

GUÍA SOBRE EL DERECHO APLICABLE AL ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIONES

(Presentado por el doctor José Antonio Moreno Rodríguez)

Tabla de Contenido

| | |
|--|---------------|
| PARTE 1: INTRODUCCIÓN | - 6 - |
| I. Resumen de Recomendaciones | - 6 - |
| II. Justificativo..... | - 12 - |
| III. La necesidad de un diálogo interdisciplinario..... | - 15 - |
| IV. Propósito y objetivos de esta Guía..... | - 15 - |
| PARTE 2: ALGUNAS NOCIONES BÁSICAS SOBRE LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LAS INVERSIONES..... | - 16 - |
| I. Un régimen diferente de los demás que rige las transacciones comerciales internacionales | - 16 - |
| II. Terminología..... | - 17 - |
| III. Definición de inversión..... | - 17 - |
| IV. Nacionalidad del inversor extranjero | - 19 - |
| V. Inversiones extranjeras – alternativas a las resoluciones de litigios..... | - 21 - |
| VI. Arbitraje internacional e inversiones extranjeras..... | - 21 - |
| VII. Confusión entre derecho público y privado y arbitraje de inversiones | - 22 - |
| VIII. Fuentes de protección jurídica para las inversiones internacionales | - 23 - |
| IX. Antecedentes Contextuales | - 25 - |
| A. Protección de las inversiones en el nacimiento del derecho internacional público | - 25 - |
| B. Tratados de amistad, comercio y navegación..... | - 26 - |
| C. Comisiones mixtas internacionales de reclamaciones..... | - 27 - |
| D. Evolución en América Latina | - 28 - |
| E. La doctrina Calvo..... | - 28 - |
| F. Creación del primer tribunal mundial de arbitraje | - 29 - |
| G. La doctrina Drago, la Convención Porter y la igualdad de los Estados | - 30 - |
| H. Creación y consolidación de la corte mundial de justicia | - 31 - |
| X. Protección diplomática..... | - 32 - |
| XI. Iniciativas para elaborar un instrumento mundial para la protección de las inversiones extranjeras | - 33 - |
| I. Proyecto de Harvard de 1929..... | - 33 - |
| J. Carta de La Habana de 1948 | - 33 - |
| K. Proyecto de Convención Abs-Hartley Shawcross sobre inversiones en el extranjero de 1959..... | - 33 - |
| L. Proyecto de Convención de Harvard de 1961 | - 34 - |
| M. Proyecto de Convención sobre la Protección de Inversiones Extranjeras Privadas de 1962 | - 34 - |
| N. Evolución posterior y el proyecto de AMI de la OCDE de 1995..... | - 34 - |
| XII. Resoluciones de Naciones Unidas sobre inversiones internacionales..... | - 35 - |
| XIII. Proyecto de artículos de las Naciones Unidas sobre la responsabilidad del Estado..... | - 36 - |
| PARTE 3: FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO E INVERSIONES EXTRANJERAS - 38 - | |
| I. Derecho internacional consuetudinario e inversiones extranjeras..... | - 39 - |

| | | |
|---|---|---------------|
| A. | Concepto de derecho internacional consuetudinario..... | - 39 - |
| B. | Normas de inversión elaboradas en virtud del derecho internacional consuetudinario..... | - 40 - |
| C. | Novedades en el derecho internacional consuetudinario | - 42 - |
| II. | TRATADOS E INVERSIONES EXTRANJERAS | - 44 - |
| A. | Noción de Tratados..... | - 44 - |
| B. | Tratados e inversiones internacionales..... | - 46 - |
| C. | Régimen de tratados de inversión | - 47 - |
| III. | Principios generales e inversiones internacionales | - 65 - |
| A. | Principios generales del derecho internacional público | - 65 - |
| B. | Funciones de los principios en derecho internacional público | - 67 - |
| C. | Terminología..... | - 69 - |
| D. | Artículo 38 del Estatuto de la CIJ y el “non liquet”..... | - 70 - |
| E. | Principios y derecho internacional consuetudinario..... | - 70 - |
| F. | Principios y políticas..... | - 71 - |
| G. | ¿Principios generales de derecho privado, derecho público o derecho internacional público?..... | - 71 - |
| H. | ¿Unanimidad o principios reconocidos por la mayoría de los sistemas judiciales? | - 74 - |
| I. | Transposición al derecho internacional público..... | - 78 - |
| J. | Demostración de principios generales | - 79 - |
| K. | Principios de las antiguas demandas internacionales en materia de inversión..... | - 80 - |
| L. | La internacionalización en los primeros casos de recursos naturales mediante el uso de principios generales | - 80 - |
| IV. | La legislación nacional como fuente de derecho para las demandas internacionales en materia de inversiones. - | 88 - |
| V. | Enseñanzas de los publicistas más cualificados..... | - 89 - |
| VI. | El papel de las decisiones como “antecedentes” en las demandas internacionales de inversión | - 90 - |
| A. | Aspectos generales..... | - 90 - |
| B. | Precedentes en las demandas internacionales de inversiones..... | - 91 - |
| VII. | Otras fuentes | - 94 - |
| A. | Un "subsistema" jurídico del derecho de las instituciones internacionales..... | - 94 - |
| B. | Normas de derecho, derecho indicativo y otras terminologías utilizadas en las demandas internacionales en materia de inversiones..... | - 95 - |
| PARTE 4: PARTICULARIDADES DE LOS CONTRATOS INTERNACIONALES DE INVERSIÓN | - 97 - | |
| I. | Diferencias entre los contratos internacionales de inversión y los contratos nacionales o comerciales..... | - 97 - |
| II. | Ausencia de un corpus de derecho internacional público aplicable a los contratos internacionales de inversiones..... | - 99 - |
| III. | ¿“Internacionalización” de las obligaciones contractuales por medio de cláusulas de carácter general? ... | - 100 - |
| IV. | Diferencia entre una demanda contractual y una demanda basada en un tratado | - 102 - |
| V. | Derecho aplicable a las demandas contractuales..... | - 102 - |
| VI. | Incumplimientos contractuales que vulneran el derecho internacional público..... | - 105 - |
| VII. | Factores adicionales para considerar el incumplimiento de un contrato como una violación del derecho internacional | - 107 - |
| A. | Ejercicio del poder (<i>iure imperii</i>)..... | - 107 - |
| B. | Otros elementos más allá de los actos <i>iure imperii</i> | - 108 - |
| VIII. | Derecho privado y contratos de inversión extranjera..... | - 109 - |
| PARTE 5: EVOLUCIÓN Y NOVEDADES EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO | - 113 - | |
| I. | Introducción..... | - 113 - |
| II. | Breve reseña histórica | - 114 - |
| A. | Derecho romano..... | - 114 - |
| B. | Estatutistas | - 115 - |
| C. | Territorialismo | - 115 - |
| D. | Evolución doctrinal del siglo XIX | - 116 - |
| III. | Los primeros tratados de derecho internacional privado..... | - 117 - |
| IV. | Instrumentos internacionales modernos en materia contractual..... | - 117 - |

| | | |
|--|--|----------------|
| A. | Convenio de Roma y Reglamento Roma I..... | - 117 - |
| B. | Convención de México | - 117 - |
| C. | Principios de la HCCH..... | - 118 - |
| V. | El derecho internacional privado en las demandas de inversión relacionadas con contratos..... | - 120 - |
| VI. | Capacidad | - 123 - |
| VII. | Agravios y otros instrumentos internacionales sobre conflicto de leyes..... | - 125 - |
| A. | Agravios..... | - 125 - |
| B. | Propiedad | - 126 - |
| C. | Bonos y préstamos | - 127 - |
| D. | Operaciones garantizadas..... | - 127 - |
| VIII. | Los problemas del derecho internacional privado “ortodoxo”..... | - 128 - |
| IX. | Evolución reciente | - 129 - |
| PARTE 6: DERECHO UNIFORME Y LOS PRINCIPIOS UNIDROIT..... | | - 131 - |
| I. | Consideraciones generales | - 131 - |
| II. | Instrumentos de derecho uniforme..... | - 132 - |
| III. | Los Principios UNIDROIT y el arbitraje de inversiones | - 133 - |
| A. | Los Principios UNIDROIT y el derecho internacional público | - 134 - |
| B. | Los Principios UNIDROIT y el derecho internacional privado..... | - 135 - |
| C. | Los Principios de UNIDROIT como ayuda interpretativa | - 137 - |
| D. | Los Principios de UNIDROIT como corroboración del derecho nacional | - 137 - |
| E. | La función supletoria o correctora de los Principios UNIDROIT | - 137 - |
| F. | Los Principios de UNIDROIT invocados por las partes | - 138 - |
| G. | Aspectos de los contratos de inversión en los que los Principios UNIDROIT pueden ser útiles..... | - 139 - |
| IX. | Los Principios UNIDROIT y el arbitraje <i>ex aequo et bono</i> | - 141 - |
| PARTE 7: ARBITRAJE INTERNACIONAL | | - 142 - |
| I. | Orígenes y evolución del derecho privado y del arbitraje comercial | - 142 - |
| II. | El arbitraje como alternativa sui generis a los tribunales estatales o internacionales | - 144 - |
| III. | Amplia discrecionalidad de los árbitros | - 144 - |
| IV. | Un foro neutral para asuntos internacionales | - 145 - |
| A. | Un foro neutral para los particulares..... | - 145 - |
| B. | Un foro neutral para los contratos del Estado | - 146 - |
| V. | Derecho internacional privado y arbitraje..... | - 147 - |
| PARTE 8: TRIBUNALES DE ARBITRAJE DE INVERSIONES | | - 148 - |
| I. | Consideraciones generales | - 148 - |
| II. | Orígenes..... | - 148 - |
| III. | La revolución del CIADI | - 149 - |
| A. | La idea del CIADI..... | - 149 - |
| B. | Orígenes del Convenio del CIADI..... | - 150 - |
| C. | Funcionamiento del CIADI..... | - 151 - |
| D. | Algunas características básicas del mecanismo de arbitraje del CIADI | - 152 - |
| E. | Mecanismo de revisión al arbitraje | - 153 - |
| F. | Primeros casos del CIADI y evolución | - 154 - |
| G. | Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI | - 155 - |
| IV. | El Reglamento de la CNUDMI y las demandas internacionales de inversión | - 156 - |
| V. | Corte Permanente de Arbitraje (CPA) | - 157 - |
| VI. | Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos | - 158 - |
| VII. | Arbitraje de inversiones conforme a otras normas institucionales..... | - 159 - |
| VIII. | Arbitrajes <i>ad hoc</i> sobre inversiones internacionales | - 160 - |
| IX. | Distinción entre tribunales internacionalizados y territorializados | - 161 - |
| PARTE 9: ARBITRAJE INTERNACIONAL Y DERECHO SUSTANTIVO APLICABLE | | - 162 - |
| I. | Consideraciones generales | - 162 - |
| II. | Tendencias actuales del conflicto de leyes en el arbitraje..... | - 162 - |

| | | |
|------|--|-------|
| III. | Peculiaridades del arbitraje internacional de inversiones..... | 164 - |
| IV. | Elección del derecho aplicable en el arbitraje de inversiones | 164 - |
| V. | Derecho sustantivo aplicable en el Convenio del CIADI..... | 165 - |
| A. | Contenido del artículo 42 | 165 - |
| B. | Interacción entre el derecho nacional y el derecho internacional en el Convenio del CIADI..... | 166 - |
| C. | Aplicabilidad del derecho internacional público según el artículo 42 del Convenio del CIADI | 166 - |
| D. | Interpretación autónoma del artículo 42..... | 167 - |
| E. | Normas de conflicto de leyes de acuerdo al Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI..... | 168 - |
| VI. | Conflicto de leyes ante el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos | 168 - |
| VII. | Derecho aplicable en los arbitrajes de inversión según el reglamento y las leyes de arbitraje de la CNUDMI.... | 171 - |

PARTE 10: ELECCIÓN DEL DERECHO APLICABLE A LAS DEMANDAS DE INVERSIÓN- 173 -

| | | |
|-------|--|-------|
| I. | Autonomía de las partes en el arbitraje de inversiones | 173 - |
| II. | Mecanismos de elección del derecho en el arbitraje de inversiones | 174 - |
| A. | Elección del derecho aplicable a los contratos internacionales de inversiones | 174 - |
| B. | Elección del derecho en un tratado de inversión..... | 175 - |
| C. | Elección del derecho del Estado receptor | 175 - |
| III. | Elección del derecho estatal o no estatal en el arbitraje de inversiones | 176 - |
| A. | Elección del derecho del Estado receptor | 176 - |
| B. | Elección del derecho de un tercer Estado..... | 177 - |
| C. | Elección del derecho del Estado de origen del inversor..... | 177 - |
| D. | Elección del derecho no estatal | 178 - |
| E. | Elección del derecho internacional público | 178 - |
| IV. | Formalidades para la elección del derecho aplicable | 181 - |
| V. | Dépeçage..... | 181 - |
| VI. | Conexión razonable del derecho elegido | 182 - |
| VII. | <i>Renvoi</i> (reenvío)..... | 183 - |
| VIII. | Elección del derecho aplicable..... | 184 - |
| IX. | Separabilidad | 185 - |
| X. | Elección expresa y tácita del derecho aplicable en los contratos internacionales | 185 - |
| XI. | Elección expresa y tácita en el arbitraje de inversiones | 185 - |
| A. | Elección expresa | 185 - |
| B. | Vaguedad de las normas sobre elección tácita en el arbitraje de inversiones | 186 - |
| C. | Elección clara e inequívoca..... | 187 - |
| D. | Elección del derecho aplicable implícito en el contrato de las partes | 188 - |
| E. | Elección del derecho si las partes discrepan basándose en el mismo derecho | 188 - |
| F. | Referencia a determinados aspectos de una legislación a través de la elección implícita de las partes- | 189 - |
| G. | Acuerdo tácito y elección del arbitraje..... | 189 - |
| H. | El arbitraje como elección implícita del derecho internacional público | 190 - |
| XII. | Cláusula de estabilización..... | 191 - |
| XIII. | Pactum de lege utenda | 194 - |

PARTE 11: AUSENCIA DE ELECCIÓN DE DERECHO EN EL ARBITRAJE DE INVERSIONES.....- 196 -

| | | |
|------|---|-------|
| I. | Ausencia de elección del derecho sustantivo en las transacciones comerciales internacionales..... | 196 - |
| II. | Ausencia de elección en el derecho internacional de inversiones..... | 196 - |
| III. | Mecanismos de conflicto de leyes en el arbitraje de inversiones | 198 - |
| A. | Sistema de conflicto de leyes del Estado receptor | 198 - |
| B. | Aplicación acumulativa de las normas de todos los Estados relacionados con el litigio | 199 - |
| C. | Normas de conflicto de leyes de otro Estado | 200 - |
| D. | Aplicación de los principios generales de derecho internacional privado..... | 200 - |
| E. | Aplicación del derecho internacional público..... | 200 - |
| F. | Técnicas de derecho uniforme o recurso al derecho no estatal | 201 - |

| | | |
|----|--|---------|
| G. | El derecho del contrato: ¿contrato sin ley?..... | - 202 - |
| H. | Voie directe..... | - 202 - |

PARTE 12: EL DERECHO SUSTANTIVO APLICABLE EN EL ARBITRAJE DE INVERSIONES EX

| | | |
|---------------------------|--|---------|
| AEQUO ET BONO..... | - 203 - | |
| I. | Equidad en el arbitraje | - 203 - |
| II. | Acuerdo expreso de arbitraje <i>ex aequo et bono</i> | - 204 - |
| III. | Conflicto de leyes en el arbitraje <i>ex aequo et bono</i> | - 205 - |
| IV. | Normas obligatorias y arbitraje <i>ex aequo et bono</i> | - 206 - |
| V. | ¿Cumplimiento de los términos del contrato en el arbitraje <i>ex aequo et bono</i> ?..... | - 206 - |
| VI. | ¿Existe el deber de explicar los motivos o decidir equitativamente en el arbitraje <i>ex aequo et bono</i> ? | - 207 - |
| VII. | La equidad en el derecho internacional..... | - 208 - |
| VIII. | La equidad en el arbitraje de inversiones..... | - 209 - |

PARTE 13: EL PAPEL CORRECTIVO Y COMPLEMENTARIO DEL DERECHO INTERNACIONAL.....- 211 -

| | | |
|------|---|---------|
| I. | Consideraciones generales | - 211 - |
| II. | Aplicación supletoria del derecho internacional o nacional..... | - 211 - |
| A. | La complementariedad mediante la consideración de la convergencia del derecho internacional y el derecho nacional | - 212 - |
| B. | La complementariedad mediante la incorporación del derecho internacional al derecho nacional ... | - 214 - |
| C. | La complementariedad mediante el reenvío (<i>renvoi</i>) al derecho internacional..... | - 214 - |
| D. | La complementariedad mediante la consideración de una laguna jurídica en el derecho interno..... | - 214 - |
| E. | Elección del derecho aplicable y función supletoria del derecho internacional..... | - 215 - |
| III. | Aplicación correctiva del derecho nacional o internacional | - 215 - |
| IV. | Aplicación directa del derecho internacional público | - 216 - |
| V. | Aplicación combinada del derecho nacional e internacional | - 217 - |
| VI. | ¿Se puede renunciar a las normas mínimas de derecho internacional público?..... | - 217 - |
| VII. | Controversia sobre la disposición del Convenio del CIADI relativa a la ausencia de elección..... | - 218 - |
| A. | Consideraciones generales | - 218 - |
| C. | Pragmatismo en casos posteriores..... | - 220 - |
| VIII | ¿Derecho uniforme con fines complementarios y correctivos? | - 221 - |

PARTE 14: EL ORDEN PÚBLICO EN EL ARBITRAJE DE INVERSIONES.....- 222 -

| | | |
|------|--|---------|
| I. | Consideraciones generales | - 222 - |
| II. | El orden público y el derecho internacional público..... | - 222 - |
| III. | El orden público en el arbitraje de inversiones | - 227 - |
| A. | Aspectos generales..... | - 227 - |
| B. | Orden público internacional o transnacional en el arbitraje de inversiones | - 227 - |
| C. | Normas obligatorias del Estado receptor | - 230 - |
| D. | El orden público regional en el arbitraje de inversiones | - 231 - |

PARTE 1: INTRODUCCIÓN

I. Resumen de Recomendaciones

A falta de un instrumento mundial de carácter general sobre el derecho sustantivo aplicable a los contratos de inversión internacional, esta Guía tiene como objetivo construir puentes para un diálogo entre los diferentes campos del derecho internacional público, el derecho internacional privado y el arbitraje internacional de inversiones, con el fin entender la evolución que han experimentado estos campos en lo que respecta al derecho aplicable en el arbitraje internacional de inversiones. Su finalidad es también aclarar varias cuestiones, reducir al mínimo las incertidumbres y mejorar así el clima para la inversión extranjera en las Américas.

En esta Guía se hace referencia a los instrumentos internacionales pertinentes, como los que ha elaborado la Organización de los Estados Americanos y se explica cómo se corresponden. En particular, la Guía pretende que se conozcan las soluciones que se ofrecen en la *Guía sobre el derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales en las Américas* (Guía de la OEA sobre el derecho aplicable a los contratos), a fin de utilizarlas para solucionar las numerosas cuestiones que podrían surgir en el arbitraje internacional de inversiones.

1.1. Los Estados Miembros de la OEA, en particular sus legisladores, deberían tomar en cuenta el objetivo y finalidad de esta Guía cuando consideren reformar sus regímenes jurídicos internos relacionados con el arbitraje internacional de inversiones; deberían tenerlos en cuenta también los negociadores y administradores de tratados de inversión multilaterales y bilaterales, las partes en contratos internacionales de inversión y sus abogados, los órganos arbitrales y abogados involucrados en la solución de controversias entre inversionistas y el Estado, así como las partes en dichas controversias y sus abogados.

La inversión extranjera directa, en la que inversionistas buscan establecer una relación a largo plazo con el Estado anfitrión o sus entidades, es distinta de otros tipos de actividades comerciales internacionales. A menudo (pero no siempre), debido a la duración y a la magnitud de la inversión, la misma goza de una protección jurídica especial, generalmente por medio de un tratado y/o de un contrato internacional de inversión. El arbitraje internacional en materia de inversiones también puede desencadenar la aplicación de normas que emanan de otras fuentes del derecho, incluido el régimen jurídico nacional, así como el derecho internacional público y privado.

2.1 Se insta a los Estados Miembros de la OEA a que revisen las leyes internas que rigen el arbitraje internacional de inversiones con miras a: 1) considerar las diversas fuentes de derecho que puedan ser pertinentes en caso de controversia, tomando nota del papel actual del derecho internacional consuetudinario y de los principios generales del derecho internacional, especialmente en ausencia de disposiciones aplicables de tratados, y 2) asegurar que las garantías para la inversión extranjera prescritas en sus leyes nacionales estén en consonancia con las normas internacionales.

La protección internacional de las inversiones tiene una larga historia que incluye el delicado equilibrio de los intereses del inversor extranjero y del Estado receptor. Cuando los Estados incumplen sus obligaciones internacionales, por lo general, la tipificación y las consecuencias de la violación se rigen por el derecho internacional público.

Aunque los tratados, concretamente los tratados bilaterales de inversión (TBI), son el principal método de protección de los inversores, el derecho internacional consuetudinario sigue teniendo un papel importante en la solución de controversias entre inversionistas y Estados (SCIE), en particular en ausencia de un tratado aplicable o con fines interpretativos, y puede ofrecer soluciones en aspectos tales como la norma

de trato nacional, la norma mínima de protección contra la expropiación, la prohibición de denegación de justicia y la responsabilidad del Estado por los daños causados a los extranjeros.

La aplicación de los principios generales del derecho mercantil o del derecho uniforme al fondo de una controversia relativa a una inversión puede ser pertinente cuando el tribunal arbitral examina una reclamación contractual y el amplio lenguaje del tratado aplicable abarca las controversias o las inversiones. Para determinar si se ha producido una violación del tratado puede ser necesario analizar la relación contractual y la conducta de las partes. A tal efecto, podrían ser pertinentes los principios generales del derecho mercantil o del derecho uniforme.

3.1 Se insta a los legisladores que estén considerando reformar el régimen jurídico nacional relacionado con el arbitraje internacional de inversiones y a los negociadores de tratados de inversión a que consideren las diversas fuentes del derecho y a que incluyan, cuando sea posible, referencias a las normas internacionales pertinentes y al derecho uniforme.

3.2 Se insta a los órganos jurisdiccionales, incluidos los tribunales arbitrales y los tribunales nacionales, a que consideren el papel del derecho internacional consuetudinario, en especial cuando no existan disposiciones aplicables de los tratados o cuando sea procedente a efectos interpretativos, y también a que consideren los principios generales del derecho internacional, la *jurisprudencia constante* y los escritos académicos con cuidado y con vistas a construir un acervo de jurisprudencia coherente y previsible sobre el derecho aplicable al arbitraje internacional de inversiones.

A diferencia de los contratos comerciales nacionales o internacionales, los contratos internacionales de inversión pueden estar sujetos a una combinación de derecho internacional privado y público y de derecho interno del Estado receptor (o de otro Estado) o de derecho uniforme. Al no existir un conjunto internacional de derecho sustantivo aplicable a los contratos de inversión internacional, esta combinación de leyes puede ser aplicable en una o más etapas a lo largo del proceso contractual de negociación, conclusión, operación y terminación de dichos contratos.

4.1 Con el fin de fomentar una mayor previsibilidad y eficacia tanto para los Estados como para los inversores, debe tenerse en cuenta la ausencia de un conjunto internacional de derecho sustantivo aplicable a los contratos internacionales de inversión:

- por los legisladores que estudian la reforma del régimen jurídico nacional relacionado con el arbitraje internacional de inversiones;
- por los negociadores de los tratados de inversión, a quienes se debería instar a que incluyan disposiciones claras: i) sobre el alcance y el contenido de las normas contenidas y su aplicación a los contratos de inversión y, ii) para permitir que las partes contratantes excluyan la aplicación del tratado, hacer excepciones al mismo o variar sus efectos, declarar expresamente algunas normas como obligatorias, o como normas por defecto, con disposiciones específicas de exclusión voluntaria;
- por las partes en contratos internacionales de inversión y sus asesores en la redacción de dichos contratos.

El derecho privado, el derecho internacional privado y el derecho uniforme pueden ser pertinentes para diversos temas contractuales que pueden surgir en las demandas de inversión internacional. Estos temas incluyen la elección del derecho aplicable y las cláusulas de resolución de litigios, las disposiciones sobre ajuste monetario, las cláusulas de exclusividad, *fuera mayor*, limitación de responsabilidad o exención de responsabilidad, discrepancia lingüística, notificación, penalización, precio, renegociaciones, cláusulas de estabilización y equilibrio económico, cláusulas de rescisión, así como otros aspectos interpretativos.

El derecho internacional privado moderno puede describirse como un derecho que aspira a la coordinación, unificación y armonización a través de convenios y protocolos formalmente vinculantes, instrumentos y normas no vinculantes (*soft law*), principios exhortatorios, orientaciones legislativas y mejores prácticas. No obstante, la metodología del conflicto de leyes todavía tiene un papel que desempeñar en varios aspectos relacionados con el derecho sustantivo aplicable en el arbitraje de inversiones y los tribunales seguirán recurriendo a ella cuando sea necesario.

Dado que los tratados multilaterales y bilaterales de inversión no suelen incluir normas sobre la elección del derecho aplicable, o incluso si las incluyen, dichas normas podrían no ser exhaustivas, los tribunales recurren a menudo al derecho internacional privado y a sus principios para subsanar las carencias. En tales casos, los instrumentos de la OEA pueden ser de gran ayuda.

5.1 Se insta a los Estados Miembros de la OEA a que revisen y clarifiquen sus normas de derecho internacional privado en lo pertinente al derecho aplicable en el contexto de la inversión internacional. En este sentido, las soluciones ofrecidas por los instrumentos de la OEA en materia de derecho internacional privado, incluida la *Convención Interamericana sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales* (Convención de México), tal como se expone en la Guía de la OEA sobre el derecho aplicable a los contratos deben considerarse y pueden incorporarse a la legislación nacional.

5.2 Se insta a los Estados Miembros de la OEA y a sus negociadores de tratados internacionales de inversión y de contratos entre inversores y Estados a que consideren e incluyan disposiciones claras sobre la elección del derecho aplicable en el texto de dichos tratados y acuerdos.

Los Principios UNIDROIT tienen un enorme potencial de aplicación en el ámbito del arbitraje internacional de inversiones. Aquellas disposiciones que reflejan principios generalmente aceptados en todo el mundo se califican como expresiones de "principios generales del derecho" que pueden aplicarse en el contexto contractual y también a los tratados. Además de su aplicación primaria, los Principios UNIDROIT también pueden utilizarse con carácter subsidiario para interpretar o complementar, como ayuda interpretativa, como corroboración del derecho nacional y con una función supletoria o correctora.

La complejidad de los marcos contractuales que intervienen en las relaciones entre inversores y Estados es tal que es posible que no se encuentren soluciones adecuadas en las nociones tradicionales del derecho contractual y los mecanismos de conflicto de leyes dentro del régimen jurídico nacional. El método del derecho uniforme aboga a favor de soluciones transnacionales sustantivas y lo ideal sería que rigiera los aspectos contractuales de los contratos de inversión internacional, a menos que la aplicación de una ley nacional concreta sea deseable para lograr un propósito específico.

Muchos de los Principios UNIDROIT, en particular los relativos a la formación, validez, cumplimiento e incumplimiento, se adaptan bien a los contratos internacionales de inversión. Las partes pueden elegir los Principios UNIDROIT directa o indirectamente. Cuando se eligen directamente, esta elección se considera el derecho aplicable, independientemente de que la elección se haya realizado antes o después de que surja una controversia. Los tribunales también pueden aplicar los Principios UNIDROIT cuando las partes han hecho una referencia genérica al derecho uniforme mediante el uso de términos como *lex mercatoria*, principios generales o términos similares.

6.1 Se insta a los Estados Miembros de la OEA a que revisen sus regímenes jurídicos internos sobre el derecho aplicable a los contratos internacionales de inversión y a que reconozcan y clarifiquen la elección del derecho no estatal (o uniforme).

6.2 Se insta a los órganos decisorios, en concreto a los árbitros, a las partes en los contratos de inversión internacional y a sus abogados a que, en relación con el derecho no estatal (o uniforme), tengan en cuenta los Principios UNIDROIT y reconozcan la distinción entre la elección del derecho no estatal y el uso del derecho no estatal como herramienta interpretativa.

El derecho internacional privado, que incluye tanto el derecho uniforme como las normas de conflicto de leyes, es pertinente para la SCIE, aunque su aplicación en el contexto del arbitraje puede diferir del litigio. Los árbitros no solo se enfrentan a la cuestión de cuál es el derecho aplicable, sino también a la de determinar qué sistema de derecho internacional privado se aplica.

7.1 Se insta a los decisores, incluidos jueces y árbitros, a que consideren el derecho internacional privado, tanto en términos de derecho uniforme como de normas de conflicto de leyes, en la resolución de demandas relativas a inversiones internacionales y a mantenerse al día de la evolución en materia de internacional privado.

El *Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados* (Convenio del CIADI) ofrece un "sistema autónomo de arbitraje" que permite que los inversores perjudicados demanden directamente a los Estados. Sin embargo, proporciona solamente un marco procesal y no contiene normas sustantivas que rijan la relación entre el Estado receptor y el inversor extranjero. Aparte del CIADI, la Corte Permanente de Arbitraje y otros tribunales que no pertenecen al "CIADI", incluidos los tribunales *ad hoc* organizados en virtud de un tratado o acuerdo de inversión, que funcionan de conformidad con el *Reglamento de Arbitraje* de la CNUDMI o normas similares, también llevan a cabo arbitrajes.

8.1 Se insta a los órganos decisorios, concretamente a los árbitros, a las partes en contratos internacionales de inversión y a sus abogados, a que consideren las peculiaridades de las formas de arbitraje CIADI y "no CIADI" en relación con el derecho sustantivo aplicable.

Por lo general, los tribunales de arbitraje no disponen de "normas de elección del derecho del foro", por lo que necesitan sus propias normas "transnacionales" de elección del derecho aplicable. Algunos contratos entre inversores y Estados y tratados de inversión que prevén el arbitraje especifican el derecho aplicable, que suele ser una combinación del derecho nacional del Estado receptor y los principios generales del derecho internacional. Otros tratados no abordan este aspecto en absoluto o se remiten de diversas maneras a principios amplios y genéricos. Del mismo modo, el derecho que debe aplicar el tribunal también varía de un mecanismo de resolución de litigios a otro; algunos conceden amplias facultades discrecionales al tribunal, mientras que otros se remiten específicamente a las normas de conflicto de leyes o a las normas de derecho internacional. La elección del foro de resolución de litigios puede influir en la elección del derecho que se aplicará al litigio.

Los tribunales del CIADI pueden encontrar orientación en las disposiciones contenidas en el Convenio del CIADI (artículo 42) y en las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI (Regla 68), que esencialmente ofrecen orientación para examinar toda la gama de fuentes del derecho internacional para resolver controversias, de forma similar a como lo hace la Corte Internacional de Justicia.

La mayoría de las jurisdicciones se ajustan a la *Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional* de la CNUDMI en lo que respecta al derecho sustantivo aplicable (artículo 28). Los instrumentos internacionales de inversión que no hacen referencia al arbitraje del CIADI suelen aplicar el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI o el inspirado en la CNUDMI. Estas normas otorgan al tribunal una gran flexibilidad para determinar el derecho (artículo 35). A partir de las disposiciones contenidas en el Reglamento y en la Ley Modelo, los árbitros pueden elegir un sistema o norma de conflicto de leyes, o

pueden determinar "directamente" el derecho o las normas jurídicas pertinentes para regir el contrato. Los principios generales del derecho internacional privado pueden resultar esenciales en este sentido.

9.1 Se insta a los negociadores de tratados internacionales de inversión y de contratos entre inversores y Estados a que consideren la inclusión de disposiciones claras sobre la elección del derecho aplicable en el texto de dichos tratados y acuerdos.

9.2 Se recomienda a los decisores (árbitros) que, al determinar el derecho sustantivo aplicable, se remitan a los instrumentos de la OEA para obtener orientación sobre los principios generales del derecho internacional privado.

La elección del derecho aplicable se basa en el principio internacionalmente reconocido de la autonomía de las partes y, como tal, es respetado por los tribunales arbitrales y consagrado en el Convenio del CIADI (artículo 42) y en la Ley Modelo de la CNUDMI (artículo 28). La elección del derecho aplicable emana ya sea de un tratado de inversión (entre Estados), de un acuerdo internacional de inversión (entre un Estado y un inversor) o bien, las disposiciones de la legislación nacional también pueden constituir un consentimiento al proceso arbitral y al derecho aplicable.

10.1 Se insta a los Estados Miembros de la OEA a que tengan en cuenta las recomendaciones de la Guía de Contratos de la OEA relativas a la elección del derecho aplicable en el contexto de las inversiones internacionales y a asegurar que su régimen jurídico interno:

- afirme una clara adhesión al principio internacionalmente reconocido de autonomía de las partes;
- establezca que la elección del derecho, ya sea expresa o tácita, debe ser evidente o desprenderse claramente de las circunstancias;
- establezca que la cuestión sobre si las partes han acordado la elección del derecho aplicable se determinará en función del derecho presuntamente acordado por dichas partes;
- confirme que la elección del derecho aplicable a los contratos internacionales de inversión no puede impugnarse únicamente por el motivo de que el contrato al que se aplica no es válido;
- establezca que una elección de derecho puede modificarse en cualquier momento y que dicha modificación no perjudica su validez formal ni los derechos de terceros;
- establezca que no se requiere ninguna conexión entre el derecho elegido y las partes o su transacción;
- excluya el principio de reenvío para ofrecer una mayor seguridad en cuanto al derecho aplicable, y,
- admita la "divisibilidad" del derecho (*dépeçage*).

10.2 Se insta a los negociadores de tratados internacionales de inversión, así como a las partes en contratos internacionales de inversión y a sus abogados a que tengan en cuenta las recomendaciones anteriores al redactar dichos tratados y acuerdos, todo ello con vistas a ofrecer mayor claridad en la elección del derecho aplicable a las controversias internacionales en materia de inversión.

Muchos tratados de inversión no contienen disposiciones explícitas sobre la elección del derecho aplicable. Del mismo modo, en muchos acuerdos internacionales de inversión, las partes, o no realizan una elección del derecho aplicable o bien la elección es ineficaz. En cualquiera de esas circunstancias, el derecho aplicable será determinado por el órgano decisor de conformidad con las normas pertinentes sobre conflicto de leyes. Sin embargo, los tribunales de inversiones tienden a evitar afirmaciones claras sobre el derecho sustantivo aplicable y se han propuesto numerosas fórmulas de conflicto de leyes en ausencia de una elección del derecho (por ejemplo, lugar de cumplimiento característico, derecho del lugar de celebración del contrato, etc.) La aplicación de estas diferentes fórmulas depende del tema

pertinente y del sistema de conflicto de leyes que rija la relación, que puede ser cualquiera de los siguientes: sistema de conflicto de leyes del Estado receptor, aplicación acumulativa de las normas de todos los Estados en conexión con el litigio, normas de conflicto de leyes de otro Estado, aplicación de los principios generales del derecho internacional privado o del derecho internacional público, aplicación del derecho uniforme (no estatal), ley del contrato o *voie directe*.

El enfoque también varía en función del mecanismo arbitral. El Convenio del CIADI establece un proceso en dos etapas que exige que los tribunales determinen en primer lugar si se ha elegido una ley y, en ausencia de tal elección (o si no está clara), los árbitros "aplicarán la ley del Estado contratante parte en la controversia (incluidas sus normas sobre conflicto de leyes) y las normas de derecho internacional que puedan ser aplicables" (artículo 42(1)). Los principios generales del Derecho internacional privado pueden resultar pertinentes a este respecto para su consideración por los tribunales del CIADI.

Para las demandas de inversión tramitadas conforme a mecanismos inspirados en la CNUDMI, la Ley Modelo también reconoce la autonomía de la voluntad de las partes y establece que, a falta de elección del derecho aplicable, el tribunal arbitral aplicará "la ley que determinen las normas de conflicto de leyes que estime aplicables" (artículo 28(2)). Los principios generales del derecho internacional privado también pueden ser pertinentes para su consideración por los tribunales establecidos en virtud de este mecanismo. En la práctica, para las reclamaciones derivadas de tratados, los tribunales suelen aplicar las disposiciones sustantivas del propio tratado (como el trato justo y equitativo) y otras fuentes de derecho internacional público, como el derecho internacional consuetudinario o los principios generales. Las leyes del Estado receptor también suelen desempeñar un papel en estos casos.

11.1 El régimen jurídico interno sobre el derecho aplicable a los contratos de inversión internacionales en relación con la ausencia de una elección efectiva del derecho aplicable, debería incluir el criterio flexible de la "conexión más cercana".

11.2 Los órganos decisores que se enfrenten a la ausencia de una elección efectiva del derecho aplicable deberán recurrir a las normas pertinentes de elección del derecho del mecanismo arbitral aplicable. Si dicho mecanismo no se considera aplicable o no incluye tales normas de elección del derecho, los órganos decisores deberán aplicar el criterio flexible de la "conexión más cercana", como principio general de derecho internacional privado.

Muchas jurisdicciones de todo el mundo prevén el arbitraje *ex aequo et bono* (o amigable componedor), como se refleja en la Ley Modelo de la CNUDMI (artículo 28(3)). Sin embargo, las partes rara vez aceptan esta equidad arbitral debido a su percibida imprevisibilidad, por lo que debe acordarse expresamente, ya sea antes o durante el procedimiento.

Los árbitros que recurren al principio *ex aequo et bono* pueden apartarse de los términos contractuales para lograr un resultado justo y equitativo, siempre que no reescriban los términos materiales. No obstante, los árbitros siempre están sujetos a normas jurídicas imperativas y el recurso a las normas sobre conflictos de leyes puede seguir siendo necesario.

12.1 Se insta a las partes en contratos de inversión internacional y a sus abogados a que consideren las orientaciones sobre el derecho sustantivo aplicable contenidas en la presente Guía también para el arbitraje en equidad o *ex aequo et bono*.

La función supletoria o correctora del derecho internacional puede reconocerse expresamente en un tratado o las partes contratantes pueden otorgar al derecho internacional dicha función a través de su elección de derecho o de un mecanismo arbitral (por ejemplo, considérese el artículo 42 del CIADI y el

artículo 28(4) de la Ley Modelo de la CNUDMI). Los tribunales utilizan diversas técnicas para suplir las lagunas del derecho aplicable, tales como la convergencia del derecho internacional y el derecho interno, la incorporación del derecho internacional al derecho interno, el *reenvío* al derecho internacional o la consideración de las *lagunas* del derecho interno. Si la aplicación del derecho interno violara las normas internacionales o diera lugar a un nivel de protección inferior al mínimo para el inversor, los tribunales aplican el derecho internacional de manera correctiva y, en tales circunstancias, el derecho internacional se aplica directamente y no de manera supletoria. Aunque en el ejercicio de su autonomía las partes pueden optar por la aplicación exclusiva del derecho interno, un tribunal internacional no puede desatender los aspectos de derecho internacional y debe considerar su posible prevalencia.

13.1 Se insta a los negociadores de tratados internacionales de inversión, y a las partes en contratos internacionales de inversión y a sus abogados a que incluyan en las cláusulas pertinentes de elección del derecho aplicable una clara aceptación de la función supletoria y correctora del derecho internacional y se les insta a que consideren el uso del derecho uniforme, cuando proceda.

13.2 Se recuerda a los árbitros que implementen la elección del derecho aplicable o que se enfrenten a la ausencia de una elección efectiva del derecho aplicable en un tratado o contrato de inversión, a la luz de la compleja relación entre el derecho internacional y el derecho nacional, que existen varias técnicas para aplicar el derecho internacional con fines supletorios o correctivos y se les insta a que consideren el uso del derecho uniforme, cuando proceda.

El orden público excluye la utilización del derecho aplicable si el resultado fuera “manifiestamente incompatible” con el orden público del foro. También exige que se apliquen las “normas internacionalmente imperativas” del foro con independencia del derecho aplicable.

El orden público en el arbitraje internacional de inversiones puede plantearse en una serie de aspectos, como en relación con las normas (acceso a la información, protección del medio ambiente), la no arbitrabilidad subjetiva (incapacidad del Estado para arbitrar) o la inmunidad de jurisdicción. Los Estados receptores no pueden basarse en el orden público nacional para invalidar una norma o principio de orden público internacional o transnacional, o el derecho internacional aplicable en virtud del tratado de inversión pertinente.

14.1 Se insta a los negociadores de tratados internacionales de inversión y a las partes en contratos internacionales de inversión y a sus abogados a que consideren el orden público internacional o transnacional pertinente y cualquier posible conflicto con la legislación u orden público nacional en relación con la inversión extranjera.

14.2 Los árbitros deben considerar y, cuando sea posible, hacer referencia expresa a la aplicación de principios de orden público internacional o transnacional.

II. Justificativo

No se puede exagerar la importancia del derecho sustantivo aplicable en el arbitraje internacional de inversiones; de ello depende el resultado de un juicio y podría anularse un laudo si se aplica una ley equivocada. Las lagunas, ambigüedades o divergencias de interpretación sobre el derecho sustantivo aplicable no solo complican la resolución de cualquier controversia en materia de inversiones, sino que también pueden contribuir a su aparición. Si las partes no saben qué normas se aplican a su relación, sin darse cuenta pueden contribuir al conflicto incumpliendo obligaciones poco claras. O bien, una parte que actúe de mala fe podría aprovecharse de cualquier incertidumbre relacionada con la ley aplicable e intentar usarla para beneficio propio.

Las inversiones extranjeras constituyen uno de los campos más antiguos del derecho internacional; sin embargo, ha evolucionado muy poco durante la mayor parte de su historia. En 1970, la Corte Internacional de Justicia (CIJ) conoció el famoso caso *Barcelona Traction* al que se refirió diciendo que teniendo en cuenta la forma en que habían proliferado los intereses económicos de los Estados, a primera vista podría parecer sorprendente que la evolución del derecho no haya ido más lejos y que no hayan cristalizado en el plano internacional normas generalmente aceptadas en la materia¹.

Décadas después de aquel caso, comenzaron a producirse rápidos cambios en el corpus jurídico, la jurisprudencia y los comentarios académicos relacionados con esta materia. Sin embargo, aunque hoy en día existe un impresionante entramado de tratados, legislaciones nacionales y otras fuentes de derecho sobre inversiones extranjeras, persisten en el sistema actual varias fallas con respecto al derecho sustantivo aplicable. Muchos de esos problemas surgen del hecho de que esta red de fuentes ofrece normas sustantivas o principios que son en su mayor parte incompletos, exclusivos o abstractos, lo que genera incertidumbre en cuanto a su aplicación.

Al margen de la falta de un corpus que aborde de forma exhaustiva temas jurídicos sustanciales, los asuntos relacionados con las inversiones se entrecruzan con diferentes áreas del derecho, con inclusión del derecho administrativo y los poderes normativos de los Estados, temas medioambientales y cuestiones de derechos humanos, entre otros, que todavía también carecen de un marco normativo adecuado. Estos aspectos siguen sin abordarse en la mayoría de los tratados sobre inversiones o bien se contemplan de una forma que no suele ser exhaustiva.

Por ello, en el curso de la adjudicación no resulta sorprendente que surjan interpretaciones divergentes. Si bien en los tratados, en los contratos de inversión e incluso en la legislación nacional suele preverse la resolución de controversias mediante arbitraje, por su propia naturaleza, los árbitros suelen concentrarse en resolver la controversia misma más que en la “forma y dirección” de los aspectos jurídicos en las inversiones extranjeras. Las imprecisiones en la materia a menudo conducen a laudos incoherentes, a pesar del número de bases de datos que recogen decisiones arbitrales².

Para algunos críticos, basarse en el arbitraje para resolver litigios en materia de inversiones, también cuestiona la legitimidad de este mecanismo en general, ya que los fallos no emanan de tribunales internacionales dotados de funcionarios públicos, sino de árbitros privados. Las controversias se encuentran las cuestiones de transparencia en el nombramiento de árbitros, los posibles conflictos de intereses y los elevados costos que conllevan los procedimientos arbitrales.

En algunos sectores del mundo académico, Gobiernos e incluso la Unión Europea se sostiene que la creación de tribunales internacionales dotados de árbitros designados por los Estados (como ocurre, por ejemplo, con la Corte Internacional de Justicia) mejoraría el actual mecanismo de resolución de controversias. Varios críticos del sistema internacional de inversiones prevén que estos tribunales funcionen al menos como un órgano de apelación, garantizando así —se sostiene— una jurisprudencia uniforme en contraste con los laudos contradictorios que coexisten actualmente en diversas áreas sustantivas del régimen jurídico de las inversiones extranjeras.

¹ *Barcelona Traction, Light and Power Co. (Belgium vs. Spain)*, ICJ Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, Sentencia (5 de febrero de 1970), p. 47. Disponible en: <<https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/50/050-19700205-JUD-01-00-EN.pdf>>. Fecha de consulta: 3 de marzo de 2022.

² Por ejemplo, véase, UNCTAD Investment Policy Hub, <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement> Grupo Banco Mundial, Bases de datos de casos del CIADI, <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database>, ISLG Investment Treaty Arbitration Law, <https://www.italaw.com/>. (Fecha de consulta: 20 de septiembre de 2023). Además, existen otras bases de datos que funcionan mediante suscripción.

Muchas de estas cuestiones han sido objeto de atención internacional, sobre todo en foros como la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Comercio y el Desarrollo (UNCTAD) y el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI). En la CNUDMI, se está trabajando desde 2019 en el tema de la reforma de la solución de controversias entre los inversores y el Estado, cuyo alcance incluye una propuesta para crear un tribunal ministerial de inversiones o un mecanismo de apelación³. Para sus defensores, la labor realizada por la CNUDMI puede contribuir a establecer mecanismos institucionales que generen mayor previsibilidad.

La UNCTAD propone la menos ambiciosa agenda para modernizar los llamados tratados “de la vieja generación”, a fin de que se tengan en cuenta los derechos humanos, el medio ambiente, la salud y otros temas de interés⁴. A su vez, el CIADI aprobó en 2022 una enmienda a sus reglas sobre arbitraje, en un afán de lograr mayor transparencia y ofrecer la opción de acelerar los procesos⁵. El Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible (IIDS) ha tenido también una voz importante en el debate sobre el equilibrio entre la protección de las inversiones y la protección del medio ambiente y ha impulsado un Modelo de Acuerdo Internacional sobre Inversión para el Desarrollo Sostenible⁶.

Sin embargo, en la mayoría de estos debates sobre la reforma sigue sin abordarse una cuestión fundamental, a saber: el derecho sustantivo aplicable a las inversiones extranjeras. Un órgano de resolución, sea quien sea y se designe como se designe, se enfrenta a numerosas incertidumbres en ausencia de un marco normativo sustantivo adecuado.

Si bien en la actualidad no existe una iniciativa en el mundo para crear un corpus completo que aborde las cuestiones del derecho sustantivo aplicable, algunos proyectos recientes y prometedores en el ámbito internacional están comenzando a estudiar este tema. Más concretamente, en 2021 el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) publicó, junto con el Fondo Internacional de Desarrollo Agrícola (FIDA), una guía jurídica que aborda el tema específico de los contratos de inversión agrícola, centrándose en los aspectos contractuales de la relación y su interacción con el derecho público y el marco normativo, titulada “Guía jurídica sobre los contratos de inversión agrícola (Guía ALIC)⁷.”

Más recientemente, en 2022, la Cámara de Comercio Internacional (CCI), el Instituto de Derecho Mercantil Mundial y UNIDROIT aunaron fuerzas en un proyecto que explorará la interrelación entre los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales (Principios UNIDROIT) y las disposiciones comunes en los contratos de inversión internacional. En vista de las transformaciones que

³ Por ejemplo, la financiación por terceros, métodos para la prevención de litigios, el agotamiento de recursos locales, los reclamos de accionistas, las pérdidas reflejas, las interpretaciones de las partes de un tratado, garantías por costos, reclamos frívolos, participación de terceros, procesos múltiples y contrademandas, códigos de conducta, selección y nombramiento de árbitros y la creación de centros de asesoría. Véase Naciones Unidas, Asamblea General “Posible reforma del sistema de solución de controversias entre inversionistas y estados (SCIE), Nota de la Secretaría”, A/CN.9/WG.III/WP.166 (30 de julio de 2019); véase también, “Informe del Grupo de Trabajo III (Reforma del Sistema de Solución de Controversias entre Inversionistas y Estados) sobre la labor realizada en su 45º período de sesiones”, A/CN.9/1131 (14 de abril de 2023).

⁴ Véase “Phase 2 of IIA Reform: Modernizing the Existing Stock of Old-Generation Treaties”, IIA Issues Note (junio de 2017). Véase también UNCTAD, “Investment Policy Framework for Sustainable Development”, UNCTAD/DIAE/PCB/2015/5.

⁵ Disponible en: <https://icsid.worldbank.org/resources/rules-amendments>. Fecha de consulta: 17 de junio de 2022.

⁶ Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible, “Model International Agreement on Investment for Sustainable Development”, abril de 2005. Disponible solo en inglés en: www.iisd.org/investment. Fecha de consulta: 3 de marzo de 2022.

⁷ Véase < <https://www.unidroit.org/instruments/agriculture/alic/> >. Fecha de consulta: 18 de septiembre de 2023.

se están produciendo en el derecho internacional de las inversiones y de la creciente importancia de los contratos de inversión en los próximos decenios, el proyecto tiene por objeto estudiar cómo podrían modernizarse, armonizarse y normalizarse los contratos entre inversores extranjeros y Estados (o sus entidades de control), especialmente en el contexto de los Principios UNIDROIT y las normas de la ICC, con el propósito de lograr una mayor seguridad jurídica⁸.

III. La necesidad de un diálogo interdisciplinario

Dado que no hay esperanzas realistas de que se negocie —y mucho menos se ratifique— un instrumento universal que aborde de manera exhaustiva el derecho sustantivo aplicable en el arbitraje de inversiones, la atención debe dirigirse hacia la evolución actual de las áreas del derecho que afectan el arbitraje de inversiones extranjeras y hacerlo de manera interdisciplinaria.

El arbitraje internacional en materia de inversiones se desarrolló dentro del ámbito del derecho internacional público, como una de sus disciplinas más antiguas y centrales. En cambio, se ha prestado relativamente poca atención a la relación entre el arbitraje internacional de inversiones y el derecho internacional privado, lo cual incluye el derecho privado en general. En las últimas décadas se han producido profundos cambios en los ámbitos del derecho internacional privado, el arbitraje internacional y la inversión extranjera. El derecho internacional privado ha experimentado notables transformaciones que van desde la reestructuración de sus fundamentos teóricos hasta cambios en su regulación y práctica cotidiana. Algunos avances significativos en el ámbito del arbitraje internacional han contribuido también a la transformación de algunos de sus conceptos básicos y de su marco regulador, además de ampliar su uso en litigios transfronterizos. Por último, se ha observado también una evolución exponencial de los litigios relacionados con inversiones extranjeras, de un modo inimaginable en la primera mitad del siglo XX.

Sin embargo, no ha producido un intercambio adecuado y fecundo entre estas disciplinas. La falta de un diálogo interdisciplinario puede explicar la razón por la que es frecuente encontrar inconsistencias en la jurisprudencia, la normativa y los escritos académicos sobre el arbitraje internacional de inversiones. Además, a diferencia del arbitraje comercial, el arbitraje de inversiones suele conllevar deliberaciones sobre los poderes soberanos de los Estados y, como tal, se encuentra en una situación única como forma de arbitraje regido también por el derecho internacional público. Si estas divergencias no se resuelven, no harán sino aumentar la incertidumbre, generar desconfianza entre los usuarios y socavar la legitimidad del arbitraje de inversiones como mecanismo eficaz de solución de controversias.

IV. Propósito y objetivos de esta Guía

La finalidad de esta Guía sobre el Derecho Aplicable al arbitraje Internacional de Inversiones es tender puentes para el diálogo interdisciplinario en los ámbitos del derecho internacional público, el derecho internacional privado y el arbitraje internacional para abordar la evolución que se ha producido en estas áreas a fin de minimizar la incertidumbre sobre el derecho aplicable al arbitraje internacional de inversiones y mejorar así el clima para la inversión extranjera en la región.

Para lograr ese fin, la Guía presenta varios objetivos, a saber:

- a) proponer una formulación actual de la legislación aplicable al arbitraje internacional en materia de inversiones, teniendo en cuenta la interacción entre el derecho internacional público, el derecho internacional privado y el arbitraje internacional a la luz de la evolución reciente;

⁸ UNIDROIT, Contratos Comerciales Internacionales, Study L-IIC. <https://www.unidroit.org/work-in-progress/investment-contracts-upicc/>. Fecha de consulta: 5 de octubre de 2023.

- b) identificar instrumentos internacionales pertinentes, con inclusión de algunos elaborados por el Comité Jurídico Interamericano (CJI) de la Organización de los Estados Americanos, y explicar cómo dichos instrumentos se interrelacionan;
- c) promover un mejor conocimiento sobre las soluciones ofrecidas por diversos instrumentos elaborados por el Comité Jurídico Interamericano e ilustrar la forma en que los mismos pueden ser útiles en la resolución de numerosas cuestiones que pueden surgir en el arbitraje internacional de inversiones;
- d) brindar orientación sobre el derecho aplicable al arbitraje internacional de inversiones para prestar asistencia a los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos (OEA) que estén considerando firmar o renegociar tratados de inversión o modernizar su derecho interno de acuerdo con las normas internacionales.
- e) prestar asistencia a las partes contratantes de las Américas y a sus asesores en la redacción e interpretación de las cláusulas del derecho sustantivo aplicables al arbitraje internacional de inversiones.
- f) orientar a árbitros y jueces de las Américas, en la interpretación y el perfeccionamiento de los instrumentos normativos relacionados con inversiones extranjeras, en lo que respecta al derecho aplicable.

Por lo tanto, se espera que esta Guía sea de utilidad para los Estados Miembros de la OEA, sus legisladores, jueces, árbitros y otros órganos decisorios, partes contratantes, así como para miembros del mundo académico, estudiantes y abogados en ejercicio, en aras de fomentar un entorno favorable a la inversión en las Américas.

1.1. Los Estados Miembros de la OEA, en particular sus legisladores, deberían tomar en cuenta el objetivo y finalidad de esta Guía cuando consideren reformar sus regímenes jurídicos internos relacionados con el arbitraje internacional de inversiones; deberían tenerlos en cuenta también los negociadores y administradores de tratados de inversión multilaterales y bilaterales, las partes en contratos internacionales de inversión y sus abogados, los órganos arbitrales y abogados involucrados en la solución de controversias entre inversionistas y el Estado, así como las partes en dichas controversias y sus abogados.

PARTE 2: ALGUNAS NOCIONES BÁSICAS SOBRE LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LAS INVERSIONES

I. Un régimen diferente de los demás que rige las transacciones comerciales internacionales

Es necesario establecer la distinción entre inversiones extranjeras directas (IED) y otras actividades comerciales internacionales, tales como la venta de bienes y servicios. En términos muy generales, la inversión extranjera directa (IED) se refiere a la inversión en activos en otro país (como la compra de terrenos y edificios, una filial, etc.). Aunque la IED es una actividad en la que no necesariamente interviene el Estado receptor, la IED suele tratarse de situaciones en las cuales el inversor intenta establecer una relación en el país anfitrión a largo plazo, generalmente con el propio Estado o una entidad pública. En las IED, la participación del inversionista es, por lo general, comparativamente mayor en relación con otras actividades comerciales. Por lo tanto, debido a la duración y magnitud de la inversión, la protección jurídica otorgada a la IED debe distinguirse del régimen que regula las transacciones internacionales de bienes y servicios, que pueden no gozar de esta protección internacional especial.

II. Terminología

El régimen internacional de protección de las inversiones se denomina a veces “derecho internacional de inversiones”, “derecho internacional del desarrollo” o con otros términos análogos. En el contexto específico de los acuerdos contractuales de inversión extranjera, es posible también encontrar la expresión “derecho contractual internacional”.

Un “contrato internacional de inversión” se utiliza para regular la relación a largo plazo entre el Estado receptor y el inversor extranjero. Por ejemplo, en el Tratado de Promoción Comercial celebrado entre Colombia y Estados Unidos, un acuerdo de inversión internacional se define como “un acuerdo escrito entre una autoridad nacional de una Parte y una inversión cubierta o un inversionista de otra Parte, en virtud del cual la inversión cubierta o el inversionista se basa para establecer o adquirir una inversión cubierta diferente al acuerdo escrito en sí mismo, que otorga derechos a la inversión cubierta o al inversionista: (a) respecto a los recursos naturales que una autoridad nacional controla, como para su explotación, extracción, refinamiento, transporte, distribución o venta; (b) para proveer servicios al público en representación de la Parte, como generación o distribución de energía, tratamiento o distribución de agua o telecomunicaciones; (c) para realizar proyectos de infraestructura, tales como construcción de vías, puentes, canales, presas u oleoductos o gasoductos, que no sean de uso y beneficio exclusivo o predominante del gobierno”⁹.

Este tipo de contratos son habituales en los sectores en los que el Estado ejerce un monopolio en virtud de la legislación local¹⁰. Pueden regular proyectos, tales como concesiones de servicios públicos, asociaciones público-privadas o trabajos de construcción-explotación-transferencia en el sector de la construcción, entre otros. Las normas sustantivas de estos acuerdos se complementan frecuentemente con una disposición que especifica el derecho aplicable a la relación y suelen incluir una cláusula de arbitraje.

La expresión “solución de controversias entre inversionistas y Estados” (SCIE) se utiliza mucho hoy en día para referirse a la gama de mecanismos internacionales para la solución de controversias que están a disposición de los inversionistas cuando cambian las reglas del juego¹¹.

III. Definición de inversión

Existen diversas definiciones del término “inversión” en las legislaciones nacionales. En efecto, algunas legislaciones nacionales ni siquiera definen el término. Por esta razón, los tratados de inversión suelen referirse a los tipos y formas de inversión en términos amplios, aludiendo a “todo tipo de activos” y enumerando a continuación las formas de inversión de manera no exhaustiva, como los derechos de propiedad y los intereses de toda naturaleza¹².

⁹ Acuerdo de Promoción Comercial entre Colombia y Estados Unidos de América, Capítulo 10, artículo 10.28.

¹⁰ Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, UNCTAD Series on issues in international investment agreements, Naciones Unidas, Nueva York/Ginebra, 2004, p. 3. Disponible en: <https://unctad.org/en/Docs/iteiit200411_en.pdf>. Fecha de consulta: 3 de marzo de 2022.

¹¹ Por ejemplo, la CNUDMI creó un Grupo de Trabajo sobre “Reforma de la solución de controversias entre inversionistas y Estados”, disponible en: https://uncitral.un.org/en/working_groups/3/investor-state. Fecha de consulta: 11 de mayo de 2022. El artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas y del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (Capítulo IV) contiene una lista de los siguientes métodos para el arreglo pacífico de controversias entre Estados: la negociación, la investigación, la mediación, la conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial y el recurso a organismos o acuerdos regionales (a los que habría que añadir los buenos oficios). Disponible en: <https://www.icj-cij.org/en/history>. Fecha de consulta: 11 de mayo de 2022.

¹² Véase *Scope and Definitions (A Sequel)*, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II (UN, 2011), disponible en: <http://unctad.org/>. Fecha de consulta: 3 de marzo de 2022.

Un enfoque para definir el término "inversión" supone analizar la redacción del tratado de inversión en concreto. Este enfoque fue adoptado por un tribunal del CIADI en el *caso MHS c. Malasia*¹³.

Otro método examina los rasgos comunes a muchas inversiones a gran escala, como una aportación considerable de dinero u otros activos de valor económico, una cierta duración de la inversión, un elemento de riesgo y una contribución al desarrollo económico del país receptor¹⁴. Este enfoque, conocido como el test *Salini*, ha influido en varios casos arbitrales, si bien ha sido objeto de controversia e incluso se ha pasado por alto en otros¹⁵.

Algunos tribunales arbitrales consideran que la contribución al desarrollo económico del Estado receptor es imposible de asegurar. Sin embargo, la jurisprudencia parece orientarse hacia la presunción de que las inversiones realizadas en el marco de una actividad comercial se hacen con el fin de crear un mayor valor económico y, dependiendo de las circunstancias, esta presunción puede revertirse¹⁶. Por ejemplo, en el caso *Philip Morris c. Uruguay*, el tribunal arbitral no adoptó la prueba *Salini*, y señaló que el artículo 25 del Convenio del CIADI cubre intencionadamente una amplia gama de operaciones económicas. Por lo tanto, el tribunal resolvió que corresponde a las partes determinar su definición a través del tratado bilateral de inversión¹⁷. En *Electrabel c. Hungría*¹⁸, los árbitros sostuvieron que, aunque no existe unanimidad total entre los distintos tribunales sobre los elementos que componen una inversión, hay consenso general en que son necesarios tres criterios objetivos, a saber: una contribución, una cierta duración y un elemento de riesgo. Aunque el desarrollo económico del Estado receptor era uno de los objetivos del Convenio del CIADI, no es necesariamente un elemento de una "inversión".

Los préstamos, los bonos del Estado y las garantías sociales afines también se han considerado "inversiones" a efectos de protección jurídica bajo los amplios encabezamientos de las definiciones del término en los tratados, como "activos", "derechos a dinero" u "obligaciones". Los tribunales no suelen examinar estas transacciones de forma aislada, sino que consideran la operación en su conjunto. En recientes casos se ha determinado que varios instrumentos financieros pueden considerarse inversiones¹⁹. En cuanto a los bonos del Estado o los títulos de deuda soberana, sin embargo, las decisiones han sido

¹³ *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v. Government of Malaysia*, CIADI, Caso No. ARB/05/10, Decisión de anulación (6 de abril de 2009), párrafos 58-61.

¹⁴ *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco*, Caso CIADI No. ARB/00/4, Decisión sobre jurisdicción (3 de julio de 2001), párrafo 52.

¹⁵ *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. República Islámica de Pakistán*, Caso CIADI No. ARB/01/13, Decisión sobre Jurisdicción, 6 de agosto de 2003; *AES Corporation c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/17, Decisión sobre Jurisdicción, 26 de abril de 2005; *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. c. República Islámica de Pakistán*, Caso CIADI No. ARB/03/29, Decisión sobre Jurisdicción, 14 de noviembre de 2005; *Jan de Nul N.V. y Dredging International N.V. c. República Árabe de Egipto (Caso CIADI N.º ARB/04/13)*, Decisión sobre jurisdicción, 16 de junio de 2006; *Saipem S.p.A. v. The People's Republic of Bangladesh*, ICSID Case No. ARB/05/07, Decisión sobre jurisdicción, 21 de marzo de 2007; *RSM Production Corporation y otros c. Grenada*, Caso CIADI No. ARB/10/6, Laudo, 13 de marzo de 2009; *Alpha Projektholding GmbH c. Ukraine*, Caso CIADI No. ARB/07/16, Laudo, 8 de noviembre de 2010.

¹⁶ Considerar *Phoenix Action, Ltd v. Czech Republic*, Caso CIADI No. ARB/06/5, Laudo, 15 de abril de 2009, párrafo 85.

¹⁷ Laudo: *Philip Morris Brand Sàrl, Philip Morris Products SA and Abal Hermanos SA v. Oriental Republic of Uruguay*, Caso CIADI No. ARB/10/7, párrafo 187.

¹⁸ Laudo *Electrabel SA v. Hungary*, Caso CIADI No. ARB/07/19, 25 de noviembre de 2015, p. 5.43, página 18.

¹⁹ Aunque este resultado depende del tratado aplicable y de los hechos del caso; véase el Informe Instituciones Financieras y Arbitraje Internacional de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) 2016, disponible en: <https://iccwbo.org/wp-content/uploads/sites/3/2018/04/icc-financial-institutions-and-international-arbitration-icc-arbitration-adr-commission-report-spanish-version.pdf>, fecha de consulta: 3 de marzo de 2022), p. 7.

muy controvertidas y existe una tendencia a excluir dichos activos de las inversiones protegidas por los TBI²⁰.

Las inversiones de cartera presentan un problema especial. Estas inversiones implican la adquisición de acciones o la obtención de capital a través de instrumentos de seguridad para emprendimientos en otro país sin obtener una participación de control en la empresa en cuestión²¹. El problema consiguiente es que varios tratados incluyen las acciones en su definición de inversión extranjera, lo que plantea la pregunta siguiente: ¿qué ocurre cuando la empresa extranjera no tiene el "control"? Además, conceder a las inversiones de cartera la misma protección que a las inversiones extranjeras directas en virtud de los tratados niega los supuestos beneficios subyacentes de los regímenes jurídicos internacionales de inversión. Esta situación se produce en la medida en que, por ejemplo, la transferencia de conocimientos y el aumento del empleo, que suelen derivarse de la inversión extranjera directa, no son tan fáciles de constatar en el caso de las inversiones de cartera. Este tema ha sido objeto de un amplio debate.

Habiendo aprendido las lecciones del pasado, los tratados de inversión modernos abordan en la actualidad muchos de los aspectos que antes habían quedado sin resolver²². Así pues, muchas de las cuestiones abordadas anteriormente han quedado aclaradas²³. No obstante, las inversiones de cartera, los préstamos, los bonos y las garantías sociales afines plantean interrogantes de derecho internacional privado particularmente difíciles, teniendo en cuenta el número de jurisdicciones que pueden estar implicadas.

El estudio de la definición de "inversión" es pertinente por dos razones: 1) la determinación del alcance y la aplicación de la protección prevista en un tratado de inversión; y, 2) la determinación de la jurisdicción del tribunal arbitral. Por ejemplo, el artículo 25 del Convenio del CIADI amplía la competencia de los tribunales del CIADI a las controversias sobre "inversiones". La autonomía de la voluntad de las partes no basta por sí sola para transformar cualquier relación comercial en una "inversión" a efectos del Convenio del CIADI: se requiere una prueba objetiva.

IV. Nacionalidad del inversor extranjero

²⁰ *Acuerdo entre Australia y la República de Uruguay sobre la Promoción y Protección de Inversiones*, entrada en vigor el 27 de enero de 2022, artículo 1 (a)(ii) <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/6953/download>, (consultado el 18 de septiembre de 2023)

²¹ *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/97/3, Decisión sobre anulación, 3 de julio de 2002; *Azurix Corp. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/12, Decisión sobre jurisdicción, 8 de diciembre 2003; *National Grid plc c. República Argentina*, CNUDMI, Decisión sobre jurisdicción, 20 de junio de 2006; *Impregilo S.p.A. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/07/17, Laudo, 21 de junio de 2011.

²² Por ejemplo, en las versiones de artículo 1 del Modelo de TIB de Estados Unidos de 2004 y 2012.

²³ Algunos tratados recientes han restringido el alcance de la protección al excluir expresamente las inversiones de cartera, como la Asociación Europea de Libre Comercio (AELC), el TLC con México (firmado el 27 de noviembre de 2000, entró en vigor el 1 de julio de 2001, Art. 45) y los contratos comerciales (por ejemplo, el Modelo de TBI de Canadá (2004), Art. 1), o al exigir que las inversiones tengan ciertas características inherentes por referencia a criterios asociados con la prueba Salini (Modelo de TBI de Estados Unidos (2012)). Otros Estados han limitado el alcance de sus tratados excluyendo ciertas clases de controversias derivadas de inversiones en determinados sectores. Por ejemplo, en 1974, Jamaica excluyó las controversias jurídicas derivadas directamente de una inversión relacionada con minerales u otros recursos naturales.

Determinar si una inversión puede considerarse "extranjera" depende de la nacionalidad del inversor²⁴. En este sentido, serán pertinentes las disposiciones vigentes de la legislación nacional y de los tratados de inversión, que suelen hacer referencia a la legislación del Estado en el que se reclama la nacionalidad²⁵. Este enfoque es coherente con la soberanía del Estado a la hora de determinar los criterios de nacionalidad²⁶. Se ha planteado con polémica el tema de los ciudadanos con doble nacionalidad que presentan demandas de inversión entre un Estado receptor y un Estado contratante²⁷. También existe en algunos casos un debate sobre si el origen del capital y la existencia (o no) de un movimiento transfronterizo de capital es un componente de la calificación de la inversión como "extranjera".

La nacionalidad de las entidades jurídicas o personas jurídicas viene determinada por los criterios de constitución o la sede de la empresa, con sujeción a los acuerdos, tratados y legislación pertinentes²⁸. Algunos tratados establecen requisitos adicionales para la protección en virtud del tratado, como el ejercicio efectivo de la actividad empresarial en el Estado de origen. Incluso cuando estos requisitos adicionales no están presentes, los tribunales suelen llevar a cabo una revisión de la definición de "inversor" según el tratado²⁹. En consecuencia, los inversores recurren con frecuencia a estructuras corporativas particulares para garantizar la protección del tratado de inversión³⁰. Los tribunales han declarado válido este tipo de estrategias corporativas a menos que se lleven a cabo con falta de buena fe, o como una "manipulación abusiva del sistema"³¹ en el caso de reclamaciones surgidas antes de la

²⁴ Para consultar una decisión reciente sobre nacionalidad y jurisdicción *ratione personae*, véase, 1. Alberto Carrizosa Gelzis, 2. Felipe Carrizosa Gelzis, 3. Enrique Carrizosa Gelzis c. La República de Colombia, Caso PCA No. 2018-56, Laudo (7 de mayo de 2021).

