Dupuy; *Asunto Libyan American Oil Company (LIAMCO) c. Libia*, laudo de 12 de abril de 1977, árbitro M. Mahmassani; y finalmente el *Asunto Kuwait c. American Independent Oil Company (AMINOIL)*, laudo de 24 de marzo de 1982, resuelto por un tribunal arbitral compuesto por Paul Reuter, quien lo presidió, y como árbitros Gerald Fitzmaurice y Hamed Sultan.

2. El Derecho Internacional Público y el Derecho Internacional de las Inversiones

La subjetividad del Derecho Internacional Público (DIP) se ha ampliado notablemente a los largo de las últimas décadas, esto es, la condición de sujeto de derechos u obligaciones que emana del DIP. De la concepción más restrictiva que prácticamente admitía como único sujeto de derecho internacional al Estado, progresivamente la categoría se fue ampliando para admitir a las organizaciones internacionales¹², otros tipos de subjetividad de carácter temporal (grupos beligerantes o movimientos de liberación nacional), sujetos con características internacionales específicas (Iglesia Católica, CICR) y finalmente los individuos, en tanto personas naturales o como personas jurídicas. En este último caso, aunque no ha pasado sin discusión por la doctrina, las empresas transnacionales ven reconocida una subjetividad internacional que les permite actuar junto a los demás sujetos, en el plano de las relaciones internacionales, como titulares de derechos y obligaciones.

Al reconocer a los individuos la calidad de sujetos, el derecho internacional permite que se puedan relacionar con otros sujetos y en distintos niveles, siempre regidos por el DIP. En el caso de los individuos, los derechos que les confiere el DIP pueden ser ejercidos directamente por ellos mismos, sin necesidad de intermediación del Estado ni de algún otro sujeto; esto les permite legitimidad de acción en procesos internacionales y los faculta a demandar directamente al Estado¹³. Como la subjetividad internacional no depende de la cantidad de derechos u obligaciones que el DIP atribuye, basta que el individuo posea unos u otras (incluso uno u otra) para atribuirle categoría de sujeto de derecho internacional. Esa subjetividad le permite relacionarse jurídicamente con otros sujetos y le permite realizar actos de alcance internacional, como veremos más adelante, que vienen a sumarse a las fuentes ya conocidas.

¹² CIJ 1949, Opinión Consultiva sobre daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas.

¹³ GARCÍA RODRÍGUEZ, Isabel. "Pluralismo jurídico e inversión extranjera: las controversias entre el inversor y el Estado receptor" en: AAVV. *Pacis Artes. Obra Homenaje al Profesor Julio González Campos, Tomo II Derecho Internacional Privado, Derecho Constitucional y Varia*. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid y Eurolex Editorial, 2005, pp. 1570 – 1571: En el Convenio de Washington de 1965 y en muchos APRIs los Estados reconocen *ius standi* al inversor para reclamar contra el Estado receptor de la inversión a través del arbitraje internacional. Para que el inversor tenga legitimación activa contra el Estado receptor debe ser nacional de otro Estado Parte en el Convenio de Washington o tener la condición de inversor de otro Estado Parte en el APRI. La condición de inversor en los APRIs no obedece necesariamente al criterio de la nacionalidad, pues también se define en función del lugar de residencia del inversor (persona física) o de la sede (persona jurídica). Con el reconocimiento del *ius standi* al inversor se evita el uso de la protección diplomática y por ello se despolitiza la solución de controversias. Además, al ser el inversor mismo el que gestiona sus intereses logra así una protección autónoma ya que no depende de la voluntad soberana del Estado de su nacionalidad para recibir dicha protección y para establecer el *quantum* del daño sufrido.

Tradicionalmente, bajo un sistema internacional centrado en el Estado, sólo éste poseía la capacidad de actuar como demandante o demandado en foros internacionales, e inclusive sólo el Estado tenía legitimidad para presentar una reclamación internacional, razón por la que se desarrolló la institución de la protección diplomática, que ejercitaba el Estado ante la violación de los derechos de sus nacionales por parte de otros Estados.

Respecto de la protección diplomática, cabe precisar que no se trata de un derecho del individuo en cuanto tal, sino de un derecho del Estado a ser respetado en la persona de su nacional¹⁴. Por lo tanto el derecho reside en el Estado, pero el individuo, además de ser perjudicado en sus derechos como persona natural o jurídica, deberá agotar las instancias internas de administración de justicia o ver denegado su acceso a ella (*déni de justice, denial of justice*) antes que se configure internacionalmente la violación de un derecho de la persona que da lugar y fundamento a una acción del Estado del que es nacional¹⁵. Como bien señaló el árbitro Huber:

Desde el momento en que el Estado al que pertenece el reclamante interviene diplomáticamente a favor de su nacional, haciendo valer sean derechos convencionales o sean principios del derecho de gentes que fuera de los tratados rigen los derechos de los extranjeros, ha nacido una nueva reclamación de Estado a Estado. Ésta reclamación, aún cuando está ligada a la reclamación del particular, tiene un carácter enteramente diferente a ella.¹⁶

El Estado que reclama bajo la institución de la protección diplomática es el titular de la reclamación, por lo que no tiene que asumir *in toto* la pretensión del individuo; lo que hace valer es su propio derecho, como ha señalado la jurisprudencia internacional al respecto.

Es un principio elemental de derecho internacional aquel que autoriza al Estado a proteger a sus nacionales lesionados por actor contrarios al derecho internacional cometidos por otro Estado, cuando ellos no han podido obtener satisfacción por la vías ordinarias. Asumiendo la causa

¹⁴ DIEZ DE VELASCO, Manuel. *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 16ª Edición. Madrid: Tecnos, 2007, p. 897: Mediante la protección diplomática *el Estado ejercita un derecho propio* y no un derecho del ciudadano o nacional suyo. Sobre ésta afirmación esté de acuerdo toda la doctrina, salvo mínimas excepciones; y en lo que existe unanimidad es en que, una vez que el Estado inicia la protección, la persona física o jurídica no está legitimada para renunciar a la protección diplomática, como veremos más tarde, o para hacer desistir al Estado de una acción emprendida. (En cursiva en el texto).

¹⁵ Algunas inconsistencias de la protección diplomática, como el hecho de ser un derecho del Estado, pero que requiere ciertos actos del individuo (agotamiento de recursos internos, continuidad de la condición de nacional) han sido advertidas por la doctrina, al respecto ver: PELLET, Alain. "Le Droit International à l'aube du XXIème siècle", en: *CEBDI*, Vol. I, 1997, pp. 84 -85.

¹⁶ *Asunto de las reclamaciones británicas en el Marruecos español (España contra Reino Unido)*, 1925, RSA, Vol. II, p. 633.

SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS DE INVERSIONES

de uno de los suyos, poniendo en movimiento en su favor la acción diplomática o la acción judicial internacional el Estado, a decir verdad, hace valer su propio derecho, el derecho que tiene ha hacer respetar, en la persona de sus nacionales, el derecho internacional.¹⁷

De igual manera el Estado cuando obtiene una reparación esta facultado a disponer de ella, nada lo obliga a entregarla al individuo.

La otra consecuencia del carácter interestatal de la responsabilidad en los casos de protección diplomática es la disponibilidad por el Estado de la reparación obtenida. Desde el punto de vista del Derecho Internacional, el Estado puede renunciar a ella, transigir sobre la suma e incluso beneficiarse directamente. En los casos de daños a particulares, el Derecho Internacional se desentiende del destino final de la reparación concedida al Estado.¹⁸

El Estado no actúa ni como representante del individuo ni como su agente, sino en su calidad de Estado que se ha visto afectado en la persona de uno de sus nacionales al cuál debe protección (*ressortissant*). Es así entonces que la protección diplomática no se configura como el medio más seguro para el inversionista¹⁹, lo que ha facilitado el surgimiento y empleo de otros mecanismos que los individuos pueden activar de manera directa.

Adicionalmente, en la tradición jurídica internacional latinoamericana esta la “Cláusula Calvo”, ideada por el jurista argentino Carlos Calvo; dicha cláusula implica la renuncia a la protección diplomática por parte de un extranjero cuando desarrolla actividades económicas en un Estado distinto del que es nacional²⁰. Las discusiones respecto a la validez de esta cláusula hacen correr hasta hoy ríos de tinta. Se cuestiona, con razón, que una persona pueda renunciar a lo que no es un derecho personal sino una atribución estatal, cuyo origen ciertamente se encuentra en la violación de un derecho personal que no es de carácter patrimonial sino fundamental, el derecho a obtener justicia. En todo caso, sólo el titular del derecho, que es el Estado, puede renunciar al él, pero no quien es objeto de la acción y no sujeto de la misma.

¹⁷ *Asunto Mavrommatis, 1924*. CPJI, Serie A, N° 2, p.12.

¹⁸ PASTOR RIDRUEJO, José Antonio. *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, 13ª Edición. Madrid: Tecnos, 2009, p. 246.

¹⁹ PASTOR RIDRUEJO, José Antonio. *Ob. Cit.*, p. 245: En la realidad de los Derechos internos, sin embargo, aunque en algunas constituciones recientes se apunta la tendencia a la obligatoriedad de la protección diplomática, el derecho de los particulares no ha sido articulado de manera eficaz. De hecho, el ejercicio de la protección diplomática depende de consideraciones de oportunidad política. Los Gobiernos la ponen en marcha cuando entienden que pueden favorecer, o al menos no contrariar, los fines de su política general; en caso contrario se abstienen.

²⁰ NOVAK, Fabián y Luis GARCÍA – CORROCHANO. *Derecho Internacional Público, Tomo II, Sujetos de Derecho Internacional, Volumen I*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2001, pp. 382 – 384.