²⁵ Véase, por ejemplo, la decisión en este sentido: *Hussein Nuaman Soufraki v. The United Arab Emirates*, Caso CIADI No. ARB/02/7, Laudo (7 de julio de 2004), párrafo 55. Otros casos siguen una línea similar.

²⁶ Algunos tratados también incluyen requisitos adicionales como la residencia (véase, por ejemplo, el art. 1(3)(b) del Tratado entre la República Federal de Alemania y el Estado de Israel relativo al fomento y la protección recíproca de las inversiones, firmado el 24 de junio de 1976, que entró en vigor el 14 de abril de 1980), o el domicilio (véase, por ejemplo, el Art. 1 del Acuerdo entre el Gobierno de Dinamarca y el Gobierno de la República de Indonesia relativo al fomento y la protección recíproca de las inversiones, firmado el 30 de enero de 1968, que entró en vigor el 10 de marzo de 1970).

²⁷ La Comisión de Derecho Internacional abordó el tema en el 58º período de sesiones de la Comisión de Derecho Internacional, Ginebra, del 1 de mayo al 9 de junio y del 3 de julio al 11 de agosto de 2006, Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades derivadas de la diversificación y expansión de derecho internacional, Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional, finalizado por Martti Koskenniemi, A/CN.4/L.682 (en adelante "Informe de fragmentación de la CDI"), disponible en:

https://legal.un.org/ilc/documentation/spanish/a_cn4_l682.pdf. Fecha de consulta: 3 de marzo de 2022, p. 218 y ss.

²⁸ *AES Corporation v. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/17, Decisión sobre Jurisdicción (26 de abril de 2005), párrafo 78; *Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. v. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/00/5, Decisión sobre Jurisdicción 27 de septiembre de 2001; *Aguas del Tunari, S.A. v. República de Bolivia*, Caso CIADI No. ARB/02/3, Decisión sobre Jurisdicción 21 de octubre de 2005; *Mobil Corporation, Venezuela Holdings, B.V., et al. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI núm. ARB/07/27, Decisión sobre competencia, 10 de junio de 2010.

²⁹ Este fue el caso, por ejemplo, en *Mobil Corporation, 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 165. Pero véase: *TSA Spectrum de Argentina S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/05/5, Laudo (19 de diciembre de 2008), párrafos. 160-162.

³⁰ Este procedimiento fue reconocido como válido, por ejemplo, en *Aguas del Tunari S.A. c. República de Bolivia*, Caso CIADI No. ARB/02/3, Decisión sobre las excepciones en materia de jurisdicción opuestas (21 de octubre de 2005), párrafo 330.

³¹ Véase, por ejemplo, *Mobil Corporation Venezuela Holdings B.V. c. República Bolivarianna de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/07/27, Decisión sobre Jurisdicción (10 de junio 2010), párrafo 176. Véase también *Tidewater Inc.*

reestructuración corporativa³². No obstante, existe un debate en curso sobre la cuestión, especialmente cuando el control de la entidad corporativa recae en nacionales del Estado receptor. En el caso Venoklim, el tribunal se refirió al principio rector de la jurisdicción *rationae personae* del CIADI que pretende evitar que los nacionales actúen contra su propio Estado y, sin embargo, permitir que las entidades nacionales controladas por extranjeros tengan la oportunidad de arbitrar sus disputas³³. De lo contrario, todos los grupos empresariales del mundo podrían convertir sus activos en inversiones extranjeras simplemente con la interposición de una entidad extranjera en su cadena de mando para acceder al mecanismo de solución de diferencias del CIADI³⁴.

V. Inversiones extranjeras – alternativas a las resoluciones de litigios

La existencia de mecanismos de derecho internacional no elimina la necesidad de fomentar el desarrollo de recursos judiciales nacionales en los que los derechos se adjudiquen de manera imparcial, justa y predecible. Sin embargo, los tribunales nacionales no siempre ofrecen un entorno adecuado para la resolución de demandas en materia de inversiones internacionales. En consecuencia, han surgido otros mecanismos para la solución de controversias.

Históricamente, los inversionistas extranjeros que habían sido perjudicados en una transacción internacional invocaban la protección diplomática de sus Estados para hacer valer sus reclamos³⁵. En la era moderna, el arbitraje se ha convertido en un amplio mecanismo para la resolución de conflictos relacionados con inversiones. En efecto, aunque se siguen utilizando mecanismos locales o nacionales para la resolución de litigios en general, el arbitraje se ha consolidado en la actualidad como el principal método para la resolución de controversias internacionales entre Estados e inversionistas extranjeros, ya sean personas naturales o jurídicas (tales como corporaciones)³⁶.

VI. Arbitraje internacional e inversiones extranjeras

Entre estas alternativas, el arbitraje ofrece un punto medio entre la presentación de disputas internacionales ante los tribunales nacionales y la intervención del Estado a través de la protección diplomática. Al someter una controversia al arbitraje, las partes confían a uno o varios árbitros la solución del conflicto derivado de su acuerdo, lo cual presenta ciertas ventajas. Es una alternativa a las decisiones de los tribunales nacionales compuestas por funcionarios públicos en lugar de árbitros expertos en la materia. Ofrece un carácter definitivo, a diferencia de la incertidumbre típica de los mecanismos de

y otros *c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/10/5, Decisión sobre Jurisdicción (8 de febrero de 2013), párrafo 146.

³²Estos casos históricos de abuso del proceso (en los que dicho abuso funcionaba como barrera a la reestructuración) no eran casos en los que los nacionales del Estado receptor tuvieran el control. Esta es una diferencia sustancial con respecto a la situación actual; permitir que los nacionales accedan al arbitraje simplemente para discutir la estructura jurídica constituiría una burla del sistema. Para los casos en los que el control de la empresa está en manos de nacionales, los requisitos no son necesariamente los mismos y deben analizarse desde una perspectiva integral y no meramente desde un punto de vista formal.

³³ *Venoklim Holding B.V. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/12/22. (3 abril 2015), párrafos 154 – 156;

³⁴ *Agroinsumos Ibero-Americanos, S.L., Inica Latinoamericana, S.L., Proyefa Internacional, S.L., Verica Atlántica, S.L. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/16/23 (23 marzo 2022).

³⁵ Un ejemplo reciente es la siguiente decisión de la Corte Internacional de Justicia (CIJ): *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*. Sentencia del 30 de noviembre de 2010 y Sentencia del 19 de junio de 2012.

³⁶ Véase, UNCTAD Investment Policy Hub, <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement> Grupo Banco Mundial, Base de datos de casos del CIADI, <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database> ISLG Investment Treaty Arbitration Law, <https://www.italaw.com/>, (Fecha de consulta: 20 de septiembre de 2023). Además, existen otras bases de datos que funcionan mediante suscripción.

apelación de los sistemas judiciales nacionales y, por lo general, los laudos arbitrales solamente pueden examinarse desde la óptica de la equidad procesal, la jurisdicción y el orden público. En consecuencia, los árbitros disponen de un amplio margen para aplicar el derecho sustantivo³⁷. Sin duda, las partes que eligen el arbitraje frente a los procedimientos judiciales pueden esperar algunas diferencias en el manejo de las fuentes jurídicas del derecho, así como en el propio proceso.

En las últimas décadas, el arbitraje comercial internacional, el cual se utiliza para resolver controversias entre particulares ha vuelto a cobrar impulso. El arbitraje comercial tiene varias características propias que lo distinguen del arbitraje laboral y de consumo, que también han experimentado recientemente una expansión. La principal institución que ofrece servicios de solución de controversias en arbitraje comercial internacional es la Cámara de Comercio Internacional³⁸.

La presente Guía se centra en el arbitraje internacional de inversiones y, en particular, en la evolución del derecho sustantivo aplicable que ha traído consigo la explosiva expansión de dicho arbitraje en los últimos años, principalmente en el marco del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)³⁹. Otros foros también están cobrando importancia, en particular, la Corte Permanente de Arbitraje (CPA), entidad que ha desempeñado un papel pionero en el arbitraje internacional contemporáneo en materia de inversiones, papel que promete ampliarse en los próximos años⁴⁰.

VII. Confusión entre derecho público y privado y arbitraje de inversiones

En la antigua Roma, Ulpiano relacionaba el derecho público con el Estado y el derecho privado con el individuo⁴¹. Siglos más tarde, Francis Bacon se refirió al derecho público como el sostén del Gobierno y al derecho privado como el sostén de la propiedad⁴². Así es como la interacción entre particulares y el Estado —en temas como el derecho constitucional, administrativo, penal y fiscal— entran en el ámbito de la interpretación clásica del derecho público, mientras que el derecho privado rige las relaciones entre particulares, en áreas tales como propiedad, contratos, agravios y enriquecimiento indebido.

Las distinciones entre derecho público y privado pueden servir como una guía primitiva e inicial. Sin embargo, no hay consenso sobre dónde acaba uno y empieza el otro. Además, en el siglo XXI se ha tornado aún más confusa la división entre derecho público y privado, pues las actividades mercantiles implican tanto los intereses reguladores de los Estados como su conducta comercial. En esta zona gris existen campos enteros del derecho: contratos administrativos, regulación de empresas y derecho de patentes, por citar algunos. El Estado también actúa como parte comercial en diversos acuerdos legales que comprenden desde la compra y venta de propiedades, contratos con ciudadanos y extranjeros hasta inversiones en empresas privadas, empresas conjuntas y empresas estatales.

Aunque el derecho internacional público y el privado surgieron de un único derecho internacional de las naciones, la estrecha relación entre ambos comenzó a desvanecerse en el siglo XIX. En los

³⁷ Por supuesto, tal latitud debe ejercerse con cautela. Por ejemplo, el artículo 52 del Convenio del CIADI establece las causas de anulación por extralimitación manifiesta de facultades, entendida ésta como la inaplicación de la ley aplicable o la asunción o rechazo indebidos de la competencia. En este sentido, al menos bajo este Convenio, no parece que los árbitros tengan un amplio poder para determinar el derecho aplicable, sino que existe un único derecho sustantivo aplicable y que su falta de aplicación implica la nulidad del laudo.

³⁸ Véase <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/rules-of-arbitration>. Fecha de consulta: 3 de marzo de 2022.

³⁹ *Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados*, 18 de marzo, 1965, Washington, 17 UST 1270, TIAS 6090, 575 UNTS 159.

⁴⁰ Véase en: <https://pca-cpa.org/es/home/> (Fecha de consulta: 3 de marzo de 2022).

⁴¹ Las Instituciones de Justiniano, libro I, capítulo 1, 4.

⁴² E. Works of 1803, VII, 440.

primeros años del siglo XX preveía la noción de que ambas eran disciplinas totalmente diferentes. En general, se entendía que mientras el derecho internacional público se ocupa de las relaciones entre Estados soberanos y organizaciones internacionales, el derecho internacional privado se ocupa de las transacciones entre particulares y entidades privadas.

Sin embargo, este concepto ya no es exacto. El derecho internacional público se ocupa de los derechos y obligaciones de los particulares y otras entidades no estatales, como las empresas internacionales. El derecho internacional privado no se limita a la normativa nacional, sino que también incluye normas y procedimientos internacionales aplicables a las relaciones de derecho privado. La relación entre el derecho internacional público y privado ha resultado ser mucho más matizada de lo que sugerían las distinciones tradicionales. Durante mucho tiempo, la separación teórica entre ambas disciplinas ha ocultado los lazos funcionales que existen entre ambas. Además, los conceptos de derecho internacional público (inmunidad del Estado) y de derecho internacional privado (jurisdicción, conflicto de leyes, actos del Estado, no justiciabilidad) se aplican a menudo juntos en el mismo litigio.

Aunque la distinción entre derecho internacional público y derecho internacional privado puede resultar cada vez menos pertinente, aún debe tenerse en cuenta dada la situación actual. En un mundo globalizado que presenta una estructura jurídica moderna de múltiples niveles, el derecho internacional privado y el derecho internacional público deben considerarse complementarios. Además, los juristas especializados en derecho internacional público disponen de una serie de técnicas de razonamiento jurídico, pero no queda claro si son apropiadas para abordar diversas cuestiones que surgen en la actualidad. En tales casos, es posible que surjan métodos más útiles del derecho internacional privado para abordar estas cuestiones, una alternativa que se considera más adelante en esta Guía.

En el arbitraje internacional de inversiones las controversias se examinan desde las perspectivas tanto del derecho público como del privado. Por ejemplo, en el caso *PSEG vs. Turquía*, uno de los problemas centrales era un contrato de concesión y su estatuto definitivo de derecho privado⁴³. Como se ha ilustrado en varios casos, los tribunales de inversiones pueden hacer uso tanto de derecho internacional público como del privado en cuestiones relacionadas con la jurisdicción⁴⁴ o con la aplicabilidad de las normas de elección de derecho⁴⁵.

VIII. Fuentes de protección jurídica para las inversiones internacionales

Son varias las fuentes que pueden regir los derechos y obligaciones sustantivos y procesales del régimen de inversiones extranjeras en un país determinado. La legislación nacional en la materia suele incluir normativas específicas en ámbitos como la propiedad, los impuestos, el control de divisas, la transferencia de tecnología, las obligaciones ambientales y la gobernanza empresarial. Por lo general, esta legislación nacional se aplicará a cualquier demanda judicial presentada en el territorio del Estado receptor y también puede servir como fuente residual de derecho para colmar lagunas o con fines interpretativos. Asimismo, podrá invocarse la protección de las inversiones extranjeras que ofrece el

⁴³ Véase *PSEG vs. Turquía*, Caso CIADI N.º ARB/02/5, Laudo, (19 de enero de 2007), especialmente en el § 194.

⁴⁴ Por ejemplo, en *Amco vs. Indonesia*, el consentimiento al arbitraje se interpretó tanto sobre la base del derecho internacional privado de Indonesia como del Convenio CIADI. *Amco v. Rep. de Indonesia*, Caso CIADI N.º ARB/81/1, 1 ICSID Rep. 398 (1983). En el caso *SPP vs. Egipto*, el Tribunal recurrió tanto a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (según el derecho internacional público) como a las normas de interpretación de las leyes de Egipto (según el derecho internacional privado). *SPP(ME) contra República Árabe de Egipto*, Caso CIADI N.º ARB/84/3, 3 ICSID Rep. 142 (1988).

⁴⁵ *Fedax N.V. vs. Rep. de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/96/3, § 30 (1998). *Maffezini vs. Reino de España*, Caso CIADI N.º ARB/97/7, 5 ICSID Rep. 419, §§ 50-57, 77 (2000). *Antoine Goetz vs. República de Burundi*, Caso CIADI N.º ARB/95/3, 6 ICSID Rep. 3 (1999). *Wena Hotels*, Caso CIADI N.º ARB/98/4.

derecho interno del Estado receptor en las demandas internacionales, siempre que el tribunal sea competente para ello.

La violación de un tratado internacional multilateral suele ser lo que desencadena una demanda y el propio tratado es la fuente de las normas que regirán el litigio, al imponer un conjunto de normas sustantivas de protección ambiguas, como garantías de no expropiación sin compensación⁴⁶ o de un trato⁴⁷ justo y equitativo, entre otras.

Las leyes o códigos de inversión de la mayoría de los regímenes jurídicos nacionales tratan principalmente temas administrativos y no suelen contener disposiciones que determinen el derecho aplicable. A su vez, los tratados suelen establecer amplias normas de protección, pero no entran en detalles sobre el derecho aplicable y sus particularidades⁴⁸. Si bien los mecanismos de arbitraje se refieren principalmente a los aspectos procesales de la resolución de conflictos y pueden incluir también una disposición sobre el derecho sustantivo aplicable, esto también plantea varias interrogantes que se examinarán más adelante en esta Guía, en las partes 10 y siguientes.

Aunque el arbitraje suele ser el mecanismo de resolución de disputas “predeterminado” en la mayoría de los tratados de inversión, no siempre es así en la legislación nacional de los Estados de la región⁴⁹. Por lo tanto, en este contexto resulta evidente la importancia de los tratados de inversión para el arbitraje. Sin embargo, si surge una demanda de inversión en virtud de un tratado de esta índole, sólo el Estado está obligado a aceptar este recurso al arbitraje; los inversores no están obligados a hacerlo. Esto plantea la cuestión de si, en ausencia de relación contractual directa, se puede recurrir al arbitraje. Este

⁴⁶ *Metalclad Corporation c. Estados Unidos Mexicanos*, CIADI Caso No. ARB(AF)/97/1, Laudo (30 de agosto de 2000), *Marvin Roy Feldman Karpa c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/99/1, Laudo, 16 de diciembre de 2002; *CMS Gas Transmission Co. vs. República Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/01/8, Laudo, 12 de mayo de 2005; *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/97/3, Laudo, 20 de Agosto de 2007; *Merrill and Ring Forestry L.P. c. Canada*, Caso CIADI No. UNCT/07/1, Laudo, 31 de marzo de 2010; *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/19, Laudo, 30 de julio de 2010; *Burlington Resources Inc. c. República del Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/08/5, Decisión sobre Responsabilidad, 14 de diciembre de 2012; *Tidewater Inc., Tidewater Investment SRL, Tidewater Caribe, C.A., et al. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/10/5, Laudo, 13 de marzo de 2015; *Casinos Austria International GmbH and Casino Austria Aktiengesellschaft c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/14/32, Laudo, 5 de noviembre de 2021.

⁴⁷ *Azurix Corporation c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/12, Laudo (14 de julio de 2006); *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. y LG&E International, Inc. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/1, Decisión sobre Responsabilidad (3 de octubre de 2006); *I Impregilo S.p.A. c. República Argentina*, Caso CIADI núm. ARB/07/17, Laudo de fecha 21 de junio de 2011; *El Paso Energy c. Argentina*, Caso CIADI n.º ARB/03/15, Laudo de fecha 31 de octubre de 2011; *Apotex Holdings Inc. and Apotex Inc. c. Estados Unidos de América*, Caso CIADI No. ARB(AF)/12/1, Laudo de fecha 25 de Agosto de 2014; *Infinito Gold Ltd. c. República de Costa Rica*, Caso CIADI No. ARB/14/5, Laudo de fecha 3 de junio de 2021; *Lion Mexico Consolidated LP c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/15/2, Laudo de fecha 20 de septiembre de 2021.

⁴⁸ Las cláusulas suelen redactarse en términos muy generales, palabras del tenor siguiente: "El Tribunal Arbitral emitirá su decisión basándose en las normas del presente Acuerdo, en las de otros acuerdos que rijan la relación de las Partes, en la legislación vigente en el Estado en el que se realizaron las inversiones y en los principios universalmente reconocidos del derecho internacional". Véase también el lenguaje estándar de los modelos establecidos por el Grupo del Banco Mundial o la UNCTAD, etc..

⁴⁹ Un ejercicio útil sería elaborar una lista de los Estados de la región cuya legislación nacional opta efectivamente por el arbitraje con los inversores extranjeros en caso de litigio, al margen de cualquier compromiso de arbitraje impuesto por los tratados de inversión.

punto se resolvió afirmativamente en el famoso caso *SPP c. Egipto*⁵⁰. Después de esta sentencia se dictaron varias decisiones del CIADI en las que se invoca la propuesta unilateral de arbitraje. Por lo tanto, los acuerdos de jurisdicción del CIADI pueden ser expresados por los Estados en contratos de inversión, en tratados o en su legislación nacional.

Aparte del propio tratado, otras fuentes del derecho internacional público también pueden aplicarse y añadir salvaguardias adicionales. Tal es el caso del derecho internacional consuetudinario que puede ser pertinente, por ejemplo, en cuestiones que no se abordan o que pueden ser complementarias del tratado de inversión, tales como la nacionalidad o las normas de trato. Véase la Parte 3, sección III, subsección E.

IX. Antecedentes Contextuales

Los orígenes de la protección jurídica de las inversiones extranjeras se remontan a la antigüedad; sin embargo, la evolución que condujo al estado actual de las cosas comenzó a desarrollarse en la Edad Media. En aquella época, las florecientes ciudades de la Europa occidental medieval intentaban atraer a los mercaderes extranjeros celebrando tratados comerciales que garantizaban la libertad de comercio y eximían de impuestos la circulación de mercancías. El acuerdo más antiguo del que se tiene constancia data del año 840 entre Venecia y Pavía, mientras que otros se extendieron a lo largo de los siglos en Europa e incluso fuera del mundo cristiano latino. Los gobernantes también ofrecían ayuda a los mercaderes que habían sido maltratados presentando reclamos en su nombre contra Gobiernos extranjeros.

En las relaciones internacionales, las cláusulas de arbitraje aparecieron por primera vez en los tratados ya en el siglo XII, pero no se generalizaron sino hasta finales del siglo XIII. Utilizando la terminología moderna, las demandas de arbitraje internacional correspondían en su mayoría a procesos de mediación o de amigable composición. Sin embargo, la terminología utilizada en estos procesos era imprecisa.

En la Edad Media, se hizo difícil distinguir entre procedimientos de arbitraje privados y públicos, ya que se traslapaban ambos mecanismos. Por ejemplo, los conflictos entre dos príncipes pasaban a menudo de la esfera privada a la pública. Cualquier intento procústeo de situar los procedimientos de arbitraje medievales en un marco categórico moderno resultó inútil.

A. Protección de las inversiones en el nacimiento del derecho internacional público

En sus principios, el derecho internacional público tomó prestados conceptos jurídicos del antiguo derecho privado gracias a la labor académica de juristas como Hugo Grocio, Francisco de Vitoria, Alberico Gentile y Emer de Vattel, en el siglo XVII hicieron justificaciones para proteger los intereses económicos de Europa occidental derivados de sus inversiones en las incipientes colonias.

Los soberanos y los Gobiernos se asesoraban de expertos formados como abogados civiles, que centraban su atención en los asuntos jurídicos de los Estados. El derecho internacional moderno se desarrolló a partir de la Paz de Westfalia en 1648 hasta mediados del siglo XIX, época durante la cual la mayoría de los expertos eran juristas formados en el sistema romano. Por ello, no es de extrañar que la fuente histórica del derecho internacional sea el derecho romano, en particular el derecho aplicable a todos los pueblos del Imperio Romano (*ius gentium*), que se fusionó con el antiguo derecho civil (*ius civile*) romano en un único sistema en los últimos tiempos de ese imperio.

Tras las hostilidades a las que puso fin el Tratado de Utrecht en 1713, los Estados comenzaron a celebrar tratados que incorporaban disposiciones de protección de la propiedad y de los intereses

⁵⁰ Véase *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited c. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI No. ARB/84/3, Decisión sobre Jurisdicción (14 de abril de 1988), párrafo 118.

económicos⁵¹. Una red de instrumentos similares dominaba el panorama jurídico europeo a mediados del siglo XVII. Estos textos fueron los antecedentes de los modernos tratados bilaterales de inversión (TBI). Abarcaban una amplia gama de cuestiones que van más allá de la inversión y el comercio, incorporando también disposiciones en materia de migración, impuestos y asuntos que hoy se entienden como derechos humanos.

Ciertas normas mínimas de protección acabaron por consolidarse con el tiempo gracias a su adopción en numerosos tratados de “amistad, comercio y navegación”, y a través de la creación de tribunales internacionales especiales o “comisiones mixtas de reclamos” que resolvían litigios internacionales en materia de inversiones y que, como resultado, crearon poco a poco una jurisprudencia rudimentaria.

La jurisprudencia de la época utilizaba con frecuencia conceptos arraigados en el *ius gentium* del derecho privado romano y que estaban en progresivo desarrollo tras la Edad Media y Moderna, como la buena fe, la preclusión, el estricto cumplimiento y el enriquecimiento injusto. Los fallos que se dictaron sobre esta base se reconocieron como normas establecidas dentro del derecho internacional público. Así, durante siglos, el derecho privado ha dado forma al derecho internacional público. ¿Qué mejor que la *ratio scripta*⁵² —que es como se aplicaba el derecho romano— para salvar las lagunas de una incipiente disciplina como esta? Su idoneidad se vio reforzada con la sólida protección romana del derecho de propiedad, el reconocimiento de una indemnización adecuada por daños y perjuicios y la defensa de la inviolabilidad de los contratos; en otras palabras, todos los ingredientes deseados por quienes abogaban por una protección jurídica significativa de los intereses económicos europeos en toda la extensión de sus imperios coloniales.

B. Tratados de amistad, comercio y navegación

La opinión de Grocio de que el derecho local no debía aplicarse a los europeos, que ya estaban sujetos a un “derecho más civilizado”, quedó consagrada en los tratados de amistad, comercio y navegación. Esta exclusión fue esencial para garantizar que los inversionistas recibieran mejor trato que los nativos en las comunidades locales. La legislación local disponía a menudo castigos extremos, como la ejecución por delitos menores, haciendo hincapié con ello en la necesidad de mantener el orden en un entorno carente de presencia militar permanente.

Con el tiempo, el trato preferencial dispensado a los extranjeros fue desapareciendo en favor de la noción de un nivel mínimo internacional de protección. Esta norma ha sobrevivido hasta nuestros días como principio del derecho internacional consuetudinario, ofreciendo un control sobre la arbitrariedad del ejercicio del poder del Estado sobre los individuos⁵³.

Los tratados de amistad, comercio y navegación brindaron un marco de protección internacional para las inversiones extranjeras. También fueron fuentes de normas transnacionales, ya que existían traslapes en muchos tratados internacionales e incluían una serie de derechos básicos concedidos a los

⁵¹Tratado de Paz y Amistad entre Gran Bretaña y España, firmado el 13 de julio de 1713, 28 Consol. TS 295, artículos VII, VIII, IX, XV.

⁵² Eran literalmente “razones escritas”.

⁵³ Como se refleja, por ejemplo, en: *Pope & Talbot Inc. c. Gobierno de Canadá, Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)*, Laudo sobre Fondo de fecha 10 de abril de 2001; *Mondev International Ltd. c. Estados Unidos de América, Caso CIADI No. ARB(AF)/99/2*, Laudo de fecha 11 de octubre de 2002; *ADF Group Inc. c. Estados Unidos de América, Caso CIADI No. ARB (AF)/00/1*, Laudo de fecha 9 de enero de 2003; *Gami Investments Inc. c. Mexico, CNUDCI*, Laudo de fecha 15 de noviembre de 2004; *International Thunderbird Gaming Corporation c. Estados Unidos Mexicanos, CNUDMI*, Laudo del 26 de enero de 2006; *Azurix Corp. c. República Argentina, Caso CIADI No. ARB/01/12*, Laudo de fecha 14 de julio de 2006; *Glamis Gold, Ltd. c. Estados Unidos de América, CNUDMI*, Laudo de fecha 8 de junio de 2009.

individuos en sus actividades comerciales. Los comerciantes se beneficiaron también de estas disposiciones, aunque no fueran parte en estos tratados. El trato igual a extranjeros y nacionales en materia de impuestos y acceso a la justicia solía también incluirse y más tarde se convirtió en algo habitual; lo mismo ocurrió con lo que más tarde se conoció como la “cláusula de la nación más favorecida” (NMF): cada parte tenía derecho a recibir el mismo trato en virtud de la legislación del Estado local y a que se le dispensara el mismo trato favorable que las partes de otras nacionalidades⁵⁴.

Como lo sugiere el nombre de estos tratados y contrariamente a los modernos TBI, los tratados de amistad, comercio y navegación no fueron exclusivamente (ni siquiera principalmente) vehículos para proteger las inversiones en el extranjero. Los tratados incluían algunas protecciones para los inversionistas, pero su primordial objetivo era promover el comercio internacional y mejorar las relaciones internacionales, permitiendo el acceso a los puertos y concediendo derechos de navegación a través de aguas territoriales.

Estos tratados celebrados por las principales potencias coloniales durante siglos se convirtieron incluso en parte habitual de la política de inversión extranjera de Estados Unidos hasta después de la Segunda Guerra Mundial. Sin embargo, su popularidad se había ya desvanecido en los años 60. Los países que obtuvieron su independencia después de la Segunda Guerra Mundial a menudo no estaban dispuestos a aceptar las obligaciones contenidas en esos acuerdos, lo que dio lugar al nacimiento de un nuevo tipo de protección de inversiones consagrado en los TBI.

C. Comisiones mixtas internacionales de reclamaciones

A pesar de que el arbitraje es uno de los mecanismos más antiguos de solución de controversias internacionales, su popularidad había disminuido constantemente después de la Edad Media hasta que resurgió con las comisiones mixtas de reclamaciones, establecidas con el Tratado de Jay de 1794. Este instrumento es considerado el predecesor de los métodos modernos imperantes para resolver demandas de inversiones internacionales.

En el Tratado de Jay se estipuló la creación de tribunales (o comisiones) mixtos de reclamaciones con sus respectivos árbitros en turno. Esto permitió a los Estados, por primera vez, eludir los canales diplomáticos directos en sus negociaciones. A diferencia de las modernas comisiones, esos tribunales mixtos de reclamaciones seguían un procedimiento estrictamente jurídico y dictaban laudos fundamentados. Influyeron notablemente en el desarrollo del derecho internacional público al afirmar que un laudo arbitral debe ajustarse necesariamente a los principios esenciales del derecho de gentes (*ius gentium*).

Las principales cuestiones que trataban esas comisiones se relacionaban con la magnitud de los daños y el derecho del tribunal a determinar su propia jurisdicción. Varios de los laudos dictados tomaron prestadas soluciones del derecho privado en asuntos relacionados con daños y perjuicios, prescripción y admisión. Los fallos que se dictaron sobre esta base se reconocieron como normas establecidas dentro del derecho internacional público.

Estos tribunales conocieron muchos casos y surgió así una importante jurisprudencia. En el transcurso de cinco años, las comisiones mixtas de reclamaciones creadas en virtud del Tratado de Jay emitieron 536 laudos.

⁵⁴ Algunos ejemplos de casos modernos que tratan esta norma son los siguientes: *National Grid plc c. República Argentina*, CNUDMI, Decisión sobre competencia, 20 de junio de 2006; *Archer Daniels Midland Company y Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, CIADI Caso No. ARB (AF)/04/5, Laudo de fecha 21 de noviembre de 2007; *Corn Products International, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB (AF)/04/1, Decisión sobre responsabilidad, 15 de enero de 2008; *Señor Tza Yap Shum c. República del Perú*, Caso CIADI No. ARB/07/6, Decisión sobre jurisdicción de fecha 19 de junio de 2009.

Estas comisiones mixtas sirvieron también de modelo para muchos de los tribunales permanentes que Estados Unidos formó con los Estados latinoamericanos en el siglo XIX.

Estas comisiones mixtas de reclamaciones dejaron de existir al retirarles su apoyo Gran Bretaña. No obstante, los Estados se mostraron cada vez más dispuestos a aceptar el arbitraje. A finales del siglo XIX y principios del XX, se habían celebrado aproximadamente 300 tratados bilaterales de arbitraje.

D. Evolución en América Latina

El lento desarrollo inicial del régimen jurídico de las inversiones extranjeras internacionales puede explicarse por referencia a la expansión colonial de los siglos XVIII y XIX. En aquella época, la protección de que gozaban las potencias coloniales era en gran medida suficiente para que invirtieran con seguridad en sus colonias sin más salvaguardias jurídicas. Por lo tanto, no existía una necesidad apremiante de desarrollar el derecho internacional público con el fin de proteger las inversiones.

En este contexto, las potencias coloniales utilizaron la fuerza para garantizar la aplicación extraterritorial de su legislación nacional con el fin de proteger los derechos de los inversionistas. Esta estrategia, conocida como diplomacia de cañoneras, fue en muchos sentidos un antecedente de la protección diplomática moderna. Con la diplomacia de cañoneras, los Estados ejercían su discreción para intervenir en nombre de sus ciudadanos en el extranjero, exigiendo protección y compensación directamente al Estado anfitrión.

El desarrollo de un sistema internacional de atribución de responsabilidad por daños causados a la propiedad de extranjeros se produjo principalmente en regiones sin régimen colonial, sobre todo en América Latina. En el siglo XIX, los países latinoamericanos defendieron la aplicación de sus propias leyes y constituciones, mientras que Estados Unidos insistía en aplicar las normas internacionales. Esa tensión dio lugar a la llamada “doctrina Calvo” que debe su nombre al jurista argentino Carlos Calvo (1822-1906), cuyas opiniones lograron una gran aceptación en la región.

E. La doctrina Calvo

Esta doctrina propugnaba la aplicación de las leyes nacionales de los países receptores de inversiones extranjeras y la supremacía judicial de los tribunales nacionales sobre los internacionales, los cuales casi no existían en esa época. Por ello, los inversionistas tendrían poca necesidad de protección diplomática de sus propios Gobiernos.

La doctrina Calvo planteó la siguiente interrogante: ¿Tiene sentido que la Cláusula Calvo se exprese como una obligación para los inversionistas extranjeros de renunciar a la protección diplomática si ésta se entiende como un atributo plenamente discrecional del Estado? Si la concesión de la protección diplomática es un derecho del Estado y no un derecho del particular, ¿es procedente que el particular negocie los derechos del Estado? Los críticos observaron que esta doctrina contravenía las salvaguardias necesarias para el florecimiento de la inversión extranjera, ya que los países receptores podían alterar las normas de protección —como lo han hecho en repetidas ocasiones mediante cambios en su normativa— y, en consecuencia, podrían dejar a esas empresas a merced de las vicisitudes políticas nacionales y de las sentencias de los tribunales locales, moldeados por la idea “en mi casa, mis reglas”. La doctrina Calvo se extendió a regiones más allá de América Latina. En casos posteriores, incluso en el marco de las Naciones Unidas en los años 60 y 70, se han hecho eco también de esa doctrina.

La Doctrina Calvo dio lugar a la cláusula Calvo, una disposición contractual en virtud de la cual el inversionista se compromete a que el Estado en cuestión se pronuncie sobre cualquier controversia que pueda surgir entre las partes contratantes. No obstante, la validez o no de la Cláusula Calvo se convirtió en una de las cuestiones más controvertidas dentro de la diplomacia y la jurisprudencia internacionales. Aquellos que abogaban por su nulidad argumentaban que los Estados tenían derechos inherentes a presentar demandas en nombre de sus nacionales por violaciones de sus derechos como inversionistas extranjeros. Cualquier renuncia en ese sentido no podía hacerse valer frente a un Estado extranjero.

De hecho, en pocos fallos se ha admitido la total validez de la cláusula Calvo. Se le ha declarado válida solo cuando la relación en cuestión es entre el inversionista extranjero y el Estado demandado. Sin

embargo, no ocurre lo mismo con los asuntos entre la parte perjudicada y el Estado demandante. La cláusula Calvo no se ha tenido en cuenta en caso de denegación de justicia, e incluso se le ha declarado categóricamente nula en tales situaciones⁵⁵.

En el Tercer Informe sobre la Protección Diplomática de la CDI a la Asamblea General de Naciones Unidas, el Relator Especial señaló que la cláusula Calvo tenía una validez limitada, en el sentido de que no constituía un completo impedimento a la intervención diplomática. Además, un extranjero no podía mediante la Cláusula Calvo renunciar a derechos que, según el derecho internacional, correspondían a su Gobierno⁵⁶.

La mayoría de los países latinoamericanos abandonaron la doctrina Calvo cuando adoptaron los tratados bilaterales de inversión en forma masiva. En particular, el reciente Tratado entre los Estados Unidos de América, los Estados Unidos Mexicanos y Canadá elimina el recurso a los mecanismos internacionales de solución de controversias entre Estados Unidos y Canadá⁵⁷. Sin embargo, el retorno a la doctrina Calvo podría producirse de facto si los Estados siguieran el ejemplo de la UNCTAD y sustituyeran los tratados por otros tan limitados en lo que respecta al recurso a los mecanismos internacionales de solución de controversias que pocos demandantes los utilizarían.

F. Creación del primer tribunal mundial de arbitraje

La solución de controversias entre Estados por medio del arbitraje se había generalizado después de 1815 como resultado de su uso frecuente entre las jóvenes repúblicas latinoamericanas. Hacia finales del siglo XIX, se hizo necesario introducir mecanismos de arbitraje no solo para las controversias existentes, sino también para hacer frente a las posibles reclamaciones futuras entre Estados. Esta idea se cristalizó con la creación de la CPA.

La Corte Permanente de Arbitraje (CPA) surgió a través del Convenio para el Arreglo Pacífico de los Conflictos Internacionales⁵⁸ que entró en vigor en 1900. El principal logro del Convenio fue la creación de lo que a veces se denomina el primer tribunal internacional, que se ocupa no solo del arbitraje, sino también de otros métodos de resolución pacífica de controversias, como los buenos oficios y la mediación.

El calificativo de “permanente” parecería apropiado, ya que esta institución sigue existiendo hasta nuestros días. La elección del término “corte” tal vez no fue la más acertada, ya que este suele referirse a una resolución de tipo judicial. Además, la “corte” o más bien el “panel” no tiene una vigencia fija ni una existencia continua; después de que los árbitros designados para un panel específico han cumplido su tarea, deben esperar una futura convocatoria que podría o no tener lugar. Evidentemente, el nombre y objetivos de la CPA fueron un mero compromiso para lograr el consenso sobre ese instrumento.

⁵⁵Un fallo destacado en este sentido es el que emitiera la Comisión de Reclamaciones México-Estados Unidos en el caso *North American Dredging Co. of Texas (Estados Unidos vs. Estados Unidos Mexicanos)* (31 de marzo de 1926), reproducido en *American Journal of International Law*, vol. 20 (1926), p. 800.

⁵⁶Véanse este y otros argumentos en Naciones Unidas, Asamblea General “Informe de la Comisión de Derecho Internacional” (Protección diplomática) 54.º período de sesiones (29 de abril a 7 de junio y 22 de julio a 16 de agosto de 2002). Documentos Oficiales, 57.º período de sesiones, Suplemento N.º 10 (A/57/10) cap. V, pág. 146.

⁵⁷Al igual que otros tratados, como el TBI entre Estados Unidos y Australia, el Acuerdo de Inversiones EU- China y la Iniciativa de Comercio Transregional UE-ASEAN.

⁵⁸Sus instrumentos constitutivos son el Convenio para el Arreglo Pacífico de los Conflictos Internacionales de 1899 (29 de julio de 1899, 32 Stat 1779, TS 392) y su revisión de 1907 (18 de octubre de 1907, 36 Stat 2199, 1 Bevans 557).

En el Convenio se estableció también una oficina permanente en La Haya, con funciones similares a las de una secretaría de un tribunal. Además, en el Convenio se establecen normas de procedimiento para regular el desarrollo de los arbitrajes.

La CPA inició operaciones en 1902 y sus primeros dos casos se referían a América Latina. Concretamente, el segundo de ellos se refería a una inversión extranjera en Venezuela⁵⁹.

G. La doctrina Drago, la Convención Porter y la igualdad de los Estados

En la Segunda Conferencia de Paz de La Haya de 1907, los negociadores se esforzaron seriamente por establecer un tribunal internacional de justicia, que solo se materializó años más tarde. Fue esta también la primera conferencia internacional en la que se debatió sobre la legitimación de los individuos para demandar a los Estados ante los tribunales internacionales más allá de las cuestiones de protección diplomática. Posteriormente, los Estados autorizaron a la CPA a utilizar el amplio mandato que se le había otorgado con ésta y las anteriores convenciones de La Haya para llevar a cabo, en 1934, el primer arbitraje en el que intervino una parte no estatal (*Radio Corporation of America vs. China*)⁶⁰. Hasta entonces, la CPA había administrado exclusivamente litigios entre Estados⁶¹.

En la mencionada Conferencia de Paz se adoptó el Convenio para el Arreglo Pacífico de los Conflictos Internacionales⁶², al cual se le conoce también como el Convenio Porter en honor a su principal proponente, el diplomático estadounidense Horace Porter. En este instrumento se concretó la idea de la igualdad soberana de los Estados, piedra angular del derecho internacional contemporáneo.

El Convenio Porter solo ha ocupado un modesto lugar en la historia del derecho internacional, debido a las limitaciones que estableció al uso de la fuerza armada. Se trata ésta de la primera restricción de su tipo incluida en un instrumento multilateral. En este Convenio se estableció también el arbitraje como alternativa al uso de la fuerza, convirtiéndose así en el primer instrumento que garantiza la protección de las inversiones estatales. De esta manera, creó el marco para la celebración de tratados bilaterales de arbitraje que concedían a los inversionistas un motivo de queja directa.

Según la doctrina Calvo, las normas que establece cada Estado deben aplicarse dentro de su propio territorio. En 1902, cuando el Reino Unido, Alemania e Italia impusieron un bloqueo naval contra Venezuela, esta postura fue complementada y acotada por la doctrina Drago, que proponía el Ministro de Relaciones Exteriores de Argentina Luis María Drago. Drago sostenía que los Estados no deben recurrir al uso de la fuerza para cobrar deudas en nombre de sus nacionales. De acuerdo con el derecho internacional, la soberanía del Estado debe conducir a la inmunidad frente a las medidas de ejecución, pero no a la inmunidad frente a la adjudicación.

El Convenio Porter, sin embargo, no prohibía completamente el uso de la fuerza armada para el cobro de deudas en nombre de particulares. Dado que el instrumento dejaba la cuestión de la intervención armada en manos de las potencias inversionistas, y teniendo en cuenta que los Estados latinoamericanos no habían ratificado la Convención (con excepción de México), esta “aceptación” de la doctrina Drago no dispuso los temores y recelos de las naciones de esa región.

⁵⁹ *Preferential Treatment of Claims of Blockading Powers against Venezuela (Alemania, Gran Bretaña e Italia c. Venezuela)*, Laudo final (21 de febrero de 1904).

⁶⁰ *Radio Corporation of America vs. National Government of the Republic of China*, 1934-01, Laudo (13 de abril de 1935). 3 UNRIAA 1621.

⁶¹ Tres tribunales de la CPA conocieron de casos en materia de inversiones: (i) *The Orinoco Steamship Company Case (Estados Unidos de América/Venezuela)*, (1909). 11 UNRIAA 227; (ii) *Demanda Canevaro (Italia/Perú)*, 1910-01, (1910). 11 UNRIAA 227; y (iii) *Arbitraje sobre las Reclamaciones Francesas contra Perú (Francia/Perú)*, (1914). 1 UNRIAA 215.

⁶² Firmado en 1907 y entró en vigor en 1910 (36 Stat 2241, 1 Bevans, 607).

H. Creación y consolidación de la corte mundial de justicia

En 1920, la Sociedad de Naciones aprobó la creación de la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI), que se encargaría no solo de conocer litigios internacionales, sino también de emitir opiniones consultivas sobre cualquier reclamación o cuestión que le remitiera aquella. La CPJI mantuvo su sede permanente en el Palacio de la Paz de La Haya junto a la CPA. A diferencia de esta última, sin embargo, la CPJI se convirtió en un órgano constituido de forma permanente, accesible a los Estados para la solución de controversias internacionales por vía judicial. Entre 1922 y 1940, la CPJI decidió 29 casos contenciosos. Al mismo tiempo, varios centenares de tratados y otros instrumentos internacionales otorgaron a la CPJI jurisdicción sobre litigios.

No obstante, el estallido de la Segunda Guerra Mundial fue la sentencia de muerte para la CPJI. En 1945, la recién establecida Naciones Unidas creó la Corte Internacional de Justicia (CIJ) como uno de sus órganos junto con la Asamblea General, el Consejo de Seguridad y el Consejo Económico y Social, entre otros. Sin embargo, en aras de la continuidad, la CIJ basó su estatuto en el de la CPJI, que se disolvió formalmente en 1946.

La CIJ tiene su sede en La Haya. Se encarga de resolver controversias internacionales y de emitir opiniones consultivas sobre cuestiones jurídicas que le remiten los órganos autorizados de Naciones Unidas y otros organismos especializados. La CIJ está compuesta por 15 jueces elegidos por mandato de nueve años por la Asamblea General y el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. El órgano administrativo permanente de la Corte es su Secretaría⁶³.

Una de las características de nuestra era es la multiplicación de tribunales internacionales. No obstante, no cabe duda de que la CIJ sigue constituyendo la instancia central en materia de disputas internacionales, ya que en ella se dirimen muchos de los casos de mayor repercusión pública. Sin embargo, a pesar de su trascendencia internacional, la CIJ solamente ha desempeñado un papel limitado en la evolución de la jurisprudencia en materia de derecho internacional de inversiones. Dado que su jurisdicción se limita a las controversias entre Estados, la posibilidad de que una controversia en materia de inversión sea presentada ante la CIJ depende de la voluntad de los Estados de someterla a la Corte. Por lo general, muchos Estados han demostrado no estar dispuestos a ejercer ese derecho y la CIJ interpreta el consentimiento de los Estados de manera bastante restrictiva. Además, la Corte se ha mostrado renuente a ir más allá del derecho positivo; es decir, a establecer normas de conducta cuando no existe un tratado pertinente ni pruebas comparables de consenso universal para dirimir un asunto concreto.

Después de la Segunda Guerra Mundial se sometieron a la Corte tres casos relacionados con inversiones extranjeras y todos fueron desestimados. En los tres casos, la CIJ evitó abordar la cuestión subyacente de la responsabilidad del Estado anfitrión frente a los inversionistas extranjeros⁶⁴. Por ejemplo, en el caso *Reino Unido-Irán*⁶⁵, la CIJ determinó que carecía de jurisdicción. De igual manera, en el caso *ELSI*⁶⁶ aportó poco al panorama jurídico internacional existente en materia de inversiones. En el caso *Barcelona Traction*, el más conocido de los casos de inversión de la CIJ⁶⁷, la Corte dictaminó que los acuerdos especiales podrían contener protecciones sustantivas o vías para la solución de controversias. Sin embargo, el derecho consuetudinario no se construiría a partir de estos acuerdos, o al menos no se había consolidado en aquel momento.

⁶³ Disponible en: <<https://www.icj-cij.org/en/court>>. Fecha de consulta: 3 de marzo de 2022.

⁶⁴ A diferencia de lo ocurrido en el caso *Chorzów Factory* resuelto por la CPJI, comentado en la **Parte 4, Sección 1, Subsección B**.

⁶⁵ *Anglo-Iranian Oil Co. (Reino Unido c. Irán)*, Excepción preliminar, (22 de julio de 1952) ICJ Rep. 93.

⁶⁶ *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (Estados Unidos de America vs. Italia)*, (1987).

⁶⁷ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Bélgica vs. España)*, Sentencia, (5 de febrero de 1970).

En asuntos relacionados con las inversiones extranjeras, la CIJ (al igual que otros tribunales y cortes nacionales) ha enfrentado una falta de consenso en la materia, precedentes ambiguos e incluso a conflictos ideológicos. En muchos fallos se evitó abordar cuestiones jurídicas relevantes o se optó por basarse en la doctrina del conflicto de leyes, a fin de evitar tener que hacer declaraciones generales sobre el derecho sustantivo aplicable a una controversia de carácter internacional. Además, los tribunales arbitrales, en general, han ordenado indemnizaciones para aquellos casos en que el Estado anfitrión privó a los inversionistas extranjeros de sus propiedades, pero han diferido en el cálculo del monto de las reparaciones⁶⁸.

X. Protección diplomática

Tradicionalmente, en el marco del derecho internacional público, los individuos han carecido tanto de subjetividad jurídica como de legitimación, ya que sus Estados de origen les representaban y les proporcionaban protección jurídica. De este modo, la *protección diplomática* fue el principal mecanismo procesal utilizado para remediar cualquier situación. En el caso *Mavrommatis Palestine Concession* de 1924, la CPJI reconoció la protección diplomática como un principio elemental del derecho internacional⁶⁹. En otros casos llevados ante la CPJI y la CIJ se ha seguido desde entonces esa misma sentencia⁷⁰.

En general, se entendía que el derecho internacional consuetudinario aceptaba un mínimo de protección sobre la propiedad de las inversiones. El incumplimiento de esta norma hacía responsable al Estado y daba derecho a un Estado extranjero a intervenir. El daño causado a un inversionista se convirtió, por extensión, en un daño causado aln Estado, que podía responder en nombre de sus propios nacionales. Las respuestas de los Estados variaban desde la intervención militar hasta los recursos diplomáticos. Al respecto, cabe decir que las famosas sentencias de la CPJI y de la CIJ, como las de los casos *Chorzów Factory*⁷¹, *Barcelona Traction*⁷² y *ELSI*⁷³, involucraban todas las demandas de inversión presentadas por vía de protección diplomática.

Después de la Segunda Guerra Mundial, empezaron a producirse cambios importantes, ya que los tribunales de inversiones y los tribunales de derechos humanos otorgaban cada vez más legitimación a las personas perjudicadas. En este escenario, la protección diplomática ya no resulta ser óptima para los inversionistas extranjeros.

Una vez que el Gobierno del país del inversionista acoge la demanda, pasa a ser “suya” de hecho y, a partir de entonces, controla la forma en que se presentará la demanda, las condiciones de un acuerdo, en

⁶⁸ Véase, por ejemplo: *Bear Creek Mining Corporation c. República del Perú*, Caso CIADI No. ARB/14/21, Laudo de fecha 30 de noviembre de 2017 y *Tethyan Copper Company Pty Limited c. República Islámica de Pakistán*, Caso CIADI No. ARB/12/1, Laudo de fecha 12 de julio de 2019.

⁶⁹ *Mavrommatis Palestine Concession (Grecia vs. Reino Unido)*, Sentencia (Objeción a la competencia del Tribunal) (30 de agosto de 1924) 19 PCIJ Rep. Serie A No 2.

⁷⁰ Por ejemplo, en *Ferrocarril Panevezys-Saldutiskis (Estonia c. Lituania)*, Sentencia (28 de febrero de 1939), PCIJ, Serie A/B, N.º 76, pág. 16.

⁷¹ *Determinados intereses alemanes en la Alta Silesia polaca (Alemania vs. Polonia)*, Sentencia (25 de agosto de 1926), PCIJ (ser. A) No. 7; *Factory at Chorzów (Germany vs. Poland)*, Sentencia (13 de septiembre de 1928), CPJI (ser. A) No. 17.

⁷² *Barcelona Traction, Light and Power Company Ltd. (Bélgica vs España)*, Sentencia (5 de febrero de 1970) ICJ Rep. 3.

⁷³ *Eletronica Sicula S.p.A. (ELSI) (Estados Unidos de América vs. Italia)*, Sentencia (20 de julio de 1989), ICJ Rep. 15, § 128. Recientemente, *Ahmadou Sadio Diallo (República de Guinea vs. República Democrática del Congo)*, Excepciones Preliminares (24 de mayo de 2007) ICJ Rep. 582; *Ahmadou Sadio Diallo (República de Guinea vs. República Democrática del Congo)*, Sentencia (30 de noviembre de 2010), ICJ Rep. 639.

su caso, así como el abandono de una demanda si lo considera justificado a la luz de otros factores de la relación con el país anfitrión, como es el caso de cuestiones de seguridad o asuntos económicos de mayor alcance. En consecuencia, la decisión del Estado de perseguir o no una causa en nombre de sus nacionales suele derivarse de consideraciones políticas, en un proceso que muchos inversionistas y Estados exportadores de capital consideran inadecuado. Además, desde el final de la diplomacia de cañoneras, la protección diplomática en muchos casos no se tradujo necesariamente en un recurso significativo. A menudo terminaba en un intercambio de declaraciones escritas u orales entre Gobiernos, ya que el asunto solo podía llevarse ante un tribunal internacional con el consentimiento de los Estados afectados.

A pesar de estos escollos, la protección diplomática sigue desempeñando un papel importante en la salvaguardia del individuo perjudicado en el ámbito internacional. La sostenida importancia de la protección diplomática se ve reflejada en la adopción en 2006 del Proyecto de Artículos sobre la Protección Diplomática de la CDI con sus comentarios⁷⁴.

XI. Iniciativas para elaborar un instrumento mundial para la protección de las inversiones extranjeras

A diferencia del comercio de mercancías, en materia de inversiones extranjeras no existe un único texto definitivo de tratado multilateral equivalente, por ejemplo, al Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT), ni una única institución mundial comparable a la Organización Mundial del Comercio (OMC).

Esta situación sigue estancada, pero no por falta de intentos. Entre los años 20 y los 90 se presentaron seis proyectos de codificación en materia de inversiones extranjeras. Cuatro de ellos fueron iniciativas procedentes de Estados y dos, de entidades privadas⁷⁵. Todas resultaron infructuosas.

I. Proyecto de Harvard de 1929

La primera de estas iniciativas fue el proyecto de 1929 sobre la “Ley de responsabilidad de los Estados por daños causados en su territorio a la persona o propiedad de extranjeros”. En la Conferencia de Codificación de La Haya, la disparidad de opiniones sobre su contenido, que reflejaba la falta de consenso en materia de derecho internacional consuetudinario, condujo a su abandono.

J. Carta de La Habana de 1948

La Carta de La Habana de 1948⁷⁶ fue otro esfuerzo por negociar normas relativas a las inversiones extranjeras, bajo los auspicios de Naciones Unidas en su intento por formar una organización internacional de comercio. Si bien la Carta de la Habana nunca entró en vigor, si allanó el camino para la negociación y finalización del GATT⁷⁷. Finalmente, se abandonó esta carta de manera oficial en 1950 por razones distintas a las relacionadas con las disposiciones vigentes en materia de inversiones.

K. Proyecto de Convención Abs-Hartley Shawcross sobre inversiones en el extranjero de 1959

⁷⁴. CDI, Informe de la Comisión de Derecho Internacional 58º período de sesiones (2006). Disponible en el acta A/61/10 en [G0663623.pdf \(un.org\)](#)

⁷⁵. Los proyectos de convenciones Abs-Shawcross y Harvard fueron iniciativas provenientes de entidades privadas.

⁷⁶. Carta de La Habana para una Organización Internacional de Comercio (Naciones Unidas, Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Empleo, E/CONF.2/78).

⁷⁷. Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) [adoptado el 30 de octubre de 1947, entró en vigor el 1 de enero de 1948, 55 UNTS 187; Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, 1947 y 1994]. Sentó las bases del sistema multilateral de comercio. Véase Havana Charter (1948) en Max Planck Encyclopedia of International Law, 2014.

Tras el fracaso de la Carta de la Habana, en los años 50 se produjo una nueva ola de expropiaciones en los países comunistas y en numerosos Estados que se habían independizado recientemente. Como reacción a dichos acontecimientos, surgieron varias propuestas.

En 1959, Herman Abs y Hartley Shawcross propusieron el más influyente de los documentos. Su Proyecto de Convención sobre Inversiones en el Extranjero⁷⁸ se inspiraba en una propuesta anterior del propio Shawcross. Este proyecto de convención, que contaba formalmente con el apoyo de la Cámara de Comercio Internacional nunca se presentó para su ratificación por los Estados. No obstante, sí se constituyó en un modelo para TBI, que tuvo una enorme repercusión en la práctica posterior de los tratados. Sus normas sustantivas representaban una exposición aceptable del consenso que se había alcanzado dentro del derecho internacional consuetudinario. Cabe destacar que este proyecto fue pionero en la idea del derecho de la parte afectada a acceder también a las demandas de arbitraje contra el Estado responsable del perjuicio causado. Aunque el proyecto de convención Abs-Shawcross se presentó a la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE), ésta nunca lo adoptó.

L. Proyecto de Convención de Harvard de 1961

En 1961, el proyecto de Convención de Harvard sobre la Responsabilidad Internacional de los Estados por los Daños Causados a los Intereses Económicos de los Extranjeros incluía un principio moderado de protección cualificada para las inversiones extranjeras. Ningún Estado ratificó este proyecto de convención y hoy en día tampoco lo citan los tribunales internacionales.

M. Proyecto de Convención sobre la Protección de Inversiones Extranjeras Privadas de 1962

Este proyecto de la OCDE⁷⁹, que en esencia era una versión modificada del Proyecto de Convención Abs-Shawcross, no llegó a cuajar debido a los tintes partidistas y al rechazo implícito de la gran mayoría de los Estados que, de hecho, no habían participado en su redacción. La muerte lenta de este proyecto de convención se aceleró cuando los Gobiernos exportadores de capital se dieron cuenta de que podían obtener normas más sólidas en materia de derecho de inversiones mediante la negociación de tratados bilaterales. Pese a este fracaso, junto con sus predecesores, este proyecto de convención logró influir significativamente en la redacción de los instrumentos bilaterales negociados en los años 60 y 70.

N. Evolución posterior y el proyecto de AMI de la OCDE de 1995

Hacia principios de los años 80, no se había avanzado mucho más. En consecuencia, otros actores internacionales —como el Banco Mundial, la OCDE y la OMC— se vieron presionados para actuar o responder.

Aunque el Banco Mundial ya había establecido el CIADI como mecanismo para la solución de controversias, en 1992 adoptó un conjunto de normas o principios no vinculantes en materia de inversiones extranjeras⁸⁰. La Ronda de Uruguay —el mismo foro de negociaciones que había llevado a la creación de la OMC— condujo también a la adopción del Acuerdo sobre las Medidas en Materia de

⁷⁸. Abs y Shawcross, “The Proposed Convention to Protect Private Foreign Investment: A Round Table”, *Journal of Public Law*, vol. 9 (1960), p. 115.

⁷⁹ OCDE, *Proyecto de Convenio sobre la protección de la propiedad extranjera*, 2 *International Legal Materials* 241 (1962), o en <https://www.oecd.org/investment/internationalinvestmentagreements/39286571.pdf>. Fecha de consulta: 3 de marzo de 2022.

⁸⁰ Grupo del Banco Mundial, *Legal Framework for the Treatment of Foreign Investment* (vols. 1 y 2, Banco Mundial, Washington, 1992). El texto de las directrices se reproduce en (1992) 31 *ILM* 1363.

Inversiones Relacionadas con el Comercio (MIC), que se aplica a las medidas en materia de inversiones que afectan al comercio de mercancías⁸¹.

Por su parte, en 1995 la OCDE empezó a redactar un ambicioso Acuerdo Multilateral sobre Inversiones (AMI). Con este acuerdo se pretendía crear un marco de gran alcance que sirviera para orientar las inversiones internacionales, estaría disponible también para los países no miembros de la OCDE, incorporaría las normas más estrictas de liberalización, protección de las inversiones y procedimientos eficaces para la solución de controversias⁸².

Lamentablemente, las negociaciones para la adopción formal del AMI se interrumpieron en 1998 debido a la imposibilidad de alcanzar un consenso sobre diversos temas y también debido a la falta de participación de las naciones en desarrollo en los debates formales, lo que generó una fuerte resistencia por parte de países como India. Algunas organizaciones no gubernamentales influyentes expresaron también su gran preocupación por cuestiones tales como las normas laborales y medioambientales.

XII. Resoluciones de Naciones Unidas sobre inversiones internacionales

Al mismo tiempo, se hicieron varios esfuerzos para abordar la regulación del derecho consuetudinario internacional primero en la Sociedad de Naciones y posteriormente, a partir de los años 50, en Naciones Unidas, donde se adoptaron varias resoluciones que pueden aplicarse incorporándolas a un acuerdo, con tan solo una referencia a un determinado tratado o por extensión, dado que en ellas queda reflejado el derecho internacional consuetudinario en asuntos como la nacionalización. El laudo en el caso del CIADI *Amco vs. Indonesia*⁸³ es un ejemplo de este argumento.

Uno de los principios fundamentales de la Carta de las Naciones Unidas es la igualdad soberana de los Estados⁸⁴. En consecuencia, los países en desarrollo presionaron para que se introdujera la doctrina de la soberanía de los Estados en la agenda de Naciones Unidas. En 1952 la, la Asamblea General apoyó la idea de la autodeterminación económica fue respaldada en la su resolución 626 (VII) y posteriormente, en 1955 la Tercera Comisión de la Asamblea General adoptó un proyecto de artículos sobre el derecho de autodeterminación⁸⁵.

En 1958 se creó la Comisión de la Soberanía Permanente sobre los Recursos Naturales. Junto con el Consejo Económico y Social, esa comisión realizó esfuerzos que en 1962 desembocaron en la resolución 1803 (XVII) sobre la Soberanía Permanente sobre los Recursos Naturales. Esa resolución fue el primer documento relativo a la expropiación bajo ciertas condiciones (incluso una indemnización adecuada) que obtuvo un apoyo casi universal. Incluía las aspiraciones de los países en desarrollo y también partes de la fórmula Hull. El famoso laudo *Texaco vs. Libia* de 1977⁸⁶ constituyó un intento contundente e influyente de tratar la resolución 1803 como un reflejo del derecho internacional

⁸¹ Véase, https://www.wto.org/english/tratop_e/invest_e/invest_info_e.htm#:~:text=The%20Agreement%20on%20Trade%20Related,which%20violate%20basic%20WTO%20principles> Fecha de consulta: 23 de julio de 2022.

⁸² OCDE (1995). *OECD Begins Negotiations on A Multilateral Agreement on Investment*, París. Disponible solo en inglés en <https://www.oecd.org/investment/internationalinvestmentagreements/43389907.pdf>. Fecha de consulta: 3 de marzo de 2022.

⁸³ *Amco Asia Corp. y otros vs. República de Indonesia*, Caso CIADI N.º ARB/81/1, Laudo (20 de noviembre de 1984).

⁸⁴ Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas firmado el 26 de junio de 1945.

⁸⁵ Ese artículo leía como sigue: “Para el logro de sus fines, todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional basada en el principio del beneficio recíproco, así como del derecho internacional. En ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia.”

⁸⁶ *Texaco Overseas Petroleum Co./California Asiatic Oil Co. vs. Gobierno de Libia*, Laudo ad hoc sobre el fondo (19 de enero de 1977), 17 ILM 1.

consuetudinario. Esta resolución se declaraba también que las controversias no debían someterse a la jurisdicción del Estado que hubiera cometido el presunto hecho ilícito, sino que las partes podían acordar resolver su litigio mediante arbitraje o arreglo judicial internacional (cuya elección era vinculante)⁸⁷.

En 1966, la Asamblea General de Naciones Unidas adoptó la resolución 2158 sobre la Soberanía permanente sobre los recursos naturales. Esta resolución recibió numerosas críticas por su falta de claridad; sin embargo, adquirió gran relevancia para los sucesivos debates celebrados más adelante.

Años más tarde, en 1973 la Asamblea General llegó a afirmar en su resolución 3171 que las expropiaciones no crean la obligación de una “indemnización adecuada” según las normas nacionales⁸⁸. Recibió 108 votos a favor, uno en contra y 16 abstenciones, entre las que se incluían las de 10 países de Europa occidental y Estados Unidos, con lo que dieron a entender que no apoyaban la resolución.

Tras obtener la mayoría de los votos, los países en desarrollo intentaron introducir una agenda para establecer un nuevo orden económico internacional. La Asamblea General reconoció en 1974 esta iniciativa a través de su resolución 3201 (S-IV), del correspondiente Programa de Acción para su implementación a través de su resolución 3202 (S-IV) y de la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados a través de su resolución 3281.

Fue ese un cambio radical. Los Estados no solo no estaban obligados a conceder un trato preferencial a las inversiones extranjeras —algo que no se había incorporado como tal al derecho internacional público—, sino que ahora parecía que no existía el derecho a la igualdad de trato. En pocas palabras, ahora no está prohibido el trato arbitrario ni discriminatorio de las inversiones o inversionistas extranjeros. Se reafirmó el derecho a nacionalizar o expropiar bienes de propiedad extranjera, sin el requisito de finalidad o utilidad pública.

En la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados se adoptó la norma de la “compensación adecuada”, pero se rechazaron algunos de los aspectos clave de la fórmula Hull. Más bien, en este documento se hacía hincapié en la aplicación del derecho nacional en lugar del derecho internacional público en asuntos relacionados con expropiaciones y nacionalizaciones. Por esta razón, muchos países desarrollados no apoyaron esa Carta. El razonamiento del influyente caso *Texaco vs. Libia* llegó incluso a descartar la idea de que en la Carta quedaba recogido el derecho internacional consuetudinario, y consideró esta circunstancia como una de las razones de su falta de aceptación⁸⁹.

XIII. Proyecto de artículos de las Naciones Unidas sobre la responsabilidad del Estado

La responsabilidad del Estado puede derivarse de cualquier infracción del derecho internacional público que cometa, desde un error cometido por un funcionario de nivel menor hasta un acto de agresión. Originalmente, la doctrina de la responsabilidad del Estado se ocupaba de la responsabilidad pública de éste por la violación de una obligación internacional debida a otro Estado.

A partir del siglo XIX empezaron a surgir dificultades en relación con el comportamiento escandaloso de los Estados hacia los extranjeros. Para evaluar dicha situación, era necesario comprender el derecho de la responsabilidad del Estado en el contexto del nuevo derecho consuetudinario en materia de inversiones extranjeras. En estas situaciones, los Estados solo sufrían un perjuicio indirecto cuando

⁸⁷ La declaración 4 de la resolución 1803 está disponible en:

<https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/196/83/pdf/NR019683.pdf?OpenElement>. Fecha de consulta: 3 de marzo de 2022.

⁸⁸ Resolución 3171 de la Asamblea General de las Naciones Unidas “Soberanía permanente sobre los recursos naturales”, A/RES/3171 (XXVIII) (17 de diciembre de 1973). Disponible en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/286/96/img/NR028696.pdf?OpenElement>.

⁸⁹ *Texaco Overseas Petroleum Co./California Asiatic Oil Co. vs. Gobierno de Libia*, Laudo ad hoc sobre el fondo, (19 de enero de 1977), 52 ILR 389 (1977), § 88.

sus nacionales se veían afectados, en comparación con un perjuicio directo sostenido y generalmente objeto de consideración en los debates sobre la responsabilidad directa del Estado. El derecho de la "responsabilidad del Estado" se desarrolló en este sentido más estricto a fin de considerar **el perjuicio indirecto por parte de un Estado que afecta al nacional de otro país.**

En la actualidad, esto se refleja en gran medida en los trabajos de la CDI. Se intentó codificar esta cuestión en la Conferencia de la Sociedad de Naciones de 1930⁹⁰. Más tarde, las Naciones Unidas retomaron la iniciativa y, después de casi 45 años y 30 informes, finalmente se aprobó un borrador⁹¹.

El Relator Especial F. V. García-Amador redactó un primer informe en 1956 que pretendía ser una codificación exhaustiva sobre la responsabilidad derivada de los daños a extranjeros⁹². A este jurista cubano le sucedió el italiano Roberto Ago en 1961, quien sentó la estructura básica y orientación del proyecto de codificación del derecho de la responsabilidad del Estado. Ago aportó normas generales más abstractas relativas a la responsabilidad del Estado y ofreció una distinción entre normas primarias y secundarias. Este planteamiento evitó algunas de las polémicas cuestiones que previamente habían planteado problemas.

La propuesta de Ago, como tal, no abordaba el contenido de las obligaciones internacionales, que constituyen el eje central de las normas primarias de responsabilidad del Estado “cuya codificación entrañaría la reformulación de la mayor parte del derecho internacional sustantivo, tanto consuetudinario como convencional”⁹³. En su lugar, se hace hincapié en las normas secundarias o en “las condiciones generales que han de satisfacerse, en derecho internacional, para que el Estado sea considerado responsable de acciones u omisiones ilícitas, y en las consecuencias jurídicas que nacen de esas acciones u omisiones”⁹⁴. La propuesta de Ago determina qué hechos pueden clasificarse como internacionalmente ilícitos, las circunstancias en las que la acción ilícita puede atribuirse al Estado, las defensas generales de responsabilidad y las consecuencias de la responsabilidad.

La versión final del proyecto de artículos de la CDI sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos se adoptó en 2001 mediante la resolución 56/83 de 2001 [Proyecto de artículos sobre la Responsabilidad del Estado]⁹⁵. Esta iniciativa se señaló “a la atención de los Gobiernos, sin perjuicio de la cuestión de su futura aprobación como texto de un tratado o de otro tipo de medida, según correspondiera”⁹⁶.

⁹⁰ Véase Informe a la Asamblea General, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1949, pág. 281.

⁹¹ Texto adoptado por la Comisión en su 53.º período de sesiones, celebrado en 2001, y presentado a la Asamblea General como parte de su informe sobre las actividades de esa sesión. Comisión de Derecho Internacional, *Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*, noviembre de 2001, Suplemento N.º 10 (A/56/10), cap. IV.E.1. Disponible en:

<<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N01/557/84/img/N0155784.pdf?OpenElement>>. Fecha de consulta: 3 de marzo de 2022.

⁹² V. García-Amador, *Primer informe sobre la responsabilidad internacional*, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1956, pág. 175, §. 6, UN Doc. A/CN.4/SER.A/1956/Add.1.

⁹³ Proyecto de artículos sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, con comentarios, 2001, p. 31, § 1. Disponible en:

<<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N01/557/84/img/N0155784.pdf?OpenElement>>. Fecha de consulta: 11 de marzo de 2022.

⁹⁴ Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1970, vol. II, pág. 306, § 66(c). Disponible en <https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/spanish/ilc_1970_v2.pdf>. Fecha de consulta: 11 de marzo de 2022.

⁹⁵ Véase en <<https://www.un.org/en/ga/sixth/68/StateRes.shtml>>. Fecha de consulta: 18 de mayo de 2022.

⁹⁶ Resolución 56/83 de la Asamblea General “Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos”, A/RES/56/83 (12 de diciembre de 2001), § 3. Disponible en:

Al parecer existe un consenso general de que el Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad del Estado constituyen actualmente el documento más autorizado sobre el derecho de la responsabilidad del Estado, aunque no cubre todos sus aspectos en el marco del derecho internacional público. El proyecto de artículos fue citado por la CIJ en el caso del proyecto Gabčíkovo-Nagymaros⁹⁷.

2.1 Se insta a los Estados Miembros de la OEA a que revisen las leyes internas que rigen el arbitraje internacional de inversiones con miras a: 1) considerar las diversas fuentes de derecho que puedan ser pertinentes en caso de controversia, tomando nota del papel actual del derecho internacional consuetudinario y de los principios generales del derecho internacional, especialmente en ausencia de disposiciones aplicables de tratados, y 2) asegurar que las garantías para la inversión extranjera prescritas en sus leyes nacionales estén en consonancia con las normas internacionales.

PARTE 3: FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO E INVERSIONES EXTRANJERAS

Cuando los Estados incumplen sus obligaciones internacionales, la tipificación y consecuencias de esta violación se rigen por el derecho internacional público⁹⁸. Según el artículo 2 del Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad del Estado de la CDI, ocurre un hecho internacionalmente ilícito cuando se cumplen dos condiciones. En primer lugar, la conducta (ya sea una acción o una omisión) debe ser imputable al Estado conforme al derecho internacional. En segundo lugar, debe constituir un incumplimiento de una de las obligaciones internacionales del Estado.

A su vez, en el artículo 3 de ese mismo proyecto se dispone que la cuestión de si una acción se considera internacionalmente ilícita se regirá por el derecho internacional⁹⁹. Esta determinación es independiente de las normas jurídicas nacionales aplicables y prevalece sobre ellas. Sin embargo, como se explica en el comentario oficial al artículo 3:

“el derecho interno será... a menudo pertinente... para la cuestión de la responsabilidad internacional. En cada caso se deberá analizar si las disposiciones del derecho interno son pertinentes, como hechos, para aplicar la forma internacional que proceda, o si están efectivamente incorporadas de alguna forma, condicional o incondicionalmente, en dicha norma”¹⁰⁰.

<<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N01/478/00/pdf/N0147800.pdf?OpenElement>>. Fecha de consulta: 11 de marzo de 2022.

⁹⁷ *Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros (Hungría/Eslovaquia)*, Sentencia (25 de septiembre de 1997), §§ 47, 50, 79, 83.

⁹⁸ CIJ, *Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania (Second Phase)*, Advisory Opinion (18 de julio de 1950), I.C.J. Reports 1950, p. 221. “It is clear that refusal to fulfill a treaty obligation involves international responsibility [Es evidente que la negativa a cumplir una obligación derivada de un tratado implica responsabilidad internacional].”

⁹⁹ Este principio se codificó en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Independientemente de que un Estado haya firmado o no la Convención, el principio se aplicará, ya que refleja la codificación del derecho internacional consuetudinario.

¹⁰⁰ CDI, Comentario al art. 3, § 7, Informe de la Comisión de Derecho Internacional 53º período de sesiones (2001). Disponible en el acta A/56/10 en [N0155784.pdf \(un.org\)](#)

En consonancia con estas disposiciones, el Comité ad hoc en el caso *MTD* se refirió al derecho internacional como la *lex causae* en un asunto basado en la violación de un tratado de inversiones¹⁰¹. En el caso *Wena vs. Egipto*, el Tribunal sostuvo que el derecho internacional puede aplicarse por sí mismo, si la norma apropiada se encuentra en este ámbito. Para decidir que debían concederse intereses compuestos en este caso, el Tribunal se basó en el derecho internacional público, ya que los intereses forman parte del cálculo de los daños y perjuicios según la fórmula bien conocida de la indemnización pronta, adecuada y efectiva. En este caso, habría sido imprudente basarse en principios de derecho nacional claramente menos generosos en lo que respecta a la concesión de intereses.

Históricamente, el intento más importante de especificar las fuentes del derecho internacional se encuentra en el artículo 38 del Estatuto de la CPJI¹⁰², que se reproduce casi textualmente en el artículo 38 del estatuto de la CIJ. La disposición no menciona el término “fuente” y se refiere estrictamente al “derecho judicial”. Sin embargo, la CIJ aplica el artículo 38 como disposición rectora y es citado con frecuencia por otros tribunales. Como tal, el artículo 38 se considera una declaración autorizada de las fuentes del derecho internacional y es ahora generalmente aceptado en la práctica.

I. Derecho internacional consuetudinario e inversiones extranjeras

A. Concepto de derecho internacional consuetudinario

La “costumbre internacional” o “derecho internacional consuetudinario” es “un derecho no escrito, derivado de la práctica aceptada como derecho”¹⁰³. Por un lado, este concepto se refiere al *proceso* por el que se forman ciertas normas de derecho internacional. Por el otro, consiste en *las propias normas* creadas mediante ese proceso.

El artículo 38(1) del Estatuto de la CIJ establece que “[l]a Corte... deberá aplicar: [...] b) la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho”. La redacción de esta disposición es defectuosa *prima facie*. Alude a “la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho”. Sin embargo, la existencia de una costumbre no significa que haya sido generalmente aceptada.

El concepto estándar de derecho internacional consuetudinario ha creado gran incertidumbre y generado interminables debates. Esto llama especialmente la atención en asuntos de inversión internacional hacia los que se desarrolla un concepto muy permisivo y laxo del derecho consuetudinario en la era anterior a 1945.

En cualquier caso, se suele suponer que la costumbre tiene dos requisitos principales: la práctica y la *opinio juris*. Esto último se entiende no como una indagación subjetiva sobre los motivos para seguir la práctica, sino como el sentimiento general entre los Estados de que existe una exigencia de la ley¹⁰⁴.

¹⁰¹ *MTD Equity Sdn Bhd y MTD Chile S.A. vs. República de Chile*, Caso CIADI N.º ARB/01/7, Decisión sobre la solicitud de anulación (21 de marzo de 2007), §§ 72, 61. Según quedó asentado en *Wintershall Aktiengesellschaft vs. República Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/04/14, Laudo (08 de diciembre de 2008), § 113, los Artículos sobre la Responsabilidad del Estado de la CDI no contienen normas ni reglamentos sobre la responsabilidad del Estado frente a actores no estatales: se deja entonces a los tribunales el determinar las formas en que la responsabilidad del Estado puede ser invocada por entidades no estatales a partir de las disposiciones del propio tratado que se esté considerando.

¹⁰² 16 de diciembre de 1920, 112 BFSP 317.

¹⁰³ Naciones Unidas, Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 70.º período de sesiones (2018), capítulo V, Identificación del derecho internacional consuetudinario. A/73/10. Disponible en: <<https://legal.un.org/ilc/reports/2018/spanish/chp5.pdf>>. Fecha de consulta: 3 de marzo de 2022, p. 122.

¹⁰⁴ Véase Naciones Unidas, Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 70.º período de sesiones (2018), capítulo V, Identificación del derecho internacional consuetudinario. A/73/10. Disponible en <<https://legal.un.org/ilc/reports/2018/spanish/chp5.pdf>>. Fecha de consulta: 3 de marzo de 2022, p. 125.

Por lo tanto, cuando existe una práctica pero no una *opinio juris*, no puede nacer ninguna “costumbre”, pues la práctica es un mero “uso” sin el correspondiente sentido de la obligación¹⁰⁵. Los términos “costumbre” y “uso” tienen significados diferentes en el ámbito del derecho internacional público. A diferencia de la costumbre, un uso es una práctica general que no corresponde a ninguna obligación¹⁰⁶. Por ejemplo, los saludos ceremoniales en el mar o la concesión de privilegios de estacionamiento a vehículos diplomáticos. En resumen, y siguiendo la formulación de la CIJ, “deben cumplirse” tanto la existencia de una práctica general como la aceptación de esa práctica como derecho (*opinio juris*) para que esa práctica se convierta en costumbre¹⁰⁷.

En 2012, la CDI incluyó la cuestión del derecho internacional consuetudinario en su programa de trabajo¹⁰⁸, y los debates resumidos en el informe resultante subrayan que el derecho consuetudinario sigue siendo muy relevante a pesar del crecimiento de otras fuentes, particularmente los tratados. En el informe se señala también que, aunque los tratados solo son vinculantes para las partes en ellos, sí pueden desempeñar un papel importante a la hora de registrar y definir normas derivadas de la costumbre, o incluso a la hora de desarrollarlas. Además, el artículo 38 de la Convención de Viena de 1969 se refiere a la posibilidad de que “una norma enunciada en un tratado llegue a ser obligatoria para un tercer Estado [...] como norma consuetudinaria de derecho internacional reconocida como tal”¹⁰⁹. En 2018, la Asamblea General de las Naciones Unidas resolvió tomar nota en una resolución del proyecto de conclusiones del Informe de la CDI sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario y garantizar su más amplia difusión¹¹⁰. Este informe puede considerarse la declaración reciente más autorizada para ofrecer una orientación sobre el derecho internacional consuetudinario¹¹¹.

B. Normas de inversión elaboradas en virtud del derecho internacional consuetudinario

1. Norma mínima internacional

¹⁰⁵ El requisito tanto de la práctica constante, como de la opinión general, está implícito en el conocido pasaje de la sentencia de la CIJ en el caso *Asilo - Colombia vs. Perú*, Sentencia, (20 de noviembre de 1950) (ICJ Reports 1950, p. 276-277).

¹⁰⁶ Conclusión 9 del informe de la CDI. El texto del proyecto de conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario está disponible en:

<<https://legal.un.org/ilc/reports/2018/spanish/chp5.pdf>>. Fecha de consulta: 3 de marzo de 2022.

¹⁰⁷ *Plataforma Continental del Mar del Norte (República Federal de Alemania/Paises Bajos)*, Sentencia (20 de febrero de 1969), ICJ Reports 1969, p. 3, en p. 44, § 77. *Inmunidades jurisdiccionales del Estado (Alemania vs Italia: Grecia interviniente)*, Sentencia (2 de febrero de 2012, ICJ Reports 2012, pág. 99, en págs. 122-123, § 55; *Plataforma continental (Jamahiriya Árabe Libia/Malta)*, Sentencia (21 de marzo de 1984), ICJ Reports 1985, p. 13, en págs. 29-30, § 27.

¹⁰⁸ En 2012, la CDI incluyó en su programa de trabajo el tema Formación y Prueba del Derecho Internacional Consuetudinario. La Comisión decidió nombrar al señor Michael Wood como Relator Especial para este tema. Un año más tarde, la Comisión recibió el primer informe y decidió cambiar el título del tema a Identificación del Derecho Internacional Consuetudinario. Disponible solo en inglés en:

<https://legal.un.org/ilc/summaries/1_13.shtml>. Fecha de consulta: 3 de marzo de 2022.

¹⁰⁹ Naciones Unidas, Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 70.º período de sesiones (2018), capítulo V, Identificación del derecho internacional consuetudinario. A/73/10. Disponible en:

<<https://legal.un.org/ilc/reports/2018/spanish/chp5.pdf>>. Fecha de consulta: 3 de marzo de 2022, p. 143.

¹¹⁰ La labor de la Comisión sobre el tema descrito se ha desarrollado de conformidad con las sucesivas resoluciones adoptadas por la Asamblea General, a saber: resolución 67/92 (14 de diciembre de 2012); 68/112 (16 de diciembre de 2013); 69/118 (10 de diciembre de 2014); 70/236 (23 de diciembre de 2015), 71/140 (13 de diciembre de 2016) y 73/203 (20 de diciembre de 2018).

¹¹¹ Naciones Unidas, Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 70.º período de sesiones (2018), capítulo V, Identificación del derecho internacional consuetudinario. A/73/10, pág. 123.

En principio, los inversionistas extranjeros deben recibir al menos el mismo trato o estar sujetos a la “norma de trato nacional” que los locales, según lo preconizaban en particular los países latinoamericanos en el siglo XIX. Sin embargo, este trato es insuficiente para los extranjeros si no se ajusta a una norma mínima generalmente aceptada por las naciones coloniales. El derecho internacional consuetudinario afirma que la legislación nacional no puede eludir una norma mínima de trato para los extranjeros¹¹². Si bien el derecho internacional consuetudinario no concede a los extranjeros el derecho a adquirir propiedades, ejercer una profesión o trabajar en territorio extranjero, su norma mínima internacional les otorga protección contra la explotación.

El ámbito de aplicación de esta norma mínima internacional se limitó a restringir las medidas estatales claramente excesivas. En el caso *Neer* decidido en 1926, la Comisión General de Reclamaciones México-Estados Unidos dictaminó que el aislamiento de esta norma mínima de trato debería equivaler a un ultraje, a mala fe, a negligencia deliberada del deber o a una ineficiencia por parte del Gobierno tan alejada de las normas internacionales que cualquier persona razonable e imparcial reconocería fácilmente su insuficiencia¹¹³.

El alcance y contenido de la norma mínima internacional siguen siendo objeto de innumerables controversias, lo que pone en tela de juicio el atributo de consuetudinario que se da comúnmente a dicha norma. Las necesidades específicas emergentes y prerrogativas de las naciones en desarrollo y un mayor énfasis en los derechos humanos han contribuido a mover la balanza y crear nuevas expectativas relacionadas con el nivel mínimo aceptable de trato para los inversionistas. Hasta la fecha, ésta y otras controversias relacionadas con la norma siguen sin resolverse.

2. Compensación por expropiación

Otra controversia actual se relaciona con la indemnización por expropiación. Según la doctrina Calvo, la soberanía del Estado se traduce en que toda la tierra y demás recursos naturales pertenecen al Estado. En consecuencia, ningún inversionista extranjero puede poseer los recursos de otro Estado. Los países en desarrollo siguieron esta norma en el pasado al lanzar campañas de expropiación y nacionalización. En varios países, en la función social de la propiedad reconocida en sus legislaciones no otorga a los Estados el derecho a expropiar sin dar una indemnización. Sin embargo, no es necesario que la indemnización sea previa o inmediata; y la capacidad de pago del Estado es un factor importante para determinar su cuantía adecuada.

En 1938, el entonces Secretario de Estado de EE. UU., Cordell Hull, propuso sus puntos de vista sobre la indemnización adecuada que debía pagarse. En un contexto de inversión internacional, Hull abogaba por un pago rápido, adecuado y efectivo por expropiación y nacionalización. Sus puntos de vista se conocen ahora como la “fórmula Hull”, que generalmente adoptan los países desarrollados y Estados Unidos, en particular. La fórmula se refleja en muchos tratados de inversión (véase, por ejemplo, el artículo 13(1) del Tratado sobre la Carta de la Energía, analizado en la Parte 3, Sección II, Subsección C). Según la fórmula Hull, el valor justo de mercado de un recurso expropiado debe determinarse según el precio que los compradores y vendedores estén dispuestos a acordar en una transacción en condiciones de

¹¹² En un caso reciente, el tribunal reconoció que la norma del nivel mínimo de trato forma parte del derecho internacional consuetudinario. *Eco Oro Minerals Corp c. República de Colombia*, Caso CIADI No. ARB/16/41, Decisión sobre Jurisdicción, Responsabilidad y Directrices sobre Quantum (9 de septiembre de 2021), párr. 743.

¹¹³ *L. Fay H. Neer y Pauline Neer (EE.UU.) vs. Estados Unidos Mexicanos*, Decisión (15 de octubre de 1926). Véase una cita reciente en *BG Group P.L.C. vs. República Argentina*, CNUDMI, Laudo final (24 de diciembre de 2007), IIC 321 (2007), §§ 275-310. Otras demandas llegaron a conclusiones similares. Véase, por ejemplo, ALI, Restatement of the Law 2nd donde se cita ‘*France vs. Great Britain* (1931)’ (1933) 27 AJIL 153, 160.

igualdad¹¹⁴. Algunas fórmulas surgidas posteriormente abogaban por una indemnización “justa” o “adecuada”, teniendo en cuenta, en algunas circunstancias, la capacidad del Estado para pagar lo debido. Varios casos recientes sugieren que la falta de pago puntual no hace que la expropiación sea ilegal de por sí, sino que ello depende de las circunstancias concretas.

En particular, los relatores de la tercera actualización revisada de la Ley de Relaciones Exteriores de EE. UU. se negaron en las primeras fases de la redacción a insertar la fórmula “pronta, adecuada y efectiva” como tal, pues decían que no creían que eso pudiera quedar plasmado como una expresión sincera en el derecho internacional consuetudinario¹¹⁵.

Por lo que respecta a otras infracciones distintas de la expropiación, el precedente clásico y a menudo citado para determinar la indemnización surgió del caso *Chorzów Factory*¹¹⁶. La decisión en este caso estableció el principio de que las reparaciones deben, en la medida de lo posible, anular todas las consecuencias del acto ilícito y devolver a la parte perjudicada a la situación en la que se habría encontrado de no haberse cometido el acto ilícito. Hay quienes consideran que con el caso *Chorzów Factory* se estableció el principio básico de indemnización. Otros lo interpretan como un avance en la proposición de que la expropiación ilegal (por ejemplo, con trato discriminatorio) da derecho a la parte perjudicada a una mayor indemnización. Otra interpretación sostiene que el caso *Chorzów Factory* no refleja en absoluto el derecho consuetudinario. No obstante, hasta hace poco éste era uno de los casos más citados en la historia de las demandas sobre inversiones¹¹⁷.

C. Novedades en el derecho internacional consuetudinario

El derecho internacional consuetudinario se desarrolló especialmente para determinar y cubrir las deficiencias en los tratados de amistad, comercio y navegación, que no abordaban diferentes cuestiones relacionadas con los inversionistas, y evolucionó en torno a la práctica y las leyes de origen de los extranjeros. Los principios generales del derecho, la jurisprudencia y los escritos doctrinales se basaron en estos avances.

Sin embargo, el derecho internacional consuetudinario resultaba ser muy insatisfactorio. Las normas consuetudinarias internacionales, a menudo imprecisas, estaban sujetas a diversas interpretaciones. Esta situación se reflejaba, por ejemplo, en la forma en que se calculaba una indemnización. Los desacuerdos entre las naciones del norte y del sur agravaron estas divergencias. Varios países consideraban el imperante derecho internacional consuetudinario como una imposición del mundo desarrollado. Además, los inversionistas no disponían de un mecanismo eficaz para la solución de controversias. En resumen, el derecho internacional consuetudinario era incompleto, vago, controvertido

¹¹⁴ Recientemente, en el caso *Starrett Housing Corporation vs. Irán*, el Tribunal se refirió al valor justo de mercado como el precio al que un comprador estaría dispuesto a comprar y el precio al que un vendedor estaría dispuesto a vender, siempre y cuando ninguna de las dos partes esté siendo coaccionada y que ambas partes dispongan de buena información sobre todas las circunstancias pertinentes a la transacción. Véase *Starrett Housing Corporation, Starrett Systems, Inc. y otros vs. Gobierno de la República Islámica de Irán, Bank Markazi Iran y otros*, Sentencia del Tribunal de Reclamaciones EE. UU.-Irán, Sentencia N.º 314-24-1 (14 de agosto de 1987), §§ 18, 27 y 274.

¹¹⁵ Tercera actualización revisada de la Ley de Relaciones Exteriores.

¹¹⁶ *Chorzów Factory (Alemania vs. Polonia)*, Sentencia (13 de septiembre de 1928), P.C.U., Serie A, N.º 17 (1928), p. 28.

¹¹⁷ Entre los casos modernos en los que se aplica la fórmula *Chorzów* se encuentran los siguientes: *MTD Equity Sdn Bhd & MTD Chile S.A. vs. República de Chile*, Caso CIADI N.º ARB/01/7, Sentencia (25 de mayo de 2004), §§ 570, 633; *Azurix Corporation vs. República Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/01/12, Sentencia (14 de julio de 2006), §§ 409, 423; *S.D. Myers Inc. vs. Gobierno de Canadá*, CNUDMI, Fallo parcial (13 de noviembre de 2000), IIC 249, §§ 311, 313; *Metalclad Corporation vs. Estados Unidos Mexicanos*, ARB(AF)/97/1, Sentencia (30 de agosto de 2000).

y carecía de un mecanismo eficaz de aplicación. Esta situación fue la que condujo a la negociación de tratados de inversión.

En la actualidad, ha cambiado el papel del derecho internacional consuetudinario en las inversiones extranjeras. Esto es especialmente cierto con la proliferación de tratados que se ha observado desde los años 90 debido a la desaparición de la Unión Soviética y al creciente número de instrumentos bilaterales que se han celebrado entre tanto. El derecho consuetudinario, por su parte, sigue ocupando un lugar importante en el derecho internacional público, sobre todo ante la falta de un tratado aplicable. En esta situación, el derecho internacional consuetudinario ofrece respuestas a cuestiones como la norma mínima para el trato de los extranjeros, la prohibición de la negación de justicia y la responsabilidad del Estado por daños causados a extranjeros.

Existen numerosos precedentes en los que el CIADI ha aplicado las normas del derecho internacional consuetudinario, como los principios de responsabilidad del Estado¹¹⁸, las consecuencias de una situación de necesidad¹¹⁹ o la indemnización por expropiación¹²⁰, incluida la mencionada fórmula *Chorzów Factory* para determinar el monto apropiado de una indemnización por expropiación indebida¹²¹.

Las inversiones extranjeras han generado también una amplia gama de instrumentos de derecho indicativo o no vinculantes, particularmente en temas en los que no existe el consenso internacional necesario para el establecimiento de un tratado. Entre estos temas figura, por ejemplo, el de la responsabilidad social de las empresas, al que se dedica Naciones Unidas desde 1999 con el Pacto Mundial, el cual comprende una lista de 10 principios en materia de derechos humanos, derechos laborales, protección del medio ambiente y lucha contra la corrupción¹²². Entre otras iniciativas de derecho indicativo relacionadas se incluyen las Normas sobre las Responsabilidades de las Empresas Transnacionales y otras Empresas Comerciales en la Esfera de los Derechos Humanos (Naciones Unidas,

¹¹⁸ *CMS Gas Transmission Co. vs. República Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/01/8. Decisión del Tribunal sobre Excepciones a la Jurisdicción (17 de julio de 2003, § 108), Decisión del Tribunal sobre Excepciones a la Jurisdicción (17 de julio de 2003), § 108; *Azurix Corporation vs. República Argentina*, Caso CIADI N.º Laudo (14 de julio de 2006), § 50.

¹¹⁹ *CMS Gas Transmission Co. vs. República Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/01/8, Laudo (12 de mayo de 2005), §§ 304-331; *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. y LG&E International, Inc. vs. República Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/02/1, Sentencia sobre responsabilidad (3 de octubre de 2006), §§ 245-266; *Enron Corporation y Ponderosa Assets, L.P. vs. República Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/01/3, Laudo (22 de mayo de 2007), §§ 294-313; *CMS Gas Transmission Co. vs. República Argentina*, Decisión del Comité ad hoc sobre la Solicitud de Anulación de la República Argentina (25 de septiembre de 2007), §§ 101-150; *Sempra Energy International vs. República Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/02/16, Laudo (28 de septiembre de 2007), §§ 333-354, 392-397.

¹²⁰ *Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. vs. República de Costa Rica*, Caso CIADI N.º ARB/96/1, Laudo (17 de febrero de 2000), §§ 68-95.

¹²¹ *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. vs. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/97/3, Laudo (20 de agosto de 2007), §§ 8.2.2-8.2.7; *El Paso Energy International Co. vs. República Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/03/15, Decisión sobre la jurisdicción (27 de abril de 2006), §§ 117-136; *Enron Corporation y Ponderosa Assets, L.P. vs. República Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/01/3, Laudo (22 de mayo de 2007), § 396; *CMS Gas Transmission Co. vs. República Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/01/8, Decisión del Tribunal sobre las objeciones a la jurisdicción (17 de julio de 2003), § 48; *Camuzzi International S.A. vs. República Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/03/2, Decisión sobre las objeciones a la jurisdicción (11 de mayo de 2005), §§ 144, 145; *Sempra Energy International vs. República Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/02/16, Decisión sobre las objeciones a la jurisdicción (11 de mayo de 2005), §§ 156-157.

¹²² Véase <https://www.unglobalcompact.org/what-is-gc/mission/principles>.

2003)¹²³, los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos (Naciones Unidas, 2011)¹²⁴ y las influyentes Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales (publicadas por primera vez en 1976 y actualizadas en 2011)¹²⁵.

El 14 de julio de 2014 el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas adoptó la resolución 26/9 sobre la elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos¹²⁶. En ella se hacía hincapié en que los Estados tienen la obligación y la responsabilidad primordial de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales, así como de brindar protección contra cualesquier abusos que se cometan dentro de su jurisdicción, incluso por terceros, como las empresas. Con ese fin, se creó un grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta sobre esta cuestión para elaborar un instrumento jurídicamente vinculante sobre derechos humanos aplicable a las empresas transnacionales y otras empresas. En las Américas y en el ámbito regional, la Organización de los Estados Americanos (OEA) también ha abordado el tema de la “regulación consciente y efectiva de las empresas en el ámbito de los derechos humanos”¹²⁷.

Otra novedad importante es la Guía jurídica sobre los contratos de inversión en tierras agrícolas de UNIDROIT/IFAD¹²⁸. En ella se ofrece orientación para promover inversiones más sostenibles, en particular sobre cómo incorporar los compromisos de las políticas públicas – derivadas del derecho indicativo sobre la participación de las comunidades locales, la agricultura tradicional, las normas sociales y de derechos humanos, así como las consideraciones ambientales - a los contratos de inversión en tierras agrícolas y garantizar su aplicación efectiva.

Por consiguiente, aunque su papel ha cambiado, el derecho internacional consuetudinario sigue siendo importante en las inversiones extranjeras y, por tanto, también en los arbitrajes entre inversionistas y Estados.

II. TRATADOS E INVERSIONES EXTRANJERAS

A. Noción de Tratados

El artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) menciona desde el principio los convenios internacionales como una de las fuentes del derecho internacional público (apartado 1 del

¹²³ Normas sobre las Responsabilidades de las Empresas Transnacionales y otras Empresas Comerciales en la Esfera de los Derechos Humanos, 2003. Disponible en <<https://digitallibrary.un.org/record/501576#record-files-collapse-header>>. Fecha de consulta: 11 de marzo de 2022.

¹²⁴ Naciones Unidas, Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos, 2011. Disponible en: https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_SP.pdf. Fecha de consulta: 11 de marzo de 2022.

¹²⁵ Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales. Disponible en: <https://www.oecd.org/investment/MNEguidelines_RBCmatters_ES.pdf> Fecha de consulta: 11 de marzo de 2022. A su vez, la OCDE dispone de un *Code of Liberalization of Capital Movements* (OCDE, 2010). Disponible solo en inglés en <<http://www.oecd.org/dataoecd/10/62/39664826.pdf>>. Fecha de consulta: 3 de marzo de 2022.

¹²⁶ A/HRC/RES/26/9.

¹²⁷ Véanse los documentos CJI/RES. 232 (XCI-O/17), CJI/doc.522/17 rev.2, CJI/RES. 205 (LXXXIV-O/14) y AG/RES. 2887 (XLVI-O/16). Véanse también las resoluciones de la Asamblea General de la OEA AG/RES. 1786 (XXXI-O/2001), AG/RES. 2887 (XLVI-O/16); y la resolución A/HRC/RES/26/9. Véase <https://www.oas.org/en/sla/iajc/annual_reports.asp>. Fecha de consulta: 18 de junio de 2022.

¹²⁸ UNIDROIT/IFAD Legal Guide on Agricultural Land Investment Contracts (ALIC) [Guía jurídica sobre los contratos de inversión en tierras agrícolas], septiembre de 2021. Disponible solo en inglés en <https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2021/10/ALICGuidehy.pdf>. Fecha de consulta: 23 de mayo de 2022.

artículo 38)¹²⁹. En la actualidad existen más de 70.000 tratados que dominan el panorama del derecho internacional.

Determinadas características son exclusivas de los tratados y se reflejan en la ampliamente ratificada Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT)¹³⁰, que es un instrumento generalmente aceptado como reflejo del derecho internacional público en la materia. El artículo 2(1)(a) de la Convención de Viena define un tratado como “[...] “un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular”¹³¹.

La CIJ ha interpretado que esta definición refleja el derecho internacional consuetudinario¹³², y la mayoría de los Estados y escritores también respaldan esta afirmación¹³³. Sin embargo, también se ha reconocido ampliamente que esta definición es incompleta. Por ejemplo, los acuerdos de otros sujetos no estatales de derecho internacional no cumplirían los requisitos, lo que constituye una omisión¹³⁴.

El efecto jurídico internacional primario de un tratado es activar el principio jurídico internacional fundacional de *pacta sunt servanda*, según el cual sus disposiciones pasan a ser vinculantes para las partes y deben ser cumplidas por ellas de buena fe (artículo 26 de la CVDT). Además, un tratado también conlleva efectos jurídicos internacionales secundarios, incluidos los derivados del derecho de los tratados, la responsabilidad del Estado y cualquier otro régimen específico vinculado a la materia del tratado. La Convención de Viena y el derecho internacional consuetudinario en general, regirán la validez, interpretación, aplicación, incumplimiento y terminación de los tratados de un Estado¹³⁵.

Además, los tratados ejercen una influencia constante en la formación de normas consuetudinarias: declarándolas, cristalizándolas o incluso generándolas, y pueden proporcionar indicadores de lo que se considera una buena práctica en el derecho internacional. Como tales, los tratados son importantes herramientas internacionales que pueden influir en la toma de decisiones políticas y jurídicas a nivel

129 Véase el artículo 38(1) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, disponible en: <<https://www.icj-cij.org/en/statute>> (consultado el 3 de marzo de 2022).

¹³⁰ Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (abierta a la firma el 23 de mayo de 1969, entró en vigor el 27 de enero de 1980) 1155 U.N.T.S. 331, Art. 2(1)(a) ("CVDT").

¹³¹ Véase el artículo 2(1)(a) de la Convención de Viena disponible en:

<<https://www.oas.org/legal/english/docs/Vienna%20Convention%20Treaties.htm>> (consultado el 3 de marzo de 2022).

¹³² *Somalia c. Kenya, Delimitación marítima en el Océano Índico*, Sentencia, (2017), CIJ Rep. 3, 21, párrafo 42; *Caso relativo a la Frontera terrestre y marítima entre Camerún y Nigeria, Camerún c. Nigeria: Intervención de Guinea Ecuatorial*, CIJ Rep. 249, (2002), párrafo 263.

¹³³ Sobre este tema, véase el reciente documento aprobado por el Comité Jurídico Interamericano de la Organización de Estados Americanos y presentado por el jurista estadounidense Duncan Hollis, en calidad de Relator: "Directrices del Comité Jurídico Interamericano para Acuerdos Vinculantes y No Vinculantes", disponible en:

<https://www.oas.org/es/sla/cji/docs/informes_culminados_recientemente_Acuerdos_Vinculantes_y_No_Vinculantes_DIRECTRICES.pdf> (consultado el 3 de marzo de 2022).

¹³⁴ Es el caso de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales (aprobada el 21 de marzo de 1986, aún no en vigor), 25 ILM 543 (1986).

¹³⁵ Parte V de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, disponible en: <<https://www.oas.org/legal/english/docs/Vienna%20Convention%20Treaties.htm>> (consultado el 3 de marzo de 2022).

nacional, así como en las decisiones económicas; por ejemplo, en lo que respecta al consentimiento libre, previo e informado para las inversiones que afectan a los pueblos indígenas¹³⁶.

B. Tratados e inversiones internacionales

Como se ha visto de la redacción de los tratados de Amistad, Comercio y Navegación que fueron firmados a partir del siglo XVII surgieron ciertas obligaciones sustantivas que evolucionaron en el derecho consuetudinario internacional. Los intentos multilaterales de codificar estas obligaciones sustantivas sufrieron importantes retrocesos después de la Segunda Guerra Mundial. Desde estas iniciativas, no se ha emprendido ningún otro proyecto de codificación importante en el ámbito de las inversiones extranjeras. En lugar de ello, los Estados optaron de forma generalizada por concluir tratados bilaterales, regionales y multilaterales de inversión, así como acuerdos de libre comercio que incorporan capítulos específicos que regulan la inversión extranjera¹³⁷.

Mientras que el derecho internacional consuetudinario ha prevalecido tradicionalmente en el pasado en los litigios que se relacionaban con inversiones extranjeras, los tratados son ahora el principal medio a través del cual los extranjeros buscan la protección de sus derechos. Los tratados contemporáneos a veces incorporan las normas consuetudinarias clásicas, y otras veces van más allá de las mismas.

Una de las controversias se refiere a la interacción entre los tratados y el derecho internacional consuetudinario¹³⁸. Los artículos de la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas (CDI) sobre la responsabilidad del Estado reconocen la existencia de distintos regímenes de responsabilidad del Estado al incorporar una importante reserva de *lex specialis* en el artículo 55. Si existe un tratado, éste prevalece sobre el derecho internacional consuetudinario.

En relación con este asunto, un informe de la Comisión de Derecho Internacional explica que la interpretación sistémica debe realizarse bajo...

[...] dos presunciones, una positiva y otra negativa: a) según la presunción positiva, se considera que las partes "se remiten a los principios generales del derecho internacional para todas las cuestiones que [el tratado] no resuelve por sí mismo en términos expresos o de manera diferente"⁶⁴⁸; b) según la presunción negativa, al contraer obligaciones convencionales, las partes tienen la intención de no actuar de manera incompatible con los principios de derecho internacional generalmente reconocidos o con obligaciones convencionales anteriores respecto de terceros Estados¹³⁹.

Los casos de inversión se remiten al derecho internacional consuetudinario, por ejemplo, cuando la norma del tratado es poco clara o de textura abierta o tiene un significado reconocido en el derecho internacional consuetudinario. Ejemplos de ello son la interpretación de los términos "trato justo y

¹³⁶ Legal Guide on Agricultural Land Investment Contracts (ALIC), UNIDROIT/FIDA, septiembre de 2021, <<https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2021/10/ALICGuidehy.pdf>> (consultado el 23 de mayo de 2022), p. 22.

¹³⁷ La UNCTAD mantiene un Navegador de Acuerdos Internacionales de Inversión [*International Investment Agreements Navigator*] completo y fácil de usar, disponible en: <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>> (3 de marzo de 2022).

¹³⁸ En *Ghella c. Venezuela*, el Tribunal determinó que no es posible invocar a la Comisión de Derecho Internacional como fuente de consentimiento conducente a la jurisdicción. *Ghella S.p.A. c. República Bolivariana de Venezuela y C.A. Metro de Valencia*, Caso ICC No. 24776/JPA, Laudo Final (16 de marzo de 2022), párrafo 163.

¹³⁹ Véase el Informe sobre Fragmentación del Derecho Internacional de la Comisión de Derecho Internacional, p. 234.

equitativo” y “protección y seguridad plenas” por parte de la Comisión de Libre Comercio del TLCAN en el caso *Pope & Talbot v. Canada* ¹⁴⁰.

C. Régimen de tratados de inversión

Muchos instrumentos incorporan un cierto grado de protección de las inversiones, desde los que son propios de las inversiones extranjeras, como los tratados bilaterales o multilaterales de inversión¹⁴¹, hasta otros de ámbito más amplio pero que contienen algunas disposiciones sobre el tema. Por ejemplo, muchos acuerdos de la Organización Mundial del Comercio contienen ciertas normas sobre inversión que son más bien marginales en comparación con la forma en que se trata el tema en los tratados bilaterales de inversión.

El régimen internacional de inversiones se ha construido en gran medida de forma bilateral, más que multilateral. A diferencia de la Organización Mundial del Comercio, no existe ninguna organización internacional que exista para apoyar el régimen de inversiones extranjeras.

1. *Tratados bilaterales de inversión (TBI)*

a. **Los primeros tratados bilaterales de inversión (TBI) y su evolución posterior**

El acuerdo de 1959 entre Alemania y Pakistán (que entró en vigor en 1962) suele considerarse el primer tratado bilateral de inversión moderno¹⁴². Gran parte de la inspiración de éste y de los tratados posteriores procede del Proyecto de Convención Abs-Shawcross sobre Inversiones en el Exterior de 1959 y del Proyecto de Convenio de la OCDE sobre la Protección de la Propiedad Extranjera de 1962.

Si bien estos tratados iniciales no contenían una cláusula de resolución de disputas que pudiera ser invocada por los inversores perjudicados, estas primeras versiones del tratado de inversión moderno abrieron la puerta para la creación otros instrumentos similares de protección de las inversiones. El tratado bilateral de inversiones (TBI) de 1968 entre Indonesia y Países Bajos fue el primero en introducir una disposición para resolver reclamaciones con inversores extranjeros a través de una oferta de arbitraje¹⁴³.

En 1989, había 385 TBI en vigor. La UNCTAD informó de la existencia de unos 900 TBI a principios de la década de los años 90. Según la UNCTAD, para fines de diciembre de 2020 había 2.659 acuerdos internacionales de inversión en vigor, entre ellos TBI y otros acuerdos económicos que incluyen disposiciones relacionadas con la inversión, denominados tratados con disposiciones sobre inversión o "TIP"¹⁴⁴.

Curiosamente, en la década de 2000 se negociaron más de 770 TBI entre Estados en desarrollo, cifra superior al número de tratados negociados entre Estados en desarrollo y desarrollados.

b. **Características comunes a la mayoría de los TBI**

Existe un "sorprendente grado de uniformidad" entre la mayoría de los TBI. Los TBI coinciden en estructura, alcance y contenido, lo que resulta especialmente sorprendente si se tienen en cuenta los

¹⁴⁰ *Pope & Talbot Inc. c. Canadá* (31 de mayo de 2002), ILM Vol. 41 (2002) p. 1347, citando la Interpretación de la Comisión de Libre Comercio del TLCAN. Véase el Informe de la ILC sobre la fragmentación, p. 235.

¹⁴¹ El sitio web de la UNCTAD ofrece una base de datos sobre acuerdos internacionales de inversión en: <<http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>> (consultado el 3 de marzo de 2022).

¹⁴² Tratado entre la República Federal de Alemania y Pakistán para la promoción y protección de las inversiones, (firmado el 25 de noviembre de 1959), disponible en: <<http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/1387>> (consultado el 3 de marzo de 2022).

¹⁴³ Véase en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bit/1987/indonesia---netherlands-bit-1968>. Fecha de consulta: 18 de mayo de 2022.

¹⁴⁴ UNCTAD Investment Policy Monitor, número 24, febrero de 2021, p. 7-8.

fracasos en la consecución de un tratado multilateral global de inversiones y la flexibilidad que aporta un instrumento bilateral para adecuar derechos y obligaciones específicos. Sin embargo, a pesar del grado de uniformidad, los TBI no son idénticos. La redacción de cada tratado puede presentar pequeñas o grandes diferencias que dan lugar a interpretaciones diferentes y únicas de las mismas normas de protección. Ésta es quizá una de las razones por las que no existe una “jurisprudencia establecida” en el arbitraje internacional de inversiones.

La mayoría de los tratados bilaterales de inversión se dividen en tres partes: ámbito de aplicación, protección sustantiva y solución de diferencias. Suelen ir precedidos de un preámbulo, seguido de las definiciones de "inversión" e "inversores" y, a continuación, las condiciones para la admisión de un inversor extranjero. También contienen normas y garantías que deben observar los Estados receptores, seguidas de varias protecciones relativas a la transferencia de divisas y la contratación de personal. Por último, los TBI incorporan mecanismos de resolución de litigios orientados a resolver cuestiones entre Estados y, lo que es más importante, entre inversores y Estados (normalmente establecen el arbitraje como mecanismo predeterminado).

Por lo tanto, los inversores pueden acogerse a las protecciones del tratado tanto en lo que respecta a las normas de trato como a la elección del foro. Además, los TBI suelen conceder a los inversores la posibilidad de presentar demandas por sí mismos.

c. Normas sustantivas incluidas en los TBI

La protección jurídica de las inversiones internacionales suele extenderse a los siguientes aspectos:

i) Garantía de que no habrá expropiación ni medidas equivalentes sin indemnización

Por lo general, esta garantía está expresada en los tratados de inversión. Se suele exigir que la expropiación se realice por causa de utilidad pública, se lleve a cabo de acuerdo con las debidas garantías procesales y vaya acompañada del pago de una indemnización pronta, adecuada y efectiva.

Para tener derecho a indemnización, la expropiación puede ser directa o indirecta. La expropiación directa se refiere a la incautación física directa de la propiedad o de su título. Por el contrario, la expropiación indirecta se origina por medidas que equivalen a una privación sustancial del uso y el valor de la inversión, independientemente del hecho de que el título real del activo pueda seguir perteneciendo al inversor.

Para determinar si se ha producido una expropiación indirecta, los tribunales suelen considerar el impacto económico y la duración de las medidas gubernamentales que afectan la inversión y el grado en que han interferido con las expectativas razonables del inversor¹⁴⁵. En circunstancias excepcionales, la imposición gravosa de impuestos puede calificarse como expropiación indirecta¹⁴⁶.

Las acciones contrarias a las garantías o compromisos gubernamentales también pueden entrar en la categoría de expropiación indirecta. Sin embargo, en ausencia de garantías o compromisos por parte del Gobierno, el hecho de que un Estado ejerza de buena fe su capacidad de reglamentación mediante el uso de sus poderes policiales, por ejemplo, no debería considerarse expropiación indirecta, como se decidió en el caso *Methanex c. Estados Unidos*¹⁴⁷.

¹⁴⁵ *LG&E Energy Corporation y otros c. República Argentina*, Caso CIADI n° ARB/02/1, Decisión sobre responsabilidad (3 de octubre de 2006), párrafo 190.

¹⁴⁶ *Burlington Resources Inc. c. República del Ecuador*, Caso CIADI núm. ARB/08/5, Decisión sobre responsabilidad (14 de diciembre de 2012), párrafo 375).

¹⁴⁷ *Methanex Corporation c. Estados Unidos*, CNUDMI, Laudo final sobre jurisdicción y fondo (19 de agosto de 2005), párrafo 7.

En el caso *Philip Morris c. Uruguay*, el tribunal analizó si las medidas de Uruguay sobre el empaquetado de cigarrillos constituían una expropiación indirecta. Los demandantes alegaron que las regulaciones del Estado receptor sobre el empaquetado de cigarrillos expropiaban indirectamente su propiedad intelectual y destruían el valor de su marca, con un efecto sustancial sobre los beneficios. El tribunal llegó a la conclusión de que las medidas en cuestión eran un ejercicio válido por parte de Uruguay de sus poderes de policía destinados a proteger la salud pública, y posteriormente rechazó la demanda sobre expropiación¹⁴⁸.

A pesar de la abundante jurisprudencia sobre este tema, el significado de expropiación y el alcance del derecho a indemnización en el contexto de la regulación medioambiental o de salud pública siguen sin resolverse. Un motivo que explica esta situación es que la determinación de la ley aplicable en estos casos entraña una complejidad adicional. Por ejemplo, a pesar del creciente número de instrumentos internacionales sobre medio ambiente, pocos abordan la jurisdicción o la ley aplicable.

Otros tribunales han determinado que la expropiación indirecta puede resultar de medidas acumulativas que juntas reducen sustancialmente el valor de la inversión (lo que se conoce como expropiación progresiva)¹⁴⁹. Muchos tratados de inversión hacen referencia tanto a la expropiación directa como a la indirecta, precisamente para incluir las expropiaciones progresivas.

Las expropiaciones indirectas siempre implican garantías previas dadas a un inversionista, seguidas de una acción gubernamental que le priva totalmente o de forma significativa de sus expectativas razonables. Por ello, los tribunales han dictaminado que es el efecto más que la intención de la expropiación los que es determinante¹⁵⁰.

Además, dado que la disposición habitual sobre expropiación suele incluir conceptos como discriminación y garantías procesales, no es sorprendente que exista la posibilidad de que se confundan los límites entre la expropiación y otras normas de trato. En general, los tribunales han mostrado una tendencia a interpretar la expropiación indirecta de forma restrictiva, teniendo en cuenta la posibilidad de que el concepto de expropiación directa abarque una amplia gama de medidas si no está restringido.

Es importante destacar que los simples incumplimientos contractuales por parte del Estado, al margen de su capacidad soberana de regulación, no constituyen una expropiación indirecta¹⁵¹. No ocurre lo mismo, sin embargo, cuando el Estado actúa en su capacidad reguladora y expropia derechos contractuales rescindiendo el acuerdo por decreto¹⁵² o realizando una serie de “actos soberanos que tenían

¹⁴⁸ *Philip Morris Brand Sàrl (Suiza), Philip Morris Products S.A. (Suiza) y Abal Hermanos S.A. (Uruguay) c. República Oriental del Uruguay*, Caso CIADI No. ARB/10/7, Laudo (08 de julio de 2016).

¹⁴⁹ *Siemens A.G. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/8, Laudo (17 de enero de 2007), párrafo 263. Del mismo modo, un tribunal determinó que la negativa de un organismo local a renovar un permiso para un vertedero constituía expropiación, aunque la propiedad legal de los bienes no se viera afectada. *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/2, Laudo (2003), párrafo 116.

¹⁵⁰ *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/97/3, Laudo (21 de noviembre de 2000), párrafo 7.5.20; *Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. c. República de Costa Rica*, Caso CIADI No. República de Costa Rica, Caso CIADI No. ARB/96/1, Laudo final (17 de febrero de 2000), párrafos 71-72; *Phillips Petroleum Co. Iran c. República Islámica de Irán*, 21 Iran-US CTR 79, (1989), párrafos 115-116.

¹⁵¹ *Waste Management Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/3, Laudo (30 de abril de 2004), párr. 175. Véase también *Azurix Corporation c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/12, Laudo (14 de julio de 2006), párr. 315; *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. e InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/17, Decisión sobre Responsabilidad (30 de julio de 2010), párrafos 140-145.

¹⁵² *Siemens A.G. c. República Argentina*, Caso CIADI N° ARB/02/8, Laudo (17 de enero de 2007), párrafo 271.

por objetivo ilegítimo poner fin a la Concesión o forzar a su renegociación”¹⁵³. En efecto, tales actos entrarán en la categoría de expropiación indirecta.

ii. Trato justo y equitativo

La norma de trato justo y equitativo se invoca con frecuencia en las demandas de inversión, y figura en casi todos los tratados de inversión pertinentes¹⁵⁴. Como mínimo, esta norma significa que no puede haber discriminación por nacionalidad u origen en cuestiones como el acceso a los tribunales y órganos administrativos locales, los impuestos aplicables o la normativa gubernamental. En los tratados de inversión, el trato justo y equitativo suele incluirse como una cláusula independiente para distinguirla de otras normas y dejar claro que se aplica incluso si no se puede demostrar la existencia de discriminación.

El tribunal arbitral en el caso *Waste Management c. México* lo describió de la siguiente manera:

“[e]l nivel mínimo de trato justo y equitativo es quebrantado por una conducta atribuible al Estado y perjudicial para la parte demandante si dicha conducta es arbitraria, notoriamente injusta, antijurídica o idiosincrática, y discriminatoria si la parte demandante es objeto de prejuicios raciales o regionales o si supone ausencia de debido proceso que conduce a un resultado que ofende la discrecionalidad judicial, como podría ocurrir con un fracaso manifiesto de la justicia natural en los procedimientos judiciales o una falta total de transparencia e imparcialidad en un proceso administrativo. Al aplicar este criterio es pertinente que el trato sea contrario y violatorio de las declaraciones hechas por el Estado receptor sobre las que la parte demandante se basó en forma razonable¹⁵⁵”.

Más recientemente, en el caso *Mesa Power c. Canadá*¹⁵⁶, el tribunal se refirió al laudo emitido en el caso *Waste Management c. México*, lo cual confirma los elementos mencionados en esta decisión¹⁵⁷.

Una de las funciones más importantes de la norma de trato justo y equitativo es que llena los vacíos dejados por normas más específicas. Su popularidad y éxito están relacionados con el hecho de que una violación de esta norma puede ser más fácil de demostrar que la expropiación.

En los últimos años, se han realizado una serie de interpretaciones excesivamente amplias de la norma de trato justo y equitativo, lo que ha suscitado críticas.

Por otra parte, se plantea un problema recurrente cuando los redactores de los tratados utilizan - como hacen a menudo - la expresión “trato justo y equitativo de conformidad con el derecho internacional”. ¿Supone esta formulación la protección tradicional del derecho internacional consuetudinario relacionada con el nivel mínimo de trato?

El “nivel mínimo de trato” (NMI) dentro del derecho internacional consuetudinario, consagrado en la norma *Neer*, se refería a “un atropello”, “mala fe”, “negligencia deliberada en el cumplimiento del deber” o “insuficiencia de las acciones gubernamentales”. Esta fórmula se consideró de aplicación bastante limitada, por lo que posteriormente se amplió mediante tratados y a través de la noción de “trato justo y equitativo” y “protección y seguridad plenas” de las inversiones extranjeras. Desde entonces,

153 *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/97/3, Laudo (20 de agosto de 2007), párrafo 7.5.22.

154 *Trato justo y equitativo: UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, A sequel*, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2012, pp. 17-35. Disponible en: <http://unctad.org/en/Docs/unctaddiaeia2011d5_en.pdf> (consultado el 3 de marzo de 2022).

155 *Waste Management, Inc. c. México*, Laudo, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/3 (30 de abril de 2004), párr. 98.

156 *Mesa Power Group L.L.C. c. Gobierno de Canadá*, Caso CPA No. 2012-17, Laudo (24 de marzo de 2016).

157 *Ibíd.*, párrafo 501.

mucha de la jurisprudencia ha discutido los aspectos más complejos de la norma de trato justo y equitativo. Sin embargo, el debate sobre su contenido sigue abierto¹⁵⁸.

En efecto, existe un gran desacuerdo sobre si el principio de trato justo y equitativo y la norma de trato internacional mínimo son sinónimos. Algunos consideran que se trata del mismo concepto. Otra opinión afirma que ambas normas son distintas. En especial, los Estados que responden a las reclamaciones de los tratados sostienen que el "trato justo y equitativo" es una norma discreta y objetiva de los tratados, una forma particular de *lex specialis* que puede encontrarse en muchos acuerdos de este tipo, aunque no en todos, y que no corresponde necesariamente al trato exigido por el derecho internacional consuetudinario.

El debate, sin embargo, aún no está resuelto. En este sentido, el Tribunal del CIADI en el caso *Vivendi c. Argentina* señaló lo siguiente: "El Tribunal no encuentra base para equiparar los principios del derecho internacional con el nivel mínimo de trato [...] también hay que fijarse en los principios contemporáneos del derecho internacional, no sólo en los principios de hace casi un siglo"¹⁵⁹.

En cambio, el Tribunal del TLCAN en *Mondev c. Estados Unidos* consideró que el criterio *Neer* había evolucionado. Según el Tribunal, "[p]ara la óptica moderna, lo que es injusto o no equitativo no tiene por qué equivaler a lo escandaloso o lo atroz. En particular, un Estado puede tratar la inversión extranjera de manera injusta y no equitativa sin actuar necesariamente de mala fe"¹⁶⁰. En realidad, esto es lo que habría ocurrido si se hubiera aplicado la norma mínima del derecho internacional consuetudinario.

Más recientemente los tribunales arbitrales se han mostrado menos interesados en la discusión teórica relativa a la distinción entre la norma mínima del derecho consuetudinario y el principio de trato justo y equitativo, y, en su lugar, han centrado su atención en determinar el contenido del principio de trato justo y equitativo¹⁶¹.

En *Tecmed c. México*, el Tribunal Arbitral escribió que el trato justo y equitativo requiere que se respeten "las expectativas básicas en razón de las cuales el inversor extranjero decidió realizar su inversión"¹⁶². Decisiones posteriores (que citaron los casos *Tecmed c. México* y *Waste Management c. México*) subrayaron la necesidad de un marco jurídico transparente y estable para identificar las "expectativas legítimas" de los inversores que requieren protección. Este principio de expectativas legítimas está presente en muchos ordenamientos jurídicos nacionales y se menciona a menudo en laudos arbitrales basados en cláusulas de los tratados que ofrecen trato justo y equitativo¹⁶³. Como parte de su

¹⁵⁸ *Fair and Equitable Treatment*, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 1999, disponible en: <http://unctad.org/en/Docs/psiteitd11v3.en.pdf> (Fecha de consulta: 3 marzo de 2022), pp. 39-40.

¹⁵⁹ *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/97/3, Laudo 21 de noviembre de 2000), párr. 7.4.5. Véase también *Enron Corporation y Ponderosa Assets L.P. c. República Argentina*, Caso CIADI N° ARB/01/3, Laudo (22 de mayo de 2007), párrafo 258.

¹⁶⁰ *Mondev International Ltd. c. Estados Unidos*, Caso No. ARB (AF)/99/2 del CIADI, Laudo final (11 de octubre de 2002), párrafo 116.

¹⁶¹ Véase *Saluka Investments B.V. c. República Checa*, CNUDMI, Laudo parcial (17 de marzo de 2006), párrafos 292-295. Véase también *CMS Gas Transmission Co. c. República Argentina*, Case CIADI No. ARB/01/8, Laudo (12 de mayo de 2005), párrafo 284.

¹⁶² *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/2, Laudo (29 de mayo de 2003), párrafo 154.

¹⁶³ La CIJ observa que "las referencias a expectativas legítimas pudieran encontrarse en laudos arbitrales que involucren a un inversionista extranjero y al Estado receptor de la inversión que aplica cláusulas de tratados que disponen un tratamiento justo y equitativo". Sin embargo, el tribunal continuó afirmando que: "No se sigue de tales referencias que existe un principio en derecho internacional general que daría lugar al nacimiento de una obligación

deber general de imparcialidad, los Estados deben actuar de forma coherente con sus declaraciones previas de política o intención, para satisfacer las expectativas del inversor.

En este sentido, las expectativas legítimas de los inversores son consideraciones pertinentes para los tribunales. El análisis de estas expectativas supone examinar cómo la medida impacta “la justa expectativa respaldada por la inversión del inversor; y si el Estado intenta evitar las expectativas respaldadas por la inversión que el Estado creó o reforzó a través de sus propios actos”¹⁶⁴. Sin embargo, como se decidió en el caso *LG&E c. Argentina*, “[...] las expectativas legítimas del inversor no pueden dejar de considerar parámetros tales como el riesgo empresarial o los patrones regulares de la industria”¹⁶⁵

La jurisprudencia considera que la vulneración de la norma justa y equitativa implica que las autoridades públicas no garantizan el debido proceso, la coherencia y la transparencia¹⁶⁶, e indican la falta de un entorno previsible y estable, contrario a las expectativas legítimas del inversor¹⁶⁷.

Es necesario establecer un delicado equilibrio entre la actuación del Estado y el trato justo de los inversores en consonancia con sus expectativas legítimas. Aunque no se debe congelar la autonomía reguladora de los Estados, éstos no pueden tratar a los inversores de forma injusta o poco equitativa¹⁶⁸.

Es muy discutido si el estándar “injusto, irrazonable o no equitativo” para la actuación del Estado protege realmente las “expectativas legítimas” de un inversor en relación con los cambios normativos. Para utilizar la terminología del derecho contractual, ¿incluye la norma de trato justo y equitativo una cláusula implícita de “estabilización”? Un número cada vez mayor de casos utilizan conceptos como no discriminación, trato justo y equitativo y expectativas legítimas con el mismo fin, pero de formas muy diferentes.

Los inversores esperan que las actuaciones del Estado sean coherentes, exentas de ambigüedad y totalmente transparentes. Si se cumplen estas expectativas en cuanto al comportamiento del Estado, los extranjeros conocerán las normas que rigen la inversión con suficiente antelación y podrán planificar sus acciones en función de ellas¹⁶⁹.

sobre la base de lo que se podría considerar una expectativa legítima”. Obligación de negociar el acceso al Océano Pacífico (*Bolivia c. Chile*), sentencia de la CIJ del 24 de septiembre de 2015, párrafo 162.

¹⁶⁴ *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/02, Laudo (2003), párrafo 157.

¹⁶⁵ *LG&E Energy Corporation y otros c. República Argentina*, Caso CIADI n° ARB/02/1, Decisión sobre responsabilidad (3 de octubre de 2006), párrafo 164.

¹⁶⁶ *Ibid.*, párrafo 304. Véase también *MTD Equity Sdn Bhd & MTD Chile S.A. c. República de Chile*, Caso CIADI No. ARB/01/7, Laudo (25 de mayo de 2004), párrafos 176-178.

¹⁶⁷ *Emilio Agustín Maffezini c. Reino de España*, Caso CIADI No. ARB/97/7, Laudo (2000), párrafo 83; *Encana Corporation c. República de Ecuador*, Caso de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA) No. UN3481, Laudo (2006), párrafo 158.

¹⁶⁸ *CMS Gas Transmission Co. c. República Argentina*, Caso CIADI ARB/01/8, Laudo (2005), párrafo 276; véase también *Occidental Petroleum Corporation and Others c. República de Ecuador*, Caso de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA) No. UN 3467, Laudo final (2004), párrafo 183.

¹⁶⁹ *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB (AF)/00/2, Laudo (29 de mayo de 2003), párrafo 154. Véase también: *CMS Gas Transmission Company c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/8, Laudo (12 de mayo de 2005), párr. 284. *LG&E c. Argentina*, Caso CIADI N° ARB/02/1, Decisión sobre responsabilidad (3 de octubre de 2006), párr. 131. *Occidental Exploration and Production Company c. República de Ecuador*, Laudo final (1 de julio de 2004), párr. 191.

Otro requisito importante para el comportamiento del Estado es que la normativa que afecta a las inversiones extranjeras no puede ser discriminatoria en favor de las entidades nacionales¹⁷⁰. Como mínimo, un "trato justo y equitativo" significa que no haya discriminación por nacionalidad u origen en cuestiones como el acceso a los tribunales y órganos administrativos locales, los impuestos aplicables y la administración de la normativa gubernamental. Los Estados también deben garantizar la protección básica de sus sistemas judiciales, cuya violación puede equivaler a una "denegación de justicia"¹⁷¹.

iii. Derecho al trato nacional

El derecho internacional consuetudinario y los tratados de inversión en general imponen al Estado receptor la obligación de tratar al inversor extranjero de una manera al menos tan favorable como la concedida a sus propios nacionales en circunstancias similares. Las personas extranjeras no deben estar sujetas a requisitos adicionales que las coloquen en una situación de desventaja competitiva en comparación con los inversores nacionales. La noción de "trato nacional" ha sido descrita en un documento de la UNCTAD de 1999 como la "norma de trato más importante consagrada en los acuerdos internacionales de inversión"¹⁷².

Los tribunales tienden a abordar las reclamaciones de trato nacional planteándose tres preguntas: ¿Son las circunstancias similares? ¿Ha sido diferente el trato? ¿Existe una justificación razonable para dicho trato diferente? Esta prueba de los tres elementos se estableció en el caso *Saluka c. República Checa*¹⁷³ y fue reproducida posteriormente por otros tribunales¹⁷⁴.

iv. El derecho al estatus de nación más favorecida (MFN) y al trato no discriminatorio

Las normas de nación más favorecida (MFN, por sus siglas en inglés) y de trato no discriminatorio "no son autónomas, sino normas de protección comparativa que, como tales, varían en cada caso. Suelen estar contempladas en los tratados y reconocidas en la jurisprudencia"¹⁷⁵. En consecuencia, las ventajas obtenidas en los beneficios ofrecidos a un Estado se extienden automáticamente a los demás. Además de igualar las condiciones entre los inversores de diferentes Estados, la cláusula de MFN tiene el objetivo accesorio de promover la armonía a escala mundial impidiendo el favoritismo por motivos de nacionalidad".

¹⁷⁰ *CMS Gas Transmission Co. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/8, Laudo (12 de mayo de 2005), párrafo 277.

¹⁷¹ Los tribunales del TLCAN sostuvieron que la denegación de justicia constituye un incumplimiento de la norma: véase *The Loewen Group Inc. y Raymond L. Loewen c. Estados Unidos de América*, Caso CIADI No. ARB(AF)/98/3, Laudo (2003), párr. 132; *Waste Management Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/3, Laudo (30 de abril de 2004), párrafo 98; *International Thunderbird Gaming Corporation c. Estados Unidos Mexicanos*, CNUDMI, Laudo (26 de enero de 2006), párrafo 194; *Azinian y otros c. México*, CIADI, Caso N° ARB(AF)/97/2, Laudo sobre jurisdicción y fondo (1999), párrafo 102.

¹⁷² "Trato nacional", *UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements*, Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 1999, p. 1.

¹⁷³ *Saluka c. República Checa*, CNUDMI, Laudo parcial (2006). Este laudo ha sido criticado por extender la protección del tratado a las expectativas autoinducidas del inversor.

¹⁷⁴ *Quiborax S.A. y Non Metallic Minerals S.A. c. Bolivia*, Caso CIADI núm. ARB/06/2, Laudo (2015), párr. 247; *Total S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI núm. ARB/04/1, Decisión sobre Responsabilidad (2010), párr. 344. El tercer elemento debe evaluarse en función de las circunstancias específicas de cada caso, tal como declaró el Tribunal en *Parkerings-Compagniet A.S. c. República de Lituania*, Caso CIADI núm. ARB/05/8, Laudo (2007), párr. 368.

¹⁷⁵ *Antoine Goetz and Others c. República de Burundi*, Caso CIADI No. ARB/95/3, Laudo (10 de febrero de 1999), párr. 121; *Nykomb Synergetics Technology Holding AB v. Republic of Latvia*, SCC, Laudo (16 de diciembre de 2003), párr. 64; *Saluka Investments B.V. c. República Checa*, CNUDMI, Laudo parcial (2006), párr. 313.

Normalmente, la cláusula de trato de MFN se refiere a cómo trata un Estado a los bienes y personas extranjeros cuando entran en su territorio y posteriormente. La norma evalúa esencialmente cómo el Estado trata a los inversores durante la fase posterior al establecimiento.

El trato no discriminatorio prohíbe las medidas que discriminan al inversor extranjero. La norma MFN, por su parte, sostiene que los nacionales de un país extranjero no deben recibir un trato menos favorable que los de otro. Por supuesto, los Estados no están obligados a tratar a todos los nacionales extranjeros por igual. Sin embargo, un trato diferencial discriminatorio perjudicial podría considerarse una violación de esta norma. Una decisión en este sentido se dictó, por ejemplo, en el caso *Maffezini c. España*¹⁷⁶. El tribunal no determinó que se hubiera violado la norma de nación más favorecida, sino que la utilizó para ampliar el alcance de las disposiciones de solución de controversias.

La norma de MFN solamente se aplica "en circunstancias similares" entre el inversor extranjero y el inversor nacional¹⁷⁷. Se aplica a derechos sustantivos, tales como los beneficios fiscales, pero los casos también la han ampliado para que se aplique a cuestiones de procedimiento, como la determinación del mecanismo de resolución de disputas¹⁷⁸. En consecuencia, los tratados de inversión celebrados más recientemente se han inclinado por excluir explícitamente los derechos procesales de las cláusulas de nación más favorecida. Al no existir una referencia explícita en el tratado, este punto sigue abierto a debate.

v. Protección y seguridad plenas (FPS)

La norma de protección y seguridad plenas (FPS, por sus siglas en inglés) también es difícil de definir. A diferencia de otras cláusulas que imponen restricciones o prohibiciones, la norma de "protección y seguridad plenas" impone obligaciones positivas al Estado receptor.

La norma de protección y seguridad plenas se refiere a la prevención de daños físicos en el ejercicio por parte del Estado de sus funciones gubernamentales a través de la vigilancia y el mantenimiento de la ley y el orden¹⁷⁹. Tal y como se decidió en el caso *AAPL c. Sri Lanka*¹⁸⁰, el estándar es una de las iniciativas más importantes que requiere que el Estado receptor ejerza, dentro de sus posibilidades, la debida diligencia (o la *obligación de medios*), para proteger las inversiones. Esta norma no impone una "responsabilidad objetiva"¹⁸¹. Aunque el tribunal que actuó en el caso *AAPL c. Sri Lanka* no llegó a la conclusión de que los propios funcionarios gubernamentales fueran responsables del daño causado a la

¹⁷⁶ *Emilio Agustin Maffezini c. El Reino de España*, Caso Ciadi No. ARB/97/7, Decisión del Tribunal sobre Excepciones a la Jurisdicción (25 de enero de 2000, 15 ICSID Rev-FIJL 212 (2001), párrafos 38-64.

¹⁷⁷ *Parkerings-Compagniet A.S. c. República de Lituania*, Caso CIADI N° ARB/05/8, Laudo (2007), párr. 368; *United Parcel Service of America Inc. c. Gobierno de Canadá*, Caso CIADI N° UNCT/02/1, Laudo (24 de mayo de 2007), párrs. 173-184.

¹⁷⁸ *Gami Investments Inc. c. Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos*, Laudo, CNUDMI, (15 de noviembre de 2004), párr. 114; *EDF International y otros c. República Argentina*, CIADI, Caso N° ARB/03/23, Laudo (2012), párr. 929.

¹⁷⁹ Trato justo y equitativo: UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, A Sequel, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2012, p. 59, disponible en:

<http://unctad.org/en/Docs/unctaddiaeia2011d5_en.pdf> (consultado el 3 de marzo de 2022). *Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) c. República de Sri Lanka*, caso del CIADI n.º ARB/87/3, laudo final (27 de junio de 1990); *American Manufacturing and Trading Inc. c. República del Zaire*, caso del CIADI n.º ARB/93/1, laudo (21 de febrero de 1997); *Rumeli Telekom A.S. y Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. c. República de Kazajstán*, caso del CIADI n.º ARB/05/16, laudo (2008).

¹⁸⁰ *Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) c. República de Sri Lanka*, Caso CIADI n.º ARB/87/3, Laudo Final (1990).

¹⁸¹ Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales 2016, artículo 5.1.4.

inversión en cuestión, si llegó a la conclusión de que las autoridades gubernamentales no adoptaron las medidas cautelares adecuadas para evitar dicho daño.

El tribunal en *Wena c. Egipto*¹⁸² asignó a Egipto la responsabilidad por el daño causado, incluso si el propio Estado no había instigado las acciones ni participado en ellas. A su vez, el tribunal en *The Eurotunnel Arbitration*¹⁸³ consideró que la obligación de garantizar la plena protección y seguridad no era simplemente una obligación de "hacer todo lo posible" o una "obligación de medios", sino más bien la imposición al Estado receptor de una "obligación de conducta"¹⁸⁴. Por lo tanto, la norma FPS es distinta de la protección otorgada por el Estado a sus propios nacionales o a los nacionales de otros países¹⁸⁵.

El alcance de la norma FPS se ha ampliado a otras circunstancias más allá de exigir al Estado que ofrezca protección física a las inversiones¹⁸⁶. Por ejemplo, otras violaciones de la norma FPS incluyen el retiro de una autorización o aprobación que es vital para el funcionamiento de la inversión¹⁸⁷ o el inicio de un cambio en el marco jurídico que rige una inversión que hace imposible que continúe o mantenga su base contractual¹⁸⁸. En definitiva, la garantía de protección y seguridad plenas de las inversiones se ha ampliado para garantizar la seguridad jurídica del inversor.

vi. Ausencia de medidas arbitrarias o discriminatorias que perjudiquen la inversión

No todos los tratados de inversión utilizan el término "arbitrario". Algunos se refieren, en cambio, a medidas "irrazonables o discriminatorias". En el caso de *National Grid*, el Tribunal explicó que ambos términos son sinónimos: "[e]s la opinión del Tribunal que el significado claro de los términos "irrazonable" y "arbitrario" es sustancialmente el mismo en el sentido de algo hecho caprichosamente, sin motivo"¹⁸⁹.

Los tratados no suelen definir los conceptos de medidas "arbitrarias" o "discriminatorias". Por ejemplo, el artículo II(3)(b) del TBI entre Estados Unidos y Ecuador establece que "[n]inguna de las Partes menoscabará, en modo alguno, mediante la adopción de medidas arbitrarias o discriminatorias, la dirección, la explotación, el mantenimiento, la utilización, el usufructo, la adquisición, la expansión o la enajenación de las inversiones [...]"¹⁹⁰.

¹⁸² *Wena Hotels Ltd. c. Egipto*, Caso CIADI n° ARB/98/4, Laudo (2000).

¹⁸³ *Channel Tunnel Group y otro c. UL Secretary for Transport y otro*, Corte Permanente de Arbitraje, Laudo parcial (2007).

¹⁸⁴ *Ibid.* párr. 352.

¹⁸⁵ *Pantehniki S.A. Contractors & Engineers c. República de Albania*, Caso CIADI n° ARB/07/21, Laudo (30 de julio de 2009), párrafos 81-84.

¹⁸⁶ *American Manufacturing and Trading Inc. v. Republic of Zaire*, Caso CIADI No. ARB/93/1, Laudo (21 de febrero de 1997).

¹⁸⁷ *Waguih Elie George Siag y Clorinda Vecchi c. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI No. ARB/05/15, Laudo (2009), párrs. 445-448; *AES Summit Generation Ltd. y AES-Tisza Erömü Kft c. República de Hungría*, Caso CIADI No. República de Hungría, Caso CIADI núm. ARB/07/22, Laudo (2010), párr. 13.3.2; *Marion Unglaube y Reinhard Unglaube c. República de Costa Rica*, Caso CIADI núm. ARB/08/1 y ARB/09/20, Laudo (2012), párr. 281. Otros tribunales han rechazado esta ampliación de la norma: véase, por ejemplo, *Rumeli Telekom A.S. y Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. c. República de Kazajstán*, Caso CIADI núm. ARB/05/16, Laudo (29 de julio de 2008), párrs. 668-669; *AWG Group Ltd. c. República Argentina*, CNUDMI, Decisión sobre responsabilidad (30 de julio de 2010), párrs. 174-177.