Una cuestión distinta, pero vinculada con el ejercicio o desistimiento por parte del Estado de la protección diplomática, es la relativa a si existe por parte del estado un *deber* de ejercer la protección diplomática. Al respecto podemos decir que no existe ninguna norma de D.I. que obligue al Estado a dicho ejercicio. [...] De esta forma, para el D.I., se trata de una *competencia puramente discrecional*. Ello tiene como consecuencia que el Estado puede decidir libremente si ejerce o no la protección diplomática, que puede renunciar a su ejercicio una vez iniciada y que sea el Estado, y no el particular, el que considere suficiente o no la reparación. (En cursivas en el texto).²¹

Como consecuencia de esa situación surgen las instituciones del Derecho Internacional de las Inversiones, el cuál parte del presupuesto de la capacidad individuo para actuar en el ámbito internacional. El Derecho Internacional de las Inversiones se sitúa como una rama especializada del DIP. Adquiere especificidad por su objeto, que es el tratamiento de la inversión extranjera bajo condiciones similares a la inversión nacional y la garantía de no sufrir menoscabo en la inversión por causas ajenas a las actividades económicas o comerciales que realiza el inversionista.²²

El Derecho Internacional de las Inversiones participa de los presupuestos fundamentales del DIP. Al igual que otras ramas del DIP, como los DDHH, el DIH o el Derecho de la Integración, el Derecho Internacional de las Inversiones se funda en fuentes del DIP como son los tratados, los principios generales y en su caso específico los contratos internacionales²³; implica a sujetos de DIP como los Estados, las organizaciones internacionales (como el Centro Internacional para el Arreglo de Disputas sobre Inversiones – CIADI), los individuos y las empresas transnacionales; y emplea los mecanismos de solución de controversias frecuentemente utilizados en el DIP como la negociación, la conciliación y el arbitraje.

La atribución de una capacidad directa para actuar como sujeto de derecho internacional resulta fundamental para el individuo que actúa en el plano económico como inversionista, pues rompe la dependencia que significa tener que guarecerse bajo la protección diplomática y con ello la dependencia del Estado del que es nacional, y lo faculta para actuar individualmente, aunque invocando los instrumentos internacionales de los que es parte su propio Estado, que precisamente son lo que le conceden la legitimidad de acción para iniciar el procedimiento internacional destinado a proteger la inversión, y de esta manera acceder a los mecanismos de solución de controversias sobre inversiones.

²¹ DIEZ DE VELASCO, Manuel. *Ob. Cit.*, p. 900.

²² PELLET, Alain. *Ob. Cit.*, pp. 90 – 91.

²³ LEBEN, Charles. “La théorie du contrat d’Etat et l’évolution du droit international des investissements” en *RCADI*, 2003, Volumen 302, p. 256 : Le contrat de droit international doit être considéré comme un véritable nouvel acte juridique international qui vient s’ajouter aux actes existants (traités, actes unilatéraux, actes juridictionnels).

3. El Inversionista ante el Derecho Internacional

El Derecho Internacional de las Inversiones busca regular las relaciones jurídicas entre el Estado y el inversionista y permitir al inversionista que accione directamente ante cualquier situación que afecte su inversión en un país determinado y le permita acceder a mecanismos autónomos para hacer valer sus derechos. La inversión puede darse de muchas maneras, a través de la creación de sociedades en el país receptor, o de filiales de sociedades extranjeras o como un aporte de capital a una sociedad existente en el país huésped²⁴. Los riesgos de la inversión extranjera no son los riesgos económicos o de mercado sino los riesgos políticos, es decir los riesgos por acciones estatales o gubernamentales, en cualquiera de los niveles de gobierno, que afecten la inversión.

Desde el punto de vista jurídico, en la relación inversionista – Estado el inversionista es la parte débil mientras que el Estado es la parte fuerte. El Estado es quien crea el marco jurídico regulatorio de la inversión y lo administra, el inversionista es un simple particular que acude con su dinero buscando obtener una utilidad lícita. El inversionista acepta las reglas y los riesgos del mercado como parte de su actividad económica, pero no ser privado de su inversión o sus beneficios por situaciones ajenas al mercado. En ese contexto, el Estado garantiza la permanencia de las reglas con las que acoge las inversiones y que permite al inversionista realizar la actividad económica elegida y disfrutar de sus beneficios.

On notera que la combinaison de ces deux types de clause (sur la juridiction compétente et sur le droit applicable) aboutit à «neutraliser», pour reprendre l'expression de P. Mayer, l'avantage qu'un Etat tire de sa qualité dans la relation contractuelle : d'une part, il ne disposera plus de ses privilèges devant ses tribunaux ou devant ceux d'autres Etats (l'acceptation de l'arbitrage entraîne, pour le moins, renoncement à l'immunité de juridiction et peut-être même à l'immunité d'exécution); et, d'autre part, il ne pourra plus utiliser son pouvoir normatif (réglementaire, législatif ou même constitutionnel) pour agir sur le contrat. Plus exactement, l'Etat garde toute sa maîtrise sur son pouvoir normatif, mais s'il l'utilise de façon contraire à ses engagements il pourrait avoir en répondre devant une juridiction arbitrales qui, éventuellement, pourra le condamner à réparer le dommage causé à son cocontractant. Il y a donc une certaine égalisation des conditions de l'Etat et de son partenaire privé. Comme on l'a d'jà dit, le contrat d'Etat

²⁴ LEBEN, Charles. *Ob. Cit.*, p. 242 : Au départ, l'investissement consiste essentiellement dans la création de sociétés nouvelles dont le capital est fourni par les fondateurs et ceci dans le but de tirer profit des bénéfices générés par l'activité de la société. Dans le cas des investissements internationaux, le capital est fourni, en tout ou en parti, par des investisseurs étrangers. L'investissement peut aussi consister dans la prise de participation dans le capital d'une société existant déjà, soit par rachat d'une partie de ce capital, soit par augmentation du capital social. Mais dans cette hypothèse on distingue traditionnellement, en économie, une prise de participation suffisante pour peser sur les décisions de la société, d'un « placement en portefeuille » qui est fait dans le seul but de profiter de bonnes opportunités financières.

se définit, à l'opposé du contrat administratif, comme un contrat qui recherche l'égalité entre les cocontractants. C'est là un trait que Verdross avait bien vu: les contrats d'Etat (lui parlait des contrats quasi internationaux) sont des contrats qui se veulent *être inter pares*, entre égaux.²⁵

Hemos dicho que el inversionista acepta los riesgos propios de la actividad económica o riesgos de mercado, lo que protege el derecho internacional de las inversiones es que el inversionista no sea afectado por aquellos riesgos políticos que no son riesgos del mercado. Son riesgos ajenos al mercado, por ejemplo: la expropiación o nacionalización, la expropiación indirecta, las alteraciones al marco regulatorio, los cambios en el marco impositivo fiscal, los cambios en la regulación laboral, los cambios en la regulación ambiental, la intervención en el mercado cambiario de divisas, el control de precios, y los actos administrativos, judiciales o de entidades territoriales, la exigencia de requisitos de desempeño determinados administrativamente, las limitaciones a las transferencias dinerarias, entre otros. Indudablemente esta enumeración no agota las posibles situaciones que afecten las inversiones, pero se trata en cualquier caso de las que se han presentado con mayor frecuencia.

Todos los actos mencionados son actos potestativos del Estado que afectan directamente las inversiones. En tales situaciones, el inversionista se ve afectado por causas ajenas a la dinámica económica, que tienen un origen político. El Estado decide discrecionalmente la realización de tales actos y por lo tanto es directamente imputable por sus consecuencias que pueden ser la afectación de derechos producto de la cual se genera la violación de compromisos internacionales. En todos los casos, son actos que generan la responsabilidad internacional del Estado frente a los inversionistas extranjeros, al reducir o menoscabar los beneficios esperados, o privarlos de ellos e incluso de su inversión. Cabe resaltar que no se trata únicamente de incumplimientos contractuales o modificaciones más o menos arbitrarias o violaciones de la legislación nacional, sino que la afectación de la inversión extranjera protegida por tratados constituye una violación a dichos tratados o a las disciplinas sustantivas que dichos tratados cubren.

El inversionista es un sujeto privado que realiza una inversión en un país distinto al suyo, al amparo de una legislación que permite o promueve la inversión extranjera directa; por lo tanto está protegido por esa legislación y puede invocarla ante los tribunales nacionales en caso de violación de su derecho. A diferencia de lo que sucede con la protección diplomática, el inversionista no está obligado a recurrir a la justicia o a la administración local, ni menos a agotar sus recursos internos, antes de plantear una reclamación internacional. Sin embargo, está totalmente legitimado para emplear los recursos internos del Estado que ha acogido la inversión y puede optar por cualquiera de las vías

²⁵ LEBEN, Charles. Ob. Cit., pp. 250 – 251.

SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS DE INVERSIONES

jurisdiccionales que le habilite el foro doméstico, sean estas administrativas, judiciales, conciliatorias o arbitrales.

Sin embargo, lo que da al derecho de las inversiones su aspecto sustantivo de “internacional”, es que dichas inversiones son protegidas jurídicamente a través de una compleja y tupida malla de tratados bilaterales de la que son parte una gran cantidad de Estados, tratados que dan marco jurídico a la protección de las inversiones, elevan al inversionista a una calidad de actor internacional al otorgarle el derecho de acción directa (*ius standi*) frente a los Estados en todo lo relativo a una reclamación o controversia internacional sobre inversiones, y de esa manera equilibran la relación inversionista – Estado para llevarla en el plano jurídico a una relación de igualdad²⁶.

Básicamente las modalidades de la inversión extranjera podemos decir que son: invertir *con* el Estado e invertir *en* el Estado. En el primer caso la inversión se da a través de un contrato inversionista – Estado en cualquiera de las modalidades actualmente en boga, y que la doctrina usualmente ha denominado como “contratos de Estado”. En el segundo caso la inversión se realiza en el territorio del Estado, al amparo de su legislación y de los tratados, es decir de un marco jurídico interno e internacional para las inversiones.