¹⁸⁸ *Antoine Goetz y otros v. République du Burundi*, Caso CIADI n° ARB/95/3, Laudo (1999), párrafos 125-131.

¹⁸⁹ *National Grid P.L.C. c. República Argentina*, CNUDMI, Laudo (03 de noviembre de 2008), párrafo 197.

¹⁹⁰ Tratado entre la República de Ecuador y los Estados Unidos de América sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, firmado el 27 de agosto de 1993, entró en vigor el 11 de mayo de 1997.

En el caso *ELSI*, la CIJ estableció que: "[l]a arbitrariedad no es tanto algo opuesto a una norma de derecho [...] Es una inobservancia deliberada del debido proceso legal, un acto que conmociona, o al menos sorprende, el sentido de la corrección jurídica"¹⁹¹.

Aunque la intención de una medida discriminatoria es un elemento pertinente, la consideración más importante es su efecto¹⁹². Por lo tanto, para que se consideren medidas arbitrarias o discriminatorias, no es necesaria la mala fe¹⁹³. Más bien, el hecho de que la medida discrimine sin una causa razonable con respecto a otros inversores en una situación similar o comparable será indicativo de trato arbitrario o discriminatorio"¹⁹⁴.

A modo de ejemplo, el caso *Azurix c. Argentina* se refería a una inversión en una concesión para la prestación de servicios de agua sometida a medidas gubernamentales que incitaban a los consumidores a no pagar sus facturas, exigían al concesionario que no aplicara las nuevas tarifas resultantes de una revisión y le negaban el acceso a la documentación en base a la cual había sido sancionado. Estas medidas gubernamentales fueron consideradas arbitrarias por el tribunal¹⁹⁵.

vii. Libre transferencia de fondos relacionados con las inversiones

Esta norma protege a los inversores contra los controles de divisas restrictivos u otras acciones relacionadas por parte del Estado receptor. Las inversiones que pueden acogerse a esta norma son, por supuesto, los propios fondos invertidos, además de cualquier cantidad relacionada con la inversión, incluidos beneficios, dividendos, intereses, plusvalías, pago de regalías, honorarios de gestión, asistencia técnica o de otro tipo, o devoluciones en especie. Por lo tanto, la liberalización de los controles de divisas es fundamental para atraer inversiones extranjeras, ya que no tendrían ningún propósito comercial estratégico si el capital generado no pudiera transferirse de forma efectiva a través de las fronteras.

Los tratados incluyen, a menudo, excepciones que permiten restringir determinadas transferencias de divisas durante periodos inusuales de escasez de divisas o problemas de balanza de pagos en el Estado receptor.

Pocos laudos han considerado esta protección para la libre transferencia de fondos. Después de que Argentina se movilizara en 2001 para restringir las transferencias de divisas al extranjero, el tribunal arbitral en *Metalpar c. Argentina* entendió que el inversor no cumplió con el procedimiento interno para la transferencia de fondos y, por lo tanto, no podía alegar una violación¹⁹⁶. Asimismo, en *Continental Casualty c. República Argentina*, el Tribunal sostuvo que no todo movimiento transfronterizo de fondos estará "relacionado con la inversión" protegida por el tratado de inversión¹⁹⁷. En el caso *White Industries*

¹⁹¹ *Caso relativo a Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (Estados Unidos de América c. Italia)*, Sentencia, 15 CIJ 76 (1999), CIJG 95 (1989), párrafo 128. Véase también *LG&E Energy Corporation y otros c. República Argentina*, Caso CIADI núm. ARB/02/1, Decisión sobre responsabilidad (3 de octubre de 2006), párr. 158.

¹⁹² *Ibid.*, párrafo 262.

¹⁹³ *Marion Unglaube y Reinhard Unglaube c. República de Costa Rica*, Caso CIADI núm. ARB/09/20, Laudo (16 de mayo de 2012), párr. 263.

¹⁹⁴ *The Loewen Group Inc. and Raymond L Loewen v. United States of America*, Caso CIADI No. ARB(AF)/98/3, Laudo (26 de junio de 2003), párrafo 127.

¹⁹⁵ *Azurix Corporation c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/12, Laudo (14 de julio de 2006), párrafo 393. En otro caso, el Tribunal no encontró arbitrariedad en las medidas adoptadas por Argentina. Véase *El Paso Energy International Co. c. República Argentina*, Caso CIADI núm. ARB/03/15, Laudo (2011), párrafos 319-325.

¹⁹⁶ *Metalpar S.A. y Buen Aire S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/5, Laudo (2008), párrafo 179.

¹⁹⁷ *Continental Casualty Company c. República Argentina*, Caso CIADI N° ARB/03/9, Laudo (5 de septiembre de 2008), párrafo 242.

c. *India* el Tribunal desestimó una reclamación debido a que se relacionaba con la afirmación de derechos contractuales, más que con el movimiento de capital y el cambio de moneda¹⁹⁸.

viii. Cláusulas generales

Las cláusulas de ámbito general exigen que el Estado receptor cumpla con las obligaciones específicas que ha contraído con el inversor, lo que permite la posibilidad de elevar las disputas contractuales al foro internacional. Por ejemplo, la frase final del artículo 2(2) del TBI entre Argentina y Estados Unidos establece que “[c]ada Parte cumplirá los compromisos que hubiera contraído con respecto a las inversiones”¹⁹⁹. Dado que no todos los incumplimientos contractuales implican incumplimientos del tratado, las cláusulas generales plantean varios aspectos que se abordarán en la Parte 4, Sección III.

d. Evolución del contenido de los TBI

El modelo de tratado bilateral de inversiones (TBI) de Estados Unidos de 1987 estableció un modelo que fue seguido por muchos TBI posteriores, sobre todo en la década de 1990. El modelo de TBI de Estados Unidos de 2004, así como la mayoría de los instrumentos de protección de las inversiones de Estados Unidos que se han redactado desde entonces, incluyen cambios importantes que han remediado los problemas anteriores derivados de la negociación de los TBI y la posterior resolución de litigios.

Cuando se negociaron los primeros tratados internacionales de inversión en los años cincuenta y con posterioridad²⁰⁰, la principal preocupación era proteger a los inversores contra la expropiación directa. Sin embargo, en el entorno empresarial internacional actual, la expropiación directa suele ser poco frecuente. La mayoría de las demandas de inversión actuales se refieren a formas más sutiles de acción gubernamental perjudicial; por ejemplo, relacionadas con la renovación de licencias o con problemas medioambientales o de salud. Como tal, se ha vuelto difícil determinar dónde trazar la línea entre las acciones razonables adoptadas por el Estado y la expropiación indirecta.

Para evitar esos problemas, los tratados contemporáneos tienden a abordar aspectos relacionados con la salud, el medio ambiente y los derechos humanos de una forma más concreta²⁰¹. En particular, los aspectos de derechos humanos han cobrado importancia dentro del arbitraje de inversiones en varios contextos. Dentro de los más de 3.000 tratados de inversión registrados por la UNCTAD, el término “derechos humanos” se ha incluido en 363, de los cuales 260 están actualmente en vigor²⁰².

¹⁹⁸ *White Industries Australia Limited c. República de la India*, Laudo Final (30 de noviembre de 2011), párrafo 13.2.3.

¹⁹⁹ Véase Investment Policy Hub, Argentina-United States BIT, disponible en:

<<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bit/162/argentina---united-states-of-america-bit-1991->> Fecha de consulta: 3 de marzo de 2022.

²⁰⁰ Véase el tema: “Los primeros TBI” en la sección “E. Tratados Bilaterales de Inversión” más arriba.

²⁰¹ Este enfoque en la nueva generación de TBI se amplía más allá de los derechos humanos y refleja una correlación entre las obligaciones tanto del Estado como del inversionista. Por ejemplo, el TBI podría incluir disposiciones que obliguen al Estado a que no reduzca las normas de protección medioambiental a fin de atraer la inversión extranjera, lo que estaría de acuerdo con el derecho de los Estados a reglamentar a través de medidas destinadas a alcanzar objetivos legítimos de actuación pública. Por consiguiente, las disposiciones específicas relativas a los acuerdos de inversión que emanan de dichos TBI deben considerarse en el contexto del marco jurídico general del Estado receptor. En cuanto a las obligaciones del inversor ante estos nuevos TBI, las disposiciones pueden imponer la debida diligencia a fin de garantizar que su conducta sea compatible con las normas nacionales sobre protección del medio ambiente y lucha contra la corrupción, entre otras.

²⁰² UNCTAD, Investment Policy Hub, International Investment Agreements Navigator, disponible en: <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/by-economy>> Fecha de consulta: 3 de mayo de 2022.

Varios instrumentos de derecho indicativo sobre derechos humanos se refieren a las inversiones extranjeras, como las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales, la Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social de la Organización de Derecho Internacional y los Principios Rectores de las Naciones Unidas.

Además, muchos tratados contemporáneos destacan que los inversores “deberían” adherirse a las normas internacionales de derechos humanos o “instar” a las empresas internacionales a que tengan en cuenta las normas de responsabilidad social corporativa²⁰³. Además, algunos tratados contienen “cláusulas de legalidad” que obligan a los inversores extranjeros a cumplir con la legislación nacional del Estado receptor, incluidas sus disposiciones en materia de derechos humanos²⁰⁴. La violación de estas normas de derechos humanos puede convertir una infracción de la legislación nacional en una violación del tratado también.

2. *Iniciativas mundiales sobre inversión internacional*

Varios instrumentos mundiales abordan aspectos concretos relacionados con las inversiones extranjeras.

a. **Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (OMGI)**

El Convenio de 1985, por el que se crea el Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (OMGI), se concibió como un mecanismo adicional para proteger la inversión extranjera y aliviar las preocupaciones relacionadas con los riesgos no comerciales, fomentando así el flujo de recursos hacia los países en desarrollo²⁰⁵. El OMGI ofrece garantías a los inversores frente a riesgos como la guerra, los disturbios civiles o la expropiación. Junto con el Banco Mundial y la Corporación Financiera Internacional, el OMGI también ofrece asesoramiento a sus miembros para atraer inversiones extranjeras.

Al igual que ocurre con el Convenio del CIADI, el Convenio OMGI no impone ninguna obligación directa a los Estados Miembros relacionadas con el tratamiento de las inversiones extranjeras, lo que constituye una de las razones que motivaron su aceptación, por muchos países que se mostraban críticos de los tratados bilaterales de inversión. Los Estados consideran que el esquema de aseguramiento del OMGI implicaba menos restricciones a la soberanía.

b. **Directrices de 1992 sobre el tratamiento de las inversiones extranjeras directas**

En 1992, el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional (FMI) pidieron al OMGI que preparara un "marco jurídico" para promover la inversión extranjera directa. El resultado fueron las Directrices sobre el tratamiento de la inversión extranjera directa²⁰⁶. Aunque estas Directrices se elaboraron bajo los auspicios del Banco Mundial y el FMI si bien gozan de autoridad, no constituyen un instrumento vinculante similar a un tratado.

La Corporación de Inversiones Privadas en el Extranjero (OPIC) de Estados Unidos, conocida actualmente como Corporación Internacional de Financiación del Desarrollo (DFC) de Estados Unidos, también ofrece seguros de riesgo político contra las pérdidas ocasionadas por la inconvertibilidad de la

²⁰³ Por ejemplo, artículo 14(2)(b) del Modelo de Acuerdo de Cooperación y Facilitación de Inversiones de Brasil de 2015.

²⁰⁴ Por ejemplo, el artículo 12.1 del Modelo de TBI de India de 2016.

²⁰⁵ Convenio Constitutivo del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones, 1508 *Serie de Tratados de las Naciones Unidas* 100, firmado el 10 de noviembre de 1985, entró en vigor el 12 de abril de 1988 (en adelante "Convenio OMGI"). Véase también: <<https://www.miga.org/about-us>> (consultado el 3 de marzo de 2022).

²⁰⁶ Banco Mundial, *Legal Framework for the Treatment of Foreign Investment*, Vol. II, Report to the Development Committee and Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment. Disponible en: <<http://documents1.worldbank.org/curated/en/955221468766167766/pdf/multi-page.pdf>> (consultado el 3 de marzo de 2022).

moneda, la interferencia gubernamental y la violencia política (incluido el terrorismo). La DFC también ofrece reaseguros para aumentar la capacidad de suscripción²⁰⁷.

c. La OMC y las inversiones extranjeras

La creación de la Organización Mundial del Comercio (OMC) en 1995 supuso el mayor avance en la reforma del comercio internacional desde la Segunda Guerra Mundial. A partir del nuevo número de acuerdos comerciales bilaterales negociados durante y después de la reconstrucción, se hizo evidente que el sistema establecido por el Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio (GATT, por sus siglas en inglés) era insuficiente en cuanto a normas adecuadas para el comercio internacional. Tras varias rondas de negociaciones comerciales multilaterales celebradas en el marco del GATT, la naturaleza del sistema comercial multilateral se transformó durante la Ronda Uruguay, y el GATT fue sustituido por la OMC. Sin embargo, el nuevo sistema de normas comerciales que se estableció en el marco de la OMC no afectó ni pretendía sustituir al marco vigente de tratados bilaterales.

No obstante, la "cuestión de la inversión" se añadió a los Acuerdos de la OMC. Sin embargo, solo unos pocos casos de diferencias remitidos al Órgano de Solución de Diferencias (OSD) de la OMC, el organismo especializado encargado de conocer y resolver las diferencias entre los miembros de la OMC, han tratado asuntos de inversión extranjera. Dado que el OSD se limita a interpretar las disposiciones de los acuerdos de la OMC, a diferencia de los casos del CIADI, el OSD no se ocupa de cuestiones tradicionales relacionadas con la inversión extranjera. En general, el OSD tiene un papel limitado en la solución de diferencias relacionadas con las inversiones, por ejemplo, en relación con las medidas en materia de inversiones relacionadas con el comercio u otros acuerdos pertinentes de la OMC²⁰⁸.

d. Carta de la Energía

El Tratado sobre la Carta de la Energía (ECT, por sus siglas en inglés) se aplica únicamente a un sector de la economía, aunque muy importante: la energía, principalmente la industria de los combustibles fósiles. Más de 50 Estados, además de la Unión Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica, son parte del Tratado sobre la Carta de la Energía, el cual entró en vigencia en 1998²⁰⁹. Fue la respuesta al deseo actual de los Estados europeos de cooperar con Rusia y los nuevos Estados de Europa del Este y Asia Central en el establecimiento de normas sobre inversiones extranjeras en el sector energético. Sus inicios se remontan a la Carta Europea de la Energía, pero con Estados como Japón entre sus signatarios, además de Rusia, el ECT adquiere un alcance mundial importante y no se considera en absoluto un tratado regional. Además, no se limita a cuestiones de inversión internacional, sino que también abarca el comercio, el tránsito y el medio ambiente.

El capítulo del ECT sobre inversiones ha dado lugar a importantes litigios entre inversores y Estados en los últimos años. El artículo 26 del ECT se refiere a las opciones para la resolución de litigios, según las cuales los inversores pueden optar por someter sus litigios a los tribunales nacionales de la parte contratante, a un procedimiento de resolución de litigios previamente acordado o a arbitraje.

²⁰⁷ Véase, *Overseas Private Investment Corporation's ("OPIC") legislative charter* [carta legislativa de la Corporación de Inversiones Privadas en el Extranjero], 22 *United States Code Annotated* §§ 2191-2200b (2010).

²⁰⁸ Por ejemplo, en el caso *Australia Tobacco Plain Packaging*, el Grupo Especial (y posteriormente el Órgano de Apelación) analizó si las medidas de empaquetado sencillo adoptadas eran incompatibles con las obligaciones de Australia en virtud del Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual con el comercio (ADPIC), entre otros. *Australia - Certain Measures Concerning Trademarks, Geographical Indications and Other Plain Packaging Requirements Applicable to Tobacco Products and Packaging*, DS435, 441, 458 y 467.

²⁰⁹ Tratado sobre la Carta de la Energía, 2080 *United Nations Treaty Series* 95, firmado el 17 de diciembre de 1994, entró en vigor el 16 de abril de 1998.

El ECT ha sido criticado como un obstáculo importante en la transición hacia fuentes de energía renovables y los esfuerzos para combatir el cambio climático. Por ejemplo, puede disuadir a los Estados del cumplimiento de los compromisos contraídos en virtud del Acuerdo de París debido a las pérdidas financieras que podría suponer. A pesar de los intentos de reforma, se han hecho varios llamamientos para que los Estados se retiren; Italia se retiró en 2016 y otros Estados han anunciado intenciones de hacerlo²¹⁰.

La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso *Achmea* ha atraído la atención de la comunidad dedicada al arbitraje internacional de inversiones con respecto a la cuestión de si su alcance se aplica a la disposición de resolución de disputas del TCE para los TBI dentro de la Unión Europea. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea declaró que la cláusula de arbitraje entre Holanda y Eslovaquia tenía un efecto adverso sobre la autonomía del derecho de la Unión Europea y, como tal, la hacía inaplicable e incompatible con el marco jurídico de la Unión Europea. Concretamente, el TJUE consideró que la eficacia del derecho de la UE puede verse socavada si los litigios relacionados con la UE se remiten a órganos que se encuentran fuera de la jurisdicción de la Unión Europea²¹¹.

El “Acuerdo para la terminación de los tratados bilaterales de inversión entre los Estados miembros de la Unión Europea” entró en vigor recientemente e implementa el razonamiento del CJEU en el caso *Achmea*²¹². Sin embargo, el acuerdo no se aplica a los procedimientos intra-UE en virtud del TCE. En su lugar, establece expresamente que la “Unión Europea y sus Estados miembros tratarán este asunto con posterioridad²¹³”.

3. *Iniciativas regionales de inversión*

a. **Norteamérica**

El Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) entre México, Canadá y Estados Unidos entró en vigor en 1994²¹⁴. En cuanto a la protección de las inversiones, el Capítulo 11 apelaba al establecimiento de un "entorno seguro para las inversiones mediante la elaboración de normas claras de trato justo de las inversiones extranjeras", y estaba dirigido a "eliminar los obstáculos a la inversión" y a "establecer mecanismos eficaces para la solución de controversias". Como tal, el TLCAN contenía elaborados mecanismos para la solución de diferencias. Bajo varias condiciones previas, el Capítulo 11 también incluía disposiciones que contemplan el arbitraje internacional contra un Gobierno receptor, ya fuera en virtud del Convenio del CIADI o de su Mecanismo Complementario, o de conformidad con las Reglas de la CNUDMI. El TLCAN generó una cantidad considerable de jurisprudencia y literatura.

²¹⁰ Tratado sobre la Carta de la Energía, Written Notifications of Withdrawal from the Energy Charter Treaty. <<https://www.energycharter.org/media/news/article/written-notifications-of-withdrawal-from-the-energy-charter-treaty/>> Fecha de consulta: 19 de septiembre de 2023.

²¹¹ Este punto ha generado numerosos casos en el CIADI, la mayoría derivados del ECT. El primer caso en el que se desestimó una objeción en el seno de la Unión Europea a nivel del CIADI fue el de Electrabel contra Hungría. Electrabel S.A. contra la República de Hungría, caso del CIADI n.º ARB/07/19, Decisión sobre competencia, ley aplicable y responsabilidad (30 de noviembre de 2012). Las repercusiones de la decisión en el caso *Achmea* tendrán un impacto que merece la pena seguir en los próximos años.

²¹² Acuerdo para la terminación de los tratados bilaterales de inversión entre los Estados miembros de la Unión Europea, consideraciones preliminares. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A22020A0529%2801%29>. Fecha de acceso: 3 de marzo de 2022.

²¹³ El Preámbulo establece textualmente: “CONSIDERANDO que el presente Acuerdo se refiere a los tratados bilaterales de inversión intra-UE; y no se aplica a los procedimientos intra-UE basados en el artículo 26 del Tratado sobre la Carta de la Energía. La Unión Europea y sus Estados miembros tratarán este asunto con posterioridad...”. Véase *ibid*.

²¹⁴ Tratado de Libre Comercio de América del Norte, 32 *International Legal Materials* 612, firmado el 17 de diciembre de 1992, entró en vigor el 1 de enero de 1994, Cap. 11.

El Tratado Comercial entre Estados Unidos, México y Canadá (T-MEC), firmado en noviembre de 2018, es el sucesor del TLCAN²¹⁵. En diciembre de 2019, las tres partes firmaron un protocolo que modifica el texto original del T-MEC y el 1 de julio de 2020 entró en vigor. El T-MEC abarca una serie de aspectos relacionados con el comercio entre los tres Estados, e incluye capítulos sobre normas de origen, obstáculos técnicos al comercio, propiedad intelectual, política de competencia, trabajo, contratación pública, medio ambiente e inversión.

En comparación con el Capítulo 11 del TLCAN, la disponibilidad de la solución de controversias entre inversionistas y Estados (SCIE) es menor en el Capítulo 14 del T-MEC. Aunque el Capítulo 14 sigue protegiendo la inversión y a los inversionistas a través de obligaciones sustantivas relacionadas con el trato nacional, la MFN (nación más favorecida) y la expropiación directa, se aparta en muchos aspectos del anterior Capítulo 11. Esencialmente, el T-MEC limita en gran medida la capacidad de los inversores para hacer valer los derechos sustantivos que les otorga el Acuerdo, específicamente en Canadá, que fue excluido del mecanismo SCIE previsto en el Capítulo 14. Por lo tanto, solo los inversores mexicanos y estadounidenses pueden presentar reclamaciones y las mismas pueden presentarse sobre la base del trato nacional, el trato de MFN o la expropiación directa, lo cual excluye, en cierta medida, los motivos comunes de las demandas en materia de inversión, como el trato justo y equitativo y la expropiación indirecta.

Además de la exclusión de Canadá, el Capítulo 14 incluye ahora un requisito de litigio local como requisito previo para las reclamaciones SCIE, excepto cuando "recurrir a los recursos internos fuera obviamente fútil"²¹⁶.

b. América Central

El Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana y Centroamérica (CAFTA-DR) de 2006 fue suscrito entre República Dominicana, El Salvador, Costa Rica, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Estados Unidos y es el primer tratado de libre comercio entre Estados Unidos y las naciones centroamericanas²¹⁷. El capítulo 10 del CAFTA-DR se refiere específicamente a la inversión y contempla ciertas garantías genéricas del tratado que suelen incluirse en los TBI y una opción para que el propio inversor haga valer esas garantías del tratado directamente en un arbitraje internacional vinculante contra un Estado receptor²¹⁸.

c. América del Sur

En 1994, el Mercado Común del Sur (MERCOSUR) elaboró en América del Sur protocolos relativos a la promoción y protección recíproca de las inversiones. Hasta la fecha, el único instrumento en vigor relacionado con la materia es el Protocolo de Cooperación y Facilitación de Inversiones Intra-MERCOSUR, aprobado por el MERCOSUR mediante la Decisión 3/17²¹⁹ y ratificado por Uruguay, Brasil y Argentina.

²¹⁵ El tratado también lleva otros dos nombres: Canadá lo ha adoptado como *Acuerdo Canadá-Estados Unidos-México* (CUSMA), mientras que México se decidió por el título: *El Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá* (T-MEC).

²¹⁶ T-MEC, artículo 14.D.5(b), nota de pie de página 25.

²¹⁷ Acuerdo CAFTA-DR, disponible en: <<https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/cafta-dr-dominican-republic-central-america-fta>> (consultado el 3 de marzo de 2022).

²¹⁸ Véase *Ibid.*, capítulo 10, artículos 10.3, 10.4, 10.5 y 10.7. Disponible en: https://ustr.gov/sites/default/files/uploads/agreements/cafta/asset_upload_file328_4718.pdf. Fecha de consulta: 3 de marzo de 2022.

²¹⁹ El protocolo puede consultarse en:

Una característica destacable de este Protocolo es la lista de exclusiones del término “inversión”, es decir, bonos, obligaciones, préstamos e inversiones de cartera. Además, las normas de trato justo y equitativo y de protección y seguridad plenas no están expresamente cubiertas por el protocolo, como tampoco lo están las expropiaciones indirectas. Entre las protecciones que el protocolo *sí* ofrece a las inversiones se encuentran la no discriminación y la protección contra las expropiaciones directas.

En cuanto a las demandas de inversión, el protocolo establece en primer lugar un procedimiento de prevención de controversias que cualquier Estado Miembro puede iniciar. Sólo después de agotar este procedimiento podrá un Estado Miembro activar cualquier mecanismo de solución de controversias vigente en el MERCOSUR. El inicio del procedimiento de prevención o de solución de controversias del protocolo excluye la posibilidad de activar cualquier derecho de arbitraje establecido en virtud de otros TBI o acuerdos que, de otro modo, podrían haber sido aplicables.

El 28 de junio de 2019, la Unión Europea y el bloque comercial MERCOSUR alcanzaron un acuerdo político para la creación de un acuerdo comercial que tendrá como objetivo aumentar el comercio bilateral y la inversión entre las regiones. Todavía está pendiente una versión final²²⁰.

d. Asia

En 2009, la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático (ASEAN), formada por diez Estados del sudeste asiático, firmó el Acuerdo General de Inversiones (ACIA, por sus siglas en inglés), que entró en vigor en 2012. El objetivo del ACIA es “crear un régimen de inversión libre y abierto en la ASEAN” a través de la liberalización progresiva de los regímenes de inversión de los Estados Miembros, la provisión de una mayor protección a los inversores y las inversiones, la mejora de la transparencia y la previsibilidad del régimen de inversión, la promoción conjunta de la región como una zona de inversión integrada, y a través de la cooperación entre los Estados Miembros de la ASEAN para crear condiciones favorables para sus inversores²²¹. Además, la sección B del ACIA contiene disposiciones sobre la solución de controversias en materia de inversiones y prevé el arbitraje entre inversores y Estados²²².

Firmado en 2020, el Acuerdo de Asociación Económica Integral Regional (RCEP, por sus siglas en inglés) es el mayor acuerdo de libre comercio del mundo en términos de población cubierta y PIB acumulado de los países firmantes. Celebrado por quince economías de Asia-Pacífico, aspira a crear un mercado más integrado que facilite el comercio de los productos y servicios disponibles entre los países. Aunque muchas de las disposiciones del RCEP son similares a las obligaciones que figuran en otros TBI,

https://www.mre.gov.py/tratados/public_web/DetallesTratado.aspx?id=+uUEOsWR9wE3v91PDIXvnQ==. Fecha de consulta: 25 de julio de 2022. Este protocolo de 2017 sustituyó al "Protocolo de Colonia" de 1994, que nunca entró en vigor al no reunir las cuatro ratificaciones requeridas según lo establecido en el Protocolo. Disponible en: <https://www.mre.gov.py/tratados/public_web/DetallesTratado.aspx?id=QbqmyvQ17CGPrIugK4Iltg%3d%3d>

Fecha de consulta: 25 de julio de 2022. Asimismo, mediante la Decisión 11/94 se aprobó un Protocolo de Promoción de Inversiones de Estados no miembros del MERCOSUR. Sin embargo, este protocolo aún no ha entrado en vigor, ya que establecía un requisito de cuatro ratificaciones y, hasta la fecha, sólo ha sido ratificado por tres Estados Miembros. Disponible en:

<https://www.mre.gov.py/tratados/public_web/DetallesTratado.aspx?id=MzFrhVNTcm7X+Ji9ITDZ0Q%3d%3d>
Fecha de consulta: 25 de julio de 2022.

²²⁰ Véase <<https://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=2039>> (consultado el 3 de marzo de 2022) y <https://www.mercosur.int/mercosur-cierra-un-historico-acuerdo-de-asociacion-estrategica-con-la-union-europea/> Fecha de consulta: 3 de marzo de 2022 para los comunicados de prensa de la UE y del MERCOSUR, respectivamente. El acuerdo de principio está disponible en:

https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2019/june/tradoc_157964.pdf. Fecha de consulta: 16 de septiembre de 2023.

²²¹ Acuerdo de Inversión Global ASEAN, Sección A, artículo 1, Objetivo. Disponible en: <http://investasean.asean.org/files/upload/Doc%2005%20-%20ACIA.pdf>. Fecha de consulta: 3 de marzo de 2022.

²²² Artículo 33, ibidem, sección B.

el RCEP presenta algunas variaciones en la formulación de sus obligaciones de protección de las inversiones. Por ejemplo, la forma modificada de la norma de trato justo y equitativo empleada en el RCEP limita el alcance de dicha protección a "la norma mínima de trato a los extranjeros del derecho internacional consuetudinario"²²³.

e. África

Desde mediados de la década de 1990 y principios de la década de 2000, los países africanos han firmado un gran número de TBI. En julio de 2019, 897 de los 2.971 TBI firmados en todo el mundo estaban relacionados con Estados de África²²⁴. En la actualidad, África comprende una compleja red de diversas comunidades económicas regionales (REC). Cada REC africana tiene al menos un instrumento relacionado directa o indirectamente con la inversión.

Entre estas iniciativas, en 2007 se creó el Mercado Común para África Oriental y Meridional (COMESA), pero aún no ha entrado en vigor, ya que no se ha alcanzado el umbral necesario de ratificación de al menos seis Estados Miembros. En 2016, COMESA finalizó un Acuerdo Común de Inversión que modifica el acuerdo de 2007²²⁵.

También cabe destacar los diferentes instrumentos que regulan la inversión dentro de la Comunidad Económica de los Estados de África Occidental (CEDEAO)²²⁶, entre ellos la Ley Suplementaria de Inversiones de la CEDEAO de 2008²²⁷ y el Código Común de Inversiones de la CEDEAO de 2018 (CEDIC), todos los cuales modernizan el régimen de inversión en la región.

A su vez, la Comunidad para el Desarrollo del África Meridional (SADC) presentó en 2006 un Protocolo sobre Finanzas e Inversión (Protocolo de Inversión de la SADC), actualmente en vigor²²⁸. En 2016, el Protocolo de Inversión de la Comunidad para el Desarrollo del África Meridional (SADC) fue modificado, pero aún no ha sido ratificado. La región de la SADC también aprobó un Tratado Modelo, con el objetivo de mejorar la armonización de los regímenes de inversión en la región y proporcionar una herramienta eficaz para la futura celebración de acuerdos internacionales de inversión (AII) por parte de los Estados Miembros de la Comunidad para el Desarrollo del África Meridional.

A nivel continental, el Código Panafricano de Inversiones, celebrado en 2015, constituye el primer código de inversiones de todo el continente africano. Sirve de base para las negociaciones sobre el Protocolo de Inversiones del Acuerdo por el que se establece una Zona de Libre Comercio Continental Africana (AfCFTA), y también tiene el objetivo a largo plazo de garantizar el desarrollo sostenible.

²²³ El Acuerdo de Asociación Económica Integral Regional (RCEP) entró en vigencia el 1 de enero de 2022. Véase mayor información en: <https://rcepsec.org/>. Fecha de consulta: 3 de marzo de 2022.

²²⁴ Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), "International Investment Agreement Database" <<http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>> (consultado el 3 de marzo de 2022).

²²⁵ Véase UNCTAD, "World Investment Report 2018-Investment and New Industrial Policies" (UNCTAD 2018) 90, disponible en: <https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2018_en.pdf> (consultado el 3 de marzo de 2022).

²²⁶ Tratado de la CEDEAO (revisado en 1993); Protocolo de la CEDEAO sobre Circulación de Personas y Establecimientos; Protocolo de la CEDEAO sobre Energía; así como la Ley Suplementaria de la CEDEAO sobre Inversiones; disponible en:

<<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/groupings/26/ecowas-economic-community-of-west-african-states->> (consultado el 3 de marzo de 2022).

²²⁷ Ley suplementaria de inversiones de la CEDEAO, A/SA.3/12/08 Adopting Community Rules on Investment and the Modalities for their Implementation with ECOWAS (2008) [Adopción de normas comunitarias en materia de inversión y modalidades de aplicación con la CEDEAO].

²²⁸ Véase, Protocolo sobre finanzas e inversiones de SADC (firmado el 18 de agosto de 2006), disponible en: <<http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/273>> (consultado el 3 de marzo de 2022).

Entre los tribunales regionales se encuentra el Tribunal del COMESA, creado en 1988 como órgano judicial del COMESA, cuyo principal objetivo es “[asegurar] la observancia de la ley en la interpretación y aplicación del Tratado [por el que se establece el Mercado Común del África Oriental y Meridional]”. El Tribunal Comunitario de Justicia de la CEDEAO fue creado en 1991 a través del Protocolo sobre el Tribunal Comunitario de Justicia²²⁹, y tiene competencia para actuar como tribunal arbitral de la comunidad²³⁰. Queda por ver si el Protocolo de Inversiones del AfCFTA incorporará la resolución de controversias a través de un tribunal regional de inversiones.

f. Medio Oriente

El Medio Oriente se basa en un Acuerdo Unificado para la Inversión de Capital Árabe en los Estados Árabes, firmado en 1980 y en vigor desde el 7 de septiembre de 1981. El estatuto del Tribunal Árabe de Inversiones entró en vigencia en 1988. La mayoría de los miembros de la Liga de Estados Árabes ratificaron el acuerdo de inversión.

g. Europa

En Europa, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea incluye disposiciones relativas a la inversión internacional entre los Estados de la Unión, en particular en su Título IV, relativo a la Libre Circulación de Personas, Servicios y Capitales²³¹. Además, el Tratado de Lisboa, que entró en vigor en 2009, otorga a las instituciones de la Unión Europea competencia exclusiva en materia de inversión extranjera directa, un ámbito que anteriormente era competencia exclusiva de los Estados Miembros. Tras asumir la competencia sobre la inversión internacional para sus miembros, la Unión Europea negoció varios tratados sobre la materia, entre ellos el Acuerdo Económico y Comercial Global UE-Canadá de 2016²³² y el Acuerdo de Protección de Inversiones UE-Vietnam de 2019²³³.

El Acuerdo Integral y Progresista de Asociación Transpacífico (CPTPP, por sus siglas en inglés) es un acuerdo de libre comercio firmado en 2018 por once países de Asia-Pacífico²³⁴. Contiene fuertes protecciones y garantías a la inversión²³⁵. El capítulo relacionado con la inversión abarca todo el ciclo de

²²⁹ Protocolo A/P.1/7/91 sobre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (firmado el 6 de julio de 1991, entró en vigor provisionalmente el 6 de julio de 1991, definitivamente el 5 de noviembre de 1996); actualmente modificado por el Protocolo Suplementario A/SP.1/01/05.

²³⁰ CEDEAO, Tratado revisado de la Comunidad Económica de los Estados de África Occidental (revisado el 24 de julio de 1993), Art. 16.

²³¹ Unión Europea: Versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea [2012] DO C 329/49, disponible en: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A12012E%2FTXT>> (consultado el 3 de marzo de 2022).

²³² Acuerdo Económico y Comercial Global entre Canadá, por una parte, y la Unión Europea y sus Estados Miembros, por otra, firmado en Bruselas el 30 de octubre de 2016, disponible en: <<https://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ceta/ceta-chapter-by-chapter/>> (consultado el 3 de marzo de 2022).

²³³ Acuerdo de Protección de Inversiones entre la Unión Europea y sus Estados Miembros, por una parte, y la República Socialista de Vietnam, por otra, firmado el 30 de junio de 2019, disponible en: <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5868/download>> (consultado el 3 de marzo de 2022).

²³⁴ El CPTPP entró en vigor el 30 de diciembre de 2018 para Australia, Canadá, Japón, México, Nueva Zelanda y Singapur, el 14 de enero de 2019 para Vietnam y el 19 de septiembre de 2021 para Perú. El proceso de ratificación en Brunéi Darussalam, Chile y Malasia aún no ha concluido. Véase: <<https://www.dfat.gov.au/trade/agreements/in-force/cptpp/comprehensive-and-progressive-agreement-for-trans-pacific-partnership>> (consultado el 3 de marzo de 2022).

²³⁵ Acuerdo Integral y Progresista de Asociación Transpacífico (CPTPP), disponible en: <https://www.mti.gov.sg/-/media/MTI/improving-trade/multilateral-and-regional-forums/CPTPP/cptpp_legal_text_21022018.pdf> (consultado el 3 de marzo de 2022).

vida de una inversión e incluye las obligaciones básicas de trato nacional, trato MFN, expropiación e indemnización, requisitos de desempeño y transferencias. Aunque el acuerdo incluye disposiciones relativas a la solución de diferencias entre inversores y Estados, el CPTPP ha reducido el alcance de las demandas de los inversores y excluye, por ejemplo, las reclamaciones relativas a los contratos de inversión celebrados con el Gobierno.

Por último, la Asociación Transatlántica de Comercio e Inversión (ATCI) entre la Unión Europea y Estados Unidos tuvo el potencial de crear un régimen plurilateral amplio y que habría incluido normas sobre casi todos los aspectos del comercio y la inversión entre las partes. Sin embargo, las negociaciones se paralizaron durante la Administración del Presidente Trump y, en 2019, el Consejo de la Unión Europea declaró que las directrices de negociación del TTIP habían quedado obsoletas²³⁶.

III. Principios generales e inversiones internacionales

A. Principios generales del derecho internacional público

En la práctica jurídica actual y en los escritos académicos más conocidos, el término “principios”, a veces junto con las palabras “generales”, “universales” y “reconocidos”, suele referirse a normas de carácter más abstracto y general (como *pacta sunt servanda* o buena fe). En algunas ocasiones, estas normas jurídicas generales se califican con el término “fundamental”, lo cual sugiere vínculos con valores básicos abstractos, como los consagrados en las constituciones nacionales de diversos Estados. Otras veces, el término “principios” se utiliza como sinónimo de “normas sin fuerza de ley”, como en los Principios de UNIDROIT²³⁷ o los Principios de HCCH²³⁸. Para un breve análisis sobre el tema de los principios en el contexto general del derecho internacional privado y la ley uniforme, se puede consultar la “Guía sobre el derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales en las Américas” (Guía de la OEA sobre el derecho aplicable a los contratos, Parte 6, II).

En derecho internacional público, el término “principio” ha sido objeto de un intenso debate doctrinal, y “se utiliza con bastante ligereza”. A veces los “principios” se equiparan a las “normas”, y otras veces las “normas” incluyen los “principios”. De vez en cuando, el término “principio” se refiere a una norma general que explica y justifica normas más específicas. A veces, tratados que ni siquiera están en vigor se consideran reflejo de “principios de derecho internacional”²³⁹. Otras veces, las cortes y los tribunales se limitan a afirmar la existencia de un principio sin explicar de dónde ha derivado, por ejemplo, en el caso *del Canal de Corfú*²⁴⁰.

De la jurisprudencia de la CIJ se desprende que, en general, el uso de la palabra “principio” se asocia con un tipo de norma, ya sea originada por la costumbre internacional, en tratados²⁴¹, bilaterales y

²³⁶ Decisión del Consejo (UE) 2019, disponible en: <<https://www.consilium.europa.eu/media/39180/st06052-en19.pdf>> (consultado el 3 de marzo de 2022).

²³⁷ Véase la parte 7 de esta Guía.

²³⁸ Véase más abajo en esta Guía, en la Parte 6, IV, C.

²³⁹ En *Phillips Petroleum Company Iran c. Iran (1989)*, el Tribunal dictaminó que el Tratado de Amistad de 1955 entre Estados Unidos e Irán, ya sea que estuviera en vigencia o no, era una fuente pertinente de derecho. *Phillips Petroleum Company Irán c. Irán (1989)*, párrafo 103.

²⁴⁰ Corte Internacional de Justicia Rep 4 22. Véase también en el caso de la Corte Permanente de Justicia Internacional (PCIJ) Caso relativo a la Fábrica de Chorzow (Demanda de indemnización) (Jurisdicción) (*Alemania c. Polonia*) PCIJ Ser A, No. 9, 21, y en *The Mavrommatis Palestine Concessions (Greece c. Great)* PCIJ Ser A, No. 2, 12. Cf. Pellet (n 4) 839, párrafo 266.

²⁴¹ CIJ, Delimitación Marítima en el Mar Negro (*Rumania c. Ucrania*), 2009, párrafo 33; CIJ, Aplicación para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (*Bosnia y Herzegovina c. Serbia y Montenegro*), 2007, párrafo 426; CIJ, Delimitación Marítima y Cuestiones Territoriales entre Qatar y Bahrein (*Qatar c. Bahrein*), 1994, párrafo 16; CIJ, Laudo Arbitral del 31 de julio de 1989 (*Guinea-Bissau c. Senegal*), 1991, párrafo 48; CIJ, Caso relativo a la

multilaterales,²⁴² o en la propia jurisprudencia. Del mismo modo, pero en muy raras ocasiones, la CIJ se refiere a los "principios" como fuentes del derecho. En el caso *ELSI*, la Corte Internacional de Justicia utilizó los términos "norma" y "principio" casi indistintamente²⁴³, lo que sugiere que la CIJ consideraba ambos como si fueran una misma cosa: el derecho aplicable. Es decir, ambos son normas que conforman el ordenamiento jurídico internacional -independientemente de su origen- y, por tanto, deben servir, según los casos, de base a las decisiones que se adopten en los litigios sometidos a su jurisdicción. En este sentido, para la CIJ lo único que distingue a los principios de las reglas es su generalidad y su carácter de fundamentales.

La versión en francés del Convenio del CIADI utiliza la expresión "*principes de droit international*", en español "*normas de derecho internacional*", y en inglés "*rules of international law*" (artículo 42(1)). Los trabajos preparatorios del Convenio del CIADI indican que al término francés "principes" "no debe atribuírsele ningún significado particular y no debe utilizarse para excluir la aplicación de normas específicas". En una decisión muy criticada, redactada en francés, el Comité ad hoc del caso *Klöckner c. Camerún* pareció desconocer otras versiones del término, y distinguió entre "normas de derecho" y "principios de derecho"²⁴⁴.

La Corte Permanente de Justicia Internacional y posteriormente la Corte Internacional de Justicia (CIJ) han aplicado ocasionalmente principios generales como parte constitutiva del derecho internacional público en opiniones separadas emitidas por sus jueces de forma individual²⁴⁵. La CIJ también abordó la cuestión teleológica de sopesar principios contrapuestos. Dado que no existe un principio primordial que permita subsumir y coordinar un conflicto aparente, debe realizarse una ponderación de los principios en conflicto. En el caso *Gabčíkovo-Nagymaros*, la CIJ consideró el desarrollo económico y la protección ambiental bajo el concepto de desarrollo sostenible²⁴⁶.

Sin embargo, la CIJ, como órgano judicial, se ha mantenido en general cautelosa en su aplicación de los principios generales y ha recurrido a su uso al pronunciarse sobre la existencia de obligaciones internacionales y, en esa medida, para determinar su cumplimiento o incumplimiento. En algunas ocasiones, la CIJ ha señalado que los principios sirven de guía en la interpretación de otras normas o de orientación en la creación de las mismas²⁴⁷.

Delimitación de la Frontera Marítima en la Región del Golfo de Maine (*Canada/Estados Unidos de América*), 1984, párrafo 86; CIJ, Caso relativo al África Sudoccidental (*Etiopía c. Sudáfrica*) / África Sudoccidental (*Liberia c. Sudáfrica*), 1966, párrafo 20.

²⁴² CIJ, Solicitud de interpretación del fallo del 11 de junio de 1998 en el caso relativo a la frontera terrestre y marítima entre el Camerún y Nigeria (Camerún c. Nigeria), Excepciones preliminares (Nigeria c. Camerún), 1999, párrafo 12, 18; CIJ, Timor Oriental (Portugal c. Australia), 1995, párrafo 26.

²⁴³ *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)*, Sentencia, Informes CIJ 1989, 15, 42, párrafo 50. Véase también A. Rigo Sureda, *Investment Treaty Arbitration: Judging Under Uncertainty*, Cambridge University Press, 2012, p. 99.

²⁴⁴ Véase también *Klöckner c. Camerún*, Decisión sobre anulación, 3 de mayo de 1985, párrafo 68.

²⁴⁵ "Podría decirse que la Corte solo se ha referido a los principios generales del derecho unas pocas veces, una vez negándolos, dos veces afirmándolos, y en otras ocasiones basándose en ellos para el proceso decisorio. Sus referencias se refieren principalmente a cuestiones de procedimiento o de prueba (no como fuente directa de derechos y obligaciones)" ("The Use of Domestic Law Principles in the Development of International Law", *International Law Association Reports of Conferences*, Vol. 78 (2018), p. 1173).

²⁴⁶ *Caso relativo al Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros (Hungría/Eslovaquia)*, Fallo, Informes de la CIJ 1997, 7, 78 (párrafo 140).

²⁴⁷ CIJ, Delimitación Marítima en el Mar Negro (*Rumania c. Ucrania*), 2009, párrafo 41; CIJ, *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters* (Djibouti v. France), 2008, párrafo 110; CIJ, Legalidad del uso de la fuerza (Serbia y Montenegro c. Reino Unido), 2004, párrafo 102, 104; CIJ, Caso relativo a las Acciones Fronterizas y Transfronterizas (Nicaragua c. Honduras), 1988, párrafo 94.

Como comentarista, el juez de la CIJ Giorgio Gaja atribuye esta cautela a la "dificultad de emprender [...] un análisis comparativo", así como al "riesgo de transgredir la aplicación de la equidad que, de conformidad con el artículo 38(2) del Estatuto de la CIJ requiere el consentimiento particular de las partes"²⁴⁸. Aunque ni la CIJ ni su órgano predecesor basaron nunca una decisión enteramente en principios generales, esto es válido también para los tratados y la costumbre, teniendo en cuenta que estos tribunales raramente basan sus decisiones en una sola fuente. Además, ningún tribunal internacional ha indicado jamás que no considera los principios generales como una fuente vinculante de derecho internacional²⁴⁹.

Más allá de las contradicciones que existen dentro de la jurisprudencia, resulta sorprendente la escasa literatura que existe sobre el uso de los principios generales dentro del derecho internacional público, especialmente en comparación con los escritos doctrinales sobre los tratados y la costumbre como fuentes del derecho. La bibliografía relativa a los principios está "bastante limitada en el tiempo"; se publicaron numerosos trabajos inmediatamente después de la creación de la CPJI, la CIJ y, posteriormente, durante la década de 1960²⁵⁰. Durante otras épocas, ha habido muy pocos comentarios sobre el tema.

Los principios generales del derecho han sido más importantes en las áreas del derecho internacional público que implican a actores no estatales, especialmente en lo que respecta a las inversiones extranjeras y el arbitraje. Así ha ocurrido especialmente en los primeros casos de inversiones relacionadas con el petróleo de los años sesenta y setenta.

B. Funciones de los principios en derecho internacional público

Las diferentes funciones de los principios en derecho internacional público pueden agruparse del siguiente modo:

1. *Los principios como guías interpretativas*

Desde un punto de vista básico, los principios generales tienen un papel limitado, sirviendo de guías interpretativas que deben aplicarse junto con el derecho que rige la relación, que puede ser un tratado internacional o el derecho consuetudinario. De conformidad con las normas generales de interpretación del derecho internacional público, los principios generales pueden aclarar lo que es poco claro o incierto.

2. *Los principios como fuente subsidiaria del derecho internacional público*

Los principios pueden aplicarse cuando surgen disputas que no pueden resolverse utilizando únicamente el derecho convencional o consuetudinario, y la disputa requiere un resultado más allá del comportamiento de status quo de las partes.

A este respecto, un Tribunal Arbitral de Reclamaciones británico-estadounidense dictaminó lo siguiente:

El derecho internacional [...] puede no contener, y generalmente no contiene, normas expresas decisivas para casos particulares; pero la función de la jurisprudencia es resolver el conflicto de derechos

²⁴⁸ "The Use of Domestic Law Principles in the Development of International Law", *International Law Association Reports of Conferences*, Vol. 78 (2018), p. 1173.

²⁴⁹ Véase en: *Caso relativo a las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua (Nicaragua contra los Estados Unidos de América)* (Fondo del asunto) [1986] Informe de la Corte Internacional de Justicia 14, 98-9.

²⁵⁰ También se han escrito obras más recientes sobre el tema, pero sin disminuir el aura intelectual que aún poseen las obras anteriores. <<https://www.oxfordbibliographies.com/view/document/obo-9780199796953/obo-9780199796953-0063.xml>> (consultado el 3 de marzo de 2022).

e intereses opuestos aplicando, a falta de disposiciones legales específicas, los corolarios de los principios generales, y así encontrar [...] la solución del problema²⁵¹.

3. *Principios que ofrecen precisión a cuestiones jurídicas de carácter general*

Los principios generales también pueden aplicarse para ofrecer precisión y dar contexto a disposiciones jurídicas amplias o amorfas. Por ejemplo, la norma de "trato justo y equitativo" para los inversores extranjeros es, por sí sola, una norma incompleta que concede a los árbitros un considerable grado de discrecionalidad en su aplicación. Un tribunal del CIADI recurrió expresamente a principios generales para determinar el "contenido preciso" de esta norma²⁵².

Este uso de los principios generales también se refiere a fines interpretativos, pero va un paso más allá al proporcionar elementos o atributos específicos no enunciados expresamente en las normas generales contenidas en la propia ley aplicable.

4. *Principios generales como sistema jurídico*

Algunos comentaristas sostienen que los principios generales representan un sistema jurídico intermedio entre los sistemas jurídicos nacionales y el derecho internacional público. A veces se refieren al concepto como "derecho transnacional", *lex mercatoria* o conceptos similares. Este punto se abordará con más detalle en la Parte 3, Sección VII, Subsección B.3 más adelante.

5. *Principios como herramientas correctivas*

Cuando las leyes nacionales aplicables no resultan suficientes para resolver un litigio, no cumplen las normas internacionales o producirían un resultado inaceptable al aplicarse en un caso concreto, los juzgados y tribunales pueden aplicar principios para corregir o completar las lagunas de las leyes nacionales²⁵³. Este tema se abordará con más detalle en la Parte 6, Sección III, Subsección E.

El uso de principios generales como herramientas correctoras es menos frecuente cuando los países que participan en el litigio internacional cuentan con ordenamientos jurídicos que están bastante desarrollados. El uso de principios generales con fines correctivos es más apropiado cuando los ordenamientos jurídicos de los Estados en cuestión presentan un marcado contraste en determinados aspectos importantes del derecho, tanto por el contenido como por el grado de desarrollo.

6. *Los principios como fuente última de las normas jurídicas*

Los principios también pueden entenderse como expresiones de las fuentes de las distintas normas de derecho. En 1984, la CIJ declaró que los términos "normas y principios" pueden considerarse como "una expresión dual para transmitir una misma idea"²⁵⁴. Como se afirma en un informe de la Asociación de Derecho Internacional (ILA, por sus siglas en inglés), si se puede argumentar que una norma jurídica

²⁵¹ *Eastern Extension, Australasia y China Telegraph Co. Ltd. Case (British-United States Claims Arbitral Tribunal)* (1923) VI RIAA 112, 114.

²⁵² *Merrill & Ring c. Canadá*, Laudo del TLCAN (31 de marzo de 2010), párrafos 186-187.

²⁵³ "Las normas internacionales [...] se aplican de manera uniforme y no dependen de las peculiaridades de ninguna legislación nacional en particular. Tienen debidamente en cuenta las necesidades de las relaciones internacionales y permiten la interconexión entre sistemas que pueden estar indebidamente apegados a distinciones conceptuales [en lugar de] una resolución pragmática y justa en el caso concreto" (*Caso ICC No. 8385*, Colección de Laudos Arbitrales de la ICC 1996-2000, párrafo 474, comentarios de Yves Derains).

²⁵⁴ *Caso relativo a la delimitación de la frontera marítima en la región del Golfo de Maine (Canadá/Estados Unidos de América)*, fallo de 12 de octubre de 1984, Informes de la CIJ 1984, 246, pp. 288-290, párr. 79.

específica es generalmente aceptada, entonces es probable que exista un principio común que pueda extraerse detrás de ella. En este caso, la norma se convierte en una expresión del principio común²⁵⁵.

7. *Los principios como "superconstitución" del derecho internacional público*

Algunas personas consideran que los principios generales plasman las normas más importantes -la "superconstitución"- del derecho internacional. Según esta opinión, la existencia de principios generales es un testimonio de la unidad fundamental del derecho. En este sentido, los principios generales funcionan como "una fuerza centrípeta" para la interacción entre diversas áreas del derecho, como el derecho internacional del medio ambiente, el derecho internacional de las inversiones y el derecho internacional de los derechos humanos.

El tribunal de la CNUDMI en *Methanex contra Estados Unidos* (2005) expuso este punto de vista en la siguiente declaración:

[E]l Tribunal está de acuerdo con el planteo de Methanex con respecto a las obligaciones de un tribunal internacional en el sentido de que, como cuestión de derecho constitucional internacional, un tribunal tiene el deber independiente de aplicar principios imperativos de derecho o *jus cogens* y de no dar efecto a las opciones de derecho de las partes que sean incompatibles con dichos principios²⁵⁶.

C. Terminología

Se hace referencia a los principios generales mediante diversos términos. El apartado 1 del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia los describe como "los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas". Dentro del derecho internacional público, el calificativo se ha utilizado durante muchos años. Hoy en día está ampliamente aceptado que el término "civilizadas" incluye a todos los miembros de las Naciones Unidas²⁵⁷. Ningún Estado Miembro de las Naciones Unidas puede considerarse "incivilizado". Hace poco tiempo, el Relator Especial de la Comisión de Derecho Internacional para el tema relacionado con los principios generales sugirió que el término "naciones civilizadas" se sustituyera en los instrumentos internacionales por el término más apropiado de "comunidad de naciones" que se incluyó en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²⁵⁸.

En el ámbito de las relaciones entre el inversionista y el Estado, también se recurre a los "principios". Por ejemplo, la Resolución de Atenas de 1979 publicada por el Instituto de Derecho Internacional sobre "*The Proper Law of the Contract in Agreements Between a State and a Foreign Private Person*" [El derecho pertinente del contrato en los acuerdos entre un Estado y un particular extranjero] alude a "los principios comunes a [...] los sistemas (nacionales), o los principios generales del derecho, o los principios aplicados en las relaciones económicas internacionales"²⁵⁹. El término "principios" aparece también en otros instrumentos jurídicos, como el Acuerdo de Consorcio con Irán de 1954, y se incluye también en algunos contratos internacionales, como los que rigen las inversiones en petróleo y gas en Medio Oriente (algunos de los cuales fueron objeto de arbitrajes históricos el siglo

255 "The Use of Domestic Law Principles in the Development of International Law", *International Law Association Reports of Conferences*, Vol. 78 (2018), p. 1236-1237.

256 *Corporación Methanex c. Estados Unidos de América*, Laudo Final de la CNUDMI, Tribunal sobre Jurisdicción y Fondo del asunto (3 de agosto de 2005), Parte IV - Capítulo C, artículo 1105 TLCAN, párrafo 24.

257 Reparación por daños sufridos al servicio de Naciones Unidas, CIJ 1949, 173, en 219 (11 de abril).

258 Artículo 15, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

259 La resolución de Atenas se cita en J.F. Lalive, « Contrats entre Etats ou entreprises étatiques et personnes privées : Développements récents », *Recueil des cours*, Vol. 181 (1983), pp. 51-52.

pasado). En esos y otros casos resueltos mediante arbitraje, los tribunales también utilizaron expresiones similares²⁶⁰.

Recientemente, el comité de redacción que trabaja en el reglamento de arbitraje de la Corte Permanente de Arbitraje (CPA) se planteó sustituir la arcaica expresión “el derecho de las naciones civilizadas” por un lenguaje más moderno. Sin embargo, el comité decidió finalmente no modificar la expresión por temor a que tal cambio diera lugar a diferentes interpretaciones del significado tradicional de la disposición. Por lo tanto, no se introdujeron modificaciones a este respecto en el Reglamento de la Corte Permanente de Arbitraje aprobado en 2012.

D. Artículo 38 del Estatuto de la CIJ y el “non liquet”

La inclusión de los "principios generales" como fuente de derecho internacional público en el artículo 38 del Estatuto de la CIJ tenía un objetivo claro: evitar el *non liquet* o la elusión de una decisión debido a una laguna jurídica. La Corte siempre puede aplicar principios generales, a pesar de la autorización directa de las partes. En cambio, el apartado 2 del artículo 38 del Estatuto de la CIJ exige el consentimiento para la adjudicación en equidad.

Las divergencias en estos debates se derivan de los distintos enfoques del derecho civil y anglosajón en cuanto al poder del órgano sentenciador. En las jurisdicciones de *common law*, una decisión crea derecho, mientras que la opinión predominante en el derecho civil es que el órgano sentenciador no crea derecho, sino que se limita a aplicarlo. Por ello, para evitar una denegación de justicia, los sistemas de derecho civil recurren a los principios generales del derecho. El apartado 2 del artículo 38 del Estatuto de la CIJ se diseñó específicamente para evitar cualquier problema que pudiera surgir en relación con el *non liquet*.

E. Principios y derecho internacional consuetudinario

La práctica de los Estados, la legislación nacional y las decisiones de los tribunales nacionales sólo adquieren pertinencia como derecho internacional consuetudinario cuando van acompañadas de *opinio juris*, o la creencia de que el Estado está actuando en virtud de un derecho o una obligación dentro del derecho internacional. Un informe de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) de 2020 señala que no ocurre necesariamente lo mismo con los principios generales del derecho²⁶¹.

Tanto los principios generales como las normas consuetudinarias deben encontrar alguna forma de aceptación por parte de la comunidad internacional. A diferencia del derecho internacional consuetudinario, los principios no se reconocen a partir de la existencia de una práctica general. Sin embargo, los principios pueden extraerse de normas existentes de derecho internacional consuetudinario.

²⁶⁰ “Principios generales del derecho internacional privado” (*Arabia Saudita c. Arabian American Oil Co. (ARAMCO)*, 1958); “principios generales del derecho” (*Libia c. Texaco y Liamco*, 1977; *Aminoil c. Kuwait*, 1982; *Framatome c. Irán*, 1982); “principios generalmente admitidos” (Caso CCI 2152/1972); “principios generales del derecho y de la justicia” (Caso ICC 3380/1980); “principios generales del derecho que rigen las transacciones internacionales” (Caso ICC 2291/1975); “principios generales adoptados por la jurisprudencia arbitral internacional” (Caso ICC 3344/1981); “principios generales ampliamente admitidos que rigen el derecho mercantil internacional” (Caso ICC 3267/1979); “principios generales del derecho aplicables a las relaciones económicas internacionales” (Caso CIADI, *Asia c. República de Indonesia*, 1983); “principios generales del derecho aplicables a las relaciones económicas internacionales” (Caso CIADI, *Asia c. República de Indonesia*, 1983); “principios generales del derecho aplicables a las relaciones económicas internacionales” (Caso CIADI, *Asia c. República de Indonesia*, 1983); “principios generales del derecho incluidos” (Caso ICC 3327/1981); “reglas de derecho” (Caso ICC 1641/1969).

²⁶¹ Comisión de Derecho Internacional, Segundo informe sobre los principios generales del derecho, p. 35. Cf. Tercer informe del Relator Especial, Sr. Marcelo Vázquez-Bermúdez (73ª sesión de la CDI (2022)), A/CN.4/753, disponible en: <http://legal.un.org/docs/?symbol=A/CN.4/753>. Fecha de consulta: 15 de julio de 2022.

En el caso *Conflicto fronterizo (Burkina Faso/Mali)*²⁶², una Sala de la CIJ declaró que, en el momento de la decisión, la noción de *uti possidetis* (como poseéis de acuerdo al derecho, así poseeréis) aún no se consideraba una norma de derecho internacional consuetudinario, pero podía reconocerse como un "principio general", ya que había obtenido el reconocimiento de la comunidad de naciones.

Por lo tanto, los principios generales resultan pertinentes para abordar las necesidades emergentes del sistema en ramas del derecho internacional público en rápida evolución en las que la práctica se está quedando atrás. Es muy posible que evolucionen hasta convertirse en normas consuetudinarias o incluso que se incorporen a los tratados²⁶³.

El papel de los principios generales puede ser especialmente pertinente cuando una norma consuetudinaria está experimentando un proceso de cambio y su contenido sigue siendo controvertido porque existen diversos enfoques por parte de los Estados. Si se considera un principio general, puede aplicarse como fuente.

F. Principios y políticas

La distinción entre principios y políticas es un tema controvertido. Este aspecto se ha abordado especialmente en el contexto del arbitraje de inversiones. Los preámbulos de los tratados de inversión se refieren a las políticas como objetivos a alcanzar, como la mejora económica o social de una comunidad. Algunos autores sostienen que los principios no promueven necesariamente políticas, sino que se aplican debido a requisitos de justicia y equidad. En ese caso, no corresponde a los tribunales decidir una disputa sobre la base de dichas políticas, sino sobre una cuestión de principios.

Sin embargo, a un alto nivel de abstracción, la distinción entre principios y políticas puede no ser tan clara: cuando se plantea una cuestión relativa a la conveniencia de un objetivo político determinado, esta cuestión será en última instancia una cuestión de principios. Por ello, los principios y las políticas son términos afines y el uno no excluye la pertinencia del otro.

G. ¿Principios generales de derecho privado, derecho público o derecho internacional público?

Históricamente, se ha debatido si los principios generales del derecho internacional público deben extraerse del derecho privado, del derecho público o del propio derecho internacional público.

1. ¿Principios de derecho interno?

Existe un entendimiento generalizado de que, a pesar de algunas incertidumbres tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, los principios generales del derecho son esencialmente "aquellos principios que se aplican en los ordenamientos jurídicos internos de todo el mundo, como el principio de *pacta sunt servanda*"²⁶⁴.

Los orígenes de la utilización de los principios del derecho interno se remontan al énfasis que los juristas internacionales pusieron en el derecho romano en sus escritos a lo largo de los siglos. Las máximas jurídicas romanas han desempeñado sin duda un papel importante en la configuración tanto de los principios generales del derecho como del derecho internacional público en su período de formación.

²⁶² *Litigio fronterizo*, Sentencia, Informes de la CIJ, 1986, página 554.

²⁶³ Un ejemplo es el principio de consideraciones elementales de humanidad, que se mencionó en el *Caso del Canal de Corfú* en 1949, y posteriormente se incorporó al Protocolo de Montreal de 1984 del Convenio de Aviación Civil Internacional de Chicago, a través del artículo 3.

²⁶⁴ Véase, por ejemplo, la reciente Guía jurídica sobre contratos de inversión en tierras agrícolas de UNIDROIT/FIDA (ALIC): <<https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2021/10/ALICGuidehy.pdf>> (consultada el 23 de mayo de 2022), p. 22.

Además, dado que el derecho se desarrolló en el ámbito nacional, es natural hacer referencia al derecho interno cuando se buscan principios universales. Cuando resuelven una disputa internacional, las cortes y tribunales internacionales han aplicado históricamente aquellos principios en los que se basan las leyes nacionales que previamente han demostrado ser útiles para proporcionar una justicia sustancial entre individuos en circunstancias similares.

2. *¿Principios de derecho público?*

El juez Tanaka escribió en el *Caso relativo al África Sudoccidental (Segunda Fase)* de la CIJ de 1966 que mientras no se califiquen los "principios generales del derecho", debe entenderse que el "derecho" abarca todas las ramas del derecho, incluido el derecho interno, el derecho público, el derecho constitucional, el derecho administrativo, el derecho privado, el derecho mercantil, el derecho sustantivo y procesal y otros²⁶⁵.

Algunos principios, como los relativos a la responsabilidad del Estado, proceden del derecho privado. Otros, relativos a los procedimientos de fallos sobre reclamaciones, se consideran generalmente originarios del derecho público más que del privado. Sin embargo, además de estas divergencias, el derecho público y el derecho privado también se superponen en muchos aspectos.

Un informe de la Comisión de Derecho Internacional señala que la práctica y los estudios recientes han puesto de manifiesto que todas las ramas de los sistemas jurídicos nacionales, incluido su derecho privado y público, son potencialmente pertinentes para identificar un principio general del derecho. Este parece ser el entendimiento general también entre los académicos²⁶⁶.

El recurso al derecho internacional público se está acelerando en el siglo XXI con la aparición de más Estados y con los avances tecnológicos que están creando nuevos ámbitos que requieren regulación, entre otros fenómenos. Recientemente, varios tribunales del CIADI han recurrido al derecho internacional público y específicamente a las normas de derechos humanos para resolver controversias, además de la legislación nacional.

Dentro del arbitraje internacional de inversiones, algunos laudos han abordado normas primarias del derecho internacional público, como la norma de trato justo y equitativo de los tratados de inversión o aspectos de la ley de expropiación²⁶⁷. Otras decisiones se basan en principios generales para ampliar las obligaciones primarias. El tribunal del CIADI en *Total S.A. c. Argentina* realizó "un análisis comparativo de la protección de las expectativas en las jurisdicciones nacionales", concluyendo que "[s]i bien el alcance y la base jurídica del principio varían, ha sido reconocido últimamente tanto en las jurisdicciones de derecho civil como en las del derecho consuetudinario dentro de límites bien definidos"²⁶⁸.

²⁶⁵ Informes de la CIJ 1966, 294.

²⁶⁶ Comisión de Derecho Internacional, Segundo informe sobre los principios generales del derecho, p. 22. Se cita, por ejemplo, *El Paso Energy International Company c. La República Argentina*, Caso CIADI núm. ARB/03/15, Laudo (31 de octubre de 2011), párrafo 622 ("normas aplicadas en gran medida *en foro doméstico*, en asuntos privados o públicos, sustantivos o procesales").

²⁶⁷ "The Use of Domestic Law Principles in the Development of International Law", *International Law Association Reports of Conferences*, Vol. 78 (2018), p. 1188.

²⁶⁸ *Ibid.*, *Total S.A. c. Argentina*, Caso CIADI núm. ARB/04/1, Decisión sobre responsabilidad (27 de diciembre de 2010), párrafos 128-130. Otras decisiones se refieren a la proporcionalidad; véase *Occidental Petroleum Corporation y Occidental Exploration and Production Company c. La República del Ecuador* (ii), Caso CIADI núm. ARB/06/11, Laudo (05 de octubre de 2012), párrafos 402-403, y la Decisión sobre Anulación (02 de noviembre de 2015), párrafo 350.

Otros casos se refieren al derecho de los tratados y a las normas secundarias de responsabilidad del Estado, que son dos cuerpos jurídicos que se expresan con mayor frecuencia en el ámbito del derecho internacional general²⁶⁹.

Además, otros laudos invocan principios de derecho privado que están sólidamente asentados en el derecho internacional público, como el estoppel²⁷⁰.

En la práctica, los tribunales arbitrales de inversiones tienden a combinar la naturaleza y la aplicación de varios principios generales del derecho nacional e internacional. En consecuencia, es poco frecuente que los tribunales decidan el resultado mediante la determinación del sistema jurídico nacional al que pertenecen dichos principios.

3. *¿Principios de derecho internacional público y no de derecho nacional?*

Especialmente en la época anterior a la caída de la cortina de hierro, los escritores de los Estados socialistas afirmaban que la expresión “principios generales de las naciones civilizadas” sólo se refería a los principios del derecho internacional público. Algunos escritores occidentales también adoptaron la misma postura. Sin embargo, esta postura quitaría sentido al artículo 38 del Estatuto de la CIJ, ya que es evidente que los principios del derecho internacional público ya pueden invocarse en el marco del derecho internacional consuetudinario. En efecto, algunos ejemplos de principios generales del derecho ya forman parte del derecho internacional consuetudinario, como *pacta sunt servanda*, el derecho de legítima defensa y el deber de indemnizar por los daños causados.

Un informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre los principios generales del derecho reconoce formalmente estas preocupaciones relativas a los principios en el derecho internacional público. El informe sugiere que la práctica es insuficiente o poco concluyente en relación con ellos dentro del derecho internacional público. Por lo tanto, sigue siendo sumamente difícil distinguir los principios del derecho internacional público del derecho internacional consuetudinario. Por último, existe el riesgo de que los criterios para identificar los principios generales del derecho no sean lo suficientemente estrictos, lo que puede abrir la puerta a que se invoquen normas de derecho internacional con demasiada facilidad²⁷¹.

Según el mismo informe, pueden identificarse tres formas de principios generales dentro del derecho internacional, que no son mutuamente excluyentes²⁷². En primer lugar, los principios generales del derecho internacional pueden estar ampliamente aceptados en tratados y otros instrumentos internacionales, como las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas²⁷³. En segundo lugar, un principio de derecho internacional puede constituir la base de normas generales de derecho internacional consuetudinario, en cuyo caso la metodología será, esencialmente, deductiva²⁷⁴. En tercer lugar, un principio puede ser inherente o fundamental dentro del sistema jurídico internacional²⁷⁵. Un ejemplo de principio general inherente al derecho internacional público es el principio de consentimiento

²⁶⁹ *Petrobart Limited c. The Kyrgyz Republic*, Caso de la Cámara de Comercio de Estocolmo (SCC) No. 126/2003, Laudo (29 de marzo de 2005), párrafo 23; *Eureko B.V. v. Republic of Poland*, CNUDMI, Laudo parcial del Comité ad hoc (19 de agosto de 2005), párrafo 177.

²⁷⁰ Otros ejemplos incluyen el consentimiento como base del arbitraje internacional, *pacta sunt servanda* y el principio según el cual los casos similares deben decidirse de forma similar. *Daimler Financial Services A.G. c. Argentina*, Caso CIADI n.º ARB/05/1, Laudo (22 de agosto de 2012), párrafos 52, 146 y 174.

²⁷¹ Comisión de Derecho Internacional, Segundo informe sobre los principios generales del derecho, p. 36.

²⁷² *Ibid.*, proyecto de conclusión 7, p. 53.

²⁷³ *Ibid.*, p. 39.