Si el mecanismo elegido para realizar la inversión es a través de un contrato inversionista – Estado, o un contrato de concesión o también denominado contrato de Estado, dichos instrumentos tienen una serie de particularidades que los diferencian de un contrato común de naturaleza civil o mercantil y lo aproximan más a un instrumento internacional del tipo de los tratados. Esta modalidad contractual sitúa prácticamente en un plano de igualdad al Estado con el inversionista, en cierto modo y para los fines específicos del contrato, el

²⁶ LEBEN, Charles. *Ob. Cit.*, p. 305: Mais, en outre, on verra que le trait le plus fondamental du droit actuel des investissements est la conclusion d'un vaste réseau de traits bilatéraux de promotion et de protection des investissements (plus de deux mille, il existe aussi quelques traités multilatéraux) qui ont très précisément pour objet, dans l'intentions des Etats qui les concluent, de conférer des droits aux investisseurs (droit au traitement national ou traitement de la nation la plus favorisé, droit à un traitement juste et équitable, droit à une protection et sécurité pleines et entières, droit à ne pas être exproprié sans une indemnisation prompte et adéquate, etc.) que ceux-ci peuvent invoquer devant des juridictions arbitrales internationales. VAGTS, D.F. “Dispute – Resolution Mechanisms in International Business” en: *RCADI*, 1987 – III, Volumen 203, p. 84: Thus private party/national government dispute resolution has become a specialized but important part of the overall field of international dispute resolution. States are always reluctant to consent to such treatment but from time to time most of them are willing to consent if it is the price for profitable investment or trade relationships. Special talents on the part of the arbitrators are required if these delicate adjudications are not to become explosive, but the record indicates that in the great majority of cases national governments have bowed to adverse determinations by these panels. Thus they make a distinct contribution to a sense of legal security that it turn makes easier the flow of international investment and other economic activity.

inversionista adquiere un estatuto (temporal y limitado) de sujeto de derecho internacional y de dicho contrato se deriva su capacidad de acción, la posibilidad de presentarse directamente ante un tribunal internacional.

Cette «internationalisation» des personnes privées n'est pas exclusivement contentieuse et elle n'est pas non plus seulement d'origine conventionnelle *stricto sensu*. Il peut se faire en effet – et il arrive fréquemment – qu'un Etat conclue avec une société privée étrangère un contrat («*State contract*», «contrat d'Etat») prévoyant formellement sa soumission au droit international public. Bien entendu, comme l'a relevé un arbitre dans un affaire opposant, en 1977, une compagnie pétrolière américaine à la Libye, Dans une telle hypothèse, «[d]ire que le droit International régit les rapports contractuels d'un Etat et d'une personne privée étrangère ne signifie nullement que celle-ci soit assimilée à un Etat, ni que le contrat qu'elle a conclu avec lui soit assimilé à un traité»: il conviendra d'appliquer (tant dans la «vie quotidienne» du contrat qu'en cas de contentieux), non pas le droit des traités mais celui des contrats internationaux et il n'en résulte nullement que le co-contractant privé puisse en conséquence être assimilé à un Etat souverain; mais, *aux fins de l'application du contrat*, il reçoit, par volonté de l'Etat, la «mesure» de personnalité juridique internationale nécessaire à cet effet.²⁷

Adicionalmente, son contratos de larga duración que establecen una serie de prestaciones a favor del Estado, pero por la misma razón involucran un tratamiento especial para el inversionista, habida cuenta que este se dispone a realizar una inversión importante por el monto y el tiempo de explotación de los derechos o concesiones recibidos, y porque el Estado huésped requiere de dicha inversión que él mismo no puede o no desea realizar²⁸. Por lo general, dichos contratos implican un desarrollo de infraestructura que también corre por cuenta del inversionista²⁹.

Los contratos inversionista – Estado o contratos de Estado poseen como características: ser un contrato que busca estar regulado principalmente por las disposiciones que el mismo contiene, tanto en lo relativo a su ejecución o cumplimiento, como a su interpretación o una eventual suspensión o ruptura, así

²⁷ PELLET, Alain. *Ob. Cit.*, pp. 91 – 92.

²⁸ VAGTS, D.F. *Ob. Cit.*, pp. 80 – 81: Where arbitration faces severe strains has been in connection with those long – term important contracts referred to as development or, particularly in former times, concession agreements. These usually involve the extraction of natural resources, although some major industrial arrangements could raise similar problems. They usually involve governments without the money or technical resources to do the job themselves.

²⁹ VAGTS, D.F. *Ob. Cit.*, 81: Development agreements usually have to last for long period – 20 to 30-year terms are not uncommon – if the concessionaire is to complete the task of getting access to the minerals producing enough to recover its investment. It many involve establishing ports, railways, power plants and other items of infrastructure usually provided by government, but not present in the area in question.

SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS DE INVERSIONES

como para establecer los mecanismos de compensación, reparación, indemnización o resolución del mismo. Dichos contratos establecen por ejemplo excepciones o derogaciones a las normas de derecho interno del Estado contratante, en materias tan sensible como son los impuestos³⁰, las regulaciones laborales, las regulaciones ambientales, o las disposiciones relativas al tratamiento del capital extranjero, de la repatriación de capitales o de utilidades, del régimen de importación o internamiento de bienes de capital, entre otros.

Se produce entonces o bien una modificación de las normas del derecho interno en relación a uno o varios contratos de Estado, o bien un “congelamiento” del derecho interno, que implica por parte del Estado la renuncia a su potestad soberana de promulgar, modificar o derogar las leyes y de reglamentarlas, en todo lo que concierne a las materias pactadas en los contratos de Estado³¹, dicho de otro modo, se crean ínsulas de legalidad detenida en el tiempo, pues indudablemente son normas del Estado pero que el Estado mismo no puede alterar.

On peut à ce sujet s'interroger sur la portée exacte et les conséquences du «gel» d'un droit interne. S'agit-il encore vraiment d'un droit national? Cela est discutable puisque, par définition, le droit d'un pays est une matière vivante, appelée à évoluer, c'est-à-dire à se modifier au gré des besoins, des données économiques et sociales, de la jurisprudence et de la doctrine, mais c'est aussi une matière modelée par l'autorité législative. Si un contractant, pour se prémunir contre l'aléa législatif, obtient le gel de ce droit à une certaine date, on peut admettre que ce droit sort de l'ordre interne pour se situer dans l'ordre transnational, applicable aux rapports particuliers dont il s'agit. Il y a ici une véritable métamorphose ou transmutation du droit. Selon certaines juristes, le «gel» a pour effet d'incorporer dans le contrat des dispositions légales en vigueur à une certaine date, si bien que le contrat n'est pas vraiment régi par un droit national même gelé.³²

³⁰ LALIVE, Jean – Flavien. “Contrats entre Etats ou entreprises étatiques et personnes privées. Développements récents” en: *RCADI*, 1983 – III, Volumen 181, pp. 200: Le “gel” du droit fiscal peut ainsi aboutir à la notion, assez bizarre, d'une contractualisation partielle du droit fiscal, dûment acceptée par l'Etat d'accueil dans un domaine où la rigueur juridique s'impose généralement.

³¹ LEBEN, Charles. *Ob. Cit.*, pp. 266 – 267: Il en va de même si le contrat prévoit que les modifications du droit de l'Etat postérieures à la conclusion du contrat ne seront pas applicables à celui-ci (clause d'inopposabilité). Dans ce cas également, on doit supposer que le contrat est rattaché à l'ordre international, car l'Etat au sens du droit interne, même par l'intermédiaire du législateur, ne peut faire une telle promesse car *lex posterior derogat priori*.

³² LALIVE, Jean – Flavien. *Ob. Cit.*, pp. 200. LEBEN, Charles. *Ob. Cit.*, pp. 248 – 249: C'est encore le cas lorsque le contrat prévoit l'application du droit national de l'Etat contractant mais stabilisé à une certaine date, en pratique à la date de signature ou d'entrée en vigueur du contrat. Par ce type de clause, l'investisseur cherche à se prémunir contre des modifications du droit de l'Etat, en particulier de sa fiscalité, de sa législation des

Se presentan entonces como auténticos sistemas jurídicos cerrados, autosuficientes o autárquicos, no obstante lo cual es indispensable circunscribirlos a un sistema legal que les sirva de marco, y que, visto que su principal característica es afectar la injerencia del derecho interno sobre el contrato, no puede ser entonces el marco jurídico otro que el derecho internacional.

Sur le plan technique, les contrats dont il s'agit sont en général très complets et constituent souvent en eux-mêmes de véritables petits codes. Mais cela n'est pas suffisant et ne permet pas de surmonter tous les obstacles qui surgissent. Ainsi que nous l'avons exposé plus haut, l'«autarcie des contrats» n'est guère pensable. Un contrat ne saurait à lui seul constituer un ordre juridique miniature (système du contrat «sans loi»). Bien des questions qui apparaissent lors d'un litige devront être résolues non seulement par l'interprétation des clauses contractuelles, mais par le recours à des principes et à des règles qui relèvent nécessairement d'un ordre juridique extérieur.³³

La inversión *en* el Estado puede revestir de muchas modalidades, pues hoy el concepto de inversión es bastante lato y prácticamente admite toda adquisición de bienes o derechos, emprendimiento o actividad económica en general que puedan realizar los extranjeros y que se encuentre cubierta por los APRIS suscritos por cada Estado.

Des critiques ont été adressées contre l'extension indéfinie de la notion d'investissement qui finit par couvrir n'importe quel bien ou n'importe quelle valeur, et on appelé à retour à « l'investissement authentique ». Nous ne sommes pas sûr qu'il soit ainsi possible de distinguer les formes authentiques de celles qui ne le sont pas, mais, quoi qu'il en soit, rien n'empêcherait les Etats, dans les traités de protection, de définir plus strictement les investissements protégés. On doit constater, cependant, que ce n'est pas là la tendance actuelle de la pratique conventionnelle.³⁴

Respecto del empleo de mecanismos alternativos de resolución de conflictos como la conciliación o el arbitraje en el foro domestico, el inversionista deberá tener en cuenta que estos son regulados por la legislación nacional, la misma que

changes, voire de sa législation sociale ou du droit des sociétés, qui changeraient les conditions économiques d'exécution du contrat ou qui vendraient y mettre fin, par exemple par une nationalisation. La stabilisation peut porter sur tout le droit de l'Etat ou sur certaines de ses branches, pour toute la période du contrat ou seulement pour une période plus courte.

³³ LALIVE, Jean – Flavien. *Ob. Cit.*, pp. 199 – 200. LEBEN, Charles. *Ob. Cit.*, pp. 249 – 250: Pour en revenir aux clauses de stabilisation proprement dites, elles ont également pour conséquences de faire échapper le contrat au droit de l'Etat. En effet, le droit applicable n'est plus en réalité le droit de l'Etat à proprement parler mais un corps de règles identiques à ce droit à la date de la stabilisation et qui se trouve incorporé au contrat, comme si on avait recopié ces règles dans celui-ci.

³⁴ LEBEN, Charles. *Ob. Cit.*, p. 245.

SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS DE INVERSIONES

determinara si la solución alcanzada tiene carácter de cosa juzgada y posee mérito ejecutivo, o por el contrario es recurrible ante la judicatura, cuales son las garantías procesales que dichos mecanismos le brindan y cual su nivel de independencia.

Sin embargo, el empleo de los mecanismos de derecho interno no agota las posibilidades del inversionista, que también puede recurrir a medios alternativos de solución de conflictos sobre inversiones en foros internacionales, en la medida que un marco jurídico de protección internacional de inversiones le sea aplicable. Incluso la mayor parte de acuerdos no obligan sino que permiten prescindir del recurso a los mecanismos internos (jurisdiccionales, arbitrales o conciliatorios) antes de iniciar la reclamación internacional³⁵.

La legitimación procesal para la acción directa es la principal garantía al inversionista, quien de esa manera puede, sin intermediación alguna, reclamar contra el Estado que ha infringido sus propias normas sobre inversión extranjera, incumplido los contratos que ha suscrito y violado los tratados de los que es parte. Lo que se reclama no es el incumplimiento o la afectación del contrato ni la violación del derecho interno, sino la vulneración del tratado que protege las inversiones³⁶.

No sólo es importante la pluralidad de medios, sino la imparcialidad de dichos medios, por eso se prefiere el arbitraje internacional a los medios internos.

Nous avons constaté que l'élément le plus important de la délocalisation d'un contrat d'Etat c'est la présence d'une clause prévoyant l'arbitrage international. [...] Celui-ci constitue la solution efficace et ses avantages l'emportent de beaucoup sur ses inconvénients. Son principal mérite est d'assurer dans la grande majorité des cas la neutralité et l'impartialité des arbitres, ou en tout cas du président du tribunal, il offre en outre la possibilité de faire appel à des spécialistes et nous avons vu combien les grands contrats internationaux du type nouveau soulèvent des questions complexes. De plus, l'arbitrage permet de créer peu à peu un corps de «jurisprudence» internationale ou transnationale, même si l'on ne

³⁵ SACERDOTI, Giorgio. "Recent Developments in Bilateral Treaties on Investment Protection" en: *RCADI*, 1997, Volumen 269, pp. 452 – 453: This approach is reinforced by the fact that the vast majority of BITs do not require recourse to local remedies at all, or restrict it to a limited period after which the dispute may be submitted to arbitrations. In BITs the non applicability of one of the traditional rules of international disputes settlement when private interest are involved, i.e. the requirement of previous exhaustion of host State's local remedies, becomes the standard pattern as is the case in the ICSID Convention.

³⁶ LEBEN, Charles. *Ob. Cit.*, pp. 367 – 368: En outre, il faut bien voir que ce ne sont donc plus les litiges ayant trait à un contrat qui sont portées devant les arbitres (*contract claims*) mais les litiges portant sur l'application d'un traité international (*treaty claims*). Et ces litiges sur les traités sont tranchés, naturellement, sur la base du droit international, venant ainsi conforter de façon décisive la tendance à l'internationalisation du droit de l'investissement international en cours depuis les années trente du XXe siècle.

saurait parler de «précédent» au sens étroit et technique du terme. Enfin, l'arbitrage peut, si les parties le désirent, conserver un caractère confidentiel, ce qui n'est pas le cas normalement d'une procédure devant les tribunaux nationaux ou des tribunaux internationaux tels que la Cour Internationale de Justice.³⁷

El recurso a los mecanismos internacionales de solución de diferencias no sólo faculta al inversionista a reclamar al Estado ante una instancia internacional, libre por lo tanto de los condicionamientos que se pueden dar en foro doméstico, sino que ese recurso se torna en la principal garantía frente al incumplimiento legal – contractual – convencional y permite al inversionista actuar internacionalmente en pie de igualdad frente al Estado.

4. Los Tratados que protegen inversiones (Acuerdos Bilaterales de Protección de Inversiones y Tratados de Libre Comercio)

Los tratados destinados a proteger las inversiones extranjeras (acuerdos de protección recíproca de inversiones – APRIS, o BITS por sus siglas en inglés – y los tratados de libre comercio – TLCs) constituyen una práctica usual entre Estados cuya intención es atraer capital extranjero, garantizándole un tratamiento similar al nacional, pero a la vez, respetando el estándar mínimo internacional para el tratamiento de extranjeros. Esta fuera de duda que los acuerdos interestatales destinados a promover y proteger las inversiones tienen la calidad de tratados con todo lo que ello significa y supone desde el punto de vista del derecho internacional público³⁸.

De esta forma se garantiza al inversionista que no habrá de sufrir un despojo por medio de una expropiación, directa o indirecta, que afecte su inversión, la permanencia de las condiciones en que la realizó, o el retorno esperado, una vez que cumplidos los requisitos legales que el país anfitrión de la inversión ha estipulado.

Muchos Estados han firmado numerosos tratados con la finalidad de atraer la inversión extranjera, y dentro de tales acuerdos, como es usual, se han puesto

³⁷ LALIVE, Jean – Flavien. Ob. Cit., pp. 201.

³⁸ SEIDL – HOHENVELDERN, Ignaz. “International Economic Law. General Course on Public International Law” en: *RCADI*, 1986 – III, Volumen 198, p. 189: In spite of the apparent assimilation of foreign investment agreements to treaties contained in resolution 1803 (XVII) an investor will only be sure of enjoying the protection of International law for his investment, if such a promise figures in a document, whose quality as a treaty is beyond any doubt. Investment protection treaties therefore contain a clause whereby the host State promises to the home State of investor that it will respect the agreements concluded with the investor.

SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS DE INVERSIONES

cláusulas destinadas a solucionar las controversias que pudieran surgir entre los inversionistas y el Estado o entre el Estado y los otros Estados signatarios³⁹.

Aunque el tratamiento es en la mayoría de los casos similar, cada convenio tiene ciertas particularidades, lo que no obsta para darle al tema de la solución de controversias sobre inversiones un tratamiento general.

Analizaremos el marco jurídico en que se desenvuelven dichos tratados, la cobertura que brindan a los contratos y las inversiones, los mecanismos de solución de controversias que en dichos acuerdos se han establecido, el carácter justiciable de las medidas que afectan a las inversiones, el cumplimiento de los acuerdos y laudos que solucionan controversias sobre inversiones y su pertenencia al derecho internacional⁴⁰.

Los APRIS poseen una dimensión jurídica compleja, por cuanto se trata de acuerdos internacionales que tienen incidencia en la legislación nacional de los Estados partes. En ese sentido, sus alcances sobrepasan largamente las disposiciones contractuales de los denominados contratos de Estado, cuyas previsiones (cláusulas de estabilidad) pueden quedar subsumidas dentro de las disposiciones de los APRIS, por lo que un incumplimiento configura a la vez una violación del contrato y una violación del tratado, siendo preferible alegar esta última debido a su incontestable alcance internacional⁴¹, y al hecho de ser el factor desencadenante de la reclamación internacional.

³⁹ SACERDOTI, Giorgio. *Ob. Cit.*, p. 443: Not all BITs expressly address the question whether or not reference in a BIT to binding international arbitration may be qualified as an advance and definitive consent by the contracting States to resort to such a mean of settlement. Since arbitration is based on mutual agreement, it is important to determine whether the State has thereby expressed its consent to arbitration, which is then binding and non-revocable. The mutual agreement to resort to arbitration will result from the subsequent initiation of an arbitral proceeding by an investor, who is thus entitled to do so unilaterally.

⁴⁰ LEBEN, Charles. *Ob. Cit.*, pp. 371 – 372: Par l'effet de ces clauses figurant dans les traités de couverture (*umbrella treaties*), les engagements spécifiques du contrat, et par exemple les engagements contenus dans les clauses de stabilisation, sont haussés au niveau du droit international conventionnel. Nous précisons bien droit international *conventionnel*, c'est-à-dire le droit international des traités, car, pour notre part, nous considérons que les relations contractuelles *inter partes* dans un vrai contrat d'Etat sont déjà régies par le droit international des contrats. Les traités de couverture viennent apporter la garantie du droit international conventionnel dont la nature ne prête pas à discussion. En fait, l'effet le plus important du traité concerne la garantie des contrats régis par le droit interne, si leur violation peut être analysée également comme une violation des obligations assumées par l'Etat dans le traité de protection. Sans traité de protection, les litiges concernant l'application de ces contrats resteraient internes à la sphère juridique de l'Etat.