²⁷⁴ *Ibid.*, p. 45.

²⁷⁵ *Ibid.*, p. 38.

a la jurisdicción. Este principio es una consecuencia necesaria de la igualdad de los Estados soberanos, en virtud de la cual las controversias solo pueden resolverse dentro de una jurisdicción acordada²⁷⁶.

H. ¿Unanimidad o principios reconocidos por la mayoría de los sistemas judiciales?

I. *El debate*

Como concepto jurídico, los principios del derecho plantean muchas preguntas. ¿Es necesario que tales principios sean idénticos en todos los ordenamientos para ser considerados “generales” o basta con que existan en la mayoría de los ordenamientos del mundo?

Insistir en que estos principios deben ser exactamente similares en todos los sistemas jurídicos sería imposible, y equivaldría a conceder poderes de veto a los sistemas jurídicos que todavía utilizan normas jurídicas anticuadas o de carácter idiosincrático. Además, la propia redacción del artículo 38 del Estatuto de la CIJ no exige el reconocimiento por parte de todos los sistemas. La búsqueda de la unanimidad es utópica y poco práctica.

Para determinar los principios generales, un informe de la Comisión de Derecho Internacional de 2020 estableció los siguientes criterios: “a) la existencia de un principio común a los principales sistemas jurídicos del mundo, y b) su transposición al ordenamiento jurídico internacional”²⁷⁷. Este análisis en dos etapas de los principios generales del derecho también aparece en un informe 2020 publicado por la Asociación de Derecho Internacional²⁷⁸.

2. *Homogeneidad o representatividad*

Como primer paso, el análisis comparativo debe ser amplio y representativo, y reflejar los “principales sistemas jurídicos del mundo”²⁷⁹. Este tipo de análisis no resulta ser una tarea sencilla, teniendo en cuenta las incertidumbres relativas al derecho comparado y a su método -o métodos-, como se explica a continuación.

a. **Aspectos en común y derecho comparado**

La metodología del derecho comparado es una herramienta útil para las reformas normativas, con fines interpretativos y para comprender mejor los sistemas nacionales. En su informe sobre los principios generales, la ILA se refirió al “funcionalismo” como “uno de los principales métodos de derecho comparado”²⁸⁰.

El funcionalismo prevalece en el derecho comparado moderno. El punto de partida del método del derecho comparado funcional es el análisis del problema socioeconómico planteado y cómo puede resolverse utilizando las herramientas inherentes a los distintos sistemas jurídicos. Esta estrategia se conoce como “*tertium comparationis*” [la tercera parte de la comparación]

En su enfoque al funcionalismo como método de derecho comparado, René David popularizó la referencia a las familias jurídicas en la edición de 1964 de su libro sobre derecho comparado, uno de los

²⁷⁶ Ibid., p. 47.

²⁷⁷ Proyecto de conclusión 4, Comisión de Derecho Internacional, Segundo informe sobre los principios generales del derecho, p. 35.

²⁷⁸ Ibid., pp. 5-6. Cf. Tercer informe del Relator Especial, Sr. Marcelo Vázquez-Bermúdez (73ª sesión de la ILC (2022)), A/CN.4/753, disponible en: <http://legal.un.org/docs/?symbol=A/CN.4/753> (consultado el 15 de julio de 2022).

²⁷⁹ Proyecto de conclusión 5, Segundo informe sobre los principios generales del derecho, pp. 35-36.

²⁸⁰ “The Use of Domestic Law Principles in the Development of International Law”, *International Law Association Reports of Conferences*, Vol. 78 (2018), página 1235.

principales textos sobre el tema en Francia y en el extranjero²⁸¹. El postulado en el que se basa el método funcional es que soluciones similares para problemas jurídicos surgen de otros sistemas internacionales comparables. Por supuesto, este método no es absoluto, y el resultado concreto dependerá del caso específico. En efecto, cada sistema jurídico es un fenómeno sociológico propio y pertenece a su propia familia jurídica. En este sentido, David se refiere a cuatro familias jurídicas: el derecho consuetudinario (*common law*), el derecho civil, los sistemas socialistas y una cuarta clasificación residual. Otros académicos mencionan expresamente otros sistemas, como los de extremo Oriente, hindúes, islámicos y nórdicos (escandinavos). La división de los sistemas jurídicos en familias jurídicas es uno de los hitos del derecho comparado del siglo XX, ya que facilita la clasificación y organización del amplio volumen de material jurídico existente.

La creación de la Enciclopedia Internacional de Derecho Comparado en la década de 1970 representó un importante intento de simplificar el acceso y la comparación de materiales jurídicos y, desde entonces, se publicaron varios volúmenes. Se sabe que los árbitros internacionales recurren a esta enciclopedia con ese fin. Sin embargo, este y otros materiales de derecho comparado deben utilizarse con gran cuidado.

Ciertos ámbitos, como los contratos y los agravios, se someten más fácilmente al método del derecho comparado funcional que, de hecho, se utiliza sobre todo en derecho privado. Sin embargo, también se sabe que simplifica en exceso las distintas temáticas y se aleja considerablemente de la realidad. Además, hay materias en las que no existe *tertium comparationis*, o en las que los distintos ordenamientos jurídicos comparados no están igualmente evolucionados.

El método del derecho comparado funcional plantea muchas otras cuestiones. ¿Hasta qué punto debe tenerse en cuenta el contexto de las normas? Los mismos aspectos se plantean con respecto a las normas procesales, la estructura de los tribunales, las diferencias en la historia jurídica y el contexto cultural y socioeconómico en el que se desarrolló el derecho. La confusión también surge con respecto al propio término "funcionalismo", que es un término erróneo: no hay uno sino varios métodos funcionales, no todos los métodos son funcionales, y muchas veces es difícil identificar la metodología funcional.

Las incertidumbres del funcionalismo dieron lugar a otras perspectivas. Por ejemplo, una técnica de derecho comparado utilizada para identificar principios generales emplea el método del préstamo o trasplante jurídico. Esta técnica analiza los trasplantes históricos de normas, principios y estructuras jurídicas. Por razones de coerción (por ejemplo, imposición de leyes en colonias o tierras conquistadas), prestigio o garantía de un mejor rendimiento económico, entre otras, algunos préstamos acaban prevaleciendo en diferentes sistemas jurídicos. En los casos en los que prevalecen los préstamos legales, más tarde pasan a formar parte de los principios generales del ordenamiento jurídico del país.

El método del préstamo jurídico ha sido objeto de varias críticas. Se ha afirmado, por ejemplo, que las nociones ajenas no se adaptan a un nuevo entorno y se convierten en "leyes irritantes", tal como el trasplante del concepto de buena fe del derecho civil al derecho consuetudinario.

Desde un enfoque más crítico, algunos sostienen que no existe el derecho "comparado". Las etapas de análisis y síntesis de las normas de diversos sistemas que se producen como parte del análisis jurídico comparado no dan lugar a la formulación de ningún cuerpo jurídico independiente. Sería preferible utilizar el término "método comparativo" al de "derecho comparado". Sin embargo, dentro del "método comparativo" existen varios métodos y objetivos, por lo que este término sigue siendo bastante amplio.

b. Representación geográfica

²⁸¹ R. David, *Traité élémentaire de droit civile comparé: Introduction à l'étude des droits étrangers et à la méthode comparative* [Tratado elemental de derecho civil comparado: introducción al estudio de los derechos extranjeros y del método comparativo], Librairie Générale de Droit, 1950.

De forma similar a la existencia de un derecho consuetudinario regional, los principios regionales pueden surgir de los derechos internos que existen en una zona geográfica específica. Por ejemplo, la Corte de Justicia de la Unión Europea suele remitirse a principios que se encuentran en los ordenamientos jurídicos internos de sus Estados Miembros²⁸², y la legislación de la Unión Europea se remite a principios generales comunes a los ordenamientos jurídicos internos de sus Estados Miembros²⁸³.

En referencia al artículo 9 del Estatuto de la CIJ, el juez Christopher Weeramantry escribió que “los valores integrados de cualquier civilización son la fuente de la que derivan sus conceptos jurídicos [...] el derecho internacional requeriría un reconocimiento mundial de esos valores”²⁸⁴. Por lo tanto, no basta con encontrar un principio que exista en todos los sistemas jurídicos principales si no goza de una representación geográfica importante en todo el mundo. Por ejemplo, un principio general de los sistemas de derecho civil europeos también debería identificarse en los países de derecho civil pertenecientes a otros linajes culturales²⁸⁵.

En un informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre principios generales se establece que las distintas regiones del mundo deben estar representadas en el análisis jurídico comparativo²⁸⁶.

c. Aspectos en común de la práctica

Uno de los ejemplos más frecuentes de identificación de principios generales en la práctica es el caso *Barcelona Traction*, en el que la CIJ se refirió a “normas generalmente aceptadas por los sistemas jurídicos internos”²⁸⁷, pero existen otros numerosos ejemplos. En el caso *Highlands Insurance c. Irán*²⁸⁸, por ejemplo, la Corte citó un estudio comparativo de varias legislaciones nacionales en apoyo de fallo relativo a la oferta y la aceptación²⁸⁹.

Los tribunales internacionales han afirmado que un principio debe surgir de los ordenamientos jurídicos nacionales en general, de “todos” los ordenamientos jurídicos, de los “principales” o “principales” ordenamientos jurídicos, o de “muchos” o una “mayoría” de ordenamientos jurídicos²⁹⁰.

²⁸² Véase, por ejemplo, el dictamen de A.G. Lagrange en el *asunto C-14/61 Koninklijke Nederlandsche Hoogovens en Staalfabrieken contra Alta Autoridad de la CECA* [1962] ECR 485 ECLI:EU:C: 1962:19, páginas 282-283. Más recientemente, *asunto C-550/07, Akzo Nobel Chemicals Ltd. y Akros Chemicals Ltd. c. Comisión Europea* [2010] ECLI:EU:C:2010:512, apartados 69-76.

²⁸³ Por ejemplo, el artículo 340, apartado 2, del Tratado de Funcionamiento de la UE (TFUE) establece que “[e]n materia de responsabilidad extracontractual, la Unión reparará los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros”.

²⁸⁴ *Caso relativo al Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros*, Orden de 5 de febrero de 1997, Informes de la CIJ, 1997, Opinión separada del juez Weeramantry, p. 245.

²⁸⁵ Véase, “The Use of Domestic Law Principles in the Development of International Law”, *International Law Association Reports of Conferences*, Vol. 78 (2018), p. 1236.

²⁸⁶ Comisión de Derecho Internacional, Segundo informe sobre los principios generales del derecho, p. 16.

²⁸⁷ *Caso relativo a la Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, Fallo, Informes de la CIJ 1970, p. 38, párr. 50. Véase también *Ahmadou Sadio Diallo (República de Guinea c. República Democrática del Congo)*, Excepciones preliminares, Fallo, CIJ 2007, p. 582, en p. 605, párrafos 60-62; *Ahmadou Sadio Diallo (República de Guinea c. República Democrática del Congo)*, Fondo, Fallo, CIJ 2010, p. 639, en p. 675, párrafo 104. Comisión de Derecho Internacional, Segundo informe sobre los principios generales del derecho, p. 8.

²⁸⁸ Laudo n° 491-435-3 (1990).

²⁸⁹ En el caso *Combustion Engineering c. Irán*, la Corte hizo uso de “principios de derecho mercantil e internacional”. Está ampliamente aceptado por los ordenamientos jurídicos nacionales que los contratos ejecutables pueden probarse mediante comprobación de su cumplimiento. Laudo n° 506-308-2 (1991).

²⁹⁰ Comisión de Derecho Internacional, Segundo informe sobre los principios generales del derecho, p. 9.

Los ejemplos proceden de casos del CIADI. En *Amco c. Indonesia*, la Corte consideró que *pacta sunt servanda* es un principio general del derecho reconocido en los sistemas de derecho civil (Francia), derecho consuetudinario (Estados Unidos) y derecho islámico (Libia y Arabia Saudita). En su estimación de los daños, la Corte se refirió a los sistemas de derecho civil (Francia e Indonesia) y de derecho consuetudinario (Reino Unido y Estados Unidos)²⁹¹. A su vez, en *Total c. Argentina*, el tribunal arbitral se refirió a la protección de expectativas legítimas como un principio general del derecho, “reconocido últimamente tanto en las jurisdicciones de derecho civil como en las de derecho consuetudinario dentro de límites bien definidos”. En su apoyo, el tribunal se refirió a los sistemas jurídicos de Argentina, Inglaterra y Alemania²⁹². De manera similar, en *Gold Reserve c. Venezuela*, la Corte sostuvo que “el concepto de expectativas legítimas se encuentra en diferentes tradiciones jurídicas”, en referencia al derecho argentino, inglés, francés, alemán y venezolano²⁹³.

d. Discreción y pragmatismo

Un estudio exhaustivo de cómo se interpretan los distintos principios en los diversos ordenamientos jurídicos nacionales del mundo está fuera de las capacidades de las cortes y tribunales internacionales.

Al igual que ocurre con la aplicación del derecho consuetudinario, los tribunales internacionales que establecen “principios generales de derecho” deben ejercer necesariamente un grado considerable de discrecionalidad. A fin de cuentas, resolver un litigio internacional con referencia a principios generales es un intento pragmático de encontrar el mayor acuerdo posible entre los principales sistemas jurídicos del mundo sobre los aspectos pertinentes para el caso en cuestión.

Por supuesto, en un análisis jurídico comparativo realizado en el curso de la resolución de un litigio internacional resulta poco viable revisar todos los sistemas jurídicos del mundo. Por lo tanto, se sugiere un enfoque pragmático. No se espera que la respuesta de derecho comparado surja como una cuestión de cálculo matemático de qué leyes nacionales respaldan más la solución²⁹⁴. Más bien, se espera que los tribunales lleven a cabo análisis comparativos amplios y representativos, que abarquen diferentes familias jurídicas y regiones del mundo²⁹⁵. Como se señala en un informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre los principios generales, el establecimiento del “carácter común” entre los principios es una evaluación empírica de la comparación de los sistemas nacionales para encontrar principios compartidos²⁹⁶.

e. Consecuencias de desatender el derecho comparado

²⁹¹ *Amco Asia Corporation and Others c. República de Indonesia*, Laudo (20 de noviembre de 1984), párrafos 248, 266-267. Comisión de Derecho Internacional, Segundo informe sobre los principios generales del derecho, p. 13.

²⁹² *Total S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/04/1, Decisión sobre Responsabilidad (27 de diciembre de 2010), párrafo 128. Véase también *Crystallex International Corporation c. República Bolivariana de Venezuela, Caso CIADI núm. ARB(AF)11/2*, Laudo (4 de abril de 2016), párrafo 546. Comisión de Derecho Internacional, Segundo informe sobre los principios generales del derecho, página 13.

²⁹³ *Gold Reserve Inc. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI núm. ARB(AF)/09/1, Laudo (22 de septiembre de 2014), párrafo 576. Comisión de Derecho Internacional, Segundo informe sobre los principios generales del derecho, p. 14.

²⁹⁴ Declaración del señor Wood, miembro de la Comisión de la CIJ (A/CN.4/SR.3490, p. 8). Del mismo modo, el juez Tanaka opinaba que “el reconocimiento de un principio por las naciones civilizadas [...] no significa el reconocimiento por todas las naciones civilizadas” (South West Africa, Segunda fase, Fallo, Corte Internacional de Justicia, Informes de la CIJ 1996, p. 6, Opinión disidente del Juez Tanaka, p. 299). Comisión de Derecho Internacional, Segundo informe sobre los principios generales del derecho, p. 9.

²⁹⁵ Comisión de Derecho Internacional, Segundo informe sobre los principios generales del derecho, p. 9-10.

²⁹⁶ *Ibid.*, p. 17.

El caso *Klöckner* del CIADI²⁹⁷ ilustra los peligros de no efectuar un análisis comparativo adecuado. En lugar de centrarse en el derecho aplicable de Camerún, el laudo basó su decisión en el derecho francés, en el que se basa gran parte del derecho de Camerún. El tribunal arbitral adoptó este enfoque basándose en el "principio básico" de "franqueza y lealtad" que emana del derecho civil francés. Además, el tribunal afirmó - sin proporcionar ninguna cita - que este principio básico era también un "requisito universal" inherente a "otros códigos nacionales que conocemos" y tanto al "derecho inglés como al derecho internacional". El Comité de Anulación del CIADI consideró que este razonamiento equivalía a no haber aplicado el derecho adecuado. El laudo fue anulado sobre la base de que el tribunal no había basado su razonamiento en "el derecho del Estado contratante", sino "más en una especie de equidad general que en el derecho positivo [...] o en disposiciones contractuales precisas"²⁹⁸.

Conocidos laudos posteriores del CIADI prescinden de analogías de derecho comparado y formulan positivamente una norma de derecho sustantivo. Por lo tanto, en *Letco c. Liberia y Amco c. Indonesia*, el tribunal dictaminó que, en caso de incumplimiento por parte del Estado, la indemnización es el único recurso adecuado²⁹⁹.

I. Transposición al derecho internacional público

Los principios generales no sólo deben ser reconocidos por la comunidad de naciones, sino que también deben poder ser traspuestos en el marco más amplio del derecho internacional público³⁰⁰. Los primeros casos arbitrales ya aludían a este requisito de transposición. Por ejemplo, en el caso *North Atlantic Coast Fisheries*, el Tribunal rechazó el principio de "servidumbre internacional", señalando que sería incompatible con el principio de soberanía³⁰¹.

Por lo tanto, los principios generales deben ser compatibles con los principios fundamentales del derecho internacional público en este contexto³⁰². En la ampliamente citada opinión consultiva sobre el Sud Oeste de África, el Juez McNair escribió lo siguiente:

El derecho internacional ha adoptado y sigue adoptando muchas de sus normas e instituciones de los sistemas de derecho privado [...] La forma en que el derecho internacional toma prestado de esta fuente no es mediante la importación de instituciones de derecho privado completamente preparadas y totalmente equipadas con un conjunto de normas. Sería difícil reconciliar tal proceso con la aplicación de "los principios generales del derecho" [...] la verdadera visión del deber de los tribunales internacionales en esta materia es considerar cualquier característica o terminología que recuerde las normas e instituciones del derecho privado como una indicación de política y principios más que como una importación directa de estas normas e instituciones"³⁰³.

²⁹⁷ *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH y otros c. República Unida de Camerún y Société Camerounaise des Engrais*, Caso CIADI No. ARB/81/2, Decisión sobre anulación (3 de mayo de 1985).

²⁹⁸ Véase: "The Use of Domestic Law Principles in the Development of International Law", *International Law Association Reports of Conferences*, Vol. 78 (2018), p. 1235.

²⁹⁹ *Liberian Eastern Timber Corporation (LETCO) c. República de Liberia*, Caso CIADI No. ARB/83/2, Laudo (31 de marzo de 1986). *Amco Asia Corporation and others c. República de Indonesia*, Caso CIADI No. ARB/81/1, Laudo (20 de noviembre de 1984)

³⁰⁰ Comisión de Derecho Internacional, Segundo informe sobre los principios generales del derecho, p. 23.

³⁰¹ *Caso de Pesquerías del Atlántico Norte (Gran Bretaña, Estados Unidos)*, Laudo, (7 de septiembre de 1910), UNRIAA, Vol. XI, pp. 167-226, en p. 182.

³⁰² Comisión de Derecho Internacional, Segundo informe sobre los principios generales del derecho, p. 26.

³⁰³ *International status of South-West Africa*, Opinión consultiva, Corte Internacional de Justicia, Informes de la CIJ 1950, p. 128, Opinión separada del Juez McNair, p. 146, en p. 148. Comisión de Derecho Internacional, Segundo informe sobre los principios generales del derecho, p. 19. Véase también en: "The Use of Domestic Law Principles

Es necesario considerar la estructura de los ordenamientos jurídicos nacionales (prestando especial atención a los marcos procesales) para determinar si el principio puede aplicarse adecuadamente, en el ámbito internacional³⁰⁴.

En una opinión separada relativa al principio de derecho privado *exceptio non adimpleti contractus* (que una parte no tiene que cumplir si la otra no lo hace), el juez Simma declaró que la transferibilidad de los principios generales al ámbito jurídico internacional requiere una modificación "para que dicho principio general pueda desempeñar un papel constructivo también a nivel internacional". En los sistemas nacionales desarrollados, el *sinalagma* funcional (equivalencia) opera bajo el control de los tribunales cuando una parte afectada por su aplicación...

[...] no acepta la presencia de las condiciones requeridas para recurrir a nuestro principio. Sin embargo, en el ámbito del derecho internacional, con demasiada frecuencia nos encontraremos con casos de incumplimiento de obligaciones convencionales acompañados de la invocación de nuestro principio, pero sin que exista la posibilidad de recurrir a una decisión imparcial sobre la legalidad de estas medidas. Sin la correa del control judicial, nuestro principio será propenso al abuso. La cuestión de la legalidad seguirá siendo a menudo controvertida³⁰⁵.

En determinadas circunstancias, los tratados u otros instrumentos internacionales pueden servir como prueba de que un principio que existe en ciertos ámbitos nacionales puede incorporarse al ordenamiento jurídico internacional³⁰⁶. Este es el caso de algunas de las disposiciones de los Principios UNIDROIT (entre otras, la regla sobre la aceptación modificada (2.1.11) o el segundo párrafo de la disposición sobre el pago acordado en caso de incumplimiento (7.4.13).

J. Demostración de principios generales

Los principios generales del derecho no reflejan simplemente el sentido personal de justicia de los árbitros, sino que deben probarse y no presuponerse. Existe una carga de la prueba para apelar a los principios generales del derecho, lo que ha llevado a que se invoquen con menos frecuencia en el arbitraje de inversiones debido a la relativa dificultad de probar su existencia en muchos de los principales ordenamientos jurídicos del mundo.

Los árbitros tienden a suponer que los principios generales que existen en su propio sistema jurídico o en los sistemas con los que están familiarizados también se aceptan en otros lugares, pero no siempre sucede así.

in the Development of International Law", *International Law Association Reports of Conferences*, Vol. 78 (2018), p. 1237.

³⁰⁴ Ibid., p. 27. En una opinión separada en el caso *Barcelona Traction*, el Juez Fitzmaurice realizó la siguiente declaración: "[...] cuando se utilizan conceptos de derecho privado, o se tratan instituciones de derecho privado en el ámbito jurídico internacional, no deberían distorsionarse ni tratarse de manera no conforme con su verdadero carácter, tal como existe en el sistema o sistemas de su creación. Pero, si bien esto es así, no es menos importante tener en cuenta que las condiciones en el ámbito internacional son a veces muy diferentes de lo que son en el ámbito nacional, y que las normas que estas últimas condiciones justifican plenamente pueden ser menos capaces de reivindicación si se aplican estrictamente cuando se transponen al ámbito internacional. El descuido de esta precaución puede dar lugar a una distorsión opuesta, - a saber, que las matizaciones o atenuaciones de la norma, previstas en el plano interno, no se reflejen adecuadamente en el internacional, - dando lugar a una situación de paradoja, anomalía e injusticia" (*Barcelona Traction*, opinión separada del Juez Fitzmaurice, p. 65 y p. 67, párrafo 5).

³⁰⁵ Aplicación del Acuerdo Provisional de 13 de septiembre de 1995 (*la Antigua República Yugoslava de Macedonia c. Grecia*), Fallo del 5 de diciembre de 2011, Informes de la CIJ 2011, p. 695, opinión separada del Juez Simma, párr. 13. Comisión de Derecho Internacional, Segundo informe sobre los principios generales del Derecho, p. 31.

³⁰⁶ Comisión de Derecho Internacional, Segundo informe sobre los principios generales del derecho, p. 32.

En el famoso caso del CIADI *Klöckner c. Camerún* mencionado anteriormente, el Comité de Anulación señaló que se había producido una carencia de autoridad para apoyar el uso de principios generales en la decisión anulada. Finalmente, el Comité concluyó que el razonamiento del laudo anulado parecía más una simple referencia a la equidad que a los principios generales³⁰⁷.

K. Principios de las antiguas demandas internacionales en materia de inversión

Durante los siglos XVIII y XIX, las comisiones de reclamaciones y las oficinas exteriores se remitieron a los principios generales para elaborar estándares mínimos aproximados de protección internacional de las inversiones, que aplicaban con frecuencia en los litigios derivados de las relaciones entre Estados. La jurisprudencia demuestra que los principios generales del derecho se utilizaron ampliamente incluso más allá del siglo XIX³⁰⁸.

Muchos de estos principios generales reconocidos por los tribunales internacionales siguen siendo pertinentes en la actualidad. Por ejemplo, este es el caso del principio de que los incumplimientos contractuales no violan el derecho internacional *per se*, sostenido en el laudo *Martini* y en la demanda de *International Fisheries Company*³⁰⁹, y aplicado recientemente en el caso del CIADI *SGS Société Générale de Surveillance S.A. contra República Islámica de Pakistán*³¹⁰.

L. La internacionalización en los primeros casos de recursos naturales mediante el uso de principios generales

1. Consideraciones generales

En el caso *Serbian Loans*, la Corte Permanente de Justicia Internacional (PCIJ) declaró que “[t]odo contrato que no sea un contrato entre Estados en su calidad de sujetos de derecho internacional se basa en el derecho interno de algún país”³¹¹. Sin embargo, someter la totalidad de un contrato de inversión extranjera al ordenamiento jurídico nacional del Estado parte colocaría al inversor en una posición de inferioridad, subordinado a la libre voluntad de su cocontratante. Los Estados podrían eludir su responsabilidad modificando su legislación nacional en la materia. Para evitar este desequilibrio de poderes, surgió como respuesta la "internacionalización".

Esta denominada "internacionalización" se refiere a la equiparación de las obligaciones contractuales a las obligaciones internacionales. Si el incumplimiento de un contrato de inversión internacionalizado por parte de un Estado constituye una violación del derecho internacional público, debe impedirse que las autoridades sigan actuando al margen de las condiciones de dicho contrato.

³⁰⁷ *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and others c. United Republic of Cameroon and Société Camerounaise des Engrais*, Caso CIADI No. ARB/81/2, Decisión de anulación (3 de mayo de 1985).

³⁰⁸ Véase, por ejemplo, en: *Eastern Extension, Australasia and China Telegraph Co., Ltd. Case* (1923), Informe Nielsen, p. 40, en las p. 75-76.

³⁰⁹ *Caso Martini (Italia c. Venezuela)* (1903) 10 RIAA 644; *International Fisheries Company Claim (Estados Unidos c. Estados Unidos Mexicanos)* (1931) 4 RIAA 691.

³¹⁰ Caso CIADI No. ARB/01/13, Decisión del Tribunal sobre Excepciones a la Jurisdicción (6 de agosto de 2003), párrafo 166. Sólo los incumplimientos contractuales *iure imperii* se consideran posibles violaciones del derecho internacional (Demanda *Shufeldt*). Este principio fue sostenido en la opinión separada del Juez Hersch Lauterpacht en el *Caso de los Préstamos Noruegos de la CIJ* (Caso de los Préstamos Noruegos (*Francia v. Noruega*), 1957, Alegaciones CIJ 61 (julio de 1957). En *Bankswith Ghana Ltd. c. The Republic of Ghana Acting as the Government of Ghana* (CNUDMI, Laudo, excepto en lo relativo a las costas, 11 de abril de 2014) el Tribunal acreditó la reclamación *Shufeldt* como única autoridad para este principio (párrafos 11-68-11-69).

³¹¹ Publicaciones de la Corte Permanente de Justicia Internacional. Colección de fallos, *Case Concerning the Payment of Various Serbian Loans Issued in France, Case Concerning the Payment in Gold of the Brazilian Federal Loans Issued in France*, Leyden Société d'Éditions, A.W. Sijthoff Publishing Company, 1929, p. 41.

Los contratos de inversión extranjera de mediados del siglo XX se "internacionalizaron" de conformidad con la lógica de que la falta de posición internacional de los inversores extranjeros podía superarse cuando los Estados estuvieran dispuestos a tratarlos en pie de igualdad. En estas situaciones, los principios del derecho internacional podían aplicarse al acuerdo. Los estudios de abogados más innovadores, especialmente durante los años cincuenta y sesenta, incluyeron cláusulas cuidadosamente elaboradas en los contratos internacionales de sus clientes inversores con los Estados - tales como cláusulas de estabilización jurídica, cláusulas de elección de la ley aplicable y cláusulas de arbitraje - para garantizar que las "reglas del juego" no se cambiaran unilateralmente a través de la legislación estatal.

La inclusión de cláusulas de estabilización estaba dirigida a congelar la legislación y hacer que las condiciones de la inversión fueran inmunes a los cambios, aislando el contrato de los tribunales locales y de la legislación nacional. Era una forma de evitar lo que los eruditos franceses llamaban "*l'aléa de la souveraineté*", es decir, el riesgo de que el Estado introdujera cambios jurídicos para mejorar su posición contractual o eximirse de responsabilidad y manipular así el equilibrio del contrato en su beneficio.

En la cláusula de selección del derecho aplicable, las partes escogían un lenguaje indefinido y bastante general (principios generales del derecho y similares), que consideraron - y los tribunales arbitrales reconocieron como - un mal menor que someter su relación a normas locales que podrían haber sido impredecibles o anacrónicas.

Además, se consideraba que resolver las disputas sobre inversiones extranjeras mediante arbitraje internacional era una forma de garantizar que pudieran aplicarse normas de carácter transnacional, de modo que existiera un grado suficiente de imparcialidad en el proceso de resolución judicial.

2. *Yacimientos de oro de Lena*

La idea de la internacionalización surgió en el laudo *Lena Goldfields* de 1930³¹², dictado en el primer arbitraje internacional que aplicó un "principio general del derecho reconocido por las naciones civilizadas" por referencia al artículo 38(1)(c) de la Corte Permanente de Justicia Internacional, a saber, la indemnización por enriquecimiento injusto³¹³.

La decisión fue un laudo inglés emitido en Londres como la sede del arbitraje. El acuerdo de concesión de las partes no era un tratado, y la disputa no era un arbitraje Estado-Estado sujeto al derecho internacional público. A pesar de estos hechos, el arbitraje del *caso Lena Goldfields* nunca fue tratado por las partes ni por sus árbitros como un arbitraje puramente inglés. Sea como fuere, la decisión preparó el camino para la evolución a favor de la noción de internacionalización. Además, durante el transcurso de los años, los comentaristas jurídicos han considerado que el caso tiene un significado más amplio tanto en el derecho internacional privado como en el público.

3. *Concesión de 1933 entre el Gobierno persa y la compañía Anglo-Persian Oil*

El arbitraje de *Lena Goldfields* influyó en la redacción de los artículos 21 y 22 del convenio de concesión de 1933 entre el Gobierno persa y la Anglo-Persian Oil Company, que inspiró la redacción de los acuerdos de concesión en los años siguientes.

El artículo 22 de este acuerdo de concesión establecía: "[...] F. El laudo se basará en los principios jurídicos contenidos en el artículo 38 del Estatuto (sic) de la Corte Permanente de Justicia Internacional. El laudo será inapelable". Evidentemente, las partes de estos contratos de concesión no estaban

³¹² *Lena Goldfields c. URSS*, The Times, 3 de septiembre de 1930. Véase en: C.L. Lim, J. Ho, M. Paparinskis, *op. cit.* p. 38.

³¹³ En 1977, el árbitro Dupuy se basó en este laudo para fundamentar su razonamiento en la decisión *Texaco c. la República Árabe Libia*, a la que se hace referencia a continuación en la Subsección 8.b de esta Parte.

satisfechas con el derecho nacional que regía el acuerdo, y consideraron necesario basarse en los principios generales dentro de los cuales se pretendía que funcionaran los acuerdos.

4. *Petroleum Development Ltd. c. el Jeque de Abu Dhabi*³¹⁴

Este caso histórico fue decisivo para consolidar la internacionalización recurriendo a principios generales. En su decisión de 1951, el árbitro único Lord Herbert Asquith consideró que, aunque el contrato fue...

[...]celebrado en Abu Dhabi y debía ejecutarse íntegramente en ese país, no podía decirse que existiera ningún ordenamiento jurídico interno razonable [...] [El Jeque administra una justicia puramente discrecional con la ayuda del Corán, y sería ilusorio sugerir que en esta región tan primitiva existe algún cuerpo establecido de principios jurídicos aplicables a la elaboración de instrumentos comerciales modernos³¹⁵.

Lord Asquith aplicó en su lugar los “principios arraigados en el buen sentido y la práctica común de la generalidad de las naciones civilizadas”, una especie de “ley moderna de la naturaleza”. Desde una postura crítica, aunque en este caso no se aplicó el derecho inglés, los principios utilizados en el laudo se asemejan al razonamiento seguido en determinados casos ingleses. Además, de forma discrecional, Lord Asquith aceptó ciertos principios del derecho inglés que representaban un "derecho moderno de la naturaleza", pero rechazó otros. Por ejemplo, consideró que las normas inglesas en materia de prueba y el principio de inspiración feudal según el cual las concesiones soberanas deben interpretarse en contra del concesionario eran peculiaridades de la historia jurídica inglesa.

5. *Gobernante de Qatar c. International Marine Oil Co.*³¹⁶

En el laudo dictado en 1953 en este caso, Sir Alfred Bucknill se enfrentó a la cuestión de si, en caso de no haber elección, el derecho adecuado sería la ley islámica o “los principios de justicia natural y equidad”. Sir Bucknill dictaminó que la ley islámica “no contiene un conjunto de principios jurídicos aplicables a un contrato comercial moderno de este tipo”, y aplicó los principios generales del derecho dentro del caso, acompañados de la salvedad de que tales principios reflejaban “la justicia natural y la equidad y la buena conciencia”³¹⁷.

6. *Arabia Saudita c. Arabian American Oil Co. (Aramco)*³¹⁸

En esta decisión de 1958, teniendo en cuenta que no se había elegido el derecho aplicable de manera expresa en el acuerdo de concesión, el tribunal de arbitraje tuvo en cuenta la referencia de la decisión de *Préstamos de Serbia* a la aplicabilidad de una ley nacional de conformidad con las normas de derecho internacional privado. En consecuencia, el tribunal pasó a declarar la aplicación, en principio, de la ley de Arabia Saudita, dado que era una de las partes del acuerdo y que su ejecución debía producirse también en esa jurisdicción³¹⁹.

Sin embargo, el tribunal sostuvo que el régimen de concesiones mineras y petrolíferas había permanecido embrionario en la ley islámica. Tras hacerlo, el Tribunal declaró: “[e]n la medida en que

³¹⁴ *Petroleum Development Ltd. c. El Sheikh de Abu Dhabi*, (1951) 18 ILR 144, reimpresso en 1 ICLQ 247 (1952).

³¹⁵ *Ibid.*

³¹⁶ *Gobernante de Qatar c. International Marine Oil Co. Ltd.*, (1953) 20 ILR 534.

³¹⁷ 20 ILR, pp. 544-545.

³¹⁸ Laudo, 23 de agosto de 1958, 27 ILR 117, p. 168.

³¹⁹ A este respecto, el laudo hacía referencia a la Corte Permanente de Justicia Internacional en su fallo en el *Caso de los Préstamos de Serbia y Brasil*, (1929) Series A de la CPJI, No. 20, p. 42 y Series A de la CPJI, No. 21, p. 232. Los árbitros consideraron que la ley de Arabia Saudita elegida por las partes debe, en caso necesario, ser interpretada y completada por los principios generales del derecho. Véase en P. Bernardini, *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Vol. 15, No. 2 (2004), p. 3.

puedan subsistir dudas sobre el contenido o sobre el sentido del acuerdo de las Partes es necesario recurrir a los principios generales del derecho y aplicarlos para interpretar, e incluso completar, los respectivos derechos y obligaciones de las partes". Para llegar a esta conclusión, el Tribunal de Arbitraje se basó, por analogía, en el precedente del caso *Lena Goldfield*³²⁰.

7. *Laudo del caso Sapphire*³²¹

En este caso de 1963, el tribunal también aplicó los principios generales del derecho, basados en la razón y en la práctica común de las naciones civilizadas. A falta de elección, el árbitro único Pierre Cavin no encontró ninguna implicación positiva en la cláusula arbitral relativa al derecho aplicable, pero declaró que "es posible encontrar allí una intención negativa, a saber, rechazar la aplicación exclusiva de la ley iraní"³²², que era la ley nacional de la empresa estatal.

Basándose en decisiones anteriores en el arbitraje del caso *Lena Goldfields* y otros primeros casos petroleros de Medio Oriente, el árbitro expresó que "una cláusula de este tipo es difícilmente compatible con la aplicación estricta del derecho interno de un país concreto. Es mucho más frecuente que exija la aplicación de principios generales del derecho", tal como se consagra en el artículo 38 del Estatuto de la CIJ³²³.

Desde entonces, este laudo ha recibido importantes críticas debido al hecho de que el árbitro justificó erróneamente su decisión interpretando la disposición de fuerza mayor del contrato como una cláusula de elección del derecho.

8. *Casos de concesión de los años setenta en Libia*

En 1971, el coronel libio Muammar Khadafi nacionalizó varias concesiones petrolíferas. Esto tuvo un tremendo impacto en los acuerdos de concesión que se habían redactado previamente. En concreto, la nacionalización provocó numerosos casos que, como se verá más adelante, dieron lugar a decisiones divergentes, a pesar de que las disposiciones sobre la elección del derecho aplicable en las concesiones eran idénticas.

El párrafo 7 de la cláusula 28 de todos los acuerdos de concesión libios establecía lo siguiente:

La concesión se registrará e interpretará de acuerdo con los principios del derecho de Libia comunes a los principios del derecho internacional y, a falta de tales principios comunes, se registrará entonces por los principios generales del derecho y de acuerdo con los mismos, con inclusión de aquellos principios que puedan haber sido aplicados por tribunales internacionales.

A su vez, la cláusula 16 garantizaba a los concesionarios la protección de sus derechos contractuales, que no podían ser alterados salvo mutuo acuerdo de las partes. Así pues, las cláusulas 16 y 28 introdujeron una disposición estabilizadora de los derechos, el arbitraje y la elección del derecho aplicable. Tres conocidos laudos resolvieron controversias a este respecto con argumentos diferentes, como se muestra a continuación.

a. *Laudo BP c. Libia*³²⁴

³²⁰ *Lena Goldfields c. URSS*, The Times, 3 de septiembre de 1930.

³²¹ Laudo, 15 de marzo de 1963, 35 ILR 136, 172-176 (Cavin).

³²² Ibid.

³²³ Ibid.

³²⁴ *BP Exploration Co. (Libya) Ltd. c. Gobierno de la República Árabe de Libia*, 10 de octubre de 1973, publicado en 53 ILR 297 (1979).

En el laudo de 1973 del *caso BP c. Libia*, el árbitro único, el juez Lagergren, se inclinó por la aplicación de "los principios comunes al derecho libio y al derecho internacional público". Sólo en ausencia de tales principios comunes se aplicarían "los principios generales del derecho", considerados también como reflejo de los principios generales de las leyes nacionales³²⁵.

Esta decisión fue criticada teniendo en cuenta que anteriormente la Corte Permanente de Justicia Internacional había reconocido y aceptado que la *restitutio in integrum* es un principio establecido del derecho internacional, y que desde 1928 prácticamente todos los juristas han considerado la declaración de *Chorzów* sobre la *restitutio in integrum* como una "declaración de principios". Además, el laudo *BP c. Libia* careció de un análisis riguroso de derecho comparado entre el derecho civil y el derecho consuetudinario y con respecto a los remedios por incumplimiento.

b. El caso Texaco c. Libia³²⁶

En su decisión de 1977 sobre este caso, el árbitro único René-Jean Dupuy enumeró tres posibles formas de internacionalización: el contrato puede hacer referencia a los "principios generales del derecho" como ley aplicable³²⁷, puede contener una cláusula de arbitraje o puede ser un "acuerdo de desarrollo económico".

En cuanto a las dos primeras vías de internacionalización (principios generales y cláusula compromisoria), el laudo señalaba:

Aun cuando se considere que la elección de un procedimiento de arbitraje internacional no puede conducir de por sí a la aplicación exclusiva del derecho internacional, es uno de los elementos que permiten detectar una cierta internacionalización del contrato [...] Es por tanto incuestionable que la referencia al arbitraje internacional es suficiente para internacionalizar un contrato, es decir, para situarlo en un orden jurídico específico - el orden del derecho internacional de los contratos³²⁸.

Sin embargo, el árbitro Dupuy no ofreció una explicación clara de lo que significaba la expresión "derecho internacional de los contratos" como derecho aplicable, y en qué se diferencia del derecho internacional público o si es una manifestación de una tercera categoría distinta, la *lex mercatoria*.

Además, se cuestiona si el recurso al arbitraje puede tener necesariamente un efecto determinante *per se* sobre la cuestión del derecho aplicable; el objetivo principal del arbitraje es evitar los litigios ante los tribunales nacionales.

Dupuy decidió que el contrato debía regirse por el derecho internacional público, ya que la cláusula de derecho aplicable se refería principalmente a los "principios del derecho internacional" y a los "principios generales del derecho" con carácter subsidiario³²⁹.

Dupuy determinó además que los principios del derecho libio solamente podían regir cuando se ajustaran a los principios del derecho internacional "tal como se aplican entre todas las naciones

³²⁵ Ibid., p. 535.

³²⁶ *Texaco Overseas Petroleum Co./California Asiatic Oil Co. v. Government of Libya* (1977), Laudo sobre el fondo, 19 de enero fr 1977, 17 ILM 1.

³²⁷ "La jurisprudencia sobre arbitraje internacional confirma que la referencia a los principios generales del derecho se considera siempre un criterio suficiente para la internacionalización de un contrato", párrafo 42.

³²⁸ *Texaco Overseas Petroleum Co./California Asiatic Oil Co. c. Gobierno de Libia*, Laudo sobre el fondo, 19 de enero de 1977, 17 ILM, 1, párrafos 36, 40-45 (Dupuy), p. 44.

³²⁹ El derecho sustantivo aplicable, la cláusula 28 de la escritura de concesión decía lo siguiente: "Esta concesión se regirá e interpretará de acuerdo con los principios del derecho de Libia comunes a los principios del derecho internacional y, en ausencia de tales principios comunes, se regirá entonces por los principios generales del derecho y de acuerdo con los mismos, con inclusión de aquellos de esos principios que puedan haber sido aplicados por tribunales internacionales".

pertenecientes a la comunidad de Estados”. Según el árbitro, este tipo de cláusulas que invocan principios generales “tienden a sustraer la totalidad o parte del acuerdo del derecho interno y a disponer su subordinación a [...] un sistema que es propiamente un sistema de derecho internacional”. Este razonamiento fue intencionado:

El recurso a los principios generales [...] se justifica por la necesidad de que el contratante privado esté protegido contra las modificaciones unilaterales y bruscas de la legislación del Estado contratante: desempeña, pues, un papel importante en el equilibrio contractual pretendido por las partes³³⁰.

El laudo también sostuvo que “[un] tercer elemento de la internacionalización de los contratos en litigio resulta del hecho de que adquiere la dimensión de una nueva categoría de acuerdos entre Estados y personas privadas: los acuerdos de desarrollo económico [...]”³³¹. Estos acuerdos tienden a aportar a los países en desarrollo inversiones y asistencia técnica y, en consecuencia, contribuyen al desarrollo del país en el que se realizan. Su larga duración y la magnitud de sus inversiones implican una estrecha cooperación entre el inversor y el Estado, y exigen la garantía de una cierta estabilidad. En palabras de Dupuy, “[d]e ahí la inserción, como en el caso que nos ocupa, de las denominadas cláusulas de estabilización: estas cláusulas tienden a sustraer la totalidad o parte del acuerdo del derecho interno y establecen, asimismo, ya sea su sometimiento a normas *sui generis*, como se indica en el laudo *Aramco*, ya sea a un sistema propio de derecho internacional³³².

El razonamiento utilizado en el caso *Texaco c. Libia* es significativo, debido principalmente a la elaborada decisión de Dupuy, que cita numerosas autoridades académicas. Además, el caso *Texaco* contra Libia fue el primer arbitraje internacional importante que abordó el efecto de las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre la doctrina jurídica de la soberanía permanente sobre los recursos naturales, analizada en la Parte 2, Sección XII. Aunque su razonamiento tendía a favorecer a las naciones en desarrollo, Dupuy no pudo encontrar ninguna fuente de derecho positivo que apoyara el efecto jurídico vinculante de la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados. Determinó que la propia naturaleza de la Carta, las circunstancias que la rodearon, las declaraciones pertinentes de los Estados sobre la Carta, los Estados que la votaron y el texto de sus disposiciones indicaban que la Carta en sí no creaba derecho internacional consuetudinario. Al contrario, constituía un claro desafío a la visión occidental tradicional del derecho internacional. Por el contrario, la práctica de los Estados por sí sola podía conducir al desarrollo del derecho internacional consuetudinario³³³. Dupuy llegó a la conclusión de que únicamente la resolución 1803 (XVII) de 1962 reflejaba el estado del derecho internacional consuetudinario vigente³³⁴.

c. Laudo *Liamco*

En este laudo, el árbitro único Sobhi Mahmassani fue en una dirección diferente e interpretó que la cláusula de elección del derecho implicaba que “el derecho que rige el acuerdo de concesión de Liamco [...] es, en primer lugar, la legislación libia cuando ésta es compatible con el derecho internacional y, en

³³⁰ *Texaco Overseas Petroleum Co./California Asiatic Oil Co. c. Gobierno de Libia*, Laudo sobre el fondo, 19 de enero de 1977, 17 ILM 1 (Dupuy).

³³¹ *Texaco Overseas Petroleum Co./California Asiatic Oil Co. c. Gobierno de Libia*, Laudo sobre el fondo, 19 de enero de 1977, 17 ILM, 1, párrafo 44(c).

³³² 35 *Int'l LR. 136* (1963), p. 175-176”, *Texaco c. Libia*, párrafo 45(c).

³³³ *Ibid.*, pp. 528-529.

³³⁴ *Texaco Overseas Petroleum Co. y California Asiatic Oil Co. (TOPCO) c. Gobierno de la República Árabe Libia (Laudo sobre el fondo)* (1977) 17 ILM 1 (1978); 53 ILR 389 (1977). Véase J.W. Salacuse, *The Law of Investment Treaties* (3rd edition), OUP, 2021, p. 26-28, pp. 93-94.

segundo lugar, los principios generales del derecho³³⁵. El árbitro señaló que la cláusula de estabilización incluida en los acuerdos hacía hincapié en la base contractual de la concesión.

Los tres casos de nacionalización libia mencionados (*BP*, *Texaco* y *Liamco*) fueron resueltos por árbitros de distintas partes del mundo: Suecia, Francia e Irán. Dado que en estos casos la ley islámica se ha considerado normalmente inadecuada con respecto a los contratos de inversión extranjera, los tribunales optaron en su lugar por la aplicación de principios equitativos o generales de derecho.

Tanto en el laudo de *Liamco* como en el de *BP*, los árbitros adoptaron un enfoque comparativo en el entendimiento de que se aplicaban los principios generales del derecho. Sin embargo, en el laudo del caso *Texaco c. Libia*, el árbitro sostuvo que se aplicaba el derecho internacional o el "derecho internacional de los contratos" en lugar de los principios generales como derecho aplicable³³⁶.

Estas tres conclusiones son problemáticas. Por un lado, no está claro cuál es el contenido de este derecho internacional de los contratos. Esto explica por qué, contrariamente a *Texaco c. Libia*, el laudo *Aminoil* rechazó la aplicación del derecho transnacional o de un tercer orden jurídico entre el derecho nacional y el derecho internacional. La decisión *Aminoil*, a la que nos referiremos más adelante, repudia la *lex mercatoria*. Al incorporar el derecho internacional al derecho de Kuwait y fusionarlos en un único marco jurídico, el laudo empañó el papel del derecho internacional como norma de control suprema. De este modo, el Tribunal consideró necesario poner a prueba las normas nacionales frente a algunas normas internacionales externas capaces de proporcionar un "orden público internacional" preocupante que pudiera justificar la no aplicación del derecho nacional.

Por otra parte, un análisis comparativo tiene sus propios peligros. En este sentido, *Liamco* sigue el planteamiento de *BP c. Libia*, y este último ha sido criticado por la falta de rigor en su comparación entre el derecho civil y el derecho consuetudinario.

9. *Caso Aminoil*

La decisión *Aminoil* de 1982³³⁷, entre otras, adoptó una postura diferente a la de *Texaco c. Libia*. No se ha intentado duplicar el fallo de *Texaco* según el cual el sometimiento a arbitraje internacional podría constituir una elección implícita del derecho internacional aplicable al fondo del litigio. Tanto más cuanto que en *Aminoil* existía una cláusula expresa de ley aplicable al fondo del litigio.

La cláusula de ley aplicable establecía lo siguiente "[l]a legislación que rijan la cuestión de fondo entre las Partes será determinada por el Tribunal teniendo en cuenta la calidad de las Partes, la naturaleza transnacional de sus relaciones y los principios del derecho y la práctica que prevalecen en el mundo moderno". El tribunal aplicó la ley de Kuwait a muchas de las cuestiones contractuales, ya que era "la ley más directamente pertinente". También aplicó el derecho internacional junto con el derecho de Kuwait, y afirmó que ambos no entran en conflicto. De este modo, el tribunal reconoció la posibilidad de aplicar tanto el derecho del Estado receptor como el derecho internacional como parte del derecho nacional. Sin embargo, el laudo no alcanzó a abordar directamente un aspecto importante, como es la jerarquía entre el derecho nacional y el internacional.

M. *Evolución reciente de los principios generales del arbitraje de inversiones*

³³⁵ *Libyan American Oil Company (LIAMCO) c. Gobierno de la República Árabe Libia*, Laudo, 12 de abril de 1977 (S. Mahmassani, árbitro único), 20 I.L.M. 1 (1981).

³³⁶ Laudo LIAMCO, 20 ILM en 35 (página 67 del Laudo). Laudo BP, 53 ILR en 329. Laudo *Texaco c. Libya*, párrafo 41.

³³⁷ *The American Independent Oil Company (Aminoil) c. Gobierno del Estado de Kuwait*, Laudo (24 de mayo de 1982), dictado por un tribunal compuesto por Paul Reuter (Presidente), Hamed Sultan y Sir Gerald Fitzmaurice, (1982) I.L.M. 976, (1984) IX Y.B. Comm. Arb. 71.

Desde la década de 1970, se han producido numerosos cambios en el ámbito del arbitraje internacional de inversiones. En lugar de ser los propios Estados, las entidades estatales han celebrado cada vez más contratos de inversión con partes privadas. Además, los inversores - que anteriormente habían ocupado una posición dominante en el comercio internacional - tuvieron que adaptarse a nuevas pautas para realizar negocios. Al mismo tiempo, una nueva generación de negociadores de los países del tercer mundo se familiarizó cada vez más con las complejidades de los contratos internacionales de inversión y, como consecuencia, la negociación y la ejecución de los contratos estatales se han llevado a cabo cada vez más con criterio comercial. También los contratos de concesión tradicionales sujetos a los principios generales del derecho internacional han sido sustituidos por nuevos tipos de contratos sujetos en su mayoría a las leyes nacionales privadas, tales como los contratos de servicios, los contratos de asistencia técnica y los contratos de construcción-explotación-traspaso.

Sin embargo, los árbitros internacionales han mostrado una tendencia a atenuar la aplicación del derecho nacional remitiéndose simultáneamente a otros principios con una nomenclatura variable, incluso cuando el derecho nacional ha sido elegido por las partes. Las leyes y los reglamentos en materia de arbitraje, tal como el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (artículo 28(4)) exigen a los árbitros que tengan en cuenta las costumbres comerciales en todos los casos. No obstante, la cuestión sigue siendo si los principios generales entran dentro de estas categorías³³⁸.

Además, aunque poco frecuente, la aplicación de los principios generales del derecho mercantil al fondo de una controversia relativa a una inversión puede ser pertinente en situaciones en las que, por ejemplo, el tribunal arbitral se enfrenta a reclamaciones contractuales y el amplio lenguaje utilizado en el tratado pertinente abarque controversias o inversiones. También pueden ocurrir situaciones en las que la determinación de una violación del tratado requiera el análisis de una relación contractual y de la conducta de las partes en el contexto de la misma. Aunque en este caso las normas pertinentes son las del derecho internacional público, la determinación de su violación puede requerir una evaluación de la conducta de las partes en el marco de la relación contractual, para lo cual podrían resultar pertinentes los principios generales del derecho mercantil.

En varios casos de arbitraje del CIADI se hizo uso de los principios generales. En el caso *Inceysa c. El Salvador* del CIADI, el tribunal citó el artículo 38 del Estatuto de la CIJ y propuso describir los principios generales del derecho en los siguientes términos:

“[...L]os principios generales de derecho se colocan como fuente autónoma o directa del Derecho Internacional, al lado de las convenciones y la costumbre internacionales. Sin pretender definir lo que son los principios generales del derecho, el Tribunal consigna que, de manera generalizada, estos han sido entendidos como reglas generales sobre las que existe un consenso internacional para considerarlas como estándares universales y normas de conducta que siempre deben ser aplicadas y que son, en opinión de importantes tratadistas, normas de derecho en las que se fundan los propios ordenamientos jurídicos estatales”³³⁹.

Los tribunales del CIADI invocaron principios generales como, entre otros, la buena fe³⁴⁰, el concepto de *exceptio non adimpleti contractus*³⁴¹, el estoppel³⁴², el enriquecimiento injusto³⁴³, y la

³³⁸ Por ejemplo, el laudo de 30 de abril de 1982 en el caso de ICC 3896, (1983) 110 J.D.I. 914, (1985) X Y.B. Comm. Arb. 47, S. Jarvin & Y. Derains, *Collection of ICC Arbitral Awards 1974-1985*, Kluwer Law & Taxation/ICC Publishing, 1990, p. 161; comentado por B. Oppetit, "Arbitrage et contrats d'Etats: L'arbitrage Framatome et autres c. Atomic Energy Organization of Iran" (1984) 111 J.D.I. 37.

³³⁹ *Inceysa c. El Salvador*, Caso CIADI No. ARB/03/26, Laudo (2 de agosto de 2006), párrafos 226 y 227.

³⁴⁰ *Inceysa c. El Salvador*, Caso CIADI No. ARB/03/26, Laudo (2 de agosto de 2006), párrafos 230 y ss.

³⁴¹ *Aucoven c. Venezuela*, Laudo (23 de septiembre de 2006), párrafo 316.

valoración de los daños³⁴⁴. Los tribunales Estados Unidos-Irán también aplicaron principios generales, de conformidad con la disposición abierta del artículo V de la Declaración sobre Solución de Reclamaciones de 1981. Como se afirmó en el caso *Amoco c. Irán*, esta disposición “contribuyó, en mayor medida que cualquier otro pacto internacional, a la consolidación de la norma de derecho internacional según la cual un Estado tiene el deber de respetar los contratos libremente celebrados con una parte extranjera”³⁴⁵.

IV. La legislación nacional como fuente de derecho para las demandas internacionales en materia de inversiones

Después de la Segunda Guerra Mundial, la legislación de varios Estados receptores comenzó a ofrecer protección a las inversiones extranjeras. Estas leyes nacionales establecieron numerosas garantías para las inversiones, como la libre repatriación de beneficios y salvaguardias contra la discriminación, entre otras garantías que suelen contemplarse en los tratados de inversión.

La legislación nacional también adquiere pertinencia para las inversiones internacionales de la siguiente manera. En el pasado, para que los Estados ofrecieran protección diplomática por los perjuicios causados a las inversiones realizadas por sus nacionales, se exigía el agotamiento previo de los recursos internos. Por ello, los tribunales nacionales debían intervenir en primer lugar para abordar las cuestiones relacionadas con el derecho interno. Cuando los tribunales nacionales no podían ofrecer una solución adecuada, los nacionales perjudicados recurrían a un tribunal internacional en busca de protección, el cual aplicaba el derecho internacional a la controversia. En este escenario, el derecho interno se convertía en una mera cuestión de hecho.

Por el contrario, el arbitraje internacional de inversiones se desarrolló de acuerdo a un conjunto de normas diferentes. En primer lugar, no existe el requisito de agotar los recursos locales antes de iniciar una demanda de inversión, a menos que se haya acordado expresamente en el contrato o esté previsto en el tratado de inversión. No obstante, el derecho aplicable al contrato de inversión suele ser el derecho del Estado receptor, junto con el derecho internacional público.

Cuando surge una controversia en materia de inversiones, la legislación del Estado receptor no se aplica necesariamente con carácter predeterminado. Aunque los tribunales internacionales se informarán sobre el contenido de las leyes locales a través de los informes de expertos y otras fuentes, la determinación del derecho aplicable a una controversia internacional sobre inversiones es una materia de conflicto de leyes. En caso de incongruencia entre el derecho nacional y el internacional, prevalecerá el derecho internacional. En la mayoría de los casos, sin embargo, no hay incongruencia, y ambos se aplican paralelamente.

En cuanto a la pertinencia de la legislación nacional con respecto a las reclamaciones internacionales en materia de inversiones, la Corte Permanente de Justicia Internacional consideró las cuestiones relacionadas con la legislación nacional como meramente fácticas³⁴⁶. Sin embargo, el principio de que las leyes nacionales deben tratarse como hechos ante una corte o tribunal internacional es

³⁴² *Pan American c. Argentina*, Decisión sobre Jurisdicción (27 de julio de 2006), párrafos 140-161.

³⁴³ *Inceysa v. El Salvador*, Caso CIADI No. ARB/03/26, Laudo (2 de agosto de 2006), párrafos 253 y ss.

³⁴⁴ *Amco c. Indonesia*, Laudo (20 de noviembre de 1984), párrafo 267; *Fedax c. Venezuela*, Laudo (9 de marzo de 1998), párrafo 30; *Enron c. Argentina*, Laudo (22 de mayo de 2007), párrafo 360.

³⁴⁵ *Amoco International Finance Corporation c. The Government of the Islamic Republic of Iran, National Iranian Oil Company, National Petrochemical Company and Kharg Chemical Company Limited*, Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, Laudo caso No. 56 (14 de julio de 1987), Informes del Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, volumen 15, 189, párrafo 177.

³⁴⁶ *German Interests in Polish Upper Silesia (Ferm. V. Pol.)*, 1926 P.C.I.J. (ser. A) No. 7, en 19 (25 de mayo). *Fouad Alghanim & Sons Co. for General Trading & Contracting, W.L.L. y otros c. Jordania*, Caso CIADI n.º ARB/13/38, Laudo (14 de diciembre de 2017), párrafo 345.

discutible. Algunas situaciones no generan controversia, como cuando el tribunal internacional resuelve un litigio sobre límites marítimos y tiene en cuenta las leyes nacionales que afirman derechos legales sobre la zona en litigio para determinar si la doctrina de la aquiescencia en el derecho internacional puede ser invocada por uno de los Estados litigantes. Puede hacerlo en este contexto porque el caso se rige exclusivamente por el derecho internacional.

Además, la violación de la legislación nacional puede no suponer necesariamente una violación del derecho internacional, como decidió el Tribunal Internacional de Justicia en el caso *ELSI*³⁴⁷. Sin embargo, al violar su derecho interno, el Estado puede haber violado también el derecho internacional público. En tal situación, la interpretación del derecho interno se convierte en un paso previo: al evaluar la licitud o ilicitud de la conducta del Estado, el derecho interno debe considerarse como un hecho desde el punto de vista del derecho internacional público. Por supuesto, el derecho nacional también es pertinente en aspectos tales como la validez de una inversión, si un representante estaba facultado para actuar en nombre del Estado o para determinar la naturaleza de una entidad privada. Otros ejemplos son las evaluaciones de impacto ambiental, los cambios de zonificación, la tributación, la inmigración y la determinación de la moneda adecuada que debe utilizarse para calcular y ajustar los aranceles.

A diferencia de los tratados, los contratos internacionales de inversión se rigen, en principio, por la legislación nacional o - si se elige o es aplicable ante la falta de selección - por el derecho uniforme, como los Principios UNIDROIT. Sin embargo, dependiendo de las circunstancias, los Estados incurrirán en responsabilidad jurídica internacional en caso de incumplimiento de sus obligaciones en virtud del contrato de inversión. Algunos aspectos clave del acuerdo de inversión también estarán sujetos al derecho internacional público, ya sea porque fueron diseñados a tal efecto o porque sus salvaguardias generales siempre estarán disponibles. Algunos escritos cuestionan que esto signifique que los contratos estatales sean, de hecho, tratados, al menos desde el punto de vista de sus efectos jurídicos. Sin embargo, una cosa es fortalecer el cumplimiento contractual de los contratos de inversión por parte de los Estados basándose en el papel del derecho internacional, y otra muy distinta es transmutar los contratos estatales en tratados.

V. Enseñanzas de los publicistas más cualificados

En sus inicios, los escritos doctrinales de destacados expertos en derecho público configuraron, entre los siglos XVI y XVIII, el alcance, la forma y el contenido del derecho internacional público. En la era moderna, estos escritos también constituyen una fuente de autoridad en la disciplina. En este sentido, el artículo 38.1.d) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia se refiere a “[...] 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 [...]”. El artículo 35 1(a)iv del Reglamento de Arbitraje de la Corte Permanente de Arbitraje también incluye una disposición similar. Además, un informe de la Comisión de Derecho Internacional llegó a una conclusión similar, afirmando que existen ciertas obras académicas o "enseñanzas" que demuestran que un principio es común en diferentes sistemas jurídicos³⁴⁸.

Con la excepción de la sentencia de las salas de 1992 sobre “*Controversia fronteriza terrestre, insular y marítima*” que mencionó a “los editores sucesivos del *International Law de Oppenheim*”³⁴⁹, la

³⁴⁷ *Caso relativo a Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (Estados Unidos de América c. Italia)*, 1989 ICJ Rep. 4 (Fallo del 20 de julio de 1989), párrafo 124. Véase también, *Naturgy Energy Group, S.A. and Naturgy Electricidad Colombia S.L. c. Republic of Colombia*, Caso CIADI No. UNCT/18/1, Laudo (12 de marzo de 2021).

³⁴⁸ Conclusión 9, Comisión de Derecho Internacional, Segundo informe sobre los principios generales del derecho, p. 55-56.

³⁴⁹ En el caso *Lotus*, el Tribunal Permanente se refirió a las “doctrinas de los publicistas” y dejó expresamente aparte “la pregunta de cuál sería su valor desde el punto de vista del establecimiento de la existencia de una regla consuetudinaria”. *Lotus*, Sentencia, PCIJ, Serie A, N° 10, p. 4, 26.

CIJ no cita a escritores específicos, sino que se refiere en general a escritos académicos en determinadas materias que han alcanzado un consenso general como, por ejemplo, una "opinión casi universal" o una opinión que emana de "todos o casi todos los escritores".

Otros tribunales, y los tribunales de arbitraje de inversiones en particular, citan regularmente escritos doctrinales en sus laudos³⁵⁰. El uso de fuentes secundarias de este modo se deriva de la histórica falta de disponibilidad de fuentes primarias y de las dificultades en su interpretación, especialmente durante épocas en las que el estado del derecho internacional público era alarmantemente incierto. Cuando no podían establecerse normas positivas, los tribunales recurrían al derecho natural y al derecho romano como fuentes para apoyar el razonamiento de sus laudos, en particular tal como se hace referencia en las obras de los publicistas.

Esta práctica sigue vigente hoy en día. En los arbitrajes del CIADI, por ejemplo, los tribunales citan con frecuencia a escritores expertos y, en particular, el comentario de Christoph H. Schreuer sobre el Convenio del CIADI³⁵¹. Muchas teorías jurídicas bien establecidas aplicables a las inversiones internacionales tienen su origen en los escritos de los publicistas.

Algunas advertencias: los escritores y publicistas no sólo registran el estado de la ley tal como es (*lex lata*) [según la ley existente], sino que también abogan por su desarrollo (*lex ferenda*) [para una futura reforma de la ley]. Por otra parte, muchos escritos se limitan a reflejar los puntos de vista nacionales o individuales de sus autores. Además, la calidad de los escritos académicos varía enormemente. Por ello, el peso de cada obra debe evaluarse independientemente por sus propios méritos. Por consiguiente, es aconsejable utilizar las obras de publicistas altamente cualificados como fuentes de derecho internacional público con prudencia y cautela.

VI. El papel de las decisiones como “antecedentes” en las demandas internacionales de inversión

A. Aspectos generales

El artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia considera que tanto los escritos como las decisiones judiciales constituyen un "medio auxiliar" paralelo. En la práctica, sin embargo, las decisiones judiciales pueden ser "de inmensa importancia", quizá más que los escritos académicos y el trabajo de los publicistas.

La Comisión de Derecho Internacional llegó a la conclusión en un informe de que “[l]as decisiones de las cortes y tribunales internacionales, en particular de la Corte Internacional de Justicia, relativas a la existencia y al contenido de los principios generales del derecho constituyen un medio auxiliar para la determinación de dichos principios”. El informe también menciona que las decisiones de los tribunales nacionales también pueden utilizarse como ayuda para determinar la existencia de principios generales

³⁵⁰ Por ejemplo, en *Glencore International A.G. y C.I. Prodeco S.A. c. República de Colombia*, Caso CIADI No. ARB/16/6, Laudo (7 de agosto de 2019), el Tribunal citó por su nombre a varios académicos que afirmaron su opinión. En *América Móvil S.A.B. de C.V. c. República de Colombia* Caso CIADI No. ARB(AF)/16/5, Laudo (7 de Mayo de 2021) el Tribunal afirmó como principio uno que se había reiterado muchas veces en la jurisprudencia y doctrina internacional. En *Eco Oro Minerals Co. c. República de Colombia*, Caso CIADI No. ARB/16/41, Decisión sobre Jurisdicción, Responsabilidad y Directrices sobre Quantum (9 de septiembre de 2021), el Tribunal mencionó la posición de numerosos comentaristas en relación con las exclusiones del alcance del nivel mínimo de trato.

³⁵¹ Stephan W. Schill (Ed.) *Schreuer's Commentary on the ICSID Convention*. Tercera edición. Cambridge University Press. 2022. Por ejemplo, en Gelzis, el Comentario fue citado por el Tribunal en relación con la nacionalidad predominante; en Glencore, por el Comité ad hoc en relación con la anulación del laudo, el recurso y la naturaleza manifiesta del exceso. Véase: 1. *Alberto Carrizosa Gelzis*, 2. *Felipe Carrizosa Gelzis*, 3. *Enrique Carrizosa Gelzis c. República de Colombia*, Caso CPA No. 2018-56, Laudo (7 de mayo de 2021); *Glencore International A.G. y C.I. Prodeco S.A. c. República de Colombia*, Caso CIADI No. ARB/16/6, Laudo (27 de agosto de 2019).),

del derecho³⁵². Además, los precedentes de los tribunales nacionales pueden aportar pruebas de la existencia de una norma consuetudinaria, o pueden servir de ejemplo de cómo se comportan realmente los Estados, lo que puede llevar al reconocimiento de una nueva norma de derecho internacional consuetudinario³⁵³.

El papel de los precedentes judiciales en los procedimientos de arbitraje es más bien distinto al de los litigios. Los árbitros deben tratar las decisiones judiciales con sumo cuidado y, en principio, no están vinculados por ellas. Aunque los fallos de los tribunales en los arbitrajes comerciales entre partes privadas no suelen ser públicos, la publicación de las decisiones arbitrales es una tendencia que se acoge con satisfacción y que contribuye al establecimiento de un cuerpo de "jurisprudencia arbitral" y a la posibilidad de hacer referencia a dichas decisiones, aunque no sea como "precedente" en sí.

Aunque el artículo 38(1) del Estatuto de la CIJ no menciona los laudos arbitrales, en general se acepta que tienen la misma autoridad que las decisiones judiciales en la jerarquía de las fuentes jurídicas. Muchos tribunales internacionales también recurren a resoluciones anteriores para dictar sus laudos, como es evidente en las decisiones de la CPIJ, la CIJ, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, entre otros. Además, también pueden invocarse los fallos sobre inversiones extranjeras directas emitidos por la Organización Mundial del Comercio también.

B. Precedentes en las demandas internacionales de inversiones

El importante papel que desempeñan los precedentes en las controversias sobre inversiones tiene su origen, en gran medida, en la práctica de las comisiones mixtas de reclamaciones y, posteriormente, en la práctica arbitral internacional. Este papel prominente de los laudos arbitrales en las demandas sobre inversiones puede entenderse si se consideran los contados ámbitos alternativos para orientarse con respecto a cuál es el derecho en esta materia. En un ámbito tan poco reglamentado como el de los contratos de inversión, no solo fueron los laudos arbitrales los primeros en ofrecer orientación, sino que también aportaron un importante contenido jurídico.

En la resolución de disputas relacionadas con inversiones a través del arbitraje, recurrir a laudos bien fundamentados que hayan sido emitidos por motivos similares es una herramienta analítica muy valiosa que puede orientar tanto a los Estados como a los inversores y ofrecer un cierto grado de claridad en un campo empañado por la incertidumbre. A diferencia del valor de los precedentes de laudos arbitrales, el derecho internacional consuetudinario tradicional ha resultado a menudo inadecuado o ha perdido importancia debido al crecimiento de otros tipos de precedentes y fuentes jurídicas.

Cualquier debate sobre los precedentes en el marco del arbitraje internacional de inversiones debe ir acompañado de la advertencia de que se utilicen con precaución. Además de las variaciones que pueden observarse en la forma en que los distintos tribunales utilizan los precedentes de otros órganos jurisdiccionales, es posible que, conforme a ciertas normas, no siempre tengan efecto de precedente. Este es el caso, por ejemplo, del artículo 1136(1) del TLCAN, según el cual la decisión de un panel no tiene efecto de precedente sobre ningún otro panel, el artículo 14.D.13(7) del T-MEC lo establece de manera similar³⁵⁴.

³⁵² Proyecto de conclusión 8, Comisión de Derecho Internacional, Segundo informe sobre los principios generales del derecho, p. 56.

³⁵³ Por ejemplo, los casos siguientes: *Thirty Hogsheads of Sugar, Bentzon c. Boyle*, 9 Cranch 191 (1815); el *Paquete Habana* 175 US 677 (1900) y *The Scotia*, 81 U.S. (14 Wall.) 170 (1871).

³⁵⁴ "El laudo emitido por un tribunal no tiene fuerza obligatoria salvo para las partes contendientes y respecto del caso concreto". Disponible en: <<https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/united-states-mexico-canada-agreement>> Fecha de consulta: 28 de septiembre de 2022.

Concretamente en el contexto del arbitraje del CIADI, según la primera parte del artículo 53(1) del Convenio del CIADI, "el laudo será obligatorio para las partes [...]". Esto puede interpretarse en el sentido de que excluye la aplicabilidad del principio de precedente vinculante a casos sucesivos del CIADI. Ningún elemento en los trabajos preliminares (*travaux préparatoires*) del Convenio del CIADI sugiere que la doctrina de *stare decisis* [obligatoriedad del precedente] deba aplicarse en virtud de este mecanismo³⁵⁵. Sin embargo, la referencia a la jurisprudencia anterior del CIADI "se ha convertido en una característica estándar" en la mayoría de los fallos.

Jurisprudencia constante es un término jurídico que se ha extendido al arbitraje de inversiones. Se refiere a una acumulación de decisiones judiciales que han fallado de forma similar sobre un aspecto jurídico. La principal diferencia entre la noción inglesa de precedentes legales y *jurisprudencia constante* es la siguiente: los precedentes, como normas vinculantes, derivan de decisiones únicas de una autoridad jerárquicamente superior, mientras que la *jurisprudencia constante* deriva de una serie de decisiones concordantes tomadas por autoridades judiciales de igual jerarquía. Recurriendo a este concepto más amplio de *jurisprudencia constante*, los tribunales tienden a desviarse de la "jurisprudencia" anterior sólo cuando existen razones convincentes. De este modo, los tribunales se adhieren a un "sistema de precedentes de facto más suave" que, no obstante, ayuda a construir un conjunto coherente y predecible de derecho internacional de las inversiones.

La noción de "opinión jurídica común" o "*jurisprudencia constante*" fue utilizada por primera vez por el Tribunal en el caso *SGS c. Filipinas*³⁵⁶. El tribunal en *AES c. Argentina*³⁵⁷ trató en profundidad la aplicación de los precedentes a las controversias sobre inversiones extranjeras, y se cita con frecuencia a este respecto. Los árbitros analizaron si se permitía que los tribunales recurrieran a decisiones anteriores relativas a cuestiones similares como fuente de "comparación y [...] de inspiración". Observaron que un tribunal puede encontrarse con una cuestión de derecho "...que, en esencia, se encuentra o se encontrará en otros casos cualesquiera que sean las particularidades de cada litigio. Dichos precedentes también pueden considerarse acertadamente, al menos como una cuestión de comparación y, si así lo considera el Tribunal, de inspiración". Lo mismo puede decirse de la interpretación dada por una decisión o laudo precedente a unos hechos pertinentes que están básicamente en el origen de dos o varios litigios diferentes, teniendo cuidadosamente en cuenta las especificidades reales que aún presenta cada caso³⁵⁸.

Al tratar controversias internacionales en materia de inversiones, no es de extrañar que los tribunales del CIADI, entre otros, se remitan habitualmente a decisiones y laudos anteriores. Estos tribunales también recurren a decisiones y laudos emitidos por otros órganos jurisdiccionales sobre

³⁵⁵ Secretariado del CIADI. Historia del Convenio del CIADI. Documentos Relativos al Origen y a la Formulación del Convenio Sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados. Washington DC 1970. Volúmenes I a IV. <https://icsid.worldbank.org/es/recursos/publicaciones/the-History-of-the-ICSID-Conventionhttps://icsid.worldbank.org/es/recursos/publicaciones/the-History-of-the-ICSID-Convention>. Fecha de consulta: 16 de septiembre de 2023.

³⁵⁶ *Société Générale de Surveillance S.A. c. Republic of the Philippines*, Caso CIADI No. ARB/02/6, Decisión sobre jurisdicción (29 de enero de 2004), párrafo 97. Ver también: *Eco Oro Minerals Corp. c. República de Colombia*, Caso CIADI No. ARB/16/41, Decisión sobre jurisdicción, responsabilidad y directivas sobre quantum, (9 de septiembre de 2021), párrafo 704, citando CL-0306).

³⁵⁷ *AES Corporation c. República Argentina*, Caso CIADI nº ARB/02/17, Decisión sobre jurisdicción (26 de abril de 2005), p. 6 y ss.

³⁵⁸ *AES Corporation c. República Argentina*, Caso CIADI nº ARB/02/17, Decisión sobre jurisdicción (26 de abril de 2005), párrafos 31-32. Véase también *Astrida Benita Carrizosa c. República de Colombia* (II), Caso CIADI No. ARB/18/5, Laudo (19 de abril de 2021) en el que el Tribunal invocó lo que consideraba una "línea jurisprudencial consistente en materia de inversión" en relación con la cláusula de "Trato de Nación Menos Favorecida" (MFN) para fundamentar su propia interpretación del término.

asuntos relacionados con inversiones, como la jurisprudencia del Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos. Como advertencia a este respecto, aunque el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos ha emitido más decisiones que cualquier otro tribunal internacional de reclamaciones, el valor precedente de sus laudos debe evaluarse con cautela. Sus laudos han sido criticados por su incoherencia, y sus decisiones se refieren principalmente a cuestiones de expropiaciones directas e indirectas. En cambio, otros tribunales de inversiones suelen ocuparse también de otros casos relacionados con las inversiones.

En el contexto de un procedimiento de anulación del CIADI, el Comité *Continental Casualty c. Argentina* observó que “[...] aunque en el sistema de arbitraje del CIADI no hay una doctrina de precedentes vinculantes [...] que un objetivo deseable sería que a largo plazo fuera surgiendo un cuerpo de jurisprudencia *constante* en relación con los procedimientos de anulación”³⁵⁹. Sin embargo, otro Comité ad hoc concluyó que “el mero hecho de que un Tribunal no siga la jurisprudencia imperante sobre una cuestión determinada no constituye un error de derecho per se”³⁶⁰. En el caso *MCI c. Ecuador*, el Comité ad hoc decidió que “[e]l mecanismo de anulación no está designado para alcanzar consistencia en la interpretación y aplicación del derecho internacional de inversiones”³⁶¹.

A falta de un mecanismo de apelación en el CIADI, el objetivo de una *jurisprudencia constante* es en gran medida la moderación de los árbitros basada en un entendimiento común sobre cuestiones jurídicas y el respeto a otros tribunales. Sin embargo, nada impide que los nuevos enfoques sean más apropiados para un caso determinado.

A pesar de estas salvaguardias, la institucionalización incipiente de la solución de diferencias entre inversores y Estados, la falta de una norma de *stare decisis* y la ausencia de un mecanismo de apelación conducen a veces a decisiones notoriamente divergentes. Por ejemplo, en los casos *SGS c. Pakistán* y *SGS c. Filipinas*, los tribunales interpretaron cláusulas de carácter general similares en dos tratados de inversión distintos de manera disímil³⁶². A pesar de estas divergencias, en general los tribunales de inversión reconocen activamente la congruencia como un valor en el arbitraje de tratados de inversión.

El Reglamento de Arbitraje de la Corte Permanente de Arbitraje (CPA) incluye una disposición expresa sobre el uso de precedentes. Su artículo 35(1)(a)(iv) tenía por objeto aumentar la coherencia y previsibilidad de los laudos dictados en virtud de las mismas. Un ejemplo de cómo se emplean los precedentes en el contexto de la CPA puede verse en el caso *Yukos c. Rusia*. El Tribunal Arbitral descartó la doctrina de las "manos limpias" invocada por Rusia al no hacer referencia a ninguna "decisión

³⁵⁹ *Continental Casualty Company c. República Argentina*, Caso CIADI núm. ARB/03/9, Decisión sobre la solicitud de anulación parcial, y la solicitud de anulación parcial (16 de septiembre de 2011), párr. 84. De manera similar, en *AFC Investment Solutions S.L. c. República de Colombia*, Caso CIADI No. ARB/20/16, Laudo (24 de febrero de 2022) el Tribunal se refirió al conjunto de interpretaciones y directrices del caso Trans-Global en relación con la aplicación de la Regla 41(5) de las Reglas de Arbitraje del CIADI “cuya vigencia se mantiene incuestionada”.

³⁶⁰ *Summit Generation Limited y AES-Tisza Erömü Kft. c. República de Hungría*, Caso CIADI número ARB/07/22, Decisión del Comité ad hoc sobre la solicitud de anulación (29 de junio de 2012), párrafo 99.

³⁶¹ *MCI Power Group L.C. y New Turbine, Inc. c. República del Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/03/6, Decisión sobre Anulación (19 de octubre de 2009), párrafo 24.

³⁶² Los tribunales de los casos *CME c. República Checa* y *Lauder c. República Checa* también llegaron a resultados contrarios en dos procedimientos que se referían al mismo esquema fáctico pero que fueron presentados por demandantes diferentes en virtud de dos TBI diferentes. *CME Czech Republic B.V. c. República Checa*, Laudo final (14 de marzo de 2003), 9 Informes CIADI 264, 348 (2006); *Lauder c. República Checa*, Laudo final (3 de septiembre de 2001).

mayoritaria en la que una corte internacional o un tribunal arbitral haya aplicado el principio de las "manos sucias" en una disputa interestatal o entre inversores y Estados"³⁶³.

VII. Otras fuentes

El artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia no puede considerarse una enunciación necesariamente exhaustiva de las fuentes del derecho internacional para todos los tiempos.

A. Un "subsistema" jurídico del derecho de las instituciones internacionales

En el ámbito de las inversiones extranjeras intervienen múltiples actores, todos los cuales contribuyen de diferentes maneras al desarrollo de la gobernanza jurídica de las inversiones internacionales. Entre los actores más destacados se encuentran los Estados, los inversores, las empresas multinacionales, las organizaciones no gubernamentales y las organizaciones intergubernamentales. Su proliferación constituye quizás uno de los cambios más significativos en el derecho internacional público de los últimos decenios y su impacto sobre las fuentes de derecho disponibles ha sido considerable.

Las organizaciones intergubernamentales han formado un subsistema jurídico basado en sus instrumentos constitutivos, que, a su vez, también se regirá por un subsistema de derecho internacional público (el derecho de las instituciones internacionales). Una organización intergubernamental, como la OCDE o el Banco Mundial, puede tener un poder cuasi legislativo para elaborar normas y procedimientos internacionales sustantivos que rijan su ámbito de actividad sustantivo. Por lo tanto, las organizaciones intergubernamentales están facultadas para elaborar normas aplicables a las inversiones internacionales. Por ejemplo, el Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (OMGI), como miembro del Grupo Banco Mundial, contribuyó a la creación de oportunidades de inversión en los países en desarrollo ofreciendo un sistema específico de seguro de inversiones orientado al desarrollo que complementa los sistemas nacionales de seguro de inversiones que ya existen.

Cabe destacar los trabajos de la Asociación de Derecho Internacional (ILA, por sus siglas en inglés), fundada en Bruselas en 1873 para "el estudio, la clarificación y el desarrollo del derecho internacional..."³⁶⁴ y, en particular, de la Comisión de Derecho Internacional, creada por la Asamblea General de la ONU en 1947 con el fin de promover el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación. Los Artículos sobre la Responsabilidad del Estado adoptados por la ILA constituyen quizás "el documento más citado en las decisiones arbitrales sobre inversiones, y han contribuido al desarrollo de una jurisprudencia coherente"³⁶⁵.

La CIJ observó que las resoluciones emanadas de órganos como la ILA y la CDI "aunque no sean vinculantes [...] pueden, en determinadas circunstancias, aportar pruebas importantes para establecer la

³⁶³ *Yukos Universal Limited (Isla de Man) c. Federación Rusa*, Corte Permanente de Arbitraje, Caso n° AA 227, Laudo final (18 de julio de 2014), párrafo 1362.

³⁶⁴ La Asociación de Derecho Internacional tiene estatus consultivo, como organización internacional no gubernamental, en varias agencias especializadas de las Naciones Unidas. Véase en: <<https://www.ila-hq.org>> (consultado el 5 de abril de 2022).

³⁶⁵ Por ejemplo, en *Naturgy c. Colombia*, el tribunal rechazó el argumento del demandante, fundamentado en el artículo 4 del Proyecto de Artículos, de que las deudas por servicios públicos de las entidades públicas debían atribuirse al Gobierno nacional. En comparación, en *Eco Oro c. Colombia*, el tribunal reprochó al Estado anfitrión, también a la luz del artículo 4, la falta de coordinación de sus entidades públicas, cuya inacción causó daños al inversor. En el caso *Eco*, el tribunal también consideró ciertas disposiciones del tratado y el Proyecto de Artículos, y concluyó que la ausencia de incumplimiento del tratado no excluye la obligación de los Estados de indemnizar a los inversores por los daños. Consideró que el estándar apropiado es el de la reparación plena, es decir, la restitución y, eventualmente, la indemnización. En el caso *Astrida Benita Carrizosa c. Colombia*, el tribunal restringió su jurisdicción a los actos ocurridos después de la entrada en vigor del Acuerdo de Promoción Comercial sobre la base del artículo 13 del Proyecto de Artículos.

existencia de una norma o la aparición de una *opinio juris*³⁶⁶. Esta afirmación es especialmente válida cuando una resolución pretende declarar la existencia de una determinada norma de derecho internacional consuetudinario, en cuyo caso la resolución sirve como prueba de su aceptación³⁶⁷. Según el informe de la Comisión de Derecho Internacional de 2018, “[p]or el contrario, los votos negativos, las abstenciones o las desvinculaciones del consenso, al igual que las declaraciones generales y las explicaciones de posiciones, pueden ser pruebas de que no hay aceptación como derecho”³⁶⁸.

Además de las resoluciones de la ILA y la CDI, la UNCTAD y la OCDE elaboran periódicamente informes en los que se describen y analizan diferentes novedades dentro del derecho internacional. Aunque no emanan de publicistas propiamente dichos, estos informes pueden considerarse tan autorizados como las enseñanzas de los publicistas más cualificados.

Aunque las resoluciones procedentes de organizaciones internacionales y conferencias intergubernamentales no pueden crear normas de derecho internacional consuetudinario en sí mismas, un informe de la CDI concluye que pueden aportar pruebas de la existencia de determinadas normas de derecho internacional consuetudinario o contribuir a su desarrollo. Los informes y resoluciones internacionales también pueden establecer que una determinada norma de derecho internacional consuetudinario es aceptada como tal por la *opinio juris*³⁶⁹. Resoluciones como éstas reflejan un consenso general, ya sea por unanimidad o por alguna mayoría de la comunidad internacional, sobre un asunto concreto, aportando pruebas de la costumbre y contribuyendo a su desarrollo. Al reducir el derecho consuetudinario a la forma escrita, estas resoluciones comparten algunas de las características de un tratado codificador. Sin embargo, aunque contribuyen al desarrollo del derecho consuetudinario, es evidente que no se trata de un proceso de elaboración de tratados.

B. Normas de derecho, derecho indicativo y otras terminologías utilizadas en las demandas internacionales en materia de inversiones

1. Normas jurídicas

Se entiende que la expresión plural "normas jurídicas" es más amplia que el término "derecho", abarcando tanto el derecho vinculante (*hard law*) como el no vinculante (*soft law*) que han surgido en el plano internacional³⁷⁰. Los laudos arbitrales muestran referencias a un amplio inventario de normas de derecho, como el derecho internacional público, los principios generales, los proyectos de tratados internacionales aún no en vigor, los Principios UNIDROIT y otros.

Sin embargo, no todas las fuentes de esta lista se consideran estrictamente "derecho aplicable", aunque muchas de estas normas pueden servir a efectos interpretativos o para subsanar lagunas, o ser incorporadas por las partes como referencia.

Los primeros usos de la expresión "normas jurídicas" en referencia al derecho no estatal pueden encontrarse en la década de 1960 en la redacción del Convenio del CIADI, además de las leyes arbitrales

³⁶⁶ *Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*, Opinión Consultiva de la CIJ, pp. 254-255, párrafo 70 (en referencia a las resoluciones de la Asamblea General).

³⁶⁷ Por ejemplo, en *The American Independent Oil Company (AMINOIL) c. Gobierno del Estado de Kuwait*, Laudo Final (24 de marzo de 1982), *International Law Reports*, Vol. 66, pp. 601-602, párrafo 143.

³⁶⁸ Comisión de Derecho Internacional, Informe sobre los trabajos del septuagésimo período de sesiones (2018), Capítulo V - Identificación del derecho internacional consuetudinario, Documento A/73/10, disponible en: <<https://legal.un.org/ilc/reports/2018/english/chp5.pdf>> (consultado el 5 de abril de 2022), p. 148.

³⁶⁹ Proyecto de conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario, 2018, Conclusión 12 (A/CN.4/L.908, p. 3).

³⁷⁰ Véase en *Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. ("Aucoven") c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/00/5, Laudo (23 de septiembre de 2003), párrafo 96.

de Francia y Yibuti³⁷¹. Posteriormente, la expresión "normas jurídicas" se extendió a las leyes y reglas de arbitraje de todo el mundo, apareciendo en numerosos instrumentos internacionales y nacionales.

2. *Derecho indicativo*

La aparición del término "*soft law*" se atribuye a Lord Arnold McNair, uno de los juristas de mayor reputación de su época, Presidente de la CIJ (1952-1955) y primer Presidente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (1959-1965). La expresión, sin embargo, se popularizó en el arbitraje mucho más tarde.

Muchos instrumentos, textos y prácticas diferentes se consideran o etiquetan como "derecho indicativo". Lo que todas estas fuentes tienen en común es que no son leyes estatales. Aparte de este rasgo común, existe poco consenso sobre la definición exacta del término. Sea como fuere, estos instrumentos carecen en principio de fuerza jurídica vinculante, pero pueden tener un gran valor persuasivo y aplicarse mediante aceptación voluntaria.

3. *Derecho transnacional*

Según algunos escritos, los sistemas supranacionales surgidos de la jurisprudencia y los escritos académicos pueden agruparse en principios generales del derecho, derecho transnacional y *lex mercatoria*. Según esta nomenclatura, los principios generales surgen a través de un proceso de comparación de distintas fuentes jurídicas. Así, el derecho transnacional existe como sistema intermedio entre el derecho internacional público y el derecho nacional para regir los contratos estatales. A su vez, la *lex mercatoria* se aplica también a los contratos estatales en los que intervienen partes extranjeras y se desarrolló para aplicarse a las transacciones comerciales internacionales privadas.

Las expresiones "principios generales del derecho" y "*lex mercatoria*" se han utilizado durante siglos. Sin embargo, suele reconocerse que el juez Philip Jessup no acuñó la expresión "derecho transnacional" hasta 1956 para reflejar la interpenetración general de normas y sistemas jurídicos en todo el mundo, en contraste con la imagen dualista planteada por el positivismo jurídico, que creaba una separación tajante entre el derecho internacional y el nacional³⁷².

La noción de derecho transnacional se desarrolló en gran medida a partir del derecho internacional público, mientras que la *lex mercatoria* surgió del derecho privado. En gran medida, tanto el derecho transnacional como la *lex mercatoria* surgieron de forma independiente, pero con numerosos rasgos comunes. Ambos se desarrollaron gracias al objetivo político de promover el comercio y la inversión internacionales mediante la creación de normas que brindaran seguridad a los negocios y a los compromisos. Ambos fueron invocados también por los tribunales arbitrales y los estudiosos que utilizan los principios generales del derecho como fuente primaria de la que se seleccionan los principios de los dos sistemas. Sin embargo, los primeros laudos arbitrales de Medio Oriente que mencionaban el derecho transnacional no distinguían entre éste y los principios generales del derecho, utilizándolos generalmente como sinónimos. Estos laudos se mencionaban anteriormente en la Parte 3, Sección III, Subsección L.

³⁷¹ Véase Naciones Unidas, A/CN.9/WG. II/WP.143/Add.1: Solución de controversias comerciales: Revisión del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, disponible en: <https://daccess-ods.un.org/tmp/2802372.57480621.html>. Fecha de consulta: 5 de abril de 2022, p. 10.

³⁷² S P. Jessup, *Transnational Law*, Yale University Press, New Haven, 1956.

3.1 Se insta a los legisladores que estén considerando reformar el régimen jurídico nacional relacionado con el arbitraje internacional de inversiones y a los negociadores de tratados de inversión a que consideren las diversas fuentes del derecho y a que incluyan, cuando sea posible, referencias a las normas internacionales pertinentes y al derecho uniforme.

3.2 Se insta a los órganos jurisdiccionales, incluidos los tribunales arbitrales y los tribunales nacionales, a que consideren el papel del derecho internacional consuetudinario, en especial cuando no existan disposiciones aplicables de los tratados o cuando sea procedente a efectos interpretativos, y también a que consideren los principios generales del derecho internacional, la jurisprudencia constante y los escritos académicos con cuidado y con vistas a construir un acervo de jurisprudencia coherente y previsible sobre el derecho aplicable al arbitraje internacional de inversiones.

PARTE 4: PARTICULARIDADES DE LOS CONTRATOS INTERNACIONALES DE INVERSIÓN

I. Diferencias entre los contratos internacionales de inversión y los contratos nacionales o comerciales

A diferencia de los contratos nacionales, los contratos internacionales de inversión pueden regirse por el derecho internacional público u otras normas que existan fuera de la legislación del Estado receptor. En el *Caso relativo a la Compañía Eléctrica de Varsovia* de 1922³⁷³, el árbitro único sostuvo que los contratos internacionales de inversión, como las concesiones, “no son instituciones puras de derecho privado, sino que presentan una combinación de características jurídicas privadas y públicas”. En el caso *Lighthouse* entre Francia y Grecia, el Tribunal Permanente de Justicia Internacional declaró que “un contrato por el que se otorga una concesión de servicio público no entra en la categoría de los instrumentos ordinarios de derecho privado”³⁷⁴.

A diferencia de los contratos comerciales ordinarios celebrados con un Estado parte, los elementos de derecho público impregnan la negociación, celebración, funcionamiento y terminación de los acuerdos internacionales de inversión. En los sistemas nacionales de varios países de tradición jurídica romanista, los contratos internacionales de inversión se consideran “contratos administrativos” (*contrats administratifs*). Estos compromisos están sujetos a normas especiales; por ejemplo, en lo que respecta a la capacidad del Estado para suscribir el contrato, los ámbitos que pueden regularse y otras complejidades que implican su revisión y control. Por lo general, los contratos internacionales de inversión afectan los intereses del Estado y podrían afectar los recursos financieros y de otro tipo de un Estado³⁷⁵.

Los contratos administrativos se distinguen de los contratos ordinarios en que éstos reconocen las facultades unilaterales de control de la administración en el interés público. La administración puede

³⁷³ Informes de laudos arbitrales internacionales de las Naciones Unidas, publicado por las Naciones Unidas, volumen iii, p. 1687.

³⁷⁴ 51 Corte Permanente de Justicia Internacional, Ser. A/B, n° 62, p. 20 (17 de marzo de 1934).

³⁷⁵ UNCTAD [Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo], *Contratos de Estado*, NY, Ginebra, ONU, 2004, p. 3-4.

suspender, modificar o rescindir el contrato, transferirlo a otra parte o asumir el proyecto mismo. El contrato está siempre sujeto a la evolución de las necesidades del servicio público. Aunque no existe un equivalente exacto en los sistemas de derecho anglosajón, se ha producido una evolución similar mediante el uso de formularios y cláusulas estándar en los contratos públicos, lo cual concede a las autoridades ciertas facultades de rescisión o modificación que se compensan con la obligación de indemnizar a la parte privada.

La combinación de derecho público y privado en los contratos estatales se refleja claramente en el laudo arbitral dictado por el Presidente del Tribunal Federal Suizo en el caso *Alsing*³⁷⁶. En su decisión, el árbitro analizó los elementos de derecho público y privado de un contrato de suministro y decidió interpretar aspectos de este contrato administrativo “según las normas del derecho privado y mediante la aplicación de los principios de la buena fe”. En un número cada vez mayor de transacciones económicas internacionales también se aplica una combinación de conceptos públicos y privados, especialmente cuando ambas partes son autoridades públicas o cuando una es una autoridad pública y la otra un particular.

Los contratos de inversión internacional aportan beneficios y obligaciones mutuas para el Estado, por un lado, y la parte privada, por otro. Estos compromisos suelen contraerse de conformidad con las leyes y reglamentos correspondientes (como los relativos a la minería o el petróleo) y en virtud de ellos se expide una concesión o licencia. A medida que más acuerdos estatales se asimilen al concepto de "contratos administrativos" o sus análogos, los Gobiernos se inclinarán a invocar la facultad de rectificar y enmendar los acuerdos que celebren.

Se aplicarán normas especiales a los contratos internacionales de inversión que se extiendan más allá del derecho privado, por ejemplo, en los casos en que circunstancias externas obliguen a rescindir los contratos estatales por consideraciones públicas. En estos casos, las normas relativas a los daños y perjuicios pueden diferir de las que se aplican a los contratos comerciales ordinarios. Por ejemplo, el *Conseil d'État* francés (el tribunal de derecho administrativo del país) decidió que la indemnización se limitaría al *damnum emergens*, es decir, a las pérdidas reales sufridas por los gastos y compromisos contraídos en la ejecución del contrato, a diferencia de la expectativa de beneficios que puede concederse en los acuerdos de derecho privado. En el derecho consuetudinario se sigue un planteamiento similar.

Además, los medios de resolución del contrato pueden ser diferentes. Los contratos comerciales corrientes que se celebran con los Estados pueden rescindirse por incumplimiento, pero los contratos inversores y Estados suelen rescindirse en los casos en que el cumplimiento se ha hecho total o parcialmente imposible debido a la acción del Estado. El control y la discrecionalidad basados en el orden público pueden inclinar la balanza a favor del Estado y someter a la otra parte al riesgo de interferencia en sus expectativas comerciales para celebrar el contrato. Como tal, el derecho internacional público ha desarrollado normas para proteger a los inversores en estas situaciones, debido a la preocupación por la “superioridad intrínseca de las instituciones del país receptor” y por la parcialidad de los tribunales locales³⁷⁷.

En caso de que, pasado un tiempo, un Estado receptor de una inversión desea liberarse del contrato, modificar sus términos o rescindirlo, estas circunstancias pueden estar contempladas en el contrato. Cuando un contrato entre un inversor y un Estado prevé su propia modificación y rescisión, se plantea la cuestión de si el Estado tiene derecho a modificar o rescindir el contrato por motivos no contemplados en el mismo. Aunque el contrato esté sujeto al derecho local, según la doctrina del derecho internacional

³⁷⁶ El laudo, fechado el 22 de diciembre de 1954, se recoge íntegramente en Schwebel, "The Alsing Case", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 8 (1959), p. 320 y ss.

³⁷⁷ UNCTAD, *State contracts*, NY, Ginebra, ONU, 2004, p. 5.

público de los derechos adquiridos, una vez que un derecho ha adquirido existencia en virtud del derecho local, no puede ser privado de su carácter internacional por ninguna acción del Estado que sea contraria al derecho de gentes.

Por lo tanto, de acuerdo con estos planteamientos internacionales, las obligaciones derivadas de los contratos de inversión extranjera pueden basarse en un sistema externo distinto del derecho nacional, al menos para las cuestiones relacionadas con la terminación y la resolución de disputas³⁷⁸. Se han presentado propuestas en este sentido en el marco del derecho internacional consuetudinario³⁷⁹ y, aunque varios aspectos han quedado sin resolver, los tratados de inversión también abordan estas cuestiones.

En referencia al ámbito de los contratos de inversión extranjera, algunos escritos académicos se refieren a un "contrato de derecho internacional público" y otros a "acuerdos cuasi internacionales" o "acuerdos parcialmente internacionales", etc. Algunos autores sostienen que, en cuanto el derecho internacional se aplica a los contratos, se crea un "derecho internacional de los contratos" "aunque sea parcial, escaso y rudimentario".

II. Ausencia de un corpus de derecho internacional público aplicable a los contratos internacionales de inversiones

El derecho internacional público carece de un corpus adecuado de normas aplicables a la regulación de las complejas relaciones contractuales de inversión extranjera, en lo que respecta a su formación, invalidez e incumplimiento. En 1970, la Comisión de Derecho Internacional suprimió el tema de las violaciones contractuales de su proyecto de codificación sobre la responsabilidad del Estado. En palabras del Relator Especial Roberto Ago, "[l]a violación por un Estado de una obligación contractual no constituye, en sí misma, el elemento objetivo de un hecho internacionalmente ilícito y no es en absoluto susceptible de generar la responsabilidad del Estado; la violación está sujeta a un ordenamiento jurídico diferente, ya sea nacional o de otro tipo"³⁸⁰. Desde entonces, ninguna organización internacional ha emprendido estudios detallados sobre el derecho sobre la responsabilidad del Estado por incumplimientos contractuales. Aunque se ha realizado una importante labor para codificar normas relativas a transacciones internacionales como la venta de mercancías, los créditos documentarios, las letras de cambio y otras, se ha prestado poca atención al desarrollo de normas de derecho internacional público que aborden los diversos aspectos de los contratos de inversión extranjera.

Sin embargo, varias organizaciones internacionales han emprendido la labor de codificación parcial del derecho indicativo. Por ejemplo, las Naciones Unidas publicaron el Proyecto de Código de Conducta de las Naciones Unidas para las Empresas Transnacionales, y el Banco Mundial publicó las "Directrices

³⁷⁸ UNCTAD, *State contracts*, NY, Ginebra, ONU, 2004, p. 6.

³⁷⁹ Reclamación del Gobierno británico ante el Tribunal Internacional de Justicia en 1951 (*Reino Unido c. Irán*), 1952 ICJ Pleadings 124 y Oral arguments and Documents [alegaciones, audiencias orales y documentos de la CIJ] 84 (2 de julio). También, alegación del Gobierno griego en el caso "Ambatielos" (*Grecia c. el Reino Unido*), 1953 ICJ Pleadings [Alegaciones CIJ] 71 (mayo de 1953). Del mismo modo, argumento esgrimido por Suiza en el caso "Préstamos noruegos" (*Francia c. Noruega*), 1957 ICJ Pleadings 61 (julio de 1957). Ninguno de los casos en los que se expusieron estos argumentos concluyó en un fallo sobre la cuestión. *Fourth Report on International Responsibility*, [1959] 2 Y.B. Int'l L. Comm'n 30 y ss., U.N. Doc. A/CN.4/119. Véase también add. al sexto informe (A/CN.4/134/Add.1 de 11 de diciembre de 1961), artículo 10(3) & cmt. 10(3) & cmt. 23. 5.

³⁸⁰ R. Ago, "Quinto informe sobre la responsabilidad de los Estados" a la Comisión de Derecho Internacional, (22 de marzo de 1976), UN Doc. A/CN.4/291, p. 12-13.

relativas al tratamiento de la inversión extranjera directa”³⁸¹. Sin embargo, estas directrices dejan muchos aspectos sin abordar y queda por ver cuál será su efecto en la práctica.

La Corte Internacional de Justicia no ha contribuido mucho al avance de la legislación en este ámbito, en el ámbito de la inversión extranjera y ha perdido la oportunidad de realizar aportaciones en dos casos importantes: el caso *Anglo-Iranian Oil Company* de 1952³⁸² y el caso *Barcelona Traction* de 1970³⁸³. Además, las decisiones del CIADI y de otros arbitrajes de inversión que abordan la responsabilidad del Estado por incumplimiento de contrato han sido contradictorias. Un famoso artículo escrito por Brigitte Stern analiza tres casos importantes (*Texaco c. Libia*, *BP c. Libia* y *Liamco c. Libia*) que se originaron en escenarios de hechos similares, pero se resolvieron de forma diferente³⁸⁴.

El dilema que plantea la responsabilidad del Estado en relación con los contratos de inversión extranjera se agrava por la falta de un corpus adecuado para regular la materia de forma exhaustiva. En este sentido, cualquier búsqueda de normas contractuales apropiadas de amplio alcance que se apliquen a los contratos estatales dentro del derecho internacional público resultará fútil. Ante la falta de un corpus general, los tribunales comenzaron desde hace décadas a recurrir a los principios generales del derecho, de conformidad con el artículo 38 del Estatuto de la CIJ. Al hacerlo, los tribunales han emprendido un proceso de "internacionalización" de los contratos de inversión extranjera.

III. ¿“Internacionalización” de las obligaciones contractuales por medio de cláusulas de carácter general?

En principio, el incumplimiento por parte de un Estado de un contrato con un inversor puede tratarse simplemente como un asunto de derecho interno. En tales circunstancias, los inversores se ven obligados a resolver los litigios contractuales en los tribunales del Estado, con arreglo a su legislación nacional y expuestos a las variaciones unilaterales. En este contexto surgió por primera vez la cláusula general.

Las cláusulas de carácter general son disposiciones de los tratados de inversión por las que los Estados se comprometen a cumplir todas sus obligaciones contractuales con los inversores. El texto más habitual establece que el Estado receptor "observará toda obligación que haya contraído con respecto a las inversiones...". Un incumplimiento de contrato se convierte así en un incumplimiento de la cláusula general. Como tal, el efecto jurídico de las cláusulas generales es transformar las reclamaciones contractuales en reclamaciones en virtud del tratado³⁸⁵. Si las cláusulas generales pretenden estabilizar los

³⁸¹ Véase el Proyecto de código de conducta de las Naciones Unidas sobre las empresas transnacionales, UN Doc. E/1990/94 (1990); Directrices del Banco Mundial relativas al tratamiento de la inversión extranjera directa, 31 I.L.M. 1363-84 (1992).

³⁸² *Caso de la Anglo-Iranian Oil Co. (Reino Unido c. Irán)*, Fallo (22 de julio de 1952): Informes de la CIJ, 1952, p. 93. Disponible en: <<https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/16/016-19520722-JUD-01-00-EN.pdf>> (consultado el 27 de junio de 2022).

³⁸³ *Caso relativo a la Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Bélgica c. España)*, Fallo (5 de febrero de 1970): Informes de la CIJ, 1970, p. 3. Disponible en: <<https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/50/050-19700205-JUD-01-00-EN.pdf>> (consultado el 27 de junio de 2022). En este caso, el Tribunal se declaró incompetente. Sin embargo, en el caso ELSI (*EE.UU. c. Italia*), 1989 CIJ 15 (20 de julio), la CIJ abordó algunas cuestiones importantes, tales como: la requisa de una empresa estadounidense en Italia en violación del tratado bilateral FCN entre Estados Unidos e Italia, la interpretación y el estatus del tratado, el agotamiento de los recursos locales y la indemnización por daños y perjuicios.

³⁸⁴ *Texaco c. Libia*, 53 I.L.R. 389 (1979); *BP Exploration c. Libia*, 53 I.L.R. 297 (1997); *Liamco c. Libia*, 20 I.L.M. 1 (1981).

³⁸⁵ En el caso *Glencore*, el tribunal mantuvo que “...la cláusula general impone al Estado, en virtud del Tratado, el cumplimiento de las obligaciones derivadas de un acuerdo escrito celebrado entre su Gobierno o sus organismos y el

derechos contractuales del mismo modo que las cláusulas de estabilización, entonces puede entenderse que continúan la labor de ingeniería de los derechos contractuales inviolables, reintroduciendo así la internacionalización en la protección de las inversiones.

Las reclamaciones por cláusulas generales son inusuales porque a veces ponen de manifiesto una superposición entre las reclamaciones contractuales y las reclamaciones basadas en los tratados, que tradicionalmente se han considerado como distintas. Si el Estado receptor incumple una cláusula general dentro de un tratado de inversión, su responsabilidad internacional se verá comprometida debido a su violación de una obligación convencional. Lo que no está tan claro es si el incumplimiento por parte de un Estado receptor de una obligación contractual separada es suficiente para violar la cláusula general.

Esta confusión surgió a raíz del caso *SGS c. Pakistán*³⁸⁶ y desde entonces las cláusulas generales han sido motivo de intenso debate. El artículo 11 del tratado de inversión entre Suiza y Pakistán establecía lo siguiente: "Cualquiera de las partes contratantes garantizará constantemente la observancia de los compromisos que hayan contraído con respecto a las inversiones de los inversores de la otra parte contratante". Según la decisión en el caso *SGS c. Pakistán*, la cláusula general no puede tener el efecto de elevar automáticamente los incumplimientos de contrato en virtud del derecho interno a incumplimientos del tratado³⁸⁷. Al rechazar la interpretación de la SGS del artículo 11 sin proponer una alternativa, el laudo ha sido criticado por parecer que despoja al artículo 11 de cualquier efecto jurídico.

Las divergencias existentes entre las distintas teorías de las cláusulas generales se reflejan en los casos contemporáneos. En dos demandas presentadas contra Paraguay (una por BIVAC, la otra por SGS), los tribunales arbitrales llegaron a conclusiones exactamente opuestas en cuanto a la jurisdicción de los tribunales nacionales, tal y como se prevé en la cláusula general de los contratos de tratados de inversión³⁸⁸. Estas decisiones han puesto de relieve el problema de si las cláusulas de alcance general se aplican a las obligaciones derivadas de contratos de inversión independientes entre el inversor y el Estado receptor. La importancia de determinar la eficacia de una cláusula general radica en que un tribunal de inversiones constituido en virtud de un tratado de inversiones tendría jurisdicción sobre las demandas por incumplimiento de contrato, ya que también se trata de un incumplimiento de la cláusula general. Si se analiza de forma crítica, esto podría significar que el inversor puede solicitar reparación por el incumplimiento de cualquier contrato de inversión a través del mecanismo de arbitraje previsto en el tratado de inversión.

Hay que tener en cuenta que cada caso es único; tanto el lenguaje concreto de la cláusula como la estructura del tratado resultan pertinentes y deben tenerse en cuenta. La diversidad en la redacción de este tipo de cláusulas es quizás una de las razones de la disparidad en su interpretación por parte de los tribunales. Las controversias y la falta de respuestas concluyentes a las cuestiones planteadas por las cláusulas generales las hacen menos atractivas para los Estados. A pesar de que el recurso a dichas

inversor". *Glencore International A.G. and C.I. Prodeco S.A. v. Republic of Colombia*, Caso CIADI No. ARB/16/6, Laudo (27 de agosto de 2019), párrafo 992.

³⁸⁶ *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. República Islámica de Pakistán*, Caso CIADI No. ARB/01/13, Decisión del Tribunal sobre Excepciones a la Jurisdicción (6 de agosto de 2003).

³⁸⁷ *Ibid.*, párrafo 172.

³⁸⁸ Ambos tribunales sostuvieron que la cláusula paraguas introduce obligaciones contractuales en el tratado de inversión. Sin embargo, sus conclusiones finales fueron diferentes. El Tribunal *del caso BIVAC* declaró inadmisibile la demanda, ya que las partes habían acordado la jurisdicción exclusiva de los tribunales nacionales. *Bureau Veritas, Inspection, Valuation, Assessment and Control, BIVAC B.V. c. República del Paraguay*, Decisión sobre Jurisdicción, n. 156, párrs. 141-142, y 159. Por el contrario, el Tribunal de SGS decidió que la cláusula de selección de foro no impedía su jurisdicción. *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. República del Paraguay*, Decisión sobre Jurisdicción, n. 156, párrs. 162-171.

cláusulas tiene un éxito relativamente bajo, la tendencia a excluir las cláusulas generales está ganando terreno.

IV. Diferencia entre una demanda contractual y una demanda basada en un tratado

Un contrato internacional de inversión no es un tratado, ni siquiera es similar a un tratado. Por lo tanto, la aplicación por analogía de las normas de los tratados a los acuerdos de inversión no debe aceptarse. A este respecto, el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos sostuvo en el caso *Amoco c. Irán*³⁸⁹ que, si bien “un Estado tiene el deber de respetar los contratos libremente celebrados con una parte extranjera”, esta norma no debe equipararse al principio *pacta sunt servanda*. Los Estados no están obligados por sus contratos con partes privadas del mismo modo que lo están por los tratados celebrados con otros Estados soberanos.

En el fallo histórico del caso *Vivendi c. Argentina*, el tribunal arbitral del CIADI señaló que...

[...]son cuestiones distintas la de si ha habido incumplimiento del TBI y la de si ha habido incumplimiento de contrato. Cada una de estas reclamaciones será determinada en referencias a su propio derecho aplicable – en el caso del TBI, por el derecho internacional; en el caso del Contrato de Concesión, por el derecho propio del contrato [...]³⁹⁰.

Vivendi c. Argentina se considera el caso más importante en lo que se refiere a la distinción entre contrato y tratado. Según su laudo, el incumplimiento de un contrato de inversión debe evaluarse con arreglo al derecho contractual propio, mientras que el incumplimiento de un tratado de inversión es una cuestión de derecho internacional. Este fallo fue refrendado en muchas decisiones posteriores del CIADI. Por ejemplo, en el caso *Impregilo c. Pakistán*³⁹¹, el Tribunal sostuvo que “[a]unque ambos coincidan perfectamente, siguen siendo analíticamente distintos, y requieren necesariamente indagaciones diferentes”³⁹².

Sin embargo, pueden producirse superposiciones. Cuando un Estado se compromete, mediante la firma de un tratado, a cumplir un contrato, cualquier incumplimiento del mismo constituirá también una violación de una obligación internacional - excepto cuando un Estado comete la violación para evitar cometer otro hecho ilícito. Aunque son conceptualmente diferentes, el incumplimiento de un contrato puede, en determinados contextos, conllevar o implicar también el incumplimiento de un tratado³⁹³.

V. Derecho aplicable a las demandas contractuales

³⁸⁹ *Amoco International Finance Corporation contra Gobierno de la República Islámica de Irán*, 15 IranU.S.C.T.R. 189 (julio de 1987). 21 Id. en 242-43.

³⁹⁰ *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/97/3, Decisión sobre el procedimiento de anulación (3 de julio de 2002), párrafo 96.

³⁹¹ En este caso, el Tribunal del CIADI sostuvo que la toma de derechos contractuales podría, potencialmente, constituir una expropiación (o una medida de efecto equivalente). El Tribunal observó que el caso en cuestión no implicaba una nacionalización ni expropiación en el sentido tradicional de esos términos, sino un comportamiento que podría, al menos en teoría, constituir una expropiación indirecta (o una medida de efecto equivalente a la expropiación). En el caso *Aguas del Tunari c. Bolivia*, un Tribunal del CIADI dejó claro que no era así. *Aguas del Tunari c. Bolivia*, Caso CIADI No. ARB/02/3, Decisión sobre las Objeciones del Demandado a la Jurisdicción (21 de octubre de 2005), párrafo 119. S

³⁹² *Impregilo S.p.A. c. Pakistan*, Caso CIADI No. ARB/03/3, Decisión sobre jurisdicción (22 de abril de 2005), párrafo 258. C

³⁹³ En el caso *MTD Equity Sdn. Bhd. y MTD Chile S.A. c. República de Chile*, el Tribunal sostuvo que “[e]l incumplimiento del TBI se rige por el derecho internacional. No obstante, para determinar los hechos del incumplimiento será necesario considerar las obligaciones contractuales asumidas por la Demandada y las Demandantes, y el alcance de dichas obligaciones según la legislación chilena”. *MTD Equity Sdn. Bhd y MTD Chile S.A. c. Chile* (Caso CIADI N° ARB/01/07) Laudo (25 de mayo de 2004), párr. 187.

Los contratos internacionales de inversión también suelen regular la explotación de recursos naturales. Estos contratos se denominan “acuerdos de concesión”, pero no se trata de un término estricto. Esta terminología oculta el carácter bilateral de la transacción y, a menudo, se utiliza en referencia a la zona sobre la que se celebra el acuerdo. Por eso algunos prefieren llamarlos “acuerdos de desarrollo económico”³⁹⁴ o "*convention d'établissement*". Estos acuerdos, por lo general de larga duración, implican una serie de obligaciones que, en su mayoría, se ejecutan en el territorio del Estado receptor y en el marco de su sistema administrativo. Aunque estos contratos suelen registrarse por la legislación del país anfitrión, también dan lugar a obligaciones jurídicas internacionales relacionadas con el trato al inversor.

A diferencia de los acuerdos comerciales corrientes, los contratos internacionales de inversión plantean importantes consideraciones de orden público. Los elementos del derecho público son pertinentes durante su negociación, conclusión, funcionamiento y terminación. Dado que la rescisión de los contratos de inversión extranjera puede tener efectos en cuanto a los bienes o necesidades públicas, las normas relativas a los daños y perjuicios pueden diferir de las que suelen encontrarse en los acuerdos comerciales corrientes. Los derechos de rescisión también pueden ser diferentes: mientras que los contratos comerciales y los contratos de inversión extranjera pueden rescindirse debido a incumplimientos contractuales, los contratos de inversión internacional también pueden rescindirse cuando el cumplimiento de las obligaciones contractuales se hace total o parcialmente imposible debido a la acción del Estado³⁹⁵.

Los elementos de control y discrecionalidad derivados de las políticas públicas que son frecuentes en los contratos internacionales de inversión pueden favorecer al Estado frente al inversor y someter a la otra parte al riesgo de interferencia en sus expectativas comerciales para celebrar el acuerdo. Es en esta coyuntura cuando el derecho internacional público puede cobrar importancia.

En el caso *Ambatielos*, la Corte Internacional de Justicia³⁹⁶ declaró que “[...] no puede aceptar la opinión de que el contrato firmado entre el Gobierno de Irán y la Anglo-Persian Oil Company tiene un doble carácter [de contrato y de acuerdo internacional]. No es más que un contrato de concesión entre un Gobierno y una sociedad extranjera”.

En realidad, no todo incumplimiento de contrato genera la responsabilidad del Estado en virtud del derecho internacional público. La responsabilidad del Estado es pertinente, por ejemplo, cuando se trata de determinar las reparaciones. Sin embargo, las reparaciones contractuales del derecho interno, tales como los daños punitivos, los daños liquidados o las sanciones contractuales no están disponibles y no pueden concederse en virtud del derecho internacional público.

La responsabilidad del Estado no puede invocarse en virtud del derecho internacional público por varias razones. En primer lugar, los inversores extranjeros no se consideran sujetos de pleno derecho dentro del derecho internacional, y los contratos estatales no crean, en principio, obligaciones de derecho internacional público para ninguna de las partes contratantes. Además, sería injusto que un extranjero privado pudiera invocar la responsabilidad del Estado por incumplimiento de contrato en virtud del derecho internacional público, porque el inversor tiene intereses diferentes comparados con los intereses del Estado, tales como el bienestar del país y obligaciones similares ante la ciudadanía. En ese sentido, los

³⁹⁴ El árbitro único René-Jean Dupuy se refiere a esta terminología en: *Texaco Overseas Petroleum Co./California Asiatic Oil Co. c. Gobierno de Libia*, Laudo sobre el fondo, 19 de enero de 1977, 17 ILM, 1, párrafos 36, 40-45, en 45(c).

³⁹⁵ UNCTAD, *State Contracts*, NY, Ginebra, ONU, 2004, disponible en: <<https://unctad.org/system/files/official-document/iteit200411en.pdf>> (consultado el 3 de marzo de 2022), p. 5.

³⁹⁶ Caso *Ambatielos (Grecia c. Reino Unido)* 1953 Alegaciones, 71 (mayo de 1993). 11 (*Reino Unido c. Irán*), 1952 CIJ 111 y ss. (julio de 1952). 12 Id. en 112. Ver también Laudo de la ICC en el caso 3327 de 1981, 1 Collection of ICC Awards 433 (1990) [Laudos de la Cámara de Comercio Internacional].

inversores extranjeros no deberían tener derecho a aprovecharse de la posición superior del Estado parte como sujeto dentro del derecho internacional público actuando como un sujeto internacional sin los deberes u obligaciones correspondientes.

En las controversias basadas en contratos sujetos a arbitraje, las partes pueden someter su contrato a la ley del Estado receptor, o a alguna otra ley. Si el contrato no se pronuncia, los tribunales recurren a las técnicas del derecho internacional privado. En el *Caso de varios préstamos serbios emitidos en Francia* en 1929, la Corte Permanente de Justicia Internacional decidió que los acuerdos que no se celebren entre sujetos de derecho internacional se regirán por el derecho nacional³⁹⁷. En consecuencia, un acuerdo que no sea un tratado estará sujeto al derecho interno o al derecho no estatal cuando sea aplicable.

Cuando se trata del arbitraje del CIADI, en los *travaux préparatoires* del Convenio del CIADI, el delegado austríaco expresó que "en los casos en que un inversor se quejara de una acción que afectara la ejecución del contrato", los tribunales eran "un mero sustituto de los tribunales nacionales y aplicarían la legislación local"³⁹⁸.

Varios casos ilustran esta conclusión. En *(SOABI) c. Senegal* (1988), un tribunal del CIADI dictaminó que "la ley nacional aplicable a las relaciones de dos partes senegalesas respecto de un proyecto que debía realizarse en Senegal, sólo puede ser la ley senegalesa". El tribunal se refirió a los acuerdos en cuestión como "contratos gubernamentales", sujetos principalmente al Código senegalés de obligaciones gubernamentales³⁹⁹. A su vez, el tribunal en *Aucoven c. Venezuela* (2003) aplicó el derecho nacional al fondo de las reclamaciones contractuales⁴⁰⁰. Del mismo modo, en *Noble Ventures c. Rumania* (2005), el tribunal recordó la "[...] regla bien establecida del derecho internacional general según la cual, en circunstancias normales per se, el incumplimiento de un contrato por parte del Estado no da lugar a responsabilidad internacional directa por parte del Estado"⁴⁰¹. Del mismo modo, el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos aplicó la legislación nacional a los aspectos relativos a la relación dentro del contrato de inversión, como ocurrió en el caso *Sea-Land Service, Inc. c. Gobierno de la República Islámica de Irán, Organizaciones de Puertos y Navegación (PSO)* (1984)⁴⁰² y en el caso *Dic of Delaware, et al. c. Tehran Redevelopment Corp. (TRC), et al.* (1985), que versaba sobre la aplicabilidad de un supuesto acuerdo verbal para la tercera fase de un proyecto⁴⁰³. Siguiendo la misma lógica, el

³⁹⁷ Caso de varios préstamos serbios emitidos en Francia, Fallo, 12 de julio de 1929, Serie A n° 14 de la Corte Permanente de Justicia Internacional, en 41.4

³⁹⁸ Historia del Convenio del CIADI, nota 73, Vol. II-1, p. 400.

³⁹⁹ *Société Ouest Africaine des Bétons Industriels (SOABI) c. Senegal*, Caso CIADI No. ARB/82/1, Laudo (25 de febrero de 1988), párrafo 5.02.

⁴⁰⁰ *Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. (Aucoven) c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/00/5, Laudo (23 de septiembre de 2003), párrafos 222-227.

⁴⁰¹ *Noble Ventures, Inc. c. Rumania*, CIADI Caso No. ARB/01/11, Laudo (12 de octubre de 2005), párrafo 53; *SGS Société Générale de Surveillance, S.A. c. Pakistán*, CIADI Caso No. ARB/01/13, Decisión sobre Jurisdicción (6 de agosto de 2003), párrafo 167 ('[Una] violación de un contrato celebrado por un Estado con un inversor de otro Estado, no es, de por sí, una violación del derecho internacional').

⁴⁰² *Sea-Land Service, Inc. c. Gobierno de la República Islámica de Irán, Organizaciones de Puertos y Transporte Marítimo (PSO)*, Caso n° 33, Laudo (22 de junio de 1984), en la sección II(A)(i).

⁴⁰³ *Dic of Delaware, et al. c. Tehran Redevelopment Corp., et al.*, Laudo (26 de abril de 1985), en la sección B(1). En cuanto a la ejecutabilidad, el Tribunal aplicó la ley iraní para sostener que el acuerdo era inaplicable debido a la insuficiencia de pruebas sobre la determinación del acuerdo.

tribunal el caso del *TLCAN Waste Management c. México* (2004), no aplicó el derecho internacional público a un mero incumplimiento de contrato⁴⁰⁴.

VI. Incumplimientos contractuales que vulneran el derecho internacional público

Para que un Estado incurra en responsabilidad en virtud del derecho internacional público por incumplimiento de contrato, las acciones del Estado deben haber sido arbitrarias y haber violado un acuerdo en una clara y discriminatoria desviación del derecho aplicable o de los principios generalmente reconocidos en el ámbito internacional. La arbitrariedad del Estado también puede resultar de una denegación de justicia, como limitar el acceso a sus tribunales, negarse a arbitrar después de haberse comprometido claramente a hacerlo, o no cumplir un laudo judicial o arbitral⁴⁰⁵. En este sentido, la denegación de justicia es un delito internacional que da lugar a causas de acción en virtud del derecho internacional público⁴⁰⁶.

El Comentario al artículo 4 de del Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad del Estado señala que un incumplimiento contractual por parte de un Estado no implica automáticamente una violación del derecho internacional. En su lugar, sugiere que “se requiere algo más para que el derecho internacional sea pertinente, como una denegación de justicia por parte de los tribunales del Estado en los procedimientos iniciados por la otra parte contratante”⁴⁰⁷.

Siguiendo la misma lógica, el artículo 712 del *Restatement of the Foreign Relations Law of the United States* (revisado en 1986) rechaza el principio de que los actos gubernamentales que alteran o derogan los términos de un contrato estatal constituyen violaciones del derecho internacional público. Se requieren acciones de naturaleza más grave, como un incumplimiento discriminatorio o un incumplimiento de contrato por razones gubernamentales (y no comerciales)⁴⁰⁸.

Está ampliamente aceptado en los precedentes arbitrales que un contrato no puede, de por sí, crear expectativas legítimas en virtud del derecho internacional público. Por ejemplo, en *Parkerings c.*

⁴⁰⁴ *Waste Management, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/3, Laudo (30 de abril de 2004).

⁴⁰⁵ La opinión separada del juez Tanaka, en *el Caso relativo a la Barcelona Traction, Light and Power Co. (Bélgica c. España)*, 1970 CIJ 3 (5 de febrero), p. 144, afirma que “la denegación de justicia se produce en el caso de actos tales como “corrupción, amenazas, retraso injustificado, abuso flagrante del procedimiento judicial, una sentencia dictada por el ejecutivo, o tan manifiestamente injusta que ningún tribunal que fuera a la vez competente y honesto podría haberla dictado... Pero ningún fallo meramente erróneo o incluso injusto de un tribunal constituirá denegación de justicia”.

⁴⁰⁶ Por ejemplo, en *Robert R. Brown (EE.UU. c. Gran Bretaña)* (1923) 4 RIAA 120, pp. 128-129, se sostuvo que la cancelación de una licitación pública de licencias mineras por el Gobierno de Transvall después de que se presentaran las ofertas privaba al demandante de su derecho a una licencia minera. Esta privación fue el resultado de la conspiración de las tres ramas del Gobierno para arruinar la empresa, lo que constituyó “una denegación de justicia dentro de los principios establecidos del derecho internacional”.

⁴⁰⁷ Comisión de Derecho Internacional, Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos con comentarios (2001), 87 (artículo 4, comentario 6) <http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf> (consultado el 10 de mayo de 2022).

⁴⁰⁸ El comentario a la Sección 712 del *Restatement of the Foreign Relations Law of the United States* establece que: “[d]e conformidad con la Subsección (2), un Estado es responsable en virtud del derecho internacional por tal repudio o incumplimiento solo si es discriminatorio [...] o si es similar a una expropiación en el sentido de que el contrato es repudiado o incumplido por razones gubernamentales y no comerciales y el Estado no está dispuesto a pagar daños y perjuicios”. Para mayor información, véase F. Beveridge, *Globalization and International Investment*, Routledge, 2017.

*Lituania, Duke c. Ecuador*⁴⁰⁹, y *Hamester c. Ghana*⁴¹⁰, se consideró que la existencia de expectativas legítimas y de derechos contractuales eran dos cuestiones totalmente separadas⁴¹¹. Como se decidió en este último caso, "[...] no es suficiente que un demandante invoque derechos contractuales que supuestamente han sido infringidos" para presentar una demanda por violación de la norma de trato justo y equitativo⁴¹². El Tribunal en *Impregilo c. Argentina* llegó a una conclusión similar⁴¹³.

Mucho antes, en la demanda *Neer* decidida en 1926, el tribunal ya había sostenido sobre la cuestión de la denegación de justicia que la "norma mínima de trato" para los extranjeros según el derecho internacional consuetudinario implica "un ultraje, de mala fe, a negligencia intencional del deber, o ante una insuficiencia de acciones gubernamentales tan lejos de las normas internacionales que todo hombre razonable e imparcial reconocería fácilmente su insuficiencia"⁴¹⁴.

En el caso de *Neer* la demanda no se refería a la protección contractual, como en sucedió con la decisión de 1927 en la reclamación *Chattin*⁴¹⁵ relativa al incumplimiento contractual. El Tribunal no consideró el mal tratamiento como un incumplimiento de contrato que fuera suficiente, por sí mismo, para comprometer la responsabilidad del Estado. Como tal, el Tribunal preservó la denegación de justicia como el estándar mínimo de trato reconocido dentro del caso *Neer*.

La jurisprudencia surgida tras la demanda *Neer*, relativa al derecho internacional consuetudinario, determinó que las circunstancias agravantes convierten un incumplimiento de contrato en una violación de derecho internacional público, tal como la arbitrariedad⁴¹⁶ y que el ejercicio por el Estado de su poder soberano⁴¹⁷ interfiere indebidamente en la ejecución del contrato.

La base jurídica para constatar incumplimientos contractuales cambió cuando los Estados dejaron gradualmente de practicar la intervención diplomática para proteger los intereses de sus nacionales que

⁴⁰⁹ El Tribunal estableció que, en sus tratos con Electroquil, el INECEL no se condujo de manera diferente a la de una parte contratante "ordinaria". "El establecimiento del Fideicomiso de Pago no implicó el ejercicio de potestades soberanas. El Tribunal entiende que cualquier contratista privado puede comprometerse a establecer un fideicomiso de pago. De estas consideraciones surge que las expectativas de Electroquil en el marco del PPA 95 deben considerarse como "meras" expectativas contractuales, que no gozan de protección en el TBI". Véase, *Duke Energy Electroquil Partners y Electroquil S.A. c. Ecuador*, CIADI, Caso No. ARB/04/19, Laudo (12 de agosto de 2008), párrafo 358.

⁴¹⁰ *Parkerings-Compagniet A.S. c. Lituania*, Caso CIADI núm. ARB/05/8, Laudo (11 de septiembre de 2007), párr. 344, énfasis original. A. Siwy, "Contract Claims and Treaty Claims", *ICSID Convention after 50 Years: Unsettled Issues* (C. Baltag, ed.), Kluwer Law International, 2016, p. 211.

⁴¹¹ *Gustav F W Hamester GmbH & Co. KG c. Ghana*, Caso CIADI N° ARB/07/24, Laudo (18 de junio de 2008), párr. 335.

⁴¹² Por lo tanto, incluso si las acciones impugnadas fueran de naturaleza "soberana" y se atribuyeran a Ghana, las supuestas violaciones del contrato no podrían haber supuesto una violación de la norma de trato justo y equitativo (FET, por sus siglas en inglés) basada en la teoría de las "expectativas legítimas". *Ibid*, párrafo 337.

⁴¹³ El Tribunal consideró la existencia de expectativas legítimas y la existencia de derechos contractuales como dos aspectos independientes. Los actos de naturaleza contractual "[...] no pueden constituir una violación del estándar de trato justo y equitativo sobre la base de una teoría de expectativas legítimas" (*Impregilo S.p.A. c. Argentina*, Caso CIADI No. ARB/07/17, Laudo Final (21 de junio de 2011), párrafos 292, 294).

⁴¹⁴ *Estados Unidos de América c. Estados Unidos Mexicanos* (1926) 4 RIAA 60, p. 61.

⁴¹⁵ *B. E. Chattin (United States) v. United Mexican States*. Reports of International Arbitral Awards, Volume IV, p. 282-312 (23 July 1927).

⁴¹⁶ *USA v. El Salvador* (1902) 15 RIAA 467. *USA v. United Mexican States* (1931) 4 RIAA 691. *Great Britain v. United Mexican States* (1930) 5 RIAA 115.

⁴¹⁷ *Delagoa Bay Railway Arbitration (USA v. Portugal)*, en US Department of State, Papers Relating to the Foreign Relations of the United States (Washington, DC: Government Printing Office, 1900). *Cheek Claim (EE.UU. c. Siam)*, Laudo, 21 de marzo de 1898. *Robert R. Brown (EE.UU. c. Gran Bretaña)* (1923) 6 RIAA 120.

habían suscrito tratados internacionales de inversión. Hoy en día, los inversores perjudicados pueden interponer demandas directamente contra el Estado receptor.

Anteriormente, dentro de las inversiones internacionales se pensaba que cualquier denegación de justicia violaba la norma mínima internacional dentro del derecho internacional consuetudinario. Ahora, la norma de “protección de trato justo y equitativo” está incluida en prácticamente todos los tratados de inversión, lo que permite que los inversores demanden internacionalmente a los Estados por incumplimientos contractuales que supongan su violación. En este sentido, el enfoque para interpretar el trato justo y equitativo en el contexto de los incumplimientos contractuales lo aproxima a la denegación de justicia según la norma mínima dentro del derecho internacional consuetudinario.

Las doctrinas de no arbitrariedad y respeto al debido proceso han surgido de los precedentes arbitrales como los componentes principales dentro de la norma de protección de trato justo y equitativo. Por ejemplo, aunque la conducta de mala fe viola indudablemente la norma, a menudo no se identifica como su componente en la jurisprudencia internacional. Otros componentes de la norma de trato justo y equitativo señalados por los tribunales incluyen la protección de las expectativas del inversor, la protección frente a la coacción estatal para realizar renegociaciones y cancelaciones, y el acoso.

Se plantea la siguiente cuestión: ¿qué factor adicional se requiere para que el incumplimiento de un contrato por parte de un Estado se convierta en una violación del derecho internacional público?

VII. Factores adicionales para considerar el incumplimiento de un contrato como una violación del derecho internacional

Los precedentes arbitrales no han logrado determinar de manera coherente en qué casos los incumplimientos de contrato por parte de un Estado constituyen violaciones del derecho internacional público. Como se analiza a continuación, se han propuesto varias respuestas a este problema.

A. Ejercicio del poder (iure imperii)

El ejercicio *iure imperii* del poder es el enfoque dominante para determinar las infracciones del derecho internacional público por parte de los Estados⁴¹⁸. En este sentido, hay que distinguir entre las acciones del Estado realizadas *iure gestionis* (para asuntos comerciales o privados) y las acciones del Estado realizadas *iure imperii* (en ejercicio de la autoridad soberana o *puissance publique*)⁴¹⁹.

Las infracciones estatales que también podrían haber sido cometidas por un particular no se consideran actos *iure imperii*, y no violan el derecho internacional público. Este fue el caso en las sentencias *Bayindir c. Pakistán*⁴²⁰ e *Impregilo c. Pakistán*⁴²¹. En este último laudo, el tribunal sostuvo que “[s]ólo el Estado en el ejercicio de su autoridad soberana (*puissance publique*), y no como parte contratante, puede incumplir las obligaciones asumidas en virtud del TBI⁴²². Del mismo modo, en *Azurix*

⁴¹⁸ Ibid., p. 213.

⁴¹⁹ En *Arabia Saudita c. Nelson*, el juez Souter del Tribunal Supremo de Estados Unidos, declaró que: “En virtud de la teoría restrictiva, por oposición a la absoluta, de la inmunidad soberana extranjera, un Estado es inmune a la jurisdicción de los tribunales extranjeros en lo que respecta a sus actos soberanos o públicos (*jure imperii*), pero no en lo que respecta a los que son de carácter privado o comercial (*jure gestionis*) [...] un Estado realiza actividades comerciales en virtud de la teoría restrictiva cuando ejerce únicamente las facultades que también pueden ejercer los ciudadanos particulares, a diferencia de las facultades propias de los soberanos. Dicho de otro modo, un Estado extranjero ejerce una actividad comercial a efectos de la teoría restrictiva solamente cuando actúa como un agente privado en el mercado” (*Arabia Saudita c. Nelson*, 507 U.S. 349, 359-360 (1993)).

⁴²⁰ *Bayindir c. Pakistán*, Caso CIADI N° ARB/03/29, Laudo (27 de agosto de 2009), párrafo 377.

⁴²¹ *Impregilo S.p.A. c. Pakistán*, Caso CIADI n° ARB/03/3, Decisión sobre competencia (22 de abril de 2005).

⁴²² Ibid., párrafo 260. En *CMS Gas c. Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/8, Laudo (12 de mayo de 2005), párrafo 299, el Tribunal Arbitral declaró: “Los aspectos puramente comerciales de un contrato podrían no estar protegidos

*c. Argentina*⁴²³, el Tribunal sostuvo que, aunque un Estado o sus organismos cumplan deficientemente un contrato, ello no dará lugar a un incumplimiento de las disposiciones del tratado “a menos que se pruebe que el Estado o una dependencia de éste ha ido más allá de su función como mera parte en el contrato y ha ejercido las funciones específicas de un soberano”.

En el caso *Bureau Veritas c. República de Paraguay*, el tribunal declaró que Paraguay no utilizó sus poderes soberanos mediante la adopción de leyes o actos reglamentarios, no ejerció poderes de policía, ni desconoció sentencia judicial alguna. Además, señaló que “[l]os intentos de engañar, tergiversar, esconder o confundir de algún otro modo a un socio contractual son estrategias disponibles y utilizadas tanto para las personas públicas como privadas”⁴²⁴. “Se requiere algo más”⁴²⁵.

Se pueden dirigir críticas a este enfoque que distingue entre actos *iure imperii* e *iure gestionis*. En ninguna parte de los artículos 4 y 12 del Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional sobre la responsabilidad del Estado se exige probar ningún motivo particular, ya sea financiero o “gubernamental” a este respecto⁴²⁶.

B. Otros elementos más allá de los actos *iure imperii*

En el caso *Waste Management c. México*⁴²⁷, el tribunal decidió que, si la violación de un contrato equivalía a “un repudio rotundo e injustificado de la transacción”, se podía constatar una violación del derecho internacional público en los casos en que la parte agraviada no dispusiera de ningún recurso para hacer frente al problema. En este caso, el tribunal aludió *tanto* al repudio de la transacción *como* a la falta de capacidad para dirigirse a los tribunales o a un tribunal arbitral.

Es muy probable que las medidas adoptadas por los Estados con arreglo a una legislación general incuestionable no dirigida específicamente contra la parte contratante no se consideren arbitrarias.

Las siguientes acciones pueden infringir la norma de trato justo y equitativo: actos y omisiones acumulativos, renegociaciones coercitivas, mala fe y arbitrariedad⁴²⁸. En este sentido, el Acuerdo Económico y Comercial Global de 2017 entre Canadá y la Unión Europea (CETA) establece en su artículo 8.10(2) que pueden producirse incumplimientos del trato justo y equitativo....

[...] si una medida o una serie de medidas constituyen: a) una denegación de justicia en procedimientos penales, civiles o administrativos; b) incumplimiento esencial de las

por el tratado en algunas situaciones, pero es probable que la protección esté disponible cuando exista una interferencia significativa por parte de los Gobiernos u organismos públicos con los derechos del inversor”.

⁴²³ *Azurix Corp v. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/12 Laudo (14 de julio de 2006), párrafo 315.

⁴²⁴ *Bureau Veritas, Inspección, Valoración, Evaluación y Control, BIVAC B.V. c. República del Paraguay*, Caso CIADI No. ARB/07/9, Decisión Adicional sobre Objeciones a la Jurisdicción (9 de octubre de 2012), párr. 241.

⁴²⁵ *Ibid.*, párrafo 227.

⁴²⁶ Todos los miembros de la Sexta Comisión que respondieron a la pregunta específica sobre esta cuestión confirmaron que clasificar los actos de los órganos del Estado como *iure imperii* o *iure gestionis* era una consideración irrelevante. Véase el Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 1998 A/53/10, párrafo 35.

⁴²⁷ *Waste Management Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI. No. ARB/00/3, Laudo (30 de abril de 2004), párrafo 115.

⁴²⁸ En *Duke c. Ecuador*, el Tribunal coincidió con “la Demandada en cuanto manifiesta que, en este contexto, el Estado no hizo uso de su *imperium*. En consecuencia, el incumplimiento contractual puede alcanzar el nivel de una violación del principio de trato justo y equitativo”. *Duke c. Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/04/19, Laudo (18 de agosto de 2008), párr. 354.

garantías procesales, incluido el incumplimiento esencial del principio de transparencia en los procedimientos judiciales y administrativos; c) una arbitrariedad manifiesta; d) una discriminación específica por motivos claramente injustos, como la raza, el sexo o las creencias religiosas; e) un trato abusivo de los inversores, como coacción, coerción y acoso [...].

La violación confiscatoria, en la que se priva al inversor de sus derechos sin compensación adecuada, es internacionalmente ilícita.