⁴¹ LEBEN, Charles. *Ob. Cit.*, pp. 368 – 369: On notera encore que l'existence d'un traité bilatéral sur les investissements peut rendre inutile l'insertion d'une clause de stabilisation dans un contrat d'investissement. En effet, si le traité comporte (comme c'est

En cuanto tratados, los APRIS entran en el tipo de acuerdos regulados por el Convenio de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados, y le son aplicables también las normas consuetudinarias que rigen los tratados celebrados entre Estados.

Como tratados, tienen las características comunes de ser acuerdos de voluntades celebrados entre Estados, por escrito, que se rigen por el derecho internacional público, y no importa su denominación ni el hecho que consten en uno o varios instrumentos jurídicos conexos.

Las formalidades que debe cumplir cada Estado para la suscripción de APRIS están señaladas por su derecho interno, que determinara si son acuerdos de carácter ejecutivo o bien tratados de carácter complejo. Por lo general, este tipo de acuerdos recae dentro de las competencias de los poderes ejecutivos y son suscritos por algunos de sus agentes autorizados (ministros de Estado, embajadores plenipotenciarios).

En muchos Estados las disposiciones constitucionales que establecen la participación del poder legislativo en la suscripción de tratados no incluyen acuerdos internacionales como los APRIS, por lo que dichos tratados tiene el carácter de ejecutivos o simplificados, es decir, los celebra el poder ejecutivo con cargo de dar cuenta al poder legislativo.

Siendo así, los negociadores determinan el contenido del acuerdo y en este se estipula el marco jurídico que lo rige, es decir, las normas de derecho internacional que son aplicables⁴². Un tema sensible es el marco jurídico interno, no en cuanto a las normas específicas, sino respecto de los presupuestos legales de los que parte el acuerdo interestatal.

le cas le plus souvent), un article par lequel l'Etat d'accueil de l'investissement s'engage à respecter ses obligations contractuelles, celles-ci se trouvent de fait «stabilisées» par le traité de couverture. En outre, le non respect de cet engagement sera bien évidemment apprécié par le tribunal arbitral sur la base di droit international. Les deux effets des clauses contractuelles, maintien des engagements contractuels de l'Etat et «accrochage» au droit international, sont donc obtenus ici par l'intermédiaire du traité bilatéral sur les investissements.

⁴² SACERDOTI, Giorgio. *Ob. Cit.*, pp. 444 – 445: Some BITs incluye specific provisions on the law to be applied by the arbitral tribunal to the merits of the case.

Most of such BITs provide the application of the law of the host country (including its conflict rules), the BIT's provisions and rules and/or principles of international law.

In addition, a few BITs also provide for the application of any investment contract and/or any treaty other than the BIT in force between the States concerned.

However, several if not most BITs are silent on applicable law. By referring to ICSID, ICC, UNCITRAL or other institutional arbitration mechanism these agreements imply that the provisions of the ICSID Convention, the ICC or the UNCITRAL Arbitration Rules in this respect will apply.

SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS DE INVERSIONES

La formulación en los preámbulos de un propósito como: “crear y mantener condiciones justas, equitativas y favorables para las inversiones de inversionistas”; “de crear y de mantener condiciones favorables a las inversiones de inversionistas”; “crear condiciones favorables para las inversiones”; “crear condiciones favorables para una mayor cooperación económica [...] y, en particular, para las inversiones de capital”; “mantener condiciones justas y equitativas para las inversiones”; “establecer condiciones favorables para una mayor cooperación económica entre los dos países, y especialmente en relación a la inversión de capitales”; “fomentar y crear condiciones favorables para las inversiones [...] sobre la base de la equidad y el beneficio mutuo”; “promover condiciones favorables para la realización de inversiones”, no obedece únicamente a diferencias de matiz, sino que tiene implicancias al momento de interpretar los respectivos acuerdos y el alcance que estos dan a las obligaciones contraídas por los Estados.

En efecto, comprometerse a “crear y mantener condiciones favorables” alude a una obligación de resultado por medio de la cual cada Estado se compromete a dotarse de un marco legal – judicial que garantice la inversión extranjera. Las distintas fórmulas empleadas pueden dar mayor o menor alcance a dicha obligación.

Adjetivar el término “condición” con términos metajurídicos como “justas” o “equitativas” abre un margen de subjetividad al momento de apreciar el cumplimiento de las obligaciones ya que no significa lo mismo una “condición favorable” que una “condición equitativa”, pues la primera se entiende como promotora de las inversiones extranjeras en un determinado país, mientras que lo equitativo nos remite a encontrar una correspondencia entre las normas que dicten ambos Estados partes en el acuerdo, tanto en lo que atañe a la inversión extranjera respecto de la inversión nacional, como respecto del tratamiento que ambos darán a dichas inversiones.

Más difícil aún es precisar si una condición es “justa”, lo que no puede expresarse *a priori* sino únicamente luego de un juzgamiento que se pronuncie respecto a la relación que existe entre la condición y el entorno jurídico y económico en la que esta produce sus efectos, pues la noción subjetiva de justicia que puede alegar el inversionista extranjero destinatario de la condición no necesariamente es apreciada de la misma manera por el agente económico local, lo que nos refiere necesariamente al pronunciamiento de un tercero ajeno a la controversia que se suscita ante dos percepciones distintas de una condición necesariamente expresada de manera objetiva en una norma de carácter y alcance general.

Menos problemática parece la variedad de términos como “fomentar”, “crear”, “establecer” o “promover” condiciones favorables a la inversión, pues de todos ellos se colige que las partes se obligan a dotarse de un marco jurídico que permita a la inversión extranjera gozar de un tratamiento por lo menos igual al de

la inversión nacional. Evidentemente, la efectividad del tratado esta en relación directa con el cumplimiento de dicho compromiso.

En estos casos también es de importancia fundamental el establecimiento de mecanismos destinados a la solución de controversias. Los APRIS establecen dos vías para la solución de controversias entre inversionistas y Estados. En principio el mecanismo previsto es el arreglo directo, las tratativas tienen un plazo entre tres a seis meses para arribar a un acuerdo, en su defecto, alternativamente podrá optarse por recurrir a un tribunal nacional competente de la Parte contratante, a un tribunal arbitral *ad hoc*⁴³, de conformidad con las Reglas de Arbitraje de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), o bien podrán ser sometidas al arbitraje internacional del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), creado por el “Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a las Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados”, firmado en Washington el 18 de marzo de 1965, siempre que ambos Estados partes lo sean también de dicha Convención.

Los tratados de libre comercio – TLCS también pueden entenderse como APRIS, aunque su alcance es más amplio, pues incluyen como disciplinas sustantivas el libre comercio y las inversiones. En ese sentido, son mucho más complejos por cuanto abarcan muchos aspectos que pueden relacionarse de manera directa o indirecta con las inversiones; por tal razón, cabe incluir a los TLCS como parte del Derecho Internacional de las Inversiones. En efecto, al amparo de los TLCS los inversionistas están facultados para emplear los medios de solución de controversias que consideren más adecuados para la defensa de sus intereses, lo que incluye la posibilidad de recurrir al arbitraje internacional.

Bajo el presupuesto del artículo 30° del Convenio de 1969 respecto de tratados concurrentes sobre una misma materia, en caso de identidad de partes, las normas de un TLC y de un APRI se aplicaran de manera concurrente, de manera que sus cláusulas, que son complementarias, brindarán un marco jurídico a la actividad del inversionista y a la protección de las inversiones.

Al igual que en los APRIS, en los TLCS se incluyen las definiciones de inversión y se emplea la modalidad de listas no exhaustivas de las actividades que se consideran inversiones. De la misma forma, la categoría de inversionista no es privativa de las personas jurídicas, sino que cubre por igual a personas naturales y jurídicas, sin hacer distinciones respecto de estas últimas. Queda claro que sin importar la calidad de persona natural o jurídica, si es relevante (al igual que en la

⁴³ VAGTS, D.F. *Ob. Cit.*, 83: In some cases the arrangements are strictly *ad hoc*. The dispute settlement provisions of the contract set forth an autonomous mechanism for taking disputes to arbitration, deciding who the arbitrators are to be and defining what procedural rules are to govern the decisional process. There is a wide variety in these arrangements on all of these points; some aspects are modelled after State – to – State arbitration and others after private commercial arrangements. States do seem to feel there is an element of added dignity in following a State – to – State model.

SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS DE INVERSIONES

protección diplomática) la existencia y conservación del vínculo de nacionalidad, ya que la pretensión del inversionista se ampara en el APRI o TLC que su país de origen ha firmado con el país receptor de la inversión, y ese acuerdo internacional es el que funda la eventual competencia del tribunal que conoce de la reclamación.

Los TLCS entonces, facultan a los inversionistas, a partir de la entrada en vigor del tratado, para actuar directamente en foros internacionales que cuenten con mecanismos de protección de inversiones. Lógicamente dichos acuerdos no establecen esos foros, sino que se permite el recurso a foros ya constituidos como el caso del mencionado CIADI, o se recurra a un arbitraje *ad hoc* bajos las reglas de arbitraje de CNUDMI.

Los capítulos de solución de controversias resultan pues fundamentales para prevenir y superar cualquier conflicto en la interpretación o aplicación de los TLCS, pues del objeto de esos tratados se desprende que lo esencial es la continuidad y regularidad de su cumplimiento. Para ello es usual que los TLCS recurran a un abanico de medios de solución de controversias que incluyen la negociación directa, los medios diplomáticos y el recurso al arbitraje. Como características principales de los denominados medios diplomáticos tenemos su carácter no vinculante, es decir, carecen de efecto obligatorio, por lo tanto, su cumplimiento depende de la buena fe de las Partes, aunque los TLCS han previsto medidas de sanción para el incumplimiento. La solución que se obtiene al emplear estos medios es una solución de compromiso, no una solución de derecho⁴⁴.