Algunas decisiones se citan erróneamente como si establecieran que el incumplimiento de un contrato equivale a una violación del tratado. Por ejemplo, en *Mondev c. Estados Unidos*⁴²⁹ el Tribunal rechazó la alegación de que la decisión del tribunal local equivalía a denegación de justicia. Esta sentencia no afirma en modo alguno que el incumplimiento de un contrato equivalga a una violación del tratado. También se ha citado erróneamente la sentencia *SGS c. Paraguay* como si estableciera que una violación de contrato conlleva una violación del derecho internacional público. Esta interpretación es errónea⁴³⁰. A lo sumo, la sentencia *SGS c. Paraguay* reconoce que el impago viola el trato justo y equitativo si se puede demostrar mala fe o arbitrariedad.

VIII. Derecho privado y contratos de inversión extranjera

Los tratados de inversión no asimilan propiamente los contratos a la propiedad, pero han asimilado los contratos a las inversiones. Cuando los tratados enumeran los derechos contractuales como protegidos dentro del acuerdo, dichos derechos pasarán a estar sujetos a expropiación. Varios tratados de inversión⁴³¹ han incluido los contratos en la definición de "inversión", lo que ha llevado a que los precedentes arbitrales se desarrollen de forma incoherente en este aspecto. Aquí surge un problema porque los tribunales suelen confundir la lógica del contrato y la de la propiedad.

El argumento a favor de asimilar el derecho contractual y la protección jurídica de las inversiones extranjeras sostiene que la intromisión en los derechos contractuales es una forma de privación de los derechos de propiedad, y el derecho internacional público prohíbe dicha intromisión a menos que se haga con un fin público, de forma no discriminatoria, y se ofrezca una compensación adecuada o justa⁴³². Así

⁴²⁹ *Mondev International Ltd. c. United States of America*, Caso CIADI No. ARB(AF)99/2, Laudo (11 de octubre de 2002). Se ha interpretado erróneamente la decisión en el sentido de que concluye que el incumplimiento de un contrato constituye también una violación del derecho internacional. Una lectura más detenida del laudo revela que ésta puede ser una interpretación errónea.

⁴³⁰ La decisión giró en torno a cuestiones de jurisdicción. El Tribunal declaró lo siguiente: “[a] juicio del Tribunal el incumplimiento, por parte de un Estado, de una obligación contractual de pago puede implicar la transgresión de un requisito de tratamiento justo y equitativo, por ejemplo, quizá, cuando la falta de pago equivale a la repudiación del contrato, la frustración de su finalidad económica o una privación sustancial de su valor. La cuestión de si se requiere algo más que una negativa ilícita a pagar, y de ser así qué más se requiere, para que prospere una reclamación por infracción del principio de tratamiento justo y equitativo, corresponde a la etapa de consideración del fondo del asunto”. (*SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. República del Paraguay*, Caso CIADI No. ARB/07/29, Decisión sobre jurisdicción (12 de febrero de 2010), párrafo 146).

⁴³¹ También el artículo 712 del *Restatement on Foreign Relations Law* (1987) de Estados Unidos hace aplicables las normas sobre expropiación de bienes a la interferencia contractual.

⁴³² El contrato como propiedad fue reconocido en el caso *Norwegian Shipowners' Claim (Noruega c. Estados Unidos)* del Tribunal Permanente de Arbitraje, (1922) I RIAA 307, Laudo, 13 de octubre de 1922. Véase también *Shufeldt Claim (Guatemala c. Estados Unidos)* (1930) 2 RIAA 1079, Laudo, 24 de julio de 1930, p. 1097. El PCIJ asimiló los derechos contractuales a los derechos de propiedad en: *Case Concerning Certain German Interests in Polish Upper Silesia (Alemania c. Polonia)* (Fondo) (1926) CPJI, Series A, No. 7, p. 12. Siguiendo una lógica similar, el Tribunal en *SPP c. Egipto* sostuvo que "desde hace mucho tiempo se ha reconocido que los derechos contractuales pueden ser expropiados indirectamente". Esta decisión fue citada en *Wena Hotels c. Egipto*. Además,

pues, la violación de los derechos contractuales se considera un acto de expropiación o privación de los derechos de propiedad.

Sin embargo, las reclamaciones patrimoniales son diferentes de los litigios contractuales. Los contratos implican decisiones individuales de las partes. Como tal, la lógica implícita del derecho contractual es la de la adaptación, que puede contrastarse con la lógica implícita en el derecho de propiedad que se centra en la estandarización. Los tribunales arbitrales de inversiones interpretan implícita, pero rutinariamente, que los instrumentos de inversión generan un amplio conjunto de cláusulas implícitas rígidas que son aplicables a los contratos de inversión.

La redacción de protecciones rígidas y estables dentro de los tratados cobra sentido cuando la propiedad está en juego. Por ejemplo, la existencia de disposiciones claras sobre el derecho de propiedad permite que los inversores planifiquen y ejecuten adecuadamente un proyecto de urbanización. En estos casos, las normas obligatorias del derecho de propiedad ofrecen poco margen a las partes contratantes para que decidan cómo la ley se aplicará a sus posesiones. Por ejemplo, el *numerus clausus* es uno de los principios fundamentales del derecho de propiedad y se refiere a la idea de que tanto el número como el contenido de los derechos de propiedad son limitados. Por el contrario, la autonomía de las partes es el principio dominante dentro del derecho contractual. Como tal, puede entenderse que el derecho contractual sigue la lógica de la elección.

En sus contratos, las partes elaboran planes. La redacción de contratos firmes y específicos evita comportamientos oportunistas que, de lo contrario, podrían producirse en el transcurso de la relación y obstaculizar el cumplimiento de las obligaciones contractuales. Además, las garantías dadas por una parte fomentan la confianza de la otra, aumentando así el valor de la transacción. Por ejemplo, el propietario de una fábrica puede no estar dispuesto a gastar dinero en adaptar la maquinaria para una transacción concreta a menos que tenga plenas garantías de que la otra parte no incumplirá el contrato.

Los tratados no suelen especificar cómo se relacionan con los contratos. No detallan cómo se aplican exactamente, por ejemplo, con respecto al incumplimiento contractual, las defensas, la selección del foro, los daños y perjuicios y los derechos y obligaciones que generalmente derivan de la relación contractual. Más bien, los tratados suelen aplicarse a los acuerdos de forma explícita o implícita, y a veces incluso equiparan el incumplimiento del contrato estatal con la violación del tratado debido a la presencia de la cláusula general. Por lo tanto, cuando los tratados no incluyan disposiciones específicas relativas a su relación con el derecho contractual, deberán aplicarse las normas contractuales.

En definitiva, los tratados de inversión no aclaran el alcance y ni el contenido de las normas contempladas en el tratado en la medida en que éstas se aplican a los contratos. Además, los tratados de inversión no abordan la forma en que las normas contenidas en ellos se relacionan con los contratos y con las normas de carácter obligatorio. Las decisiones arbitrales sobre este tema han generado contradicciones: la mayoría de los tribunales parten de la base de que las normas de los tratados son obligatorias y que solo en contadas ocasiones estas reglas pueden descartarse por el acuerdo de las partes.

Esta confusión proviene de la equiparación de los derechos del tratado a las normas de tipo patrimonial, lo cual impide que las partes incluyan disposiciones contractuales específicas relativas a los deberes sustantivos, la selección del foro y los daños y perjuicios. Los tribunales tienden a aplicar el tratado sobre las disposiciones contractuales acordadas. Al hacerlo, se puede reescribir la negociación contractual, lo que perjudica la capacidad de las partes de negociar el riesgo y el precio desde el principio.

en *Bayindir c. Pakistán*, el Tribunal decidió que los derechos contractuales podían ser objeto de expropiación. *Bayindir Insaat Turzim Ticaret ve Sanayi A.S. c. Pakistán*, Caso CIADI No. ARB/03/29, Decisión sobre Jurisdicción (14 de noviembre de 2005), párrafo 255.

En ese caso, las partes están menos incentivadas para contratar en primer lugar, lo que no beneficia a los Estados que aspiran a inversiones extranjeras ni a los inversores.

La jurisprudencia es contradictoria a este respecto. Algunas decisiones consideran que los tratados de inversión como normas predeterminadas que deben aplicarse a menos que las partes utilicen un lenguaje que excluya clara y específicamente su aplicación, como se decidió en los casos *Kardassopoulos* y *Crystallex*⁴³³.

Otros tribunales consideran que las disposiciones de los tratados son simples normas tácitas que las partes pueden dejar de lado⁴³⁴. Este fue el caso, por ejemplo, en *SGS c. Filipinas* y *Oxus Gold c. Uzbekistán*. Además, al considerar la relación entre las disposiciones contractuales y la norma de trato justo y equitativo, el Comité ad hoc en *MTD c. Chile* razonó de la siguiente manera:

Las obligaciones del Estado receptor hacia los inversores extranjeros derivan de los términos del tratado de inversión aplicable y no de cualquier conjunto de expectativas que los inversores puedan tener o alegar tener. Un tribunal que intentara generar a partir de tales expectativas un conjunto de derechos diferentes de los contenidos en el TBI o de los exigibles en virtud del mismo podría excederse en sus facultades, y si la diferencia fuera sustancial podría hacerlo manifiestamente⁴³⁵.

En casos extremos, es posible que el contrato prevalezca completamente sobre el tratado. En estos casos, el derecho interno proporciona normas de fondo. Sin embargo, esta hipótesis es contraria al texto de la mayoría de los tratados cuando se consideran los contratos como inversiones cubiertas. Otra postura sostiene que los tratados no prevalecen sobre el acuerdo expreso de las partes, sino que establecen normas que suplantán cualquier norma de derecho interno en conflicto. Este es, por ejemplo, el enfoque de la Convención de Viena sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (CISG). Las partes pueden excluir la aplicación de la CISG, establecer excepciones a cualquiera de sus disposiciones o modificar sus efectos (artículo 6).

La decisión del caso *Parkerings c. Lituania* sigue esta lógica, considerando implícitamente el principio de trato justo y equitativo como una norma predeterminada. La decisión también sostuvo que las partes son libres de “aumentar” el nivel de protección que supondría el trato justo y equitativo mediante la negociación de una cláusula de estabilización en el contrato⁴³⁶. En otras palabras, el tratado y el derecho contractual no pueden separarse claramente, pero las partes pueden controlar el alcance del trato justo y equitativo. El caso *Parkerings* y otras decisiones similares posteriores difieren notoriamente de los casos

⁴³³ *Crystallex International Corporation c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI núm. ARB(AF)/11/2, Laudo (4 de abril de 2016), párrafo 482; *Ioannis Kardassopoulos c. República de Georgia*, Caso CIADI núm. ARB/05/18; *Ron Fuchs c. República de Georgia*, Caso CIADI núm. ARB/07/15.

⁴³⁴ Véase *SGS c. Filipinas*, Caso del CIADI No. ARB/02/6, Decisión del Tribunal sobre Excepciones a la Jurisdicción (29 de enero de 2004), párrafo 134; *Oxus Gold c. República de Uzbekistán*, CNUDMI, Laudo Final (17 de diciembre de 2015), párrafo 958; véase también *Bureau Veritas, Inspección, Valoración, Evaluación y Control, BIVAC B.V. c. República del Paraguay*, Caso CIADI núm. ARB/07/9, Decisión del Tribunal sobre Excepciones a la Jurisdicción (29 de mayo de 2009), párrafo 148.

⁴³⁵ *MTD Equity Sdn Bhd y MTD Chile S.A. c. República de Chile*, Caso CIADI No. ARB/01/7, Laudo (25 de mayo de 2004); Decisión sobre la Solicitud de Anulación (21 de marzo de 2007), párrafo 67.

Parkerings-Compagniet A.S. c. Lituania, Caso CIADI N° ARB/05/8, Laudo (11 de septiembre de 2007), párrafo 332. En términos semejantes, véase también *EDF Servs. Ltd. c. Rumania*, Caso CIADI No. ARB/05/13, Laudo (8 de octubre de 2009), párr. 217; *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. y Abal Hermanos S.A. c. República Oriental del Uruguay*, Caso CIADI No. ARB/10/7.

de *Argentine Gas* al tratar el principio de trato justo y equitativo como una norma de aplicación predeterminada, cuyo alcance puede alterarse mediante contrato⁴³⁷.

En el extremo opuesto, algunos tribunales sostienen que los términos de los tratados que imponen normas obligatorias no se pueden eximir. Los casos de *Argentine Gas* constituyen el ejemplo arquetípico de esta situación⁴³⁸. Una vez activado, el principio de trato justo y equitativo se aplica por igual a la propiedad y a los contratos y no se ve afectado por nada que diga el contrato sobre el alcance de la estabilización, o incluso la renuncia a los derechos del tratado. En este sentido, el tratado desplaza de hecho cualquier norma acordada contractualmente. Como tal, el principio de trato justo y equitativo deja a los Estados y a los inversores atrapados con una cláusula de estabilización implícita, a pesar de cualquier acuerdo en contrario⁴³⁹.

Las normas obligatorias se justifican cuando deben protegerse valores como la lógica intrínseca del contrato, la igualdad de información, la protección de las partes poco versadas y los bienes públicos extrínsecos como las iniciativas anticorrupción.

El enfoque óptimo, al menos en principio, parece favorecer los acuerdos contractuales por encima de las normas de fondo de los tratados. Si se da precedencia a las normas de fondo de los tratados, debe haber una justificación en términos de valores, incentivos y riesgos, y esta justificación no puede basarse en formalismos amplios sobre las relaciones entre tratado y contrato, o entre derecho internacional y derecho interno. De este modo, los Estados aseguran su futura autonomía reguladora incluyendo en sus contratos mecanismos de control de riesgos, como limitaciones de daños y cláusulas de fuerza mayor. Si los tratados exigen el respeto de los contratos de inversión, las cuestiones contractuales deben derivarse de la lógica del derecho privado del contrato.

Ni la rigidez ni la flexibilidad favorecen claramente a una u otra parte. La rigidez afecta la futura autonomía reguladora del Estado. Si los inversores extranjeros pueden negociar con flexibilidad obligaciones contractuales seguras en sus contratos con los Estados, al final, la inversión estará protegida cuando se cumplan los términos del trato, en lugar de cuando se invoque un tratado para reescribir el acuerdo.

Los tratados deben redactarse teniendo en cuenta estas complejidades. Los tratados pueden declarar expresamente algunas normas como obligatorias, o incluso como normas de aplicación predeterminada con disposiciones específicas de exclusión. Los tratados así redactados garantizarán la previsibilidad y la eficacia tanto para los Estados como para los inversores.

⁴³⁷ *Sempra Energy Int'l c. República Argentina*, Caso CIADI N° ARB/02/16, Laudo (28 de septiembre de 2007); *Enron Corporation y Ponderosa Assets, L.P. c. República Argentina*, Caso CIADI N° ARB/01/3, Laudo (22 de mayo de 2007); *CMS Gas Transmission Company c. República Argentina*, Caso CIADI N° ARB/01/8, Laudo (12 de mayo de 2005).

⁴³⁸ *Sempra Energy c. República Argentina*, Caso CIADI N° ARB/02/16, Laudo (28 de septiembre de 2007); *Enron Corporation y Ponderosa Assets, L.P. c. República Argentina*, Caso CIADI N° ARB/01/3, Laudo (22 de mayo de 2007); *CMS Gas c. República Argentina*, Caso CIADI N° ARB/01/8, Laudo (12 de mayo de 2005).

⁴³⁹ En *Venezuela Holdings c. Venezuela*, el Tribunal sostuvo que no podía dar efecto a las disposiciones potencialmente limitativas de la indemnización contenidas en el contrato de concesión en cuestión. *Venezuela Holdings, B.V., et al. (caso anteriormente conocido como Mobil Corporation, Venezuela Holdings, B.V., et al.) c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/07/27, Laudo (9 de octubre de 2014), párrafo 225.

4.1 Con el fin de fomentar una mayor previsibilidad y eficacia tanto para los Estados como para los inversores, debe tenerse en cuenta la ausencia de un conjunto internacional de derecho sustantivo aplicable a los contratos internacionales de inversión:

- por los legisladores que estudian la reforma del régimen jurídico nacional relacionado con el arbitraje internacional de inversiones;

- por los negociadores de los tratados de inversión, a quienes se debería instar a que incluyan disposiciones claras: i) sobre el alcance y el contenido de las normas contenidas y su aplicación a los contratos de inversión y, ii) para permitir que las partes contratantes excluyan la aplicación del tratado, hacer excepciones al mismo o variar sus efectos, declarar expresamente algunas normas como obligatorias, o como normas por defecto, con disposiciones específicas de exclusión voluntaria;

- por las partes en contratos internacionales de inversión y sus asesores en la redacción de dichos contratos.

PARTE 5: EVOLUCIÓN Y NOVEDADES EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

I. Introducción

Con independencia de que sea marginal o no, el derecho internacional privado tiene su papel que desempeñar en el arbitraje de inversiones. Durante los últimos decenios, esta disciplina ha evolucionado considerablemente, pero su desarrollo no ha recibido, por lo general, suficiente atención por parte de otros ámbitos jurídicos. El estudio de esta evolución puede aportar claridad a varios aspectos relacionados con el derecho sustantivo aplicable en el arbitraje de inversiones.

Durante el siglo XIX, a medida que se consolidaban los Estados-nación, surgió el derecho internacional privado como disciplina independiente. Los temas "internacionales" dentro del derecho privado proliferaron, en aspectos tales como la ley que debía aplicarse a un contrato celebrado en un Estado y ejecutado en otro. Del mismo modo, también surgieron problemas de conflicto de leyes en sistemas federales como el de Estados Unidos.

En el sistema de derecho consuetudinario el derecho internacional privado se consideraba, hasta hace poco tiempo, básicamente como un sinónimo del "conflicto de leyes". En los sistemas de derecho civil, el término "derecho internacional privado", empleado por primera vez por el jurista francés Jean-Jacques Foelix en 1843, se generalizó para describir una disciplina independiente en el mundo del derecho civil. La mayoría de los debates teóricos que se han producido históricamente en el ámbito del derecho internacional privado se refieren a la cuestión de la determinación del derecho aplicable. No obstante, el derecho internacional privado también contempla la jurisdicción internacional y el reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras. Según su interpretación tradicional, tanto en los sistemas de derecho consuetudinario como en los de derecho civil, el derecho internacional privado se limitaba a esta trilogía de temas. En años más recientes, el término se ha ampliado considerablemente a fin de incluir normas sustantivas de derecho privado que rigen las relaciones entre las partes en diferentes Estados.

Las normas de conflicto de leyes y de selección del derecho no se aplican directamente a los aspectos sustantivos de un caso, sino que constituyen más bien un conjunto de normas destinadas a ayudar al árbitro a determinar el sistema jurídico que debe aplicarse para decidir la cuestión de fondo. En el caso del arbitraje, por ejemplo, puede ser la ley del Estado anfitrión, la del Estado del inversor o la de

un tercer Estado. El "punto de conexión" o "factor de conexión" es el medio técnico por el cual el árbitro determinará la ley aplicable que se utilizará para resolver la controversia. *Lex causae* es la expresión que generalmente se utiliza en esta materia.

Los factores de conexión como la territorialidad (*lex fori*), la nacionalidad (*lex patriae*) y el domicilio (*lex domicilii*) se refieren a la capacidad de las partes para contratar. Los factores de conexión también pueden referirse a elementos de la relación sustantiva de las partes, como el lugar de cumplimiento (*lex loci executionis*), el lugar del contrato (*lex loci contractus*) o el derecho elegido por las partes (*lex voluntatis*) para regir su contrato internacional. Otros ejemplos de factores de conexión son el lugar del hecho ilícito (*lex loci delicti*) en el derecho de responsabilidad civil, y la ubicación de la propiedad (*lex rei sitae*) en el derecho de propiedad.

Los tratados bilaterales o multilaterales de inversión no suelen incluir normas para la elección del derecho aplicable. Por ello, los tribunales arbitrales recurren a las normas sobre elección del derecho aplicable previstas en el mecanismo de reclamación elegido. Sin embargo, es relativamente infrecuente que los instrumentos internacionales de resolución de litigios incluyan normas detalladas sobre la elección de la ley aplicable, por lo que los tribunales suelen recurrir al derecho internacional privado y a sus principios para subsanar cualquier vacío. Algunas normas de elección del derecho, como la *lex rei sitae* relativa a los bienes inmuebles, han alcanzado tal reconocimiento universal que su aplicación en materia de inversión extranjera como principio general del derecho internacional privado no es controvertida.

El derecho internacional privado también aborda el problema de la "caracterización", que es especialmente pertinente en asuntos relacionados con las inversiones. Algunos sistemas jurídicos consideran que la transferencia de bienes tangibles es una cuestión de "propiedad", aplicando la norma *lex rei sitae*. En cambio, otros sistemas consideran que se trata de una cuestión de "contratos", en la que la norma de elección del derecho aplicable será probablemente diferente (en relación con el lugar de ejecución, la conexión más estrecha, etc.). Los aspectos relacionados con la expropiación, por ejemplo, requerirán a menudo que se investigue si la propiedad ha sido transferida y, por tanto, adquirida por el inversor. En estas circunstancias, deben regir las normas jurídicas de aplicación universal, en lugar de las normas locales que proceden de sistemas jurídicos nacionales particulares⁴⁴⁰. Estos principios y normas universales suelen estar consagrados en instrumentos internacionales, como el Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a obligaciones contractuales, al que se hace referencia más adelante⁴⁴¹.

II. Breve reseña histórica

En algunas ocasiones, las normas sustantivas de supuesta aplicación universal prevalecieron dentro del derecho internacional privado. Otras veces, triunfaron las normas de conflicto de leyes.

A. Derecho romano

El derecho romano no desarrolló un sistema de conflicto de leyes. El *ius gentium* se aplicaba entre extranjeros o entre éstos y ciudadanos romanos, y el *ius civile* regía las relaciones entre ciudadanos romanos. En este sistema basado en la personalidad, la ciudadanía determinaba, por tanto, qué derecho se aplicaría a un litigio concreto entre particulares.

El *ius gentium*, que también era derecho sustantivo romano, contenía varios elementos internacionales -muchos de ellos normas derivadas del derecho griego- que debían aplicarse a las relaciones "transnacionales" de la época. Algunos estudiosos propusieron la aplicación de este derecho sustantivo transnacional o universal (el *ius gentium*) en la Edad Media. Si este sistema hubiera mantenido su vigencia, lo que hoy entendemos por derecho internacional privado se habría identificado con el *ius*

⁴⁴⁰ *Macmillan Inc. v. Bishopsgate Investment Trust P.L.C.*, (nº 3) (1996) 1 WLR 387.

⁴⁴¹ Véase, Parte 5, Sección IV, Subsección A.

gentium. Sin embargo, en última instancia, el derecho internacional privado evolucionó principalmente hacia un conflicto de leyes.

B. Estatutistas

Los verdaderos orígenes del mecanismo del conflicto de leyes se remontan a Europa continental durante la Edad Media. Con la consolidación de ciudades italianas como Florencia, Bolonia, Milán, Pisa y Padua, los vínculos entre las personas ya no surgieron como resultado de sus lealtades a los mismos señores feudales, sino en función de su residencia en la misma ciudad. En consecuencia, surgieron problemas de conflicto de leyes debido a la diversidad de leyes internas aplicables y al aumento del comercio entre las ciudades. Se desarrollaron fórmulas para tratar estos problemas de conflicto de leyes, muchas de las cuales siguen existiendo hoy en día. Por ejemplo, la *lex rei sitae*, la *lex domicilii* y la *lex loci contractus* tienen su origen en la Edad Media.

Sin embargo, el *ius commune* siempre ha funcionado como marco jurídico general para la resolución de litigios. Por lo tanto, la cuestión central que se planteó en su momento fue hasta qué punto este “derecho común” podía excluirse por ley.

Bartolus de Sassoferrato (1314-57) es considerado el padre del derecho internacional privado. Su obra introdujo notables perfeccionamientos doctrinales en el estado del derecho de la época. Antes de sus eruditos escritos, había predominado la perspectiva jurídica unilateral que se centraba en las soluciones de los problemas de conflicto de leyes que ofrecía el derecho local.

Una de las principales contribuciones de Bartolus al desarrollo del derecho internacional privado fue la introducción de una perspectiva multilateral para los asuntos contractuales. Según este enfoque, en lugar de determinar el alcance de la ley del foro, hay que considerar primero las particularidades de la relación jurídica que existe entre las partes, y a partir de ahí determinar la ley aplicable. Por esta razón, Bartolus propuso que la validez del contrato debe determinarse según el lugar de su celebración, con independencia del lugar de resolución del litigio, mientras que las consecuencias derivadas de la violación del acuerdo (por ejemplo, incumplimiento, notificación de incumplimiento, prescripción) deben analizarse según la ley del lugar de ejecución. Únicamente en el caso de que el lugar de ejecución no se especifique en el contrato o no pueda ser fácilmente determinado, el contrato deberá regirse por la ley del foro. En el ámbito del derecho de daños (derecho de responsabilidad civil), debían aplicarse los estatutos de la ciudad en la que se demandaba al extranjero.

C. Territorialismo

En Francia, entre los siglos XVI y XVIII, el derecho del territorio en cuestión se aplicaba a los litigios. El territorialismo tiene, por tanto, un legado feudal que también se desarrolló en la época de la aparición de los Estados-nación modernos.

Como corolario a las iniciativas de independencia política que existían en la época, los Países Bajos adoptaron la teoría del territorialismo como resultado de su lucha independentista con la corona española. Sin embargo, las necesidades del comercio en la región y el espíritu cosmopolita de la época atenuaron el territorialismo, haciendo uso de la noción de *comitas* o cortesía.

Ulrik Huber (1636-1694) fue el jurista más influyente de la escuela holandesa. Huber propuso las ideas de soberanía y *comitas* como un punto intermedio entre la mera cortesía y la obligación jurídica de aplicar una ley extranjera, derivada del consentimiento tácito de las naciones y basada en la tolerancia mutua y, en última instancia, en el propio interés. Para Huber, nada puede ser más destructivo para el comercio internacional que neutralizar derechos válidamente adquiridos en otra jurisdicción. Aunque cada Estado es soberano, propugnaba que no actuara de forma arbitraria. Al contrario, los Estados deben tener en cuenta *las comitas* [cortesía] y respetar las exigencias del comercio internacional.

En Inglaterra, los trabajos de Huber influyeron mucho en Lord Mansfield y Sir William Blackstone, y también influyeron especialmente en A.V. Dicey y su teoría de los derechos intrínsecos o derechos adquiridos, y que llegó a conclusiones similares.

Sin embargo, *comitas* o la teoría conocida como "derechos adquiridos" también ha generado numerosas incertidumbres doctrinales y prácticas.

D. Evolución doctrinal del siglo XIX

Joseph Story (1779-1845) es considerado el padre del sistema moderno de conflictos de leyes. Sus aportaciones al derecho internacional estuvieron influidas por las ideas generadas por Bartolus y sus seguidores, así como por Huber y su teoría de *comitas*. En sus comentarios de 1834, Story adoptó una postura multilateral al sostener que cualquier nación que se negara a reconocer los principios comunes del derecho internacional privado pronto se encontraría en un estado de "barbarie".

En la visión de Story del derecho internacional privado, los factores de conexión eran casi siempre territoriales: el lugar del hecho ilícito, el lugar del contrato, y así sucesivamente. Para resolver los litigios contractuales, Story sostenía que los encargados de la toma de decisiones no sólo debían considerar la aplicación de la ley local (*lex fori*), sino también la ley del lugar de ejecución del contrato (la *lex loci celebrationis*, dentro de los escritos doctrinales neerlandeses). Este enfoque, sin embargo, no pretendía excluir métodos alternativos. En su sentencia *Swift c. Tyson*, Story citó a Cicerón e imaginó un sistema federal estadounidense análogo al *ius gentium* romano, "que controlaría los casos interestatales e internacionales [...]" y en el que los contratos se regirían "por una ley comercial general en lugar de por leyes estatales contradictorias"⁴⁴².

El profesor alemán Friedrich Carl von Savigny, (1779-1861), también era multilateralista y se inspiró en los escritos de Story. Al centrarse en la "sede o asiento" ("*seat*") de la relación jurídica, Savigny independizó el derecho aplicable de su resultado, es decir, que podía dar lugar a la aplicación de una ley nacional o extranjera.

Al haber creado un mecanismo neutral para la determinación del derecho aplicable, Savigny se alejó de las teorías del territorialismo y de las *comitas*, que se centraban en la ley nacional y en las limitaciones de su aplicación. En lugar de clasificar las leyes en función de su materia, el mecanismo neutral de Savigny se centraba en determinar el asiento dentro de cada relación jurídica y, para las relaciones específicas, los siguientes conceptos resultaban fundamentales: la teoría del domicilio en relación con la capacidad personal, la *lex rei situs* en relación con la propiedad, y el lugar de celebración y ejecución respecto a los contratos. Debido a la proximidad entre el derecho de daños y el derecho penal, Savigny sostenía que debía aplicarse la *lex fori*, en lugar de la ley del lugar del daño.

Aunque el uso del método de Savigny ha disminuido, sigue siendo un importante punto de partida para el derecho internacional privado y constituye una base para el pensamiento moderno. Por ejemplo, algunos reglamentos europeos (como Roma III Art. 8 y IV Art. 21) y convenios propuestos por organizaciones internacionales, como la OEA, la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y UNIDROIT, incluyen normas surgidas de ese método.

Los escritos de Savigny se han traducido a varios idiomas y han sido citados como autoridad tanto en países de derecho consuetudinario como de tradición jurídica romanista. Su fórmula centrada en la sede o asiento inspiró la "prueba del centro de gravedad" de Otto von Gierke en el mundo del derecho civil. Las teorías de Savigny también han influido en el desarrollo del derecho consuetudinario, en particular la teoría de la "ley de aplicación" de Westlake en Inglaterra, que condujo al desarrollo de la prueba del "vínculo más estrecho o significativo". El *Restatement (Second) of "Conflict of Laws"* de 1971 (secciones 145, 188) se refiere al "vínculo más estrecho" o a la "relación más significativa".

El profesor italiano Pasquale Stanislao Mancini (1817-1888) fue tal vez el defensor más vehemente y conocido en su época de la unificación de la disciplina mediante tratados, siguiendo la propuesta de

⁴⁴² *Swift v. Tyson*, 41 U.S. 1 (1842) en la página 19.

Savigny en este sentido. Las teorías de unificación de Mancini como aspiración universal fueron llevadas a la práctica por el profesor holandés Tobias Asser (1838-1913), en virtud de cuya influencia el Gobierno holandés invitó a varios países europeos a codificar el derecho internacional privado en 1892. Al año siguiente se creó la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (en adelante, la HCCH), la cual, desde 1955, constituye una organización intergubernamental.

III. Los primeros tratados de derecho internacional privado

Bajo la influencia de pensadores europeos contemporáneos, las Américas tomaron la iniciativa en la codificación del derecho internacional privado ya en 1877⁴⁴³. En 1889 se firmaron en Montevideo nueve tratados de derecho internacional privado, cada uno de los cuales abordaba temas específicos en materia civil, mercantil, procesal y de otro tipo. Muchos Estados de América no incorporaron los Tratados de Montevideo a su legislación nacional. En su lugar, ratificaron el Código Bustamante de 1928, que había sido adoptado como resultado de la sexta Conferencia Panamericana que tuvo lugar en La Habana, Cuba. Estos instrumentos se analizan en la Guía de Contratos de la OEA (véase, "Iniciativas históricas para la codificación del conflicto de leyes en los contratos comerciales internacionales", Parte 2, III).

IV. Instrumentos internacionales modernos en materia contractual

A. Convenio de Roma y Reglamento Roma I

Casi un siglo después de los Tratados de Montevideo, en 1980 se firmó un tratado destinado a reglamentar los problemas de conflicto de leyes en los contratos internacionales en Europa. El "Convenio de Roma" entró en vigor en 1991. En 2008, tras la transferencia de ciertas competencias legislativas a la Unión Europea, el Convenio de Roma fue reemplazado, con algunas modificaciones y adiciones, por el Reglamento de la Unión Europea sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, también conocido como "Roma I"⁴⁴⁴. Este instrumento se analiza en la Guía de Contratos de la OEA (véase la Parte 2, III).

La Convención de México, que se aborda más adelante, había planteado varios problemas de interpretación. En consecuencia, Roma I surgió como una expresión alternativa de los principios generales sobre la ley aplicable a los contratos internacionales, como se explica a continuación.

B. Convención de México

Hacia mediados del siglo XX, ya existía en las Américas un sentimiento generalizado de que los primeros instrumentos de derecho internacional privado antes mencionados eran poco satisfactorios. En primer lugar, contenían soluciones cuestionables y, en segundo lugar, presentaban importantes divergencias entre sí. Además, varios Estados del continente, especialmente los de tradición jurídica de derecho consuetudinario, no habían ratificado ninguno de los instrumentos americanos, lo que añadía complejidad a la cuestión.

La creación de la Organización de los Estados Americanos (OEA) en 1948 trajo consigo nuevas esperanzas de que estas complejidades en el sistema de conflictos de leyes dentro de la región fueran

⁴⁴³ La creación de las normas que rigen el derecho internacional privado se remonta a 1867 y a las conversaciones que mantuvieron los representantes diplomáticos de Bolivia, Chile, Ecuador y Perú.

⁴⁴⁴ Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (17 de junio de 2008) 593/2008/CE, [2008] DO L177/6. Roma I es vinculante para todos los Estados Miembros de la Unión Europea excepto Dinamarca, donde sigue siendo aplicable el Convenio de Roma.

finalmente resueltas. Tras una cuidadosa evaluación, la OEA decidió no elaborar un código general como el Código Bustamante y en su lugar decidió concentrarse en la codificación gradual de temas concretos en el ámbito del derecho internacional privado.

Comenzó a hacerlo a través del mecanismo de las Conferencias Especializadas Interamericanas sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP). Las CIDIP son conferencias diplomáticas organizadas de conformidad con el artículo 122 de la Carta de la OEA. Hasta la fecha, se han celebrado siete CIDIP, que han dado lugar a la adopción de 26 instrumentos internacionales (incluidos convenios, protocolos, documentos de derecho uniforme y una ley modelo) sobre diversos temas.

Sin embargo, hasta la Quinta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-V, que tuvo lugar en Ciudad de México en 1994) no se abordó el tema de la elección de la ley aplicable a los contratos internacionales. El resultado fue Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, conocida como la “Convención de México”. Los aspectos regulados por la Convención de México se tratan a lo largo de toda la Guía de Contratos de la OEA (pero véase, en particular, la Parte 3, IV, sobre las dificultades específicas que hubo que superar).

Aunque la Convención de México fue bien acogida por la comunidad internacional, hasta ahora solamente ha sido ratificada por México y Venezuela. Se ha especulado mucho acerca de las razones por las que la Convención no fue ratificada por más países. Quizás los regímenes jurídicos internos de los Estados no estaban suficientemente preparados para integrar las soluciones propuestas por la Convención de México o quizás los Estados no sabían cómo poner en vigor la Convención de México sin su ratificación por medio de la incorporación de sus disposiciones en una ley nacional sobre la materia, como hizo, por ejemplo, Venezuela en 1998.

C. Principios de la HCCH

La HCCH es sin duda la organización más prestigiosa del mundo dedicada a la codificación de normas de conflicto o de elección de normas de derecho. La organización tomó la iniciativa de redactar los Principios sobre la Elección del Derecho Aplicable en materia de Contratos Comerciales Internacionales, generalmente conocidos como los “Principios de La Haya”, los cuales ya gozan de gran influencia y es probable que en los próximos años lo sean aún más.

El éxito del Convenio de Roma había llevado a la HCCH a emprender estudios a principios de los años 1980 sobre la posibilidad de adoptar un instrumento similar de alcance mundial. Dadas las dificultades para obtener la ratificación masiva de una convención de este tipo, esta iniciativa se descartó finalmente porque una ratificación insuficiente hubiera conducido a su fracaso. En los años siguientes, sin embargo, se retomó el tema con la idea de elaborar un instrumento de derecho indicativo no vinculante (“*soft law*”) en lugar de derecho vinculante (“*hard law*”), inspirándose en la técnica de redacción de los Principios de UNIDROIT. Los Principios de la HCCH se aprobaron finalmente en 2015.

Mientras que los Principios de UNIDROIT abordan aspectos de derecho sustantivo, los Principios HCCH se limitan a cuestiones de elección del derecho, concretamente en relación con la autonomía de las partes⁴⁴⁵. La ausencia de elección no se aborda en los Principios de la HCCH, quizás porque esto habría hecho que el proyecto fuera demasiado ambicioso, y quizás también porque no tiene mucho sentido regular estos aspectos en un instrumento de derecho no vinculante.

⁴⁴⁵ En cuanto a la relación entre los Principios de La Haya y los Principios UNIDROIT (así como la CISG), véase el trabajo conjunto de la Conferencia de La Haya, la CNUDMI y UNIDROIT sobre la Guía jurídica tripartita de instrumentos jurídicos uniformes en materia de contratos comerciales internacionales, en: <<https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/tripartite-legal-guide>> (consultado el 15 de septiembre de 2022).

Los Principios de La Haya no constituyen un instrumento formalmente vinculante, como un convenio que los Estados estén obligados a aplicar o incorporar directamente a su derecho interno. En su lugar, son un conjunto de principios no vinculantes destinados a orientar la reforma de las leyes nacionales relacionadas con la elección del derecho aplicable. Desde luego, son muchos los usos de los Principios de la HCCH, por ejemplo, servir de modelo para los legisladores y de herramienta interpretativa para las partes, los jueces y los árbitros. A la fecha del presente documento, dieciocho Estados Miembros de la OEA son también miembros de la HCCH y el grupo de trabajo que redactó los Principios de la HCCH incluyó a representantes de esta región⁴⁴⁶. Por lo tanto, puede decirse que los Principios de la HCCH reflejan las posiciones de muchos Estados de las Américas.

Paraguay reprodujo los Principios de la HCCH casi al pie de la letra en su ley sobre contratos internacionales, en vigor desde enero de 2015⁴⁴⁷. Del mismo modo, los Principios de la HCCH han desempeñado un papel en el desarrollo de la legislación de la Unión Europea y de varios Estados, como Australia, la República Democrática del Congo, Indonesia, México, Rusia y Uruguay. A pesar de su corta existencia, los Principios de la HCCH han sido utilizados como autoridad persuasiva en la interpretación, complementación y desarrollo de normas y principios de derecho internacional privado aplicables por tribunales de muchas jurisdicciones, entre ellas Argentina, Brasil, Canadá, Colombia, Estados Unidos, Hong Kong, India, Israel, Japón, México, Singapur, la Unión Europea y muchas otras⁴⁴⁸.

Los Principios de la HCCH pueden tener mucha más influencia en las jurisdicciones que carecen de un régimen codificado de elección de la ley aplicable a los contratos internacionales y en las que los tribunales carecen de experiencia, o tienen muy poca, en transacciones comerciales transfronterizas.

D. Guía de Contratos de la OEA

Tras la aprobación de los Principios de la HCCH y en el vigésimo aniversario de la Convención de México, el Comité Jurídico Interamericano (CJI) de la Organización de los Estados Americanos (OEA) decidió retomar el tema del derecho aplicable a los contratos internacionales. Por último, en 2019, el Comité Jurídico Interamericano adoptó la “Guía sobre el derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales en las Américas” (la Guía de Contratos de la OEA)⁴⁴⁹.

Varias consideraciones condujeron a ese resultado. Habían transcurrido más de veinte años desde la aprobación de la Convención de México, la cual, como ya se ha comentado, solamente había sido ratificada por dos Estados. Dado que los Principios de la HCCH habían incorporado avances posteriores que aportaban mayor claridad a los problemas del conflicto de leyes y habían introducido soluciones innovadoras, el CJI examinó varias opciones. Decidió no iniciar un proceso de revisión de la Convención de México, ya que negociar y aprobar una convención es un proceso muy complicado y costoso que requiere voluntad política y considerables recursos. Además, otros instrumentos como las leyes modelo y las directrices legislativas pueden desarrollarse mediante un proceso mucho más sencillo y son igualmente eficaces para avanzar en la armonización del derecho internacional privado. El CJI concluyó

⁴⁴⁶ En la sesión diplomática, muchos de los Estados Miembros de la OEA recomendaron la aprobación del documento. La reunión de la Comisión Especial sobre la Elección del Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales tuvo lugar el 16 de noviembre de 2012; El informe está disponible en: <https://assets.hcch.net/docs/735cb368-c681-4338-ae8c-8c911ba7ad0c.pdf>. Fecha de consulta: 6 de mayo de 2022.

⁴⁴⁷ Ley 5393 sobre la ley aplicable a los contratos internacionales, disponible en <<https://www.hcch.net/en/publications-and-studies/details4/?pid=6300&dtid=41>> (consultado el 6 de mayo de 2022).

⁴⁴⁸ Un Tribunal de Apelación argentino también utilizó los Principios de La Haya como herramienta interpretativa incluso antes de su adopción definitiva. *D.G. Belgrano S.A. c. Procter & Gamble Argentina S.R.L.*, Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, 2003.

⁴⁴⁹ Véase, Guía de la OEA, nota 1309 supra.

finalmente que, en esta etapa del desarrollo de los temas del derecho aplicable, sería mucho más efectivo que los Estados Miembros de la OEA adoptaran o revisaran sus leyes nacionales para establecer una cierta concordancia con las directrices aprobadas por la OEA basadas en las normas internacionales y las mejores prácticas reconocidas por la HCCH y otros organismos internacionales pertinentes.

La Guía de Contratos de la OEA concuerda con estos instrumentos, en particular, con la Convención de México y los Principios de la HCCH. Las disposiciones de esos instrumentos (e incluso algunos comentarios sobre los Principios de la HCCH) se han transcrito textualmente en la Guía de Contratos de la OEA para mantener la fidelidad con el texto original.

Al tratar del derecho aplicable en el arbitraje, la Guía de Contratos de la OEA se centra en particular en la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de Nueva York de 1958), la cual fue ratificada o a la que se han adherido casi todos los Estados de las Américas⁴⁵⁰, y en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial, que ha promovido la armonización inspirando reformas jurídicas en las Américas⁴⁵¹. Estas reformas contribuyeron considerablemente a la creciente aceptación en toda la región del principio de autonomía de las partes y al reconocimiento de la utilidad de los instrumentos de derecho uniforme en el ámbito de los contratos comerciales internacionales.

La Guía de Contratos de la OEA tiene varios objetivos y uno de los principales es apoyar la labor de los Estados Miembros de la OEA de modernizar sus leyes nacionales sobre contratos comerciales internacionales de conformidad con las normas internacionales. También presta asistencia a las partes contratantes y a sus abogados en la redacción e interpretación de los contratos comerciales internacionales, y ofrece orientación a jueces y árbitros en la interpretación y complementación de las leyes nacionales, en particular sobre cuestiones relativas a los contratos comerciales internacionales que no se abordan en la legislación nacional⁴⁵².

La Guía de Contratos de la OEA comienza con un resumen de dieciocho recomendaciones específicas dirigidas a legisladores, jueces, partes contratantes y sus asesores. Cada una de estas recomendaciones se desarrolla por capítulos (dieciocho en total) que abordan temas de autonomía de las partes, ausencia de elección y políticas públicas, entre otros. El documento también cuenta con anexos que incluyen lo siguiente: una tabla comparativa entre la Convención de México y los Principios de la HCCH, un cuadro de leyes, un cuadro de casos y una lista de bases de datos y otras fuentes electrónicas.

V. El derecho internacional privado en las demandas de inversión relacionadas con contratos

Únicamente en algunas ocasiones las partes de un contrato y las partes de una disputa basada en un tratado son absolutamente idénticas. En muchas otras ocasiones, las partes en una controversia basada en un tratado tienen simplemente una cierta proximidad con las partes en un contrato. A veces, el inversor extranjero que actúa como demandante concluye acuerdos con una amplia gama de entidades relacionadas con el Estado, como un ministerio o una empresa estatal, que no son formalmente

⁴⁵⁰ Las excepciones son Belize, Grenada, St. Kitts y Nevis, Santa Lucía y Suriname.

⁴⁵¹ Ley Modelo de Arbitraje de la CNUDMI. Estado actual disponible en:

<https://uncitral.un.org/es/texts/arbitration/contractualtexts/arbitration>. Según el sitio web, se ha adoptado legislación basada en el Modelo en los siguientes Estados Miembros de la OEA: Canadá (a nivel federal y en todas las provincias y territorios), Chile, Costa Rica, Estados Unidos (sólo en algunos estados), Guatemala, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Perú, República Dominicana y Venezuela. Argentina también ha promovido una nueva legislación (Ley de Arbitraje, promulgada el 26 de julio de 2018). Uruguay también ha aprobado legislación para adoptar la Ley Modelo (Disponible en: <<http://ciarglobal.com/uruguay-aprobado-por-el-senado-el-proyecto-de-ley-de-arbitraje-comercial-internacional/>> (consultado el 6 de mayo de 2022).

⁴⁵² Véase, Guía de la OEA, nota 1809 supra, página 18.

demandados en el arbitraje de un tratado de inversión. En otros casos, las discusiones en una demanda de inversión se refieren a contratos celebrados entre un demandante y un tercero. De vez en cuando, surgen problemas en relación con contratos celebrados entre el Estado y empresas relacionadas con el inversor extranjero. Además, los contratos de las partes que no intervienen como parte en una controversia sobre inversiones también pueden aparecer en la demanda. Todos estos acuerdos pueden plantear cuestiones de derecho internacional privado.

Algunos contratos de inversión, como los acuerdos de concesión y licencia, tienen un fuerte elemento de derecho público y, en consecuencia, un alcance reducido en el ejercicio de autonomía de las partes⁴⁵³. Las decisiones arbitrales abordaron una variedad de estos contratos, como los acuerdos de concesión para la explotación de un registro nacional de vehículos⁴⁵⁴, prestación de servicios⁴⁵⁵, distribución y comercialización de energía⁴⁵⁶, servicios de distribución de agua potable/desagües y agua⁴⁵⁷, exploración de recursos naturales⁴⁵⁸, contratos de explotación de minas⁴⁵⁹, servicios de telefonía móvil y acuerdos de licencia⁴⁶⁰.

Además, los acuerdos comerciales clásicos también han sido reconocidos como contratos de inversión, tal como el acuerdo de gestión de riesgos financieros (cobertura) examinado en *Deutsche Bank c. Sri Lanka*⁴⁶¹. Otros casos han abordado discusiones relacionadas con arrendamientos⁴⁶², préstamos⁴⁶³ y

⁴⁵³ Los debates a este respecto se abordaron en *Enron Creditors Recovery Corporation (anteriormente Enron Corporation) y Ponderosa Assets, L.P. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/3, Laudo (22 de mayo de 2007), párr. 220. Véase también *Azurix Corp. c. República Argentina* (i), Caso CIADI No. ARB/01/12, Laudo (14 de julio de 2006), párrs. 54, 62, 290; Decisión sobre la Solicitud de Anulación de la República Argentina (1 de septiembre de 2009), párr. 134 (f).

⁴⁵⁴ *Talsud S.A. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/04/4, Laudo (16 de junio de 2010), párrafos 4-44.

⁴⁵⁵ *IBM World Trade Corporation c. República del Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/02/10, Decisión sobre Jurisdicción y Competencia (22 de diciembre de 2003), párrafos 54-63.

⁴⁵⁶ *Naturgy Energy Group, S.A. and Naturgy Electricidad Colombia S.L. c. República de Colombia*, Caso CIADI No. UNCT/18/1, Laudo (12 de marzo de 2021), párrafo 1.

⁴⁵⁷ *Azurix Corp. c. República Argentina*, Caso CIADI núm. ARB/01/12, Laudo de fecha (14 de julio de 2006), párrafos 41, 114-119; *Impregilo S.p.A. c. República Argentina*, Caso CIADI núm. ARB/07/17, Laudo de fecha (21 de junio de 2011), párrafos 14-15, 322-323.

⁴⁵⁸ *Chevron Corporation (USA) and Texaco Petroleum Company (USA) c. República de Ecuador*, UNCITRAL, Caso No. 34877 de la Corte Permanente de Arbitraje, Laudo parcial sobre el fondo (30 de marzo de 2010), párrafos 33, 448-451; *Chevron Corporation and Texaco Petroleum Company c. República de Ecuador (II)*, Caso No. 2009-23 de la Corte Permanente de Arbitraje (PCA), Tercer laudo interino sobre jurisdicción y admisibilidad (27 de febrero de 2012), párrafos 3.7-3.12.

⁴⁵⁹ *Crystallex International Corporation c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB(AF)/11/2, Laudo (4 de abril de 2016), párrafos 18-20, 205, 481-483, 698-700.

⁴⁶⁰ *Enron Corporation y Ponderosa Assets, L.P. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/3, Decisión sobre Competencia (Demanda Auxiliar), (2 de agosto de 2004), párrafos 23, 47-52, Laudo (22 de mayo de 2007), párrafos 43, 151-155; *Ulysseas, Inc. c. República del Ecuador*, CNUDMI, Laudo Provisional (28 de septiembre de 2010), párrafos 67-72, 149-163.

⁴⁶¹ *Deutsche Bank A.G. c. República Socialista Democrática de Sri Lanka*, Caso CIADI n.º ARB/09/2, Laudo (31 de octubre de 2012), párrafos 12-14.

⁴⁶² *Mamidoil Jetoil Greek Petroleum Products Societe S.A. c. República de Albania*, Caso CIADI número ARB/11/24, Laudo (30 de marzo de 2015), párrafos 81, 648.

⁴⁶³ *Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. c. The Slovak Republic*, Caso CIADI No. ARB/97/4, Laudo (29 de diciembre de 2004), párrafos 30-31, 239-257, 272-278, 303-313.

otros acuerdos de crédito⁴⁶⁴, acuerdos de prenda⁴⁶⁵, acuerdos de compra de electricidad⁴⁶⁶, acuerdos de subcontratación⁴⁶⁷, acuerdos de privatización⁴⁶⁸, acuerdos de liquidación⁴⁶⁹, acuerdos de empresas mixtas y asociaciones⁴⁷⁰, acuerdos de compra de acciones⁴⁷¹, contratos de fideicomiso⁴⁷² y muchos otros⁴⁷³.

Los formularios contractuales estándar, como los proporcionados por la Federación Internacional de Ingenieros Consultores (FIDIC) en relación con los contratos internacionales de construcción⁴⁷⁴ también se abordaron en controversias internacionales sobre inversiones⁴⁷⁵. Asimismo, las demandas en materia de inversiones pueden plantear discusiones en relación con acuerdos que no son contratos de inversión *per se*⁴⁷⁶.

Los asuntos contractuales abordados en las demandas de inversión suelen referirse a la elección del derecho aplicable y las cláusulas de resolución de litigios, las disposiciones sobre ajuste monetario,

⁴⁶⁴ *Waste Management, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos ("Número 2")*, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/3, Laudo (30 de abril de 2004), párrafos 50-51, 102-103, 118-129.

⁴⁶⁵ *Hassan Awdi, Enterprise Business Consultants, Inc. y Alfa El Corporation c. Rumania*, Caso CIADI No. ARB/10/13, Laudo (02 de marzo de 2015), párrafos 58-60, 220-221, 368-383.

⁴⁶⁶ *Mercer International Inc. c. Gobierno de Canadá*, Caso CIADI No. ARB(AF)/12/3, Laudo (6 de marzo de 2018), párrafos 3.82-3.85.

⁴⁶⁷ *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company c. República de Ecuador (ii)*, CIADI Caso No. ARB/06/11, Laudo (5 de octubre de 2012), párrafos 92, 127-134, 331, 386.

⁴⁶⁸ *Telefónica S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/20, Decisión del Tribunal sobre Excepciones a la Jurisdicción, (25 de mayo de 2006), párrafo 87.

⁴⁶⁹ *Noble Ventures, Inc. c. Rumania*, Caso CIADI n° ARB/01/11, Laudo (12 de octubre de 2005), párrafos 198-202.

⁴⁷⁰ *Société Générale in respect of DR Energy Holdings Limited y Empresa Distribuidora de Electricidad del Este, S.A. c. República Dominicana*, Caso No. UN 7927 de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA), Laudo sobre Excepciones Preliminares a la Jurisdicción (19 de septiembre de 2008), párrafos 46-47.

⁴⁷¹ *Swisslion DOO Skopje c. Antigua República Yugoslava de Macedonia*, Caso del CIADI n.º ARB/09/16, Laudo (06 de julio de 2012), párrafos 180-181.

⁴⁷² *Empresa Eléctrica del Ecuador, Inc. (EMELEC) c. República del Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/05/9, Laudo (2 de junio de 2009), párrafos 53, 86 y siguientes.

⁴⁷³ Tales como un contrato de usufructo (*Railroad Development Corporation (RDC) c. República de Guatemala*, Caso CIADI No. ARB/07/23, Laudo (29 de junio de 2012), párrafos 82-84), un denominado "acuerdo de hoja de ruta" como acuerdo específico que evidencia compromisos por parte del Estado para permitir un proyecto de inversión (*Marion Unglaube c. República de Costa Rica*, Caso CIADI No. ARB/08/1, Laudo (16 de mayo de 2012), párrs. 75-76, 170; 185-191, 250 y *Reinhard Unglaube c. República de Costa Rica*, Caso CIADI núm. ARB/09/20, Laudo (16 de mayo de 2012), párrafos 75-76, 170; 185-191, 250), un contrato sobre control de inmigración, identificación personal e información electoral (*Siemens A.G. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/8, Decisión sobre Competencia (3 de agosto de 2004), párrafos 23-25, 174-180, Laudo (6 de febrero de 2007, párrafos 128-150), acuerdo de donación de parcelas de tierra (*Marion Unglaube c. República de Costa Rica*, Caso CIADI No. ARB/08/1, Laudo (16 de mayo de 2012), párrafos 49-59, 170-197; *Reinhard Unglaube c. República de Costa Rica*, Caso CIADI No. ARB/09/20, Laudo (16 de mayo de 2012), párrafos 49-59, 170-197), acuerdo de financiación (financiación por terceros) (*Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. y Autobuses Urbanos del Sur S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI número ARB/09/1; Decisión sobre Jurisdicción (21 de diciembre de 2012), párrafos 239-259; Laudo (21 de julio de 2017), párrafos 224-233).

⁴⁷⁴ Estos formularios los facilita la Federación Internacional de Ingenieros Consultores. Véase en <<https://fidic.org/node/7089>> (consultado el 20 de mayo de 2022).

⁴⁷⁵ Véase *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. c. República Islámica de Pakistán*, Caso CIADI No. ARB/03/29, Decisión sobre jurisdicción (14 de noviembre de 2005), párrafos 14-15.

⁴⁷⁶ Como sucedió en *Daimler Financial Services A.G. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/05/1, Laudo (22 de agosto de 2012), párrafos 146-153; *MNSS B.V. y Recupero Credito Acciaio N.V. c. Montenegro*, Caso CIADI No. ARB(AF)/12/8, Laudo (4 de mayo de 2016), párrafos 158-159, 164.

exclusividad, fuerza mayor, limitación de responsabilidad o cláusulas de exención de responsabilidad, discrepancia lingüística, notificación, penalización, precio, renegociaciones, cláusulas de estabilización y equilibrio económico, cláusulas de rescisión y otras cuestiones interpretativas.

Los instrumentos de derecho internacional privado analizados algunas páginas atrás, como el tratado Roma I y la Convención de México, pueden ser de gran ayuda para abordar estas y otras cuestiones contractuales planteadas en las demandas de inversión extranjera. Lo mismo ocurre con el derecho uniforme, al que se hará referencia en el próximo capítulo.

También surgen problemas interesantes en relación con el aspecto "incidental o preliminar". En el derecho internacional privado, la discusión sobre la "cuestión incidental o preliminar" surge cuando una norma de derecho atribuye efectos específicos a un estatuto o relación jurídica existente. Cuando los órganos judiciales deben pronunciarse sobre una cuestión jurídica, pueden verse obligados a decidir en primer lugar sobre el estatuto o la relación presupuesta si se discute su existencia o validez⁴⁷⁷. Por ejemplo, una demanda sobre el registro de acciones (cuestión principal) puede requerir una decisión previa sobre la validez del contrato sobre su transferencia (cuestión preliminar o incidental).

La cuestión, planteada por primera vez en la década de 1930, es controvertida en los tribunales nacionales en cuanto a la aplicación de la *lex fori* o la *lex causae*, y no puede formularse una preferencia clara *in abstracto*. No obstante, es evidente que, tal como se establece en el artículo 8 de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, "[l]as cuestiones previas, preliminares o incidentales que puedan surgir con motivo de una cuestión principal no deben resolverse necesariamente de acuerdo con la ley que regula esta última".

En las demandas relativas a tratados de inversión, pueden surgir controversias sobre la competencia para conocer de una demanda por incumplimiento de un contrato internacional de inversión. El tribunal debe entonces interpretar el acuerdo, lo que puede implicar también, por ejemplo, evaluar una normativa medioambiental que modifique los derechos contractuales. El inversionista puede considerar que la normativa es incompatible con la protección del tratado de inversión. En este caso, el derecho internacional público puede aplicarse a una cuestión incidental planteada en el contexto de una reclamación contractual. Si no se considera una violación de derecho internacional público, se aplicarán las normas jurídicas que rigen el contrato de conformidad con el derecho internacional privado⁴⁷⁸.

A este respecto, la noción de cuestión incidental o preliminar en derecho internacional privado puede proporcionar un marco teórico de trabajo para aplicar el derecho adecuado. Además, la conceptualización del asunto como cuestión incidental puede permitir que se haga justicia sin bloquear un procedimiento en el arbitraje de tratados de inversión. El tribunal arbitral puede decidir sobre su competencia sin esperar a que la cuestión sea resuelta por otro órgano sentenciador.

VI. Capacidad

La capacidad en los contratos internacionales no está regulada en los Principios de la HCCH y no existe ningún principio universal al respecto. De las normas de derecho internacional privado se desprenden perspectivas divergentes. Muchas jurisdicciones consideran la capacidad como una cuestión de estatus personal, mientras que el *Restatement (Second) of Conflict of Laws* la considera una cuestión de *lex contractus* [ley del contrato].

⁴⁷⁷ *América Móvil S.A.B. de C.V. c. República de Colombia*, Caso CIADI No. ARB(AF)/16/5, Laudo (7 de mayo de 2021), párrafos 413-415.

⁴⁷⁸ La cuestión se abordó en *AGIP S.p.A. c. Gobierno de la República Popular del Congo*, 1 CIADI Rep 306.

Además, en las legislaciones nacionales existen distintos enfoques para determinar el derecho aplicable a una persona física y a las personas jurídicas (la *lex societatis*, en particular). Algunos instrumentos internacionales también abordan la materia.

En América Latina, el Tratado de Montevideo de 1940 adoptó como su criterio el derecho del país en el que la sociedad era reconocida como persona jurídica. El Tratado de Montevideo de 1989 cambió este enfoque y adoptó un nuevo criterio a favor de la ley del país en el que la sociedad está domiciliada. Según el Código Bustamante, la ley aplicable es la del lugar en el que se constituyó la empresa.

A su vez, en 1979 la OEA impulsó la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Sociedades Comerciales, que establece el lugar de constitución como factor de vínculo (artículo 2). Una norma idéntica se desprende de la Convención Interamericana sobre Personalidad y Capacidad de las Personas Jurídicas en Derecho Internacional Privado de 1984, que se refiere a la "ley del lugar de su constitución" (artículo 2).

En el ámbito mundial, el Convenio de HCCH sobre el Reconocimiento de la Personalidad Jurídica de las Sociedades, Asociaciones y Fundaciones Extranjeras incluye criterios idénticos en su artículo I, aunque no recibió ratificaciones suficientes para entrar en vigor⁴⁷⁹.

Del mismo modo, el Instituto de Derecho Internacional formuló la siguiente recomendación:

Una sociedad reconocida de conformidad con las disposiciones precedentes goza de todos los derechos que le confiere el derecho por el cual se rige, excepto los derechos que el Estado por el que está reconocida se niegue a conceder a los extranjeros en general o a las sociedades del mismo tipo regidas por su propia ley⁴⁸⁰.

El asunto fue abordado por la Corte Internacional de Justicia en el caso *Barcelona Traction* de 1970. El Tribunal declaró:

[E]l derecho internacional ha tenido que reconocer a la sociedad anónima como una institución creada por los Estados en un ámbito que es esencialmente de su jurisdicción interna. Este reconocimiento exige que el derecho internacional se remita a las normas pertinentes del derecho interno siempre que se planteen cuestiones jurídicas relativas a los derechos de los Estados en relación con el tratamiento de las sociedades y los accionistas y respecto de las cuales el derecho internacional no haya establecido sus propias normas⁴⁸¹.

Las cuestiones de capacidad pueden plantearse técnicamente en el arbitraje de inversiones, aunque rara vez lo hacen en la práctica. En el primero de los casos *Amco c. Indonesia*, el tribunal sostuvo que "se debe aplicar la ley del Estado de constitución para determinar si dicha sociedad, aunque disuelta, sigue siendo una entidad jurídica vigente para algún fin jurídico especificado"⁴⁸². En este caso, el tribunal eligió el lugar de constitución como factor de conexión.

⁴⁷⁹ Convenio de 10 de junio de 1956 sobre el Reconocimiento de la Personalidad Jurídica de las Sociedades, Asociaciones y Fundaciones Extranjeras, disponible en: <<https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=36>> (consultado el 9 de mayo de 2022).

⁴⁸⁰ Sesión de Varsovia, 1965. Las sociedades limitadas en el derecho internacional privado. Artículo 6 <https://www.idi-iiil.org/app/uploads/2017/06/1965_var_02_fr.pdf> Fecha de consulta: 17 de septiembre de 2023).

⁴⁸¹ *Caso relativo a la Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Bélgica c. España)*, Fallo, 5 de febrero de 1970, Corte Internacional de Justicia, Rep. 3, párrafo 38.

⁴⁸² 202 (Excepciones preliminares) 1 CIADI Rep 543, p. 562.

La *lex societatis* rige la capacidad de una persona jurídica para presentar una demanda ante un tribunal de un tratado de inversión⁴⁸³. Sin embargo, el criterio de vinculación puede variar en las legislaciones nacionales entre el lugar de constitución y la sede de la persona jurídica⁴⁸⁴.

A pesar de las diferencias que existen entre las distintas legislaciones nacionales e instrumentos internacionales, todos ellos comparten un objetivo común: determinar el derecho que guarda un vínculo más estrecho con el caso, sin tener que recurrir a la *lex fori* [Ley del Estado de la autoridad que conoce de una controversia o situación privada internacional]. Esta cuestión debe distinguirse del debate sobre si una empresa demandante cumple los requisitos de nacionalidad en virtud del acuerdo internacional de inversión aplicable a efectos jurisdiccionales.

VII. Agravios y otros instrumentos internacionales sobre conflicto de leyes

A. Agravios

En las Américas, los Tratados de Montevideo siguen la norma tradicional de *lex loci delicti* [la ley del lugar donde se cometió el acto ilícito] (artículo 38 del Tratado de 1889 y artículo 43 del Tratado de 1940)⁴⁸⁵. A su vez, el artículo 167 del Código Bustamante establece que las “obligaciones originadas por delitos o faltas se sujetan al mismo derecho que el delito o falta de que procedan”. En Estados Unidos, la regla clásica de *lex loci delicti*, incluida en el artículo 377 del primer *Restatement of Conflict of Laws* de Beale de 1934, fue descartada en la jurisprudencia y la práctica jurídica. En su lugar, se debe determinar la ley propia del delito teniendo en cuenta su centro de gravedad o los contactos más significativos.

A escala mundial, la HCCH abordó la cuestión de la ley aplicable a los agravios en dos convenios: el Convenio de la HCCH del 4 de mayo de 1971 sobre la “Ley aplicable en materia de accidentes de circulación por carretera”⁴⁸⁶, y el Convenio de la HCCH de 2 de octubre de 1973 sobre la “Ley aplicable a la responsabilidad por productos defectuosos”⁴⁸⁷.

Le siguió el Reglamento Roma II, que estableció por primera vez en la historia moderna normas extracontractuales aplicables a todos los Estados Miembros de la Unión Europea, con excepción de Dinamarca. El artículo 28 del Reglamento Roma II establece que los dos Convenios de La Haya prevalecen sobre las normas de sus respectivos Estados contratantes.

⁴⁸³ *Impregilo S.p.A. c. República de Pakistán, Caso CIADI ARB/03/3*, (Objeciones preliminares) 12 CIADI Rep 245, 269-70/115-24; (*semble*, parecería) *Amco Asia Corporation and others c. República de Indonesia, Caso CIADI No. ARB/81/1, No. 2* (Objeciones preliminares) 1 CIADI Rep 543, 562; *Consortium Groupement L.E.S.I.-DIPENTA c. República Argelina Democrática y Popular, Caso CIADI No. ARB/03/8*, (Objeciones preliminares) paras 38(ii), 39. (*Semble*, parecería): *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. c. República Unida de Tanzania, Caso CIADI n° ARB/05/22*, (Fondo) párrafo 323.

⁴⁸⁴ Por ejemplo, en los Países Bajos, la ley de constitución determina la facultad de la persona jurídica “para realizar actos y actuar en derecho”, y en Suiza regula la “capacidad para poseer y ejercer derechos y obligaciones”. En Alemania, la doctrina de la “sede real” determina la personalidad jurídica de la empresa y su capacidad procesal. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sostuvo que esta norma de elección del derecho es incompatible con la libertad de establecimiento garantizada en el Tratado de la Comunidad Europea. En ese caso, los tribunales alemanes no reconocieron la legitimación de una sociedad que se había constituido en los Países Bajos pero cuya sede se había determinado en Alemania. Véase, *Überseering B.V. y Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)* (2002) Rec. I-09919. 200 Sesión de Varsovia, 1965.

⁴⁸⁵ *Lex loci delictus*, también conocida como *lex loci delicti*, es el término latino que significa “ley del lugar donde se cometió el delito”. Sostiene que se aplica la ley sustantiva del lugar donde se produce el daño.

⁴⁸⁶ En vigor desde 1975. Sobre su estado de adopción, véase:

<<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=81>> (consultado el 9 de junio de 2022).

⁴⁸⁷ En vigor desde 1977. Sobre su estado de adopción, véase en:

<<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=84>> (consultado el 20 de mayo de 2022).

La regla general de *lex loci delicti* ha permanecido constante a lo largo de esta evolución, con ciertas excepciones a la autonomía de las partes, tanto mediante una elección *ex post* [a posteriori] como *ex ante* [con anterioridad] (en determinadas circunstancias) de la ley aplicable. En los litigios relacionados con agravios, los tribunales en materia de inversiones han aplicado la ley del agravio, de conformidad con los principios generalmente aceptados del derecho internacional privado⁴⁸⁸.

B. Propiedad

En materia de propiedad, tanto los Tratados de Montevideo sobre Derecho Mercantil Internacional (artículo 26 del Tratado de 1889 y artículo 32 del Tratado de 1940) como el Código Bustamante (artículo 105) aplican la *lex loci rei sitae*.

Los instrumentos internacionales pertinentes, como la Convención de México y la Convención de La Haya, no abordan cuestiones relacionadas con la propiedad en los contratos. El comentario 1.31 de los Principios de la HCCH establece que éstos “solo determinan el derecho aplicable a los derechos y obligaciones mutuos de las partes, pero no el aplicable a los derechos reales”, es decir, no abordan cuestiones tales como si la transferencia transmite realmente derechos de propiedad sin necesidad de otras formalidades, o si el comprador adquiere la propiedad libre de derechos y reclamaciones de terceros. Estos aspectos suelen regirse por las leyes nacionales específicas de las transmisiones⁴⁸⁹.

En el arbitraje de inversiones, la ley del Estado receptor, incluidas sus normas de derecho internacional privado, se aplica a la existencia o alcance de los derechos de propiedad. Esta solución originada en el derecho internacional privado se aplicó en varios casos⁴⁹⁰, ya que el derecho internacional público no proporciona normas sustantivas de derecho de propiedad⁴⁹¹.

El principio de *lex situs* [ley del Estado donde se encuentran los activos] se aplica a los asuntos relacionados con bienes tangibles. Por ejemplo, el derecho interno del país regirá para definir el alcance del derecho de un acreedor hipotecario sobre los bienes tangibles que constituyen la inversión. Los bienes intangibles reciben un tratamiento diferente en los distintos sistemas de derecho internacional privado. En algunos se aplica la ley del domicilio del deudor y en otros la del domicilio del acreedor. Cuando se aplica la ley del deudor y el deudor está domiciliado en el Estado receptor, se puede disponer de los regímenes de protección de las inversiones⁴⁹².

Si la inversión es en acciones, la protección de la inversión también puede surgir cuando éstas han sido adquiridas de conformidad con la legislación de la jurisdicción en la que se constituyó la sociedad. En el Reino Unido, la propiedad legal comienza una vez que la inversión se inscribe en el registro de acciones. Sin embargo, para que se produzca el registro, no basta con aceptar la entrega de los certificados de acciones, como ocurriría en otras jurisdicciones como Nueva York.

⁴⁸⁸ *Lex loci rei sitae* (en latín, "ley del lugar donde está situado el bien"), también conocida como *lex situs*, es la doctrina según la cual el derecho rige la transferencia del título de propiedad depende de la ubicación del bien y varía en función de ésta. Véase *Isiah c. Bank Mellatt*, Caso 35-219-2 (30 de marzo de 1983), 2 Irán-Estados Unidos CTR 232; *Sea-Land Service, Inc. c. Irán*, Caso 135-33-1 (22 de junio de 1984), 6 Irán – Estados Unidos CTR 149.