Aunque el tratado no lo señale de manera expresa, una vez que refiere a los medios de solución pacífica de controversias que el Derecho Internacional Público admite y define, y salvo disposición distinta del mismo tratado, los mecanismo de solución de controversias que se empleen estarán regidos por el Derecho Internacional Público, para todo lo que no este previsto en el tratado o sea acordado por las Partes. Cabe destacar que el empleo de los medios diplomáticos permite elaborar propuestas que combinen elementos políticos y jurídicos hasta alcanzar un acuerdo entre las Partes.

En una perspectiva más amplia que los acuerdos interestatales, usualmente y en su mayor parte de carácter bilateral, no existe un marco global para la protección de inversiones, a diferencia de lo que sucede con el comercio internacional. Ello no ha sido posible en el marco de la principal organización

⁴⁴ NOVAK TALAVERA, Fabián y Luis GARCÍA – CORROCHANO MOYANO, *Derecho Internacional Público, Tomo III, Solución pacífica de controversias*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2005, 99: Los medios diplomáticos de solución de controversias se distinguen de los medios jurisdiccionales en el hecho de que los primeros tienden exclusivamente a facilitar el acuerdo entre las partes; en consecuencia, no tienen carácter vinculante y, dado que al utilizarlos no se tiene en cuenta los aspectos jurídicos de la controversia, su objetivo principal no es determinar quién tiene y quién no tiene la razón, sino llegar a un compromiso entre posiciones opuestas.

mundial vinculada a temas económicos como es la OMC, pues el mandato de la OMC abarca únicamente el comercio y no aborda en su tratado constitutivo, el Acuerdo de Marrakech de 1994, el tema de las inversiones. Durante la vigencia del GATT se trató de incluir, sin éxito, la protección de inversiones en las conversaciones de la Ronda Uruguay.

En la OMC se planteó un Convenio Multilateral de Inversión en la agenda de la Ronda Doha el 2001, pero la conferencia de Ministros descartó la propuesta en las conversaciones del 2003, por lo que la principal organización del comercio mundial ha excluido de su ámbito de competencia un aspecto de importancia vital en la economía internacional del mundo actual. Sin embargo, no se puede descartar que en algún momento se presenten situaciones híbridas que impliquen comercio e inversiones y entonces se verá hasta qué punto la OMC se atiene a la literalidad de su mandato o es capaz de expandirlo para abarcar temas vinculados al comercio.

5. La solución de controversias Inversionista – Estado

Los APRIS y los TLCS contienen disposiciones que prevén la solución de controversias entre inversionistas y Estados, la aplicación de sus propias disposiciones y del Derecho Internacional aplicables a la controversia,⁴⁵ los mecanismos previstos son el arreglo directo o, en su defecto, alternativamente podrá optarse por recurrir a un tribunal nacional competente de la Parte

⁴⁵ CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. *Arbitraje comercial y de las inversiones*. Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, 2008, pp. 751 – 755: Ahora bien, cuando un arbitraje CIADI se inicia al amparo de un BIT o un tratado de libre comercio, los tribunales arbitrales y la doctrina consideran que el Derecho Internacional juega un rol aún más protagónico.

En efecto, algunos BITs y tratados de libre comercio expresamente establecen la aplicación del tratado y del Derecho Internacional para resolver el fondo de la controversia. Tal es el caso de, por ejemplo, el NAFTA, el Protocolo de Colonia del Mercosur, el Tratado de la Carta de la Energía, el TLC Estados Unidos de América – Perú, entre otros.

En estos casos, claramente se identifica la existencia de un pacto que remite la solución de la controversia al Derecho Internacional.

Es más, aún cuando el instrumento internacional aplicable remita al propio tratado, al Derecho Internacional como a la legislación nacional aplicable, la doctrina y la jurisprudencia claramente entienden que primarán en su aplicación las normas internacionales.

Inclusive cuando el BIT aplicable guarde silencio acerca de la ley aplicable, parte de la doctrina y la jurisprudencia consideran que corresponde interpretar que las partes tácitamente han pactado la aplicación del BIT y del Derecho Internacional.

En todo caso, aquella parte de la doctrina y de la jurisprudencia arbitral que considera que a falta de pacto expreso no cabe asumir la existencia de un acuerdo tácito, sino que corresponde apelar a la segunda parte del artículo 42 (1) del Convenio CIADI, también es de opinión que cuando un arbitraje se inicia a partir de un BIT o un TLC, la ley aplicable será dicho instrumento internacional, complementado por el Derecho Internacional.

SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS DE INVERSIONES

contratante, o por un tribunal arbitral *ad hoc* de conformidad con las Reglas de Arbitraje de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), o bien podrán ser sometidas al arbitraje internacional del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI).

El objetivo de una entidad internacional administradora de medios de solución de controversias es brindar una serie de garantías para el empleo de dichos medios, a saber la objetividad, pues las partes tienen un cierto control (nombran a sus árbitros, pactan los plazos) pero no tienen un poder absoluto sobre el tribunal, el procedimiento es establecido por la entidad o el acuerdo que le da origen, se desarrolla fuera del ámbito de influencia de las partes, el laudo no es sujeto de revisión por la judicatura del lugar donde se emite y tiene calidad de cosa juzgada, existe un procedimiento de revisión o de nulidad del laudo pero siempre dentro de la entidad. La entidad administra un arbitraje “deslocalizado”, es decir un arbitraje internacional.

Tal fue en cierta medida el caso de la Corte Permanente de Arbitraje (CPA) creada por las Conferencias de Paz de La Haya 1899 – 1907, y en la misma línea se encuentra el “Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a las Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados”, firmado en Washington el 18 de marzo de 1965 que creó el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI); en ambos casos son partes los Estados y ellos tienen la facultad de nombrar a los integrantes de las listas de conciliadores o árbitros, y existe una reglamentación del proceso que ha sido aprobada por los Estados partes.

El objetivo fundamental es brindar a las partes en una diferencia (generalmente un particular – individuo o empresa – contra un Estado) un foro donde exista una cierta “paridad de fuerzas” entre los actores, siendo que como se ha señalado, el inversionista constituye la parte débil de la relación.

Si bien, como es característico en la jurisdicción internacional, ésta es siempre voluntaria, los Estados al suscribir APRIS o TLCS aceptan la posibilidad de ser llevados ante dicha jurisdicción. Para ello se requiere en primer lugar que el Estado sea parte en el convenio que instituye a la entidad administradora del arbitraje, y luego que el acuerdo comercial o sobre inversiones, su propio derecho interno o un acuerdo específico faculte a recurrir a esa entidad para registrar la controversia e iniciar un proceso arbitral.

Resulta claro que si un APRI faculta al inversionista a recurrir a alguna modalidad de arbitraje esta vía queda expedita para ser empleada por el afectado. De la misma manera, un contrato de Estado que permita el recurso al arbitraje de una entidad internacional faculta al contratista a usar ese recurso en caso de desavenencia o incumplimiento. La tercera hipótesis, que sea el derecho interno del Estado el que habilita a recurrir a un foro internacional, esta aceptada pero es tal vez la que menos atención ha concitado. En efecto, el Estado puede por su sola

decisión permitir que un inversionista recurra a un medio internacional de solución de controversias. Pero entonces nos encontramos frente a un acto que rebasa la calidad de derecho interno, y que si bien se encuentra en la esfera de atribuciones del Estado, produce consecuencias que permiten invocar este acto como título habilitante para recurrir a la jurisdicción internacional, es decir estamos frente a un acto unilateral del Estado.⁴⁶

Veamos el caso con más detalle. No nos referimos únicamente al acto de aceptación de la jurisdicción de un centro internacional de arreglo de disputas sobre inversiones, pues es claro que dicha aceptación es requisito ineludible para acceder a la jurisdicción del centro. El tema central es si un acto unilateral estatal, fuera de un contrato de Estado o de un APRI y en defecto de lo estipulado en estos, es susceptible de ser invocado como fundamento de jurisdicción internacional. En principio ese acto no reviste de forma determinada, aunque es claro que debe tratarse de una voluntad estatal objetivamente exteriorizada. La manera usual es un dispositivo legal que puede tener la forma de una ley o de un reglamento, que posee un carácter general, no discriminatorio y público, por lo tanto será en principio un acto válido.

Decimos que ese acto trasciende la esfera del derecho interno porque es susceptible de crear para el Estado una obligación internacionalmente exigible, por lo tanto, además de revestir la forma de un acto legal o reglamentario para el derecho interno, tiene el alcance de un acto unilateral para el derecho internacional público, pues manifiesta una voluntad estatal libre y no condicionada que obliga al Estado emisor, cuyo efecto alcanza a toda la inversión extranjera que no se encuentre cubierta por un tratado o contrato específico, y se puede invocar ante un tribunal internacional como fundamento de competencia para conocer una controversia⁴⁷. En ese sentido, es un acto interno pero también posee un alcance internacional y es en ese sentido que se torna en jurídicamente relevante y obligatorio, y se funda objetivamente no en la voluntad de producir efectos jurídicos, sino en la buena fe que fundamenta las obligaciones internacionales.

⁴⁶ DIEZ DE VELASCO, Manuel. *Ob. Cit.*, p. 147 : Entendemos por acto jurídico unilateral una manifestación de voluntad de un solo sujeto de D.I., cuya validez no depende *prima facie* de otros actos jurídicos y que tiende a producir efectos – creación, modificación, extinción o conservación de derechos y obligaciones – para el sujeto que la emite y para terceros en determinadas circunstancias. NOVAK, Fabián y Luis GARCÍA – CORROCHANO. *Derecho Internacional Público, Tomo I, Introducción y Fuentes*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2000, pp. 484 – 489.

⁴⁷ DIEZ DE VELASCO, Manuel. *Ob. Cit.*, p. 148: Los actos unilaterales tienden finalmente a producir efectos jurídicos para el sujeto autor de la declaración de voluntad, salvo que a éstos se les haga depender de una condición y mientras ésta no se cumpla. Es lógico que el sujeto internacional autor de la declaración de voluntad pretenda que surta ésta determinados efectos. Pero habrá que examinar en cada categoría de actos, e incluso en cada uno de ellos en particular, cuáles sean sus efectos en concreto.

SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS DE INVERSIONES

En atención al principio de la soberanía del Estado, las normas generales del ordenamiento internacional atribuyen un amplio margen de consentimiento en la creación de obligaciones jurídicas. Aunque se halle limitado por la eventual oposición de la obligación que se crea con una norma de *ius cogens*. Pero otro de los principios básicos que rigen las relaciones internacionales es el de la *buena fe*, que no sólo opera respecto al cumplimiento de los tratados internacionales, sino también respecto a las obligaciones que establecen los actos unilaterales de un Estado cuando existe la intención de obligarse. [...]

El cumplimiento de la obligación asumida unilateralmente por un Estado se basa, pues, en la buena fe. Entendida ésta, conviene precisarlo, no en su dimensión subjetiva sino en la objetiva: es decir, en cuanto valor jurídico esencial del orden internacional para la creación y ejecución de las obligaciones internacionales.⁴⁸

En las últimas décadas el protagonismo en la administración de arbitrajes sobre inversiones la ha tenido el CIADI, por lo que se ha convertido en el foro referencia en la materia. El CIADI se crea para facilitar la sumisión a medios pacíficos (conciliación y arbitraje) las diferencias sobre inversiones habidas entre Estados Contratantes y los nacionales de otros Estados Contratantes. Las garantías que ofrece se derivan de su independencia para administrar los medios de solución de controversias, la consecución de los procedimientos y la ejecución de los laudos.

The Convention provides a new system of international arbitration between States and foreign parties for all types of legal relationships, be they subject to national law or internationalized, in the matter of investments. The guarantees as to availability of the procedure, exclusivity, execution and recognition of decisions have been shown to be effective in the various disputes resolved under it so far. The purpose has been attained to “despoliticize” investment disputes by offering an impartial settlement mechanism based on the due process and the rule of law whose provision arbitrators have to take fully into account.

This is to be attributed to the separation made by the Convention Between procedural aspects governed by it and substantive matters left to the legal discipline governing specific investment. The dispute settlement procedure has been inserted in an international legal framework (ICSID is an international organization and the arbitration is conducted by international tribunals), guaranteed as to its impartiality and effectiveness by an international treaty binding upon the contracting States.⁴⁹

⁴⁸ GONZÁLES CAMPOS, Julio, Luis Ignacio SÁNCHEZ RODRIGUEZ y Paz ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA. *Curso de Derecho Internacional Público*. Madrid: Thomson Civitas, 2008, p. 181.

⁴⁹ SACERDOTI, Giorgio. *Ob. Cit.*, pp. 419 – 420.

Es potestativo de los Estados nombrar a los conciliadores y árbitros en listas que entrega al Centro cada seis años, pudiendo una persona integrar ambas listas (de hecho, en la práctica de varios Estados ambas listas están integradas por las mismas personas). Las partes en la diferencia no están obligadas a elegir a sus conciliadores o árbitros de entre esas listas, pero el presidente de la comisión de conciliación o del tribunal arbitral, o el miembro que se nombre a defecto de un nombramiento por alguna de las partes si debe figurar en ella, y no debe ser nacional de ninguna parte en la diferencia.

La jurisdicción del CIADI se extiende a los Estados Contratantes y a los nacionales de dichos Estados. El carácter de nacional de un Estado Contratante se extiende a las personas naturales y jurídicas. En el caso de las personas naturales, éstas no pueden litigar contra su propio Estado, pues la garantía se da para la inversión extranjera, aunque se discuten y de hecho se han presentado situaciones diversas según las prácticas seguidas por las empresas para contratar con los Estados, que incluyen muchas veces la creación de filiales en el Estado donde firma o ejecuta el contrato.

El arbitraje que administra el CIADI es un arbitraje guiado por las reglas del derecho internacional público. El artículo 42 numeral 1 del Convenio CIADI establece que se resolverá “de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes”, pero en su defecto el tribunal arbitral “aplicará la legislación del estado que sea parte en la diferencia, incluyendo las normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieran ser aplicables”. La referencia al derecho internacional existe y la doctrina le da un contenido más extenso del que en principio puede entenderse, pues se considera que va más allá de la aplicación de los principios generales del derecho para significar la aplicación del derecho internacional en su conjunto⁵⁰. En tal sentido,

⁵⁰ LEBEN, Charles. Ob. Cit., p. 277: Tous les Etats qui ont ratifié la Convention de Washington acceptent donc, sous certaines conditions, de voir les différends relatifs aux contrats qu'ils concluent avec des investisseurs être tranchés par un tribunal arbitral international, créé sur la base d'un traité, et par application, dans des conditions à préciser, des principes de droit international. Par cette expression il faut entendre, non pas les principes au sens technique des principes généraux de droit, mais l'ensemble des règles de droit international, telles qu'elles sont visées par l'article 38, paragraphe 1, du Statut de la Cour internationale de Justice, règles conventionnelles, coutumières et principes généraux de droit. TOVAR GIL, Javier. “Régimen aplicable a las inversiones” en: CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y Pierino STUCCHI LÓPEZ – RAYGADA. *TLC Perú Estados Unidos: contenido y aplicación*. Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, 2008, p. 244: En este ambiente se viene produciendo un conjunto de reglas básicas que, aunque carecen de una referencia normativa orgánica completa, vienen delineando principios jurídicos relevantes que diferentes tribunales arbitrales recogen de forma consistente para formar una práctica relevante en materia de regulación internacional de las inversiones. Los tribunales arbitrales, al citarse unos a otros, en temas tales como la expropiación indirecta o el estándar de trato justo y equitativo, vienen generando una tendencia respecto de reglas que, aunque se apoyen en un tratado, implican desarrollos que superan las generalidades y ambigüedades propias de estos convenios. Son los casos y controversias

SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS DE INVERSIONES

hemos referido líneas arriba que el derecho nacional aplicable, cuando es recogido por los contratos de Estado, por las cláusulas de estabilidad o por tratados, pierde su carácter estrictamente nacional, por lo tanto sólo puede ser interpretado por las reglas del derecho internacional.⁵¹

Una regla bien establecida en el Derecho Internacional Público reconoce que los tribunales internacionales son árbitros de su propia competencia, es decir poseen la competencia de la competencia (*kompetenz – kompetenz*), esa regla es válida tanto para los tribunales permanentes como para aquellos tribunales *ad hoc* que se constituyen para conocer de un caso determinado.

Il faut en revenir, pour le comprendre, à la signification du principe de la *Kompetenz – Kompetenz*. En reconnaissant aux arbitres le pouvoir d'apprécier leur propre compétence, les Etats n'entendent nullement accorder une quelconque autorisation à cette appréciation. Sensibles à des considérations pratiques, ils veulent simplement leur permettre de rendre une sentence au fond en dépit d'une dénégation de leur compétence, qu'ils estimeraient mal fondée. La prétendue «décision» sur la compétence n'est donc que l'émission de l'*opinion* de l'arbitre dont il tout ensuite la conséquence logique: poursuivre la procédure, et statuer sur le fond. Elle n'a pas vocation à produire un quelconque effet dans les ordres juridiques qui auront à connaître de la sentence au fond.⁵²

En el caso del arbitraje sobre inversiones, la capacidad de estatuir sobre su propia competencia es una de las condiciones necesarias de todo tribunal para garantizar su independencia. Sin embargo, el Convenio atribuye al Secretario General del CIADI (art. 36.3) la potestad de no inscribir una solicitud de arbitraje si de la información contenida se desprende “que la diferencia se halla manifiestamente fuera de la jurisdicción del Centro”; este mecanismo busca evitar que se pueda iniciar una controversia cuando es manifiesto que falta el requisito fundamental del consentimiento del Estado emplazado, pues una diferencia esta fuera de la jurisdicción del Centro cuando el Estado sujeto de la reclamación no es

concretas los gatillos que obligan a definir el contenido de los estándares y derechos de los inversionistas, que de otro modo quedarían cómodamente guarecidos tras enunciados y fórmulas jurídicas más bien abstractas.

⁵¹ TOVAR GIL, Javier. *Ob. Cit.*, p. 245: En este marco regulatorio internacional, la frontera entre lo privado y lo público deja de ser infranqueable al dotarse a los inversionistas de acción directa contra los Estados receptores de la inversión. Esta herramienta es el punto de apoyo más relevante para construir este derecho. A partir de esta realidad jurídica, los inversores pueden actuar directamente contra los Estados y los tribunales arbitrales generan las reglas que configuran este derecho internacional de las inversiones, al cual los Estados y los derechos nacionales deberán prestar cada vez mayor atención, especialmente si están vinculados a través de tratados sobre inversiones. Esta ruptura de la separación entre el derecho internacional público y el privado se hace evidente en textos como el artículo 42 del tratado de Ciadi.

⁵² MAYER, Pierre. “L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence” en: *RCADI*, 1989, Volumen 217, pp. 405 – 406.

parte del Convenio o ha dejado de serlo, en tal caso resulta inconducente dar inicio al arbitraje.

El árbitro no tiene absoluta libertad para arbitrar, el marco jurídico de su actuación y competencia esta dado por lo que establecen los tratados, las reglas que los Estados han aceptado y el derecho que consideran aplicable a la solución de la controversia⁵³. Siendo que toda decisión se debe fundar en el derecho que las partes han consentido como aplicable a la controversia, que puede ser interpretado o complementado por el tribunal arbitral, pero jamás ignorado por este, so pena de nulidad del laudo.

El tribunal arbitral se constituye según acuerdo de las partes (art. 37) y una vez constituido conoce de la diferencia sometida por éstas, resolviendo conforme a derecho sin posibilidad de no emitir un pronunciamiento, pues la tarea encomendada es zanjar la diferencia por medio de un laudo. Cabe la posibilidad que las partes faculen al tribunal arbitral a fallar en equidad (*ex aequo et bono*) pero dicha facultad debe ser expresamente conferida. El tribunal debe resolver los incidentes del proceso (art. 46) y podrá dictar medidas cautelares (art. 47) cuando las partes lo soliciten o si las considera necesarias para garantizar los derechos de las partes.

Al cierre del procedimiento el tribunal arbitral emite el laudo por mayoría de votos; el laudo debe ser escrito, motivado, pronunciarse sobre todas las pretensiones sometidas a arbitraje y deberá ser firmado por los árbitros que votaron a favor; cabe la posibilidad de voto individual, para dar otro sustento a la decisión, o de voto contrario, si no se está de acuerdo con el laudo. El Convenio establece la privacidad del laudo, sólo puede ser publicado con el consentimiento de las partes. (art. 48).

Las partes pueden solicitar la aclaración, revisión o anulación del laudo. Se pide aclaración sobre el sentido o alcance del laudo, y puede ser vista por el mismo tribunal que lo dicto o por otro constituido para conocer de la aclaración. El tribunal esta facultado para suspender la ejecución del laudo hasta pronunciarse sobre la aclaración (art. 50). La revisión se funda en el descubrimiento de un hecho que fue desconocido para las partes y el tribunal, pero de importancia fundamental para la decisión. Puede ser vista por el mismo tribunal o bien constituirse uno nuevo para conocer la revisión. Cabe también suspender la ejecución del laudo hasta decidir sobre la revisión (art. 51).

La anulación se fundará en motivos taxativamente señalados por el Convenio, como la incorrecta constitución del tribunal, el exceso de poder, la corrupción de un árbitro, que una norma de procedimiento haya sido gravemente quebrantada, o

⁵³ MAYER, Pierre. *Ob. Cit.*, p. 393: A première vue, un arbitre n'est pas libre: il est au moins tenu de respecter les directives des parties, qu'il statue sur sa compétence, sur un point de procédure, ou sur le fond de l'affaire. En quelque sorte la volonté des parties tient lieu de *lex fori* à l'arbitre.

SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS DE INVERSIONES

la falta de motivación del laudo. El pedido de anulación es visto por un nuevo tribunal (que el Convenio denomina Comisión *ad hoc*) que puede decidir la anulación total o parcial del laudo recurrido. Se puede pedir la suspensión de la ejecución del laudo. Si el laudo es anulado, la diferencia puede ser sometida a un nuevo procedimiento arbitral administrado por el Centro (art. 52).

Los laudos del CIADI son obligatorios y gozan de ejecutabilidad en los Estados partes, siempre que su ejecución no se encuentre en suspenso de acuerdo a las propias disposiciones del Convenio, cuando el laudo es impugnado por algún recurso relativo a su contenido o validez. El Convenio CIADI dota al laudo de ejecutabilidad directa e inmediata en los Estados partes, sin necesidad de homologación o *exequátur*, con la misma eficacia que una sentencia pronunciada por un tribunal nacional del Estado donde se solicita la ejecución (art. 54).

An ICSID award shall be enforceable in all the ICSID member countries as if it were a final judgment of a court in that State unless enforcement would be incompatible with the law in force in that State concerning immunity of foreign States from execution. As enforcement of awards or judgments against a foreign State is no longer protected by rules granting foreign States absolute immunity in these matters this exception lost much of its former importance.⁵⁴

Todo el sistema de arbitraje sobre inversiones, en especial el administrado por el CIADI, que en las últimas dos décadas ha tenido un protagonismo absoluto, se presenta como la garantía última para el inversionista que le permite recurrir a un foro internacional e imparcial en busca de una solución de derecho para la diferencia que a la vez le ofrece una posibilidad cierta de ejecución del laudo y por tanto de cumplimiento.

De lo expuesto se puede apreciar que el arbitraje internacional sobre inversiones guarda íntima relación con el arbitraje internacional tal como este se ha desarrollado desde el último tercio del siglo XIX a la fecha, diferenciándose del procedimiento jurídico – político de los *paneles arbitrales* propio del sistema GATT – OMC, y que siguen los TLCs para la solución de diferencias entre los Estados partes, procedimientos que sin embargo, a partir del funcionamiento de la OMC han adquirido características más jurídicas y hasta podríamos decir jurisdiccionales, sobre todo por la presencia del Órgano de Apelación⁵⁵.

⁵⁴ SEIDL – HOHENVELDERN, Ignaz. *Ob. Cit.*, p. 188.

⁵⁵ GARCÍA – CORROCHANO MOYANO, Luis. “La solución de controversias entre Estados en los Tratados de Libre Comercio” en: LLANOS MANSILLA, Hugo (ed.). *Estudios de Derecho Internacional, Libro Homenaje al Profesor Santiago Benadava, Tomo I, Derecho Internacional Público*. Santiago de Chile: Librotecnia, 2008. p. 499 – 500: El sistema que establecen los TLC para la solución de controversias entre Estados no cabe ser clasificado como estrictamente jurisdiccional, por cuanto sus pronunciamientos carecen de un efecto definitivo y de la autoridad de cosa juzgada.

6. Conclusiones

Luego de analizados diversos tópicos relativos a la solución de controversias en el Derecho Internacional de las Inversiones, podemos arribar a las conclusiones siguientes:

1. El Derecho Internacional de las Inversiones se sitúa como una rama del Derecho Internacional Público, del que proceden sus instituciones, mecanismos de solución de diferencias, fuentes y principios jurídicos aplicables.
2. La ampliación de la noción de subjetividad internacional, que hoy incluye a las personas físicas (individuos) y personas jurídicas (empresas o sociedades), permite al inversionista el acceso directo al arbitraje internacional sobre inversiones, tornándose este medio en la vía predilecta, y dejando atrás a la protección diplomática como medio usualmente empleado para tratar las reclamaciones sobre inversiones.
3. El inversionista no sólo busca un lugar atractivo para su inversión, sino ciertas garantías que le permitan hacer negocios lícitos y obtener ganancias lícitas, en ese sentido el inversionista asume el riesgo económico pero busca protegerse contra el riesgo político y el acceso al arbitraje internacional constituye la mejor garantía contra ese riesgo.
4. Los acuerdos internacionales de protección de inversiones, los tratados de libre comercio y los contratos de Estado son instrumentos jurídicos que inciden en el derecho interno de los Estados pero se interpretan de acuerdo al derecho internacional. El “congelamiento” del derecho interno por estos instrumentos hace que dichas normas salgan de la esfera jurídica doméstica y se integren a instrumentos internacionales con los que necesariamente deberán ser interpretados.
5. Los Estados pueden comprometerse a permitir el acceso al arbitraje internacional a través de los mencionados acuerdos internacionales de protección de inversiones, tratados de libre comercio y contratos de Estado, o puede hacerlo unilateralmente a través de actos que pongan en evidencia su aceptación de la jurisdicción internacional para la solución

Asimismo, el hecho de que el Informe final contenga “determinaciones y recomendaciones” y el margen de discrecionalidad de que gozan las Partes para darle cumplimiento hacen que el panel o grupo arbitral no sea idéntico al arbitraje interestatal y que el Informe final no tenga las mismas características que el laudo. En realidad, las atribuciones del panel o grupo arbitral toman elementos del arbitraje, pero también de la conciliación, en una fórmula híbrida que trata de mantener la ductilidad necesaria para permitir un arreglo directo entre las Partes, guiadas por las conclusiones del Informe final, pero dejando abierto un espacio a la negociación respecto al cuándo y cómo cumplir las obligaciones o la eliminación de la medida o acto que causó anulación o menoscabo.

SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS DE INVERSIONES

de diferencias sobre inversiones. Dichos actos constituyen auténticos actos unilaterales que obligan al Estado y son eficaces para fundamentar la competencia de un tribunal internacional.

6. El medio más empleado es el arbitraje administrado por una entidad, y entre ellos destaca el del CIADI que ofrece un arbitraje regulado por el Convenio de Washington de 1965 sobre Arreglo de Diferencias relativas a las Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, el mismo que ha sido ratificado por una amplia mayoría de Estados y que viene administrando buena parte de los arbitrajes sobre inversiones de las últimas dos décadas.
7. Los arbitrajes sobre inversiones son medios jurídicos de solución de controversias cuyo principal atractivo radica en la neutralidad de la decisión y la ejecutabilidad del laudo. Constituyen hoy en día una jurisprudencia rica y variada pero carecen de la fuerza de ser considerados como precedentes de carácter obligatorio. En todo caso, la variedad de reclamaciones que se presentan no facilita la formación de un *corpus* jurisprudencial homogéneo, y quizá en esa misma versatilidad radica su principal atractivo.
8. Los arbitrajes sobre inversiones se inscriben en la línea del arbitraje internacional, no sólo por las características del procedimiento, sino básicamente por las normas y principios que le son aplicables y el derecho que les sirve de marco. Esa constatación refuerza la adscripción del Derecho Internacional de las Inversiones al Derecho Internacional Público.

Todo lo anterior justifica que hayamos analizados en abstracto el tema de la solución de controversias sobre inversiones desde la perspectiva del Derecho Internacional Público y que, desde esa óptica jurídica tratemos de entender sus instituciones, su funcionamiento y especialmente su aplicación al mundo del derecho y la economía.