⁴⁸⁹ Véase también la Guía de la OEA, nota 1309 supra, p. 89.

⁴⁹⁰ *EnCana c. Ecuador*, Fondo, 12 CIADI 427, 476-7/184- 8; *BG c. Argentina*, Fondo, párrafos 102, 117; *Victor Pey Casado y Fundación Presidente Allende c. República de Chile*, Caso CIADI N° ARB/98/2, Laudo (08 de mayo de 2008), párrafos 179-230.

⁴⁹¹ Los tratados tampoco lo hacen. Una excepción de tratado internacional que sí crea y regula derechos reales es el Convenio de UNIDROIT relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil, disponible en: <www.unidroit.org/english/conventions/mobile-equipment/mobile-equipment.pdf> (consultado el 20 de mayo de 2022).

⁴⁹² *EnCana c. Ecuador*, Fondo, 12 CIADI 427.

C. Bonos y préstamos

La regulación internacional es escasa en cuestiones relacionadas con bonos y préstamos. La Sociedad de Naciones promovió el Convenio que establece una ley uniforme sobre letras de cambio y pagarés (Ginebra, 1930) después de que la HCCH fracasara en su intento de regular esta materia en 1910 y 1912. Sin embargo, el instrumento fue ratificado por 27 países, la mayoría de Europa - ninguno de África, Oceanía y sólo unos pocos de Asia⁴⁹³. Brasil fue el único país de las Américas que se adhirió al Convenio, que fue aprobado 22 años después de que el instrumento fuera presentado al Secretario General de la Sociedad de Naciones⁴⁹⁴.

Por su parte, la Convención de las Naciones Unidas sobre Letras de Cambio Internacionales y Pagarés Internacionales (Nueva York, 1988) no recibió las ratificaciones necesarias para entrar en vigor⁴⁹⁵.

A nivel regional, los Tratados de Montevideo contenían disposiciones sobre letras de cambio y pagarés (artículos 26 y 34 del Tratado de 1889 y artículos 32 y 33 del Tratado de 1940). El Código Bustamante también aborda las letras de cambio en sus artículos 263-273.

La Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en materia de Letras de Cambio, Pagarés y Facturas, adoptada en la CIDIP-I en 1975, sustituyó con su reglamento las citadas normas de Montevideo y Bustamante para aquellos Estados que ratificaron el instrumento de la OEA.

Los apartados (c) y (d) del artículo 5 de la Convención de México excluyen las obligaciones provenientes de títulos de crédito y las obligaciones provenientes de la venta, transferencia o comercialización de títulos en los mercados de valores. Los Principios de la HCCH no contienen una disposición similar. Roma I trata sobre garantías, así como las prendas u otros derechos de garantía sobre los derechos en su artículo 14.

Un informe de la Comisión de la Cámara de Comercio Internacional de 2016 señala que la localización de una inversión en un proyecto de infraestructura con el fin de determinar si se aplica un tratado de inversión es diferente de la localización de instrumentos financieros, como bonos y préstamos. En este último caso, deben considerarse factores de vinculación específicos⁴⁹⁶. Se pueden elaborar instrumentos financieros transnacionales para evitar problemas de conflictos de leyes mediante la inclusión de cláusulas de elección del derecho y de elección de foro. Los préstamos que no incluyan una cláusula de elección de derecho estarán sujetos a la *lex contractus*. Los bonos que no contengan una cláusula de elección de derecho pueden presumirse razonablemente sujetos a la ley del mercado en el que se emitió el bono, ya que tiene la conexión más estrecha con el bono.

D. Operaciones garantizadas

Los Tratados de Montevideo y el Código Bustamante se consideran generalmente las primeras normas de derecho internacional privado que abordan las garantías reales sobre bienes muebles.

⁴⁹³ Véase en: <<https://legacarta.intracen.org/instrument/184980-convention-providing-uniform-law-bills-exchange-promissory-notes/#:~:text=The%20League%20of%20Nations%20Geneva,laws%20related%20to%20these%20documents>> (consultado el 9 de mayo de 2022).

⁴⁹⁴ La aprobación legislativa se concedió en 1964, mediante el Decreto Legislativo n° 54 de 1964, y finalmente entró en vigor mediante el Decreto n° 57.663 de 24 de enero de 1966.

⁴⁹⁵ Véase en: <https://uncitral.un.org/en/texts/payments/conventions/bills_of_exchange/status> (consultado el 9 de mayo de 2022).

⁴⁹⁶ Informe de la Comisión de la ICC, Instituciones financieras y arbitraje internacional, Cámara de Comercio Internacional (ICC) 2016, <<https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2016/11/icc-financial-institutions-and-international-arbitration-icc-arbitration-adr-commission-report.pdf>> (consultado el 9 de mayo de 2022), p. 6.

En el ámbito mundial, hubo varios intentos tempranos de desarrollar un sistema de reconocimiento internacional de los derechos de garantía, como el “Convenio internacional para la unificación de ciertas reglas relativas a los privilegios e hipotecas marítimos” del 10 de abril de 1926⁴⁹⁷, el Convenio internacional sobre los privilegios marítimos y la hipoteca naval del 6 de mayo de 1993⁴⁹⁸, y el Convenio relativo al reconocimiento internacional de derechos sobre aeronaves de Ginebra de 1948⁴⁹⁹.

Más recientemente, el UNIDROIT, la HCCH y la CNUDMI han promovido activamente una serie de instrumentos que abordan las operaciones garantizadas⁵⁰⁰. Del mismo modo, la OEA también ha elaborado un instrumento regional que continúa promoviendo en las Américas⁵⁰¹.

De estos instrumentos se desprenden tanto normas de conflicto de leyes como "derecho uniforme" (es decir, soluciones propuestas de derechos sustantivos directos). Por ejemplo, el Convenio de Ciudad del Cabo (Convenio relativo a Garantías Internacionales sobre Elementos de Equipo Móvil de fecha 16 de noviembre de 2001) intentó crear garantías reales uniformes registradas internacionalmente sobre elementos de equipo móvil, y por medio de sus protocolos se extiende a equipos aeronáuticos, material ferroviario rodante, bienes espaciales y equipos mineros agrícolas y de construcción⁵⁰². El Convenio de Ciudad del Cabo es un gran éxito y ha sido ratificado por 85 Estados⁵⁰³.

VIII. Los problemas del derecho internacional privado “ortodoxo”

⁴⁹⁷ Convenio internacional para la unificación de ciertas reglas relativas a los privilegios e hipotecas marítimos, 1926.

⁴⁹⁸ Convenio internacional sobre los privilegios marítimos y la hipoteca naval, 1993. Disponible en: <https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XI-D-4&chapter=11&clang=_en> (consultado el 9 de mayo de 2022)

⁴⁹⁹ Convenio relativo al reconocimiento internacional de derechos sobre aeronaves, 1948. Para mayor información: <<https://treaties.un.org/pages/showDetails.aspx?objid=080000028014032c>> <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%20310/volume-310-I-4492-Other.pdf> [Tr. texto en español] (consultado el 9 de mayo de 2022).

⁵⁰⁰ Como el Convenio de UNIDROIT sobre el Factoraje Internacional (Ottawa, 1988), el (Ottawa, 1988), la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional (Nueva York, 2001, la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre las Operaciones Garantizadas (2007) y el Suplemento relativo a las garantías reales sobre propiedad intelectual (2010), la Ley Modelo UNIDROIT sobre Arrendamiento Financiero (2008), el Convenio sobre la ley aplicable a ciertos derechos sobre valores depositados en un intermediario (La Haya, 2006), elaborado por la Conferencia de La Haya, el Convenio del UNIDROIT sobre las Normas de Derecho Material aplicables a los Valores Intermediados (Ginebra, 2009), el Convenio de "Ciudad del Cabo" y sus Protocolos, a los que se hace referencia en la nota siguiente. Para mayor información sobre la complementariedad de estos instrumentos, véase: Textos sobre garantías reales preparados por la CNUDMI, la Conferencia de La Haya y el UNIDROIT: Comparación y análisis de las principales características de los instrumentos internacionales relativos a las operaciones garantizadas. Véase en: <<https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/uncitral-hcch-unidroit-s.pdf>> Fecha de consulta: 9 de mayo de 2022.

⁵⁰¹ Ley Modelo Interamericana Sobre Garantías Mobiliarias. Reglamento Modelo para el Registro https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/Garantias_Mobiliarias_Ley_Modelo_Interamericana_Reglamento_Modelo.pdf

⁵⁰² Cape Town Convention on International Interests on Mobile Equipment and its Protocol specific to matters relating to aircraft equipment (Aircraft Protocol, entered into force in 2006). Additional Protocols that are not yet in effect deal with other matters such as the financing of railway rolling stock (Luxembourg Rail Protocol), space assets (Space Protocol), and agricultural, mining and construction equipment (Pretoria MAC Protocol). See <https://www.unidroit.org/secured-transactions>.

⁵⁰³ Los Protocolos adicionales que aún no han entrado en vigor se refieren a otros temas como el espacio, los ferrocarriles, la agricultura, la minería y los equipos de construcción. Véase en: <<https://www.unidroit.org/secured-transactions>> (consultado el 17 de junio de 2022).

El derecho internacional privado ha sido criticado por ser excesivamente técnico, centrado en los procesos y, sobre todo, una cuestión de derecho interno. A menudo se ha calificado a los expertos en derecho internacional privado de "conflictualistas" más que de "internacionalistas", obsesionados con la nacionalización de las relaciones internacionales.

Las dificultades del conflictualismo son evidentes. Las normas nacionales de conflicto de leyes son muy divergentes, y la idea de un tratado universal en la materia ha sido un sueño imposible. Por lo tanto, existe una notoria incertidumbre sobre la ley aplicable.

Además, en muchas partes del mundo, como en Rusia, Indonesia, China o América Latina, a menudo es imposible emitir una opinión sobre la legislación nacional o predecir una decisión judicial. Algunos códigos o leyes pueden ser tan antiguos o estar tan modificados que es imposible saber si el texto que tenemos entre manos es el adecuado. En algunas partes del mundo, esto se ve agravado por el problema de la corrupción, lo cual hace que la jurisprudencia no sea confiable y la resolución judicial impredecible.

A menudo, las peculiaridades locales, la legislación, la jurisprudencia y la evolución doctrinal sólo pueden ser tratadas adecuadamente por los órganos sentenciadores y las partes que ejercen en esa jurisdicción nacional, y la situación se complica aún más cuando una de las partes no procede de la misma tradición jurídica⁵⁰⁴. Un conocido estudio realizado por Max Rheinstein llegó a la conclusión de que los órganos decisorios se equivocaron en la aplicación de la ley en 36 de los 40 casos incluidos en un importante libro de jurisprudencia sobre derecho internacional privado. En los otros cuatro casos, el resultado fue correcto, pero con fallas en el razonamiento. Evidentemente, un órgano decisorio que no esté familiarizado con un sistema jurídico nacional determinado puede equivocarse al aplicar una ley que simplemente no comprende.

En varios contextos, la aplicación de la ley nacional es muy inadecuada, como cuando una transacción tiene tantos componentes internacionales que un sistema jurídico nacional no puede regirla.

La nueva realidad del ciberespacio también deja sin fundamento las concepciones territoriales que son fundamentales para la aplicación de la mayoría de las leyes nacionales.

Además, las normas de conflicto de leyes recompensan a aquellos que buscan el "foro más conveniente" que, cuando es factible, litigan en lugares con normas que favorecen sus demandas, lo que frustra la búsqueda de certidumbre y previsibilidad en las transacciones. Además, con frecuencia, ante el dilema entre "justicia conflictual" y "justicia material", los órganos decisores tratan de eludir por completo la cuestión escapando hacia conceptos como la caracterización, el orden público internacional y el *fraude à la loi* [fraude a la ley]. Incluso se han invocado los derechos humanos para "limitar" lo que los Estados pueden hacer en casos de derecho internacional privado. Una decisión histórica en este sentido fue la dictada por el Tribunal Constitucional alemán en 1971⁵⁰⁵, a la que siguieron otras como la de la *Corte di Cassazione* italiana en 1987⁵⁰⁶, y la de la Corte de Justicia de la Unión Europea⁵⁰⁷.

Fallos como los descritos en los párrafos anteriores llevan a los defensores del derecho internacional privado ortodoxo a un pluralismo metodológico como se refleja a continuación.

IX. Evolución reciente

⁵⁰⁴ En relación, por ejemplo, con los términos "consideración", "cláusulas implícitas", "falsa declaración" o "frustración".

⁵⁰⁵ Decisión de 4 de mayo de 1971, BVerfGE 31, 58 (Spanierenentscheidung).

⁵⁰⁶ Decisión de 26 de febrero de 1897, Corte Costituzionale, n° 71/1987.

⁵⁰⁷ Por ejemplo, se refirió a las cuatro libertades (de circulación, de personas, de servicios y de capitales) y al principio de no discriminación para garantizar el reconocimiento de una sociedad en los Estados Miembros (*Centros c. Erhvervs-og Selskabsstyrelsen*, Caso C-212/97, 1999, ECR-I, 1459).

Los movimientos de nacionalización interna y la consolidación de los Estados modernos a lo largo del siglo XIX provocaron un auge en el ámbito del derecho internacional privado, entendido como una disciplina destinada a resolver los "conflictos de leyes nacionales". En un plano teórico, la base del "conflictualismo" ortodoxo ha sufrido numerosos ataques, y el sistema se ha mostrado ineficaz para responder a las necesidades de la actividad comercial transnacional. En el mundo actual, sin embargo, las cosas están cambiando. El derecho internacional privado es capaz de responder a las necesidades de un mundo "multijurisdiccional", caracterizado por la permeabilidad de las fronteras nacionales, la creciente interconexión de las sociedades y las economías, así como la internacionalización de las vidas individuales.

Los cambios contemporáneos dentro del derecho internacional privado son importantes y tienen repercusiones de gran alcance. La autonomía de las partes se ha consolidado como un principio dentro de los contratos internacionales. Como tal, las partes pueden evitar eficazmente el "conflictualismo" imprevisible que puede producirse en las transacciones internacionales mediante la incorporación de disposiciones claras sobre la elección del derecho aplicable en sus acuerdos.

Además, el campo del arbitraje se ha convertido en un medio muy extendido para resolver disputas comerciales, proporcionando a los árbitros poderosas herramientas para llegar a decisiones adecuadas más allá de la aplicación automática de las leyes nacionales de acuerdo con los mecanismos de conflicto de leyes.

Las organizaciones internacionales han respondido a la necesidad de armonizar las normas que rigen las actividades comerciales transfronterizas y, de este modo, dejar atrás el anticuado "conflictualismo" existente en este campo. Entre la destacada labor por proponer normas que rijan las transacciones comerciales internacionales cabe citar las de UNIDROIT, creadas en 1926 bajo los auspicios de la entonces Sociedad de Naciones, la CNUDMI, establecida por las Naciones Unidas en 1966, y organizaciones privadas como la Cámara de Comercio Internacional (ICC)⁵⁰⁸.

Esta evolución va de la mano de la creciente "flexibilización" de las normas de conflicto de leyes para adaptar mejor el análisis jurídico a las necesidades particulares del caso. Por ejemplo, el artículo 15.1 del Código de Derecho Internacional Privado (CPIL) de Suiza de 1987 establece lo siguiente: "La ley designada por el presente Código no se aplicará en aquellas situaciones excepcionales en las que, a la luz de todas las circunstancias, sea manifiesto que el caso solo presenta un vínculo muy limitado con dicha ley y presenta un vínculo mucho más estrecho con otra ley".

Además de la creciente "diferenciación" y "flexibilización" dentro del derecho internacional público, en los últimos años se ha producido una creciente "materialización" en este ámbito, que se refleja en el uso del *orden público* (*ordre public*) o de factores de conexión alternativos para lograr resultados sustantivos. Las normas de derecho uniforme adoptadas en instrumentos internacionales han ido cobrando impulso progresivamente, y muchas de ellas han sido incorporadas formalmente por los Estados.

El derecho uniforme y el derecho comparado han adquirido cada vez mayor pertinencia en esta nueva era del derecho internacional privado, marcada por un fuerte eclecticismo en la búsqueda de previsibilidad en las transacciones privadas transfronterizas.

Asimismo, muchos Estados han actualizado recientemente su legislación nacional de acuerdo con estos avances internacionales en un intento de armonizar las leyes nacionales que son pertinentes para el derecho internacional privado y el derecho uniforme.

Los Estados ya no tienen el monopolio de la promulgación de normas de conflicto de leyes. En muchas jurisdicciones, el derecho internacional privado se descentraliza desde su interior. Por ejemplo, en

⁵⁰⁸ Véase: <<http://www.iccwbo.org>> (consultado el 9 de mayo de 2022).

la Unión Europea los Estados han renunciado en gran medida a su poder legislativo en materia de derecho internacional privado en favor de la elaboración de soluciones uniformes aplicables a todos los Estados europeos. Gran parte de lo que describimos como derecho internacional privado nacional se origina ahora fuera de la esfera interna de los Estados. En efecto, el derecho internacional privado, al igual que el derecho internacional público, puede desempeñar ahora una función reguladora.

Además, en repetidas ocasiones el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha abordado la compatibilidad del derecho internacional privado con los derechos humanos. En diversos contextos, se ha considerado que determinadas disposiciones de derecho internacional privado infringen los derechos humanos.

Así pues, el derecho internacional privado moderno se puede caracterizar por trabajar hacia los objetivos de coordinación, unificación y armonización. A este respecto, se emplean distintas modalidades, como los convenios y protocolos formalmente vinculantes, los instrumentos y normas no vinculantes (*soft law*), los principios de exhortación, las orientaciones legislativas y las mejores prácticas.

Sin embargo, la metodología del conflicto de leyes no ha desaparecido ni desaparecerá. En asuntos relacionados específicamente con inversiones extranjeras, los tribunales seguirán haciendo uso de las normas de conflicto de leyes cuando sea necesario o pertinente. Dado que el derecho internacional privado ha evolucionado considerablemente, las partes interesadas en las demandas de inversión deben ser conscientes de su evolución.

5.1 Se insta a los Estados Miembros de la OEA a que revisen y clarifiquen sus normas de derecho internacional privado en lo pertinente al derecho aplicable en el contexto de la inversión internacional. En este sentido, las soluciones ofrecidas por los instrumentos de la OEA en materia de derecho internacional privado, incluida la Convención Interamericana sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales (Convención de México), tal como se expone en la Guía de la OEA sobre el derecho aplicable a los contratos deben considerarse y pueden incorporarse a la legislación nacional.

5.2 Se insta a los Estados Miembros de la OEA y a sus negociadores de tratados internacionales de inversión y de contratos entre inversores y Estados a que consideren e incluyan disposiciones claras sobre la elección del derecho aplicable en el texto de dichos tratados y acuerdos.

PARTE 6: DERECHO UNIFORME Y LOS PRINCIPIOS UNIDROIT

I. Consideraciones generales

En materia de contratos internacionales en particular, el método del "conflicto de leyes" coexiste con el "método uniforme" o "del derecho uniforme", también denominado técnica "material", "privatista" o "universalista". El método de los conflictos busca la localización de la relación en una ley nacional, mientras que el método uniforme aboga en favor de soluciones transnacionales sustantivas en materia internacional.

En las transacciones transfronterizas, las partes deben conocer la ley que rige su relación. Algunas normas jurídicas extranjeras pueden entrar en conflicto con este objetivo. Incluso cuando las partes eligen la legislación de un tercer Estado para regir su relación, a menudo lo hacen principalmente en aras de la neutralidad. Sin embargo, las partes que recurren al derecho de un tercer Estado rara vez tienen un

conocimiento profundo de su contenido o de los matices de sus normas, tal como se desarrollan y aplican en la práctica, lo cual resultar inesperado.

Además, a menudo las partes desean, expresa o tácitamente, que su transacción se rija por una ley neutral. Esta situación puede darse, por ejemplo, si una de las partes contratantes es un Estado o una entidad estatal. En tal caso, al elegir una ley transnacional o uniforme, la parte privada evita exponerse a posibles cambios en el ordenamiento jurídico del Estado parte y el Estado no se somete a la legislación de un país extranjero.

En otros casos, el derecho nacional no da respuesta a las situaciones que pueden plantearse en un caso concreto⁵⁰⁹. En efecto, muchos ordenamientos jurídicos nacionales no están bien equipados para gestionar transacciones internacionales. Por ejemplo, el rechazo de una mercancía por parte del comprador plantea cuestiones importantes en una venta internacional, que requieren la consideración de ciertas obligaciones que podrían no estar contempladas en el derecho interno, como la reventa o la conservación de la mercancía. Además, varios factores son exclusivos de las transacciones internacionales, como la distancia entre importadores y exportadores y otros requisitos, tales como las licencias de importación y exportación que dependen de las autoridades locales o de otros factores.

El idioma utilizado en las leyes extranjeras y la ausencia de una terminología jurídica uniforme en todo el mundo también puede constituir un problema. Puede ocurrir que la elección de la legislación nacional para regir un contrato internacional no sea una opción, por motivos de soberanía nacional de una de las partes o por motivos políticos. El problema es aún mayor cuando el derecho extranjero es completamente desconocido para las partes o no se desea en absoluto. La obtención de información sobre el derecho extranjero también puede ser sumamente lenta y costosa, lo que plantea otras complicaciones.

Otro aspecto a tener en cuenta es que los acuerdos contemporáneos de múltiples partes para grandes proyectos de desarrollo económico en los que participa un Estado parte suelen abarcar la puesta en marcha de empresas industriales, de ingeniería o mineras y normalmente requieren la contribución combinada de proveedores de maquinaria y equipos, contratistas, ingenieros consultores y proveedores de tecnología. En tales situaciones, evitar posibles conflictos entre todas las partes puede resultar muy difícil. La complejidad de estos cuadros contractuales es tal que es posible que no se encuentren soluciones adecuadas en las nociones tradicionales del derecho contractual y los mecanismos de conflicto de leyes dentro del régimen jurídico nacional.

Por lo tanto, lo ideal sería que un derecho uniforme rigiera las transacciones internacionales, a menos que la aplicación de una legislación nacional concreta sea deseable para lograr un fin específico; por ejemplo, cuando las partes eligen la legislación de California debido a su avanzado estado de desarrollo en materia de regulación de la alta tecnología⁵¹⁰. Por supuesto, hay asuntos para los que el derecho nacional es el más adecuado; por ejemplo, en lo que respecta a la anulación de normas obligatorias.

II. Instrumentos de derecho uniforme

Existen distintos tipos de instrumentos para lograr un derecho uniforme, como los convenios internacionales, las leyes modelo y los "principios", tal como se analiza en la Guía de Contratos de la OEA (véase la Parte 3, Avances en el método de derecho uniforme en las últimas décadas).

⁵⁰⁹ Como intereses no contemplados en la Ley Islámica, asunto decidido en el caso *SPP c. República Árabe de Egipto*, 1992.

⁵¹⁰ Si una de las partes elige una legislación nacional porque desea una solución rígida para un caso concreto, puede indicarlo y excluir así la posibilidad de considerar otras leyes o el derecho transnacional.

Dos de ellos son especialmente pertinentes, ya que abordan aspectos relativos a la elección de la legislación aplicable a los contratos internacionales y al arbitraje de inversiones: la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (CISG)⁵¹¹, y los Principios de UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales⁵¹². Además, existen también algunas iniciativas regionales importantes en marcha destinadas a desarrollar leyes uniformes sobre contratos, así como iniciativas del sector privado que se han visto influidas por otros instrumentos arbitrales. Estos han sido discutidos en la Guía de Contratos de la OEA (véase, Parte 3, III, C y D). La Sexta Parte de la Guía de Contratos de la OEA considera diversas manifestaciones del derecho uniforme, tales como usos, costumbres y prácticas, principios y la *lex mercatoria*.

Asimismo, la Guía de Contratos de la OEA promueve una interpretación uniforme, por lo que insta a jueces, árbitros, partes contratantes y abogados a que consideren el objetivo último de unificación y armonización del derecho y a mantenerse informados sobre la evolución de la interpretación de los instrumentos que pueda influir en la transacción concreta de que se trate⁵¹³.

III. Los Principios UNIDROIT y el arbitraje de inversiones

Los Principios UNIDROIT (UPICC, por sus siglas en inglés) se concibieron inicialmente como una herramienta para las transacciones comerciales internacionales. Por lo tanto, se entiende que hayan desempeñado un papel limitado en el arbitraje internacional de inversiones.

Sin embargo, los Principios UNIDROIT tienen un enorme potencial en el ámbito jurídico de las inversiones extranjeras. Pueden aplicarse no solamente a los contratos estatales de inversión internacional, sino también a cuestiones de derecho internacional público cuando los tribunales consideren que los Principios de UNIDROIT reflejan principios generales en este ámbito. Esto puede invitar a considerar la legitimidad del tribunal para aplicarlos.

Si bien la información disponible parece indicar que los Principios de UNIDROIT se han utilizado solamente en unos pocos casos de inversión, es difícil determinarlo. Aunque muchas obras publicadas versan sobre los arbitrajes del CIADI, un número importante de casos de inversión se tramitan ante otros foros, como la Cámara de Comercio Internacional (CCI)⁵¹⁴, u otros mecanismos arbitrales, incluidos los arbitrajes ad hoc. Los laudos resultantes rara vez se publican e incluso cuando lo hacen, las actuaciones alegatorias de las partes rara vez se hacen públicos.

Además, sus redactores prevén que la edición más reciente de 2016 de los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales (UPICC, por sus siglas en inglés), que tiene más en cuenta los aspectos relacionados con los contratos a largo plazo, sea pertinente tanto en los acuerdos comerciales internacionales como en los contratos de inversión extranjera⁵¹⁵.

A modo de ejemplo, UNIDROIT también ha elaborado, en colaboración con el Fondo Internacional de Desarrollo Agrícola (FIDA), una “Guía jurídica sobre los contratos de inversión en tierras agrícolas” (ALIC). La Guía contiene referencias a principios y normas internacionales tanto públicos como privados, así como a buenas prácticas contractuales aplicables para los contratos de

⁵¹¹ *Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías*. Aprobada el 11 de abril de 1980; entrada en vigor: 1 de enero de 1988. 1489 UNTS 3.

⁵¹² *Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2016*. Publicado por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), Roma 2016. ___

⁵¹³ Recomendaciones 4.1 a 4.4.

⁵¹⁴ Véase el caso 7110 ___ de la Cámara de Comercio Internacional.

⁵¹⁵ Véase, por ejemplo, el artículo 1.11, que establece que, “[p]ueden encontrarse ejemplos de contratos de larga duración en el ámbito de...acuerdos de inversión o concesión...”.

inversión en tierras agrícolas. Las orientaciones contenidas en la ALIC son compatibles con los Principios UNIDROIT y reafirman su aplicabilidad en este contexto⁵¹⁶.

El nuevo proyecto sobre los Principios UNIDROIT y los contratos internacionales de inversión mencionado en la Primera Parte, Sección I, se basa en la colaboración de UNIDROIT con el Instituto de Derecho Mercantil Mundial de la Cámara de Comercio Internacional (*ICC Institute of World Business Law*) con el objetivo de asesorar a las partes sobre cómo podrían adaptar o complementar los Principios UNIDROIT para satisfacer las necesidades especiales de los contratos de inversión y combinar adecuadamente los Principios UNIDROIT con los principios vigentes de derecho y los contratos internacionales de inversión. El objetivo es establecer tanto un fondo como un cuerpo especial de principios y normas de carácter transnacional, como el derecho aplicable a los contratos de inversión. El resultado del proyecto sería una guía jurídica o, como alternativa, un instrumento autónomo en forma de lista de principios con comentarios, que ofrezca un conjunto de cláusulas modelo que reflejen las disposiciones más utilizadas en la práctica. El instrumento proporcionaría a los inversores orientaciones sobre cómo definir conceptos vagos de los tratados y estandarizar las cláusulas contractuales tradicionales del derecho internacional de inversiones a la luz de la jurisprudencia arbitral, contribuyendo así a lograr soluciones jurídicas más uniformes y un entorno jurídico más seguro para los Estados y los inversores⁵¹⁷.

A. Los Principios UNIDROIT y el derecho internacional público

No todas las disposiciones incluidas en los Principios UNIDROIT reflejan una norma reconocida en la mayoría de los sistemas jurídicos. Sin embargo, según sus redactores, muchas de las respuestas presentadas son "soluciones mejores" que las que se encuentran en otros sistemas de todo el mundo.

Solo los Principios UNIDROIT reflejan principios generalmente aceptados en todo el mundo pueden calificarse de "principios generales del derecho", siempre que puedan aplicarse a nivel público de conformidad con el artículo 38 del Estatuto de la CIJ. La Comisión de Indemnización de las Naciones Unidas (CINU)⁵¹⁸, por ejemplo, se refirió a los Principios UNIDROIT como expresión de principios generales, en particular los relativos a la fuerza mayor⁵¹⁹, y al deber de mitigar las pérdidas de la parte contraria⁵²⁰.

La mayoría de los casos de arbitraje de inversiones se refieren a demandas relacionadas con tratados más que a demandas contractuales. Sin embargo, incluso en las demandas relacionadas con tratados, los tribunales de inversiones se basan en conceptos codificados por los Principios de UNIDROIT

⁵¹⁶ La Guía ALIC fue aprobada por el Consejo de Administración de UNIDROIT en su sesión 99o de septiembre de 2020. El borrador está disponible en: <<https://www.unidroit.org/english/documents/2020/study80b/s-80b-alic-draft-e.pdf>> (consultado el 9 de mayo de 2022).

⁵¹⁷ Véase C.D.(101)4 rev., sección B 3, párrafos 70-79, en: <https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2022/06/C.D.-101-4-rev.-Proposals-for-the-New-Work-Programme-for-the-triennial-period-2023-2025-2.pdf>.

⁵¹⁸ La CINU es un órgano subsidiario del Consejo de Seguridad de la ONU establecido por su Resolución 692. La CINU estuvo activa principalmente entre 1991 y 2005 para reclamaciones de compensación por pérdidas resultantes de la invasión y ocupación ilegal de Kuwait por parte de Irak en 1990-1991. La UNCC no es técnicamente un tribunal internacional, sino más bien un programa administrativo de tramitación masiva de reclamaciones. No obstante, sus paneles aplicaron los principios del derecho internacional, así como las normas internas de la UNCC a las reclamaciones presentadas ante ella.

⁵¹⁹ Comisión de Indemnización de las Naciones Unidas, 18 de diciembre de 1997, UN-Doc S/AC.26/1997/6, en 23, 27, 32.

⁵²⁰ Comisión de Indemnización de las Naciones Unidas, *Informe y recomendaciones del Grupo de Comisionados sobre la primera parte de la primera serie de reclamaciones presentadas por gobiernos y organizaciones internacionales (reclamaciones de la categoría "F")*, doc. ONU. S/AC.26/1997/6 (18 de diciembre de 1997), párrafo 79.

como expresión de principios generales. Algunos principios contractuales comerciales que allí figuran son lo suficientemente generales como para que puedan ser invocados tanto en las relaciones contractuales como en las relacionadas con tratados entre inversores y Estados receptores.

En *El Paso c. Argentina*, el tribunal se enfrentó al problema de la preclusión de la ilicitud en determinadas situaciones. En su razonamiento, el tribunal indagó sobre los Principios UNIDROIT existían como "principio general de derecho reconocido por las naciones civilizadas" en el sentido del artículo 38(1)(c) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. El tribunal llegó a la conclusión de que los Principios UNIDROIT constituyen efectivamente una suerte de reformulación del derecho de los contratos que refleja las normas y los principios aplicados por la mayoría de los sistemas jurídicos nacionales⁵²¹.

El caso *Gemplus c. México* ofrece otro ejemplo en el que el tribunal aplicó los Principios UNIDROIT para corroborar un principio general que claramente forma parte del derecho internacional público, como es el principio de certeza del daño⁵²². Asimismo, en el caso *Ministerio de Defensa y Apoyo a las Fuerzas Armadas de la República Islámica de Irán c. Cubic Defense Systems, Inc., el tribunal arbitral y la corte que decidió a favor del reconocimiento del laudo arbitral (la Corte de Distrito de Estados Unidos para el Distrito Sur de California) aplicaron los Principios UNIDROIT como expresión de "principios generales del derecho internacional"⁵²³. Muchas otras decisiones también se han basado en los Principios UNIDROIT como "principios generales del derecho", reconocidos como aplicables dentro del derecho mercantil internacional⁵²⁴.*

B. Los Principios UNIDROIT y el derecho internacional privado

1. Los Principios UNIDROIT como "parte general" de los contratos de inversión

No existe un corpus exhaustivo de temas de derecho sustantivo relacionados con las inversiones internacionales. Los tratados de inversión contienen pocas disposiciones y las que existen son de carácter más bien general y amplio, mientras que los contratos de inversión suelen centrarse en aspectos relacionados con la empresa concreta y no abordan cuestiones de derecho contractual.

Por lo tanto, los Principios UNIDROIT pueden ser de como principios generales del derecho aplicables a los contratos internacionales (de inversión). Son especialmente pertinentes los capítulos sobre formación, validez, cumplimiento e incumplimiento, que contienen varias disposiciones particularmente adaptadas a las necesidades especiales de los contratos a largo plazo en general y de los contratos de inversión en particular. También pueden de utilidad para determinar la jurisdicción⁵²⁵.

2. Los Principios UNIDROIT como derecho neutral elegido por las partes o el tribunal

El temor al llamado "*alea de la souveraineté*" (riesgo de soberanía) puede llevar a los inversores a tratar de aplicar los Principios UNIDROIT en lugar del derecho del Estado receptor. De este modo, los inversores pueden evitar posibles modificaciones futuras de las leyes locales que puedan situarles en desventaja.

⁵²¹ *El Paso Energy c. Argentina*, Caso CIADI n.º ARB/03/15, Laudo (31 de octubre de 2011).

⁵²² *Gemplus, S.A., SLP, S.A., and Gemplus Industrial S.A. de C.V. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/04/3, Laudo (16 de junio de 2010).

⁵²³ Corte Internacional de Arbitraje de la ICC, París 7365/FMS (5 de mayo de 1997).

⁵²⁴ *Ibid.*, p. 144 y ss.

⁵²⁵ *Cayman Power Barge I, Ltd. c. 1. El Estado de República Dominicana, 2. Corporación Dominicana de Electricidad*, Caso ICC No. 11772/KGA/CCO, Decisión arbitral preliminar sobre la competencia del Tribunal Arbitral (19 de septiembre de 2003)

Las partes pueden elegir los Principios UNIDROIT directa o indirectamente. Cuando se eligen directamente, deben ser considerados como la ley aplicable, con independencia de que hayan sido seleccionados antes o después de que surja un litigio - deben aplicarse directamente de acuerdo con la decisión de las partes.

En el segundo caso, los tribunales pueden aplicar los Principios UNIDROIT de manera neutral cuando las partes se refieran genéricamente a "principios del derecho [interno del país anfitrión] comunes a los principios del derecho internacional", "principios generalmente aceptados del derecho mercantil internacional", "usos y costumbres del comercio internacional", o expresiones similares⁵²⁶. Lo mismo ocurre cuando los Principios UNIDROIT son considerados por los tribunales como una manifestación de la *lex mercatoria*, como se reconoció en el segundo de los casos de *Lemire*⁵²⁷.

Incluso cuando las leyes nacionales se muestran reacias a aceptar la elección de normas no estatales como ley aplicable al contrato, la situación es muy diferente en el ámbito del arbitraje. Por ejemplo, el artículo 28 de la Ley Modelo de la CNUDMI acepta expresamente la elección de normas jurídicas. Por lo tanto, en los litigios que se rigen por las normas de la Ley Modelo, los Principios UNIDROIT podrían ser aplicables como ley rectora del contrato, incluso si se excluyera cualquier ley nacional⁵²⁸. Lo mismo ocurre en los arbitrajes que se realizan de acuerdo con el artículo 42(1) del Convenio del CIADI de 1965.

3. *Los Principios UNIDROIT en ausencia de elección*

Es poco frecuente que las partes hayan elegido expresamente los Principios UNIDROIT como ley aplicable a su contrato en materia de inversiones.

En el segundo de los dos casos *Lemire*⁵²⁹, el tribunal aplicó los Principios UNIDROIT debido a que las partes no pudieron ponerse de acuerdo sobre una ley nacional específica que rigiera su contrato o se aplicara a su litigio. Sin embargo, el razonamiento del tribunal en este caso es poco claro y no esclarece mucho el tema.

Cuando las partes no han elegido un derecho aplicable, el tribunal no debe necesariamente optar de manera automática por la aplicación de una ley no estatal. En el caso ICC No. 7319 de 1991⁵³⁰, el tribunal aplicó el derecho sustantivo irlandés de conformidad con las disposiciones del Convenio de Roma sobre la ausencia de elección, habiendo determinado que ese instrumento regía la relación para ambas partes. En situaciones como ésta, es más seguro aplicar un instrumento que sea común a ambas partes (el Convenio de Roma en este caso) para evitar el riesgo de que se impugne el laudo.

En cualquier caso, en la ausencia de elección, los árbitros deben oír primero a las partes acerca de la ley que consideran más apropiada para regir el fondo de la controversia si no abordaron esta cuestión en sus alegaciones⁵³¹.

⁵²⁶ En el siguiente caso, el tribunal recurrió al artículo 7.4.9 (2) del UPICC en relación con el tipo de interés: *The East Cement for Investment Company c. República de Polonia*, Caso ICC No. 16509/JHN, Laudo (26 de agosto de 2011), párr. 125.

⁵²⁷ *Joseph Charles Lemire c. Ucrania*, Caso CIADI n° ARB/06/18, Decisión sobre competencia y responsabilidad (14 de enero de 2010), párrafo 110.

⁵²⁸ Sobre la fuerza vinculante de la elección de las partes en el arbitraje y en los tribunales estatales, véase L. Gama, *op. cit.*, pp. 128 y siguientes.

⁵²⁹ *Joseph Charles Lemire c. Ucrania*, Caso CIADI n° ARB/06/18, Decisión sobre competencia y responsabilidad (14 de enero de 2010), párrafo 109.

⁵³⁰ 1996-2000 IV Colección de Laudos Arbitrales de la ICC, en 300 y siguientes.

⁵³¹ En el contexto de un *iura novit arbiter* (los UPICC no se consideraron en el caso), se formuló una declaración similar (con citas) relativa a la discusión por las partes en *Carlos Ríos y Francisco Javier Ríos c. República de Chile*, Caso CIADI No. ARB/17/16.

C. Los Principios de UNIDROIT como ayuda interpretativa

Además de su aplicación primaria como ley que rige el contrato, los Principios UNIDROIT también pueden utilizarse para interpretar o complementar los convenios internacionales y las leyes nacionales que puedan ser aplicables a la relación de inversión⁵³².

Los tribunales internacionales se han basado de este modo en los Principios UNIDROIT para resolver litigios sobre inversiones. Por ejemplo, en el caso *Al-Kharafi c. Libia*, el Tribunal se remitió a los Principios UNIDROIT para apoyar su razonamiento sobre la cuantía de los daños concedidos⁵³³. El caso *Petrobart c. Kirguizistán*, llevado a cabo bajo las reglas de arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo, ofrece otro ejemplo en el que el tribunal se remitió a los Principios UNIDROIT para justificar su laudo sobre interés⁵³⁴. Además, en el caso del CIADI *AIG c. Kazajstán*, los árbitros se refirieron al artículo 7.4.8 de los Principios UNIDROIT en relación con la amplia aceptación del "deber de mitigar los daños"⁵³⁵. Por último, la *excepción de incumplimiento (exceptio non adimpleti contractus)* fue abordada en 2005 por el tribunal ad hoc en el caso *Eureko c. Polonia*⁵³⁶. En su decisión, el tribunal se refirió a la excepción contemplada en el artículo 7.1.3 de los Principios UNIDROIT.

D. Los Principios de UNIDROIT como corroboración del derecho nacional

Los Principios UNIDROIT pueden servir para legitimar las conclusiones a las que llegan los tribunales en su interpretación de las leyes nacionales. Por ejemplo, en el caso *African Holding c. Congo*, el Tribunal declaró que, en virtud de la legislación congoleña y de conformidad con los Principios de UNIDROIT, no era necesario que el contrato constara por escrito. Además, la conducta de las partes demostraba la existencia de un contrato de construcción⁵³⁷. Otros ejemplos pueden encontrarse en *AIG v. Kazakhstan*, *Sax c. City of Saint Petersburg*, *Al-Kharafi v. Libya*⁵³⁸, y *Suez c. Argentina*⁵³⁹.

E. La función supletoria o correctora de los Principios UNIDROIT

Un tribunal arbitral constató que un antiguo país soviético aún no había desarrollado plenamente su marco jurídico para apoyar la economía de mercado, el cual contenía varias lagunas y ambigüedades

⁵³² La cláusula modelo no. 1 para la Utilización de los Principios UNIDROIT en los Contratos Comerciales Internacionales establece que las partes que deseen elegir los Principios UNIDROIT como las normas jurídicas que rigen su contrato pueden (i) elegir los Principios UNIDROIT sin hacer ninguna referencia a otras fuentes de derecho; (ii) elegir los Principios UNIDROIT complementándolos con un derecho nacional en particular, o (iii) elegir los Principios UNIDROIT complementándolos con los "principios del derecho comercial internacional generalmente aceptados". Disponible en: <<https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/upicc-model-clauses>> (consultado el 9 de mayo de 2022).

⁵³³ *Mohamed Abdulmohsen Al-Kharafi & Sons Co. c. Libia y otros*, laudo arbitral definitivo (22 de marzo de 2013).

⁵³⁴ *Petrobart Limited c. The Kyrgyz Republic*, Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo, Arbitraje n° 126/2003, Laudo (29 de marzo de 2005).

⁵³⁵ *AIG Capital Partners, Inc. and CJSC Tema Real Estate Company c. República de Kazakhstan*, Caso CIADI No. ARB/01/6, Laudo (7 de octubre de 2003) [AIG].

⁵³⁶ *Eureko c. Polonia*, CNUDMI, Laudo parcial (19 de agosto de 2005), párrafo 167.

⁵³⁷ *African Holding Company of America, Inc. and Société Africaine de Construction au Congo S.A.R.L. c. República Democrática del Congo*, Caso CIADI No. ARB/05/21, Laudo (29 de julio de 2008).

⁵³⁸ *Mohamed Abdulmohsen Al-Kharafi & Sons c. Libia*, arbitraje ad hoc, laudo (22 de marzo de 2013) [Al-Kharafi].

⁵³⁹ Para corroborar sus conclusiones a favor de la obligación de negociar en casos de excesiva onerosidad, el Tribunal citó los Principios de UNIDROIT y los Principios del Derecho Europeo de los Contratos. *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., e InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/17, Opinión disidente del árbitro Pedro Nikken (30 de julio de 2010), párrafo 48.

relacionadas con el litigio. En consecuencia, el tribunal complementó la legislación nacional del país aplicando en su lugar los Principios UNIDROIT⁵⁴⁰.

Esta es otra función importante de los Principios UNIDROIT: puede complementar sistemas jurídicos anacrónicos o poco perfeccionados que no pueden tratar adecuadamente determinadas cuestiones relativas, por ejemplo, a la formación, validez, ejecución e incumplimiento de un contrato de inversión.

Un aspecto más controvertido se refiere a la posible función *correctora* de los Principios UNIDROIT en el contexto del arbitraje. Como se verá más adelante en la Parte 13, Sección III, el derecho internacional y uniforme puede desempeñar una función correctora en relación con el derecho nacional. Además, los Principios UNIDROIT se han utilizado en casos de arbitraje de tratados como confirmación de una norma que ya forma parte del derecho internacional consuetudinario⁵⁴¹.

F. Los Principios de UNIDROIT invocados por las partes

En varios casos de arbitraje en materia de inversiones, las partes invocaron los Principios de UNIDROIT en sus escritos. Este fue el caso, por ejemplo, en *PSEG c. Turquía*⁵⁴², *Sociedad de Responsabilidad Limitada AMTO c. Ucrania*⁵⁴³, *Meerapfel c. República Centroafricana*⁵⁴⁴, *Azurix c. Argentina, Kardassopoulos & Fuchs c. Georgia*⁵⁴⁵, *SGS c. Paraguay*⁵⁴⁶, *Chevron c. Ecuador*⁵⁴⁷, y *Micula c. Rumanía*⁵⁴⁸ entre otros⁵⁴⁹.

⁵⁴⁰ El sistema de suministro de energía en el Estado en cuestión fue modificado fundamentalmente por la ley, haciendo posible que la central eléctrica construida por la empresa estadounidense suministrara energía a precios rentables. En vista de ello, el tribunal consideró que la aplicación de la legislación nacional de ese Estado debía completarse tomando en consideración los principios UNIDROIT, en particular los artículos 1.4, 6.2.2/6.2.3 y 7.1.7.

⁵⁴¹ Véase *Ministerio de Defensa y Apoyo a las Fuerzas Armadas de la República Islámica de Irán c. Cubic Defense Systems Inc*, Corte Internacional de Arbitraje de la ICC, París 7365/FMS (5 de mayo de 1997); *Petrobart c. República de Kirguistán*, Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (29 de marzo de 2005); *EUREKO B.V. c. República de Polonia*, arbitraje ad hoc, Bruselas (19 de agosto de 2005); Corte Internacional de Arbitraje de la ICC, caso n. 14581 (junio de 2007); *Gemplus & Talsud c. México*, casos del CIADI núms. ARB(AF)/04/3 y ARB(AF)/04/4 (16 de junio de 2010); *El Paso Energy International Company c. República Argentina*, caso CIADI núm. ARB/03/15 (31 de octubre de 2011); *William Ralph Clayton y otros y Bilcon of Delaware Inc. c. Gobierno de Canadá*, Corte Permanente de Arbitraje, caso n. 2009-04 (10 de enero de 2019).

⁵⁴² *PSEG Global Inc, The North American Coal Corporation, y Konya Ilgin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Sirketi c. República de Turquía*, Caso CIADI No. ARB/02/5, Decisión sobre Competencia (4 de junio de 2004) [*PSEG v. Turquía*].

⁵⁴³ Laudo SCC No. 80/2005 (26 de marzo de 2008), párrafo 34. El demandante invocó el artículo 7.4.9 de los UPICC en apoyo de su reclamación de intereses.

⁵⁴⁴ *M. Meerapfel Söhne A.G. c. República Centroafricana*, Caso CIADI núm. ARB/07/10, Laudo (12 de mayo de 2011) [*Meerapfel c. República Centroafricana*].

⁵⁴⁵ *Ioannis Kardassopoulos & Ron Fuchs v. Georgia*, Caso CIADI No. ARB/05/18 y Caso CIADI No. ARB/07/15, Laudo (03 de marzo de 2010) [Ioannis Kardassopoulos].

⁵⁴⁶ *SGS Société Générale de Surveillance c. Paraguay*, Caso CIADI No. ARB/07/29, Laudo (10 de febrero de 2012).

⁵⁴⁷ *Chevron Corporation y Texaco Petroleum Company c. Ecuador*, CNUDMI, Caso CPA 2009-23, Laudo parcial (20 de marzo de 2010), párrafo 382.

⁵⁴⁸ *Ioan Micula, Viorel Micula, SC European Food S.A., SC Starmill S.R.L. y SC Multipack S.R.L. c. Rumanía*, Caso CIADI núm. ARB/05/20, Laudo (11 de diciembre de 2013) [Iona Micula].

⁵⁴⁹ Véase también, República de Ghana, Caso PCA No. 2010-07, Laudo Provisional (22 de diciembre de 2010); *Mobil Investments Canada Inc. y Murphy Oil Corporation c. Gobierno de Canadá (I)*, Caso CIADI No. ARB(AF)/07/4, Decisión sobre la Responsabilidad y sobre los Principios de Quantum (22 de mayo de 2012).

Aunque los tribunales en estos casos no citaron los Principios UNIDROIT en sus decisiones, es muy posible que se hayan basado en las disposiciones de fondo en su razonamiento. Por ello, sigue siendo difícil determinar la influencia específica de los Principios UNIDROIT en estos casos.

A modo de ejemplo, en el caso *PSEG c. Turquía*, el tribunal arbitral abordó la cuestión de la buena o mala fe en las negociaciones. Utilizó palabras como “razonable” (párrafo 127), “falta de diligencia” o “silencio” (párrafo 157), y también abordó la cuestión de: “¿Estuvieron las partes implicadas en negociaciones posteriores de mala fe?” (párrafos 159 a 178). Muchos de los argumentos podrían haber citado también, como apoyo, los Principios UNIDROIT y comentarios que los acompañan sobre buena y mala fe.

G. Aspectos de los contratos de inversión en los que los Principios UNIDROIT pueden ser útiles

Muchos contratos a largo plazo y contratos de inversión implican largas negociaciones. Los Principios UNIDROIT contienen disposiciones para determinar cuándo se ha alcanzado un acuerdo vinculante (artículo 2.1.1)⁵⁵⁰, y el momento preciso de la celebración del contrato (Comentarios Oficiales al artículo 5.3.1).

Los contratos de inversión suelen celebrarse tras extensas negociaciones. El artículo 2.1.15 de los Principios UNIDROIT trata de las negociaciones realizadas de mala fe y puede ser útil para determinar la responsabilidad de la parte infractora.

Además, cuando las partes ponen su acuerdo por escrito y declaran que su documento constituye el acuerdo final, el artículo 2.1.17 relativo a las cláusulas de fusión puede ser útil⁵⁵¹. En estas situaciones, aunque las declaraciones previas no puedan utilizarse para contradecir o complementar el contrato final, pueden servir a efectos interpretativos. En este sentido, el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos invocó el artículo 7.4.9(2) de los Principios UNIDROIT, que establece “[e]l tipo de interés será el promedio del tipo de préstamos bancarios a corto plazo en favor de clientes calificados y predominante para la moneda de pago en el lugar donde éste ha de ser efectuado [...]”⁵⁵².

El tribunal en el segundo de los casos *Lemire* se basó en el principio de *estoppel/venire contra factum proprium* consagrado en el artículo 1.8 de la versión de 2004 de los Principios UNIDROIT cuando determinó que una parte no puede invocar un incumplimiento contractual específico que había aceptado previamente. El mismo tribunal también invocó el deber de realizar los mejores esfuerzos recogido en el artículo 5.1.4 de la versión de 2004 de los Principios UNIDROIT para determinar que un mero retraso en la obtención de licencias no violaba esta obligación⁵⁵³.

Las disposiciones de los Principios UNIDROIT relativas a daños y perjuicios también se han aplicado en arbitrajes de inversión. En *Gemplus c. México*, el tribunal se refirió al artículo 7.4.2 en relación con el lucro cesante⁵⁵⁴. En *El Paso c. Argentina*, los árbitros mencionaron los artículos 7.1.6 y 7.1.7 de la versión de 2004 de UPICC para encontrar exenciones de responsabilidad por incumplimiento.

⁵⁵⁰ Véase el Laudo del CIADI de 23 de julio de 2008. Véase también el Laudo del CIADI de 4 de junio de 2004.

⁵⁵¹ Mencionado en el Laudo del CIADI de 14 de enero de 2010.

⁵⁵² Decisión de 2 de julio de 2014, Tribunal Arbitral Iraní-Estadounidense. Caso 602-A15(IV)/A24-FT. *La República Islámica de Irán c. los Estados Unidos de América*. Disponible en: <<http://www.unilex.info/principles/case/1856>> (consultado el 10 de mayo de 2022).

⁵⁵³ *Joseph Charles Lemire c. Ucrania*, Caso CIADI n° ARB/06/18, Decisión sobre competencia y responsabilidad (14 de enero de 2010), párrafos 134, 154, 199.

⁵⁵⁴ *Gemplus & Talsud c. México*, Caso CIADI n° ARB(AF)/04/3, Laudo (16 de junio de 2010).

El tribunal interpretó la inversión de acuerdo con estas disposiciones y decidió que la exención no se aplicaba a Argentina⁵⁵⁵.

En *Sax c. City of Saint Petersburg*⁵⁵⁶, el tribunal arbitral citó el artículo 7.4.9 en su determinación del tipo de interés. Sin embargo, el tribunal no se basó únicamente en los Principios UNIDROIT, sino que razonó que el “tipo de interés promedio de los préstamos bancarios a corto plazo a los principales prestatarios de la divisa en cuestión en el lugar de pago” era una “fórmula frecuentemente utilizada en el arbitraje internacional”.

Existen pruebas convincentes de que el deber de mitigar la pérdida de la otra parte ha sido generalmente aceptado en la práctica internacional. Este principio se refleja en el artículo 7.4.8 de los Principios UNIDROIT con relación a la mitigación del daño⁵⁵⁷. Un grupo de expertos de la Comisión de Indemnización de las Naciones Unidas decidió que el artículo 7.4.8 refleja un principio general del derecho⁵⁵⁸, reconocido tanto en el derecho público como en el privado.

Los Principios UNIDROIT también pueden ser útiles en situaciones de excesiva desproporción (artículo 3.2.7), "sanción" o "daños liquidados" (artículo 7.4.13), contratos que violan normas de carácter imperativo (artículo 3.3.1), ilegalidad en caso de corrupción (artículo 3.3.2), deber de cooperación entre las partes (artículo 5.1.3), resolución (artículos 7.3.1 a 7.3.7), excesiva onerosidad y fuerza mayor.

Los artículos 6.2.2 y 6.2.3 de los Principios UNIDROIT abordan la excesiva onerosidad o las circunstancias sobrevenidas que conducen a una alteración fundamental del equilibrio del contrato, así como los remedios apropiados para cada una de ellas.

En cambio, el artículo 7.1.7 se refiere a la fuerza mayor. La resolución, la adaptación o la renegociación son todos los remedios contemplados en caso de fuerza mayor. En situaciones de fuerza mayor, el único remedio previsto por los Principios UNIDROIT es la excusa por incumplimiento: no existe la posibilidad de que el órgano decisorio adapte el contrato, ni el deber de las partes de renegociar (como se dispone en los Principios UNIDROIT en caso de excesiva onerosidad).

Además, la opinión disidente del árbitro Pedro Nikken en el caso de inversión *Suez c. Argentina* subraya el potencial de los Principios de UNIDROIT para evaluar si una renegociación contractual debida a excesiva onerosidad constituye un incumplimiento de la norma de trato justo y equitativo⁵⁵⁹.

La pandemia de COVID-19 afectó considerablemente las operaciones comerciales de muchos sectores. Los Principios UNIDROIT pueden ofrecer orientación en este contexto en muchos aspectos

⁵⁵⁵ *El Paso Energy c. Argentina*, Caso CIADI n.º ARB/03/15, Laudo (31 de octubre de 2011).

⁵⁵⁶ *Sax c. City of Saint Petersburg (Sax)*, Arbitraje ad hoc CNUDMI, Laudo (30 de marzo de 2012) [*Sax c. City of Saint Petersburg*].

⁵⁵⁷ "(1) La parte incumplidora no es responsable por el daño sufrido por la parte perjudicada en tanto que el daño pudo haber sido si esa parte hubiera adoptado medidas razonables. (2) La parte perjudicada tiene derecho a recuperar los gastos en los que razonablemente haya incurrido en un intento por reducir el daño". Texto completo disponible en:

<<https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2010/chapter-7-section-4/>> (consultado el 28 de septiembre de 2022). Este deber también se contempla en el artículo 77 de la CISG y en otros instrumentos.

⁵⁵⁸ Comisión de Indemnización de las Naciones Unidas, Informe y recomendaciones del Grupo de Comisionados sobre la primera parte de la primera serie de reclamaciones presentadas por Gobiernos y organizaciones internacionales (reclamaciones de la categoría "F"), doc. ONU. S/AC.26/1997/6 (18 de diciembre de 1997), párrafo 79.

⁵⁵⁹ *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., e InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/17, Opinión disidente del árbitro Pedro Nikken (30 de julio de 2010), párrafo 48.

relacionados con las inversiones extranjeras, en particular en lo relativo a los contratos estatales. La naturaleza abierta de los Principios UNIDROIT proporciona a las partes y a los intérpretes una flexibilidad muy necesaria en un contexto tan extremo, constituyendo una herramienta eficaz para ofrecer una solución matizada que puede ayudar a preservar contratos valiosos.

Especialmente en los contratos a mediano y largo plazo, y teniendo en cuenta la naturaleza temporal del impedimento, los mecanismos que permiten una renegociación adecuada y una asignación proporcional de las pérdidas ayudan en última instancia a preservar los contratos y maximizar el valor para la jurisdicción implicada.

A este respecto, la Secretaría de UNIDROIT preparó un documento que pretende ayudar a las partes a utilizar los Principios de UNIDROIT “para aplicar e interpretar los contratos vigentes, o para redactar nuevos contratos durante el tiempo de la pandemia o en el periodo posterior; (ii) ayudar a los tribunales, a los tribunales arbitrales y a otras instancias decisorias a resolver las disputas que puedan derivar de tales contratos; y (iii) proporcionar a los legisladores un instrumento para modernizar sus regímenes jurídicos en materia de contratos, cuando sea necesario, o, en su caso, para adoptar normas especiales para la presente situación de emergencia”⁵⁶⁰. La primera decisión judicial conocida que se basa en los Principios de UNIDROIT sobre temas relacionados con la pandemia fue dictada el 30 de abril de 2020 por el Rechtbank de Ámsterdam⁵⁶¹.

IX. Los Principios UNIDROIT y el arbitraje *ex aequo et bono*

Esto de procedimientos, aunque los árbitros no estén vinculados a un sistema jurídico específico, deben familiarizarse con las estipulaciones del contrato, examinar la intención de las partes e interpretar y completar los textos ambiguos. En el cumplimiento de esta misión, es probable que los árbitros encuentren en los Principios UNIDROIT una herramienta útil, y que les proporcione una guía fiable sobre cómo actuar. Este tema se trata con más detalle en la Parte 12.

⁵⁶⁰ Ibid., p. 2, en: <https://www.unidroit.org/unidroit-releases-secretariat-note-on-the-unidroit-principles-of-international-commercial-contracts-and-covid-19> Fecha de consulta: 10 de mayo de 2022.

⁵⁶¹ Véase la nota preparada por el Profesor Michael Joachim Bonell y la Sra. Eleonora Finazzi Agrò, en <https://www.unidroit.org/unidroit-covid-19/#1456405893720-a55ec26a-b30a> (Fecha de consulta: 10 de mayo de 2022). En el mismo enlace, la Secretaría de UNIDROIT señala que hay otros instrumentos que también pueden ser útiles, como la Guía jurídica sobre agricultura por contrato UNIDROIT/FAO/FIDA, el Convenio relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil y la Guía jurídica sobre los contratos de inversión en tierras agrícolas de UNIDROIT/FAO/FIDA sobre los Contratos de Inversión en Tierras Agrícolas (ALIC).

6.1 Se insta a los Estados Miembros de la OEA a que revisen sus regímenes jurídicos internos sobre el derecho aplicable a los contratos internacionales de inversión y a que reconozcan y clarifiquen la elección del derecho no estatal (o uniforme).

6.2 Se insta a los órganos decisorios, en concreto a los árbitros, a las partes en los contratos de inversión internacional y a sus abogados a que, en relación con el derecho no estatal (o uniforme), tengan en cuenta los Principios UNIDROIT y reconozcan la distinción entre la elección del derecho no estatal y el uso del derecho no estatal como herramienta interpretativa.

PARTE 7: ARBITRAJE INTERNACIONAL

I. Orígenes y evolución del derecho privado y del arbitraje comercial

En el derecho privado romano, la autoridad pública (el Pretor-Cónsul) delegaba sus funciones de resolución judicial en ciudadanos conocidos como *árbitros* o *iudex*. Estos árbitros eran normalmente legos que ejercían el sentido común y no requerían un conocimiento profundo de la ley, ya que actuaban en estrecho contacto con los juristas y a menudo solicitaban sus opiniones⁵⁶².

Del mismo modo, en lugar de confiar en árbitros públicos, en la Edad Media los mercaderes solían remitir sus disputas a pares, terceros de confianza y ciudadanos honorables que actuaban como árbitros. Los mercaderes se organizaban en ferias y corporaciones y elaboraban sus propios estatutos. Los reyes, señores feudales y otras autoridades permitían que los mercaderes organizaran su propio sistema de justicia. En consecuencia, se crearon sucesivamente numerosos tribunales. Estos foros se han considerado con frecuencia tribunales arbitrales debido a la libertad concedida a las partes para elegir a sus árbitros y a la aplicación de normas más allá de las previstas en las costumbres locales.

La posterior consolidación del Estado-nación y la proliferación de la doctrina de la soberanía del Estado durante los siglos, entre otros factores, contribuyeron al retroceso del arbitraje. En 1790, la Asamblea Constituyente francesa había considerado el arbitraje como "el método más razonable para poner fin a los litigios entre ciudadanos"⁵⁶³. Sin embargo, algunas décadas más tarde, en 1843, una decisión histórica dictada en Francia declaró inválidas las cláusulas de arbitraje, salvo en circunstancias excepcionales. El tribunal francés que resolvió este caso afirmó que, si estas cláusulas se consideraban válidas, el arbitraje podría ser elegido con demasiada frecuencia frente a otros métodos de resolución de conflictos y se privaría a los particulares de las garantías básicas reconocidas por los tribunales estatales. Esta postura se mantuvo sin cambios hasta 1925, cuando Francia reformó su Código de Comercio y volvió a surgir la posibilidad de remitir casos judiciales a arbitraje.

⁵⁶² Este sistema se institucionalizó incluso en la Roma imperial, después de que el Emperador concediera a un determinado grupo de expertos el *ius respondendi ex auctoritate principis*. Entre estos juristas figuran nombres históricos como Papiniano, Ulpiano, Modestino y otros.

⁵⁶³ Ley francesa de 16-24 de agosto de 1790, Art. 1º: "Dado que el arbitraje es el medio más razonable para poner fin a los litigios entre ciudadanos, el legislador no adoptará ninguna disposición que pueda disminuir ni el favor ni la eficacia de un acuerdo".

El mismo temor a que el arbitraje se convirtiera en el mecanismo dominante de resolución de litigios existía también en los sistemas de derecho consuetudinario. La remuneración de los jueces ingleses se basaba casi exclusivamente en los honorarios que cobraban a los litigantes por los casos en los que intervenían. No existían salarios fijos. Tal situación contribuyó claramente a la hostilidad hacia el arbitraje en Inglaterra.

En Estados Unidos, la popularidad del arbitraje comenzó con la Ley de Arbitraje de 1925. El apoyo hacia el mecanismo arbitral comenzó a consolidarse en 1932, cuando la Suprema Corte decidió que, a la luz de la clara intención del Congreso, debía invertirse la tradicional hostilidad judicial hacia el arbitraje⁵⁶⁴. Francia también modificó su legislación en la década de 1960, y añadió disposiciones que ayudaron a consolidar el arbitraje como mecanismo viable de resolución de conflictos a nivel nacional. Hoy en día, el Código de Procedimiento Civil francés - tal y como se adoptó en los decretos promulgados el 14 de mayo de 1980, el 12 de mayo de 1981 y el 13 de enero de 2011 - se aplica al arbitraje internacional tal y como se codifica en los artículos 1504 a 1527. En Inglaterra, la Ley de Arbitraje de 1996 modernizó esta materia de forma similar.

Siguiendo la misma lógica, los Estados activos en el comercio internacional se han hecho signatarios de los convenios internacionales esenciales y han reformado sus legislaciones internas para favorecer el arbitraje. En consecuencia, el arbitraje se ha consolidado actualmente como un influyente mecanismo de resolución de disputas en muchas regiones del mundo.

La promulgación de instrumentos internacionales de carácter fundamental ha contribuido en gran medida al florecimiento del arbitraje comercial en los últimos tiempos. La Convención de Nueva York se celebró en el marco de las Naciones Unidas y en la actualidad cuenta con más de 160 Estados parte de todos los continentes⁵⁶⁵.

También existen varios instrumentos regionales de arbitraje aplicables, como la Convención Europea sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1964 (que comprende 31 Estados parte)⁵⁶⁶ y la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, también conocida como "Convención de Panamá", ratificada por 16 Estados⁵⁶⁷.

⁵⁶⁴ Véase *Marine Transit Corporation c. Dreyfus*, (1932).

⁵⁶⁵ Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras. Se firmó el 10 de junio de 1958; entró en vigor el 7 de junio de 1959. 330 UNTS 3. Estado actual disponible en: <<https://uncitral.un.org/es/>> (consultado el 11 de mayo de 2022). El primer convenio que abordó esta materia fue el Tratado de Derecho Procesal Internacional de 11 de enero de 1889, Título III. En América, el Código Bustamante de 1928 también contiene una disposición relativa a la ejecución en su artículo 432. A nivel mundial, el tema se abordó por primera vez en el Protocolo de Ginebra de 1922 sobre las cláusulas de arbitraje en materia comercial (27 L.N.T.S. 158, 1924), que fue ratificado por el Reino Unido, Alemania, Francia, Japón, India, Brasil y unas dos docenas de naciones más. El Convenio de Ginebra para la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras de 1927 amplió la ejecutabilidad de los laudos dictados en virtud de acuerdos de arbitraje sujetos al Protocolo de Ginebra. Convenio de Ginebra para la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras ("Convenio de Ginebra"), 92 L.N.T.S. 302 (1929).

⁵⁶⁶ Convención Europea sobre Arbitraje Comercial Internacional, Ginebra, firmada el 21 de abril de 1961 y en vigor desde el 07 de enero de 1964. Disponible en:

<https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXII-2&chapter=22&clang=_en#:~:text=The%20Convention%20was%20prepared%20and,the%20Economic%20Commission%20for%20Europe%2C> (consultado el 28 de junio de 2022).

⁵⁶⁷ México, Brasil, Argentina, Venezuela, Colombia, Chile, Ecuador, Perú, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Panamá, Paraguay, Uruguay y Estados Unidos. Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, 1975. Disponible en: <www.oas.org/juridico/english/Sigs/b-35.html> (consultado el 11 de mayo de 2022).

La Ley Modelo de la CNUDMI, aprobada en 1985 y modificada en 2006⁵⁶⁸, también ha constituido un gran éxito que ha creado un marco para el arbitraje internacional en todo el mundo. Más de 110 jurisdicciones aprobaron leyes basadas en la Ley Modelo de la CNUDMI y otras normas favorables al arbitraje, como el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI de 1976, modificado en 2010 y 2013⁵⁶⁹. En el ámbito de las disputas comerciales privadas, los instrumentos de la CNUDMI reconocen la opción de remitir las controversias a órganos decisorios no estatales que tienen autoridad para poner fin a los conflictos. Estos instrumentos ofrecen posibilidades muy limitadas para apelar un laudo ante los tribunales estatales: la intervención de los órganos jurisdiccionales nacionales solamente es posible si el debido proceso o los principios de orden público se ven claramente comprometidos.

II. El arbitraje como alternativa *sui generis* a los tribunales estatales o internacionales

Antes de la Segunda Guerra Mundial, el arbitraje internacional se consideraba en general un medio sencillo de resolución de controversias, tolerado por los Estados como alternativa a los tribunales locales. La teoría *jurisdiccional* del arbitraje reflejaba esta tendencia, según la cual tanto los jueces como los árbitros están investidos de un poder de decisión derivado de su soberano. En consecuencia, la teoría jurisdiccional del arbitraje sostenía que debían prevalecer las leyes nacionales y los sistemas de conflicto de leyes. La teoría *contractual* del arbitraje adoptó una postura diferente, al centrarse en el acuerdo de las partes. La teoría contractual se impulsó en tiempos de regulación nacional inadecuada durante los cuales, por ejemplo, se justificó la aplicación de los laudos arbitrales como una medida distinta del régimen restrictivo de aplicación de las decisiones judiciales.

Tras el desarrollo de numerosos instrumentos normativos⁵⁷⁰, el carácter autónomo, *sui generis* o mixto del arbitraje cobró fuerza. Según esta teoría, el arbitraje está sujeto a normas complejas. Se rige por normas relacionadas con los contratos, normas procesales relacionadas con la administración de justicia y normas específicamente desarrolladas para el arbitraje.

III. Amplia discrecionalidad de los árbitros

Los árbitros gozan de una mayor libertad de decisión que los órganos públicos decisorios. Esta latitud se deriva de los amplios poderes concedidos a los árbitros en la legislación general, junto con el hecho de que la mayoría de las jurisdicciones no permiten la revisión sobre el fondo de su laudo.

Sería un error considerar esta amplia discrecionalidad como un permiso de *carta blanca* para que el árbitro elija de manera informal cualquier norma que le parezca la más adecuada para la controversia. Tal visión sería completamente errónea. En efecto, ocurre exactamente lo contrario: el árbitro debe considerar todas las posibilidades que existen para el caso en cuestión, optar por una solución razonada que se ajuste a las normas internacionales y destacar en la decisión la labor que se ha dedicado a dicho análisis.

La discrecionalidad arbitral es una característica clave del arbitraje comercial internacional, como ponen de manifiesto las metodologías predominantes para resolver los conflictos arbitrales de leyes que se analizarán en la presente Guía. Dado que el derecho sustantivo que rige el contrato determina los derechos y las obligaciones de las partes, la discrecionalidad del árbitro tiene la capacidad de afectar considerablemente los resultados de cada caso. De ahí que la libertad de la cual gozan los tribunales arbitrales para determinar la ley aplicable sea tanto un reto como una responsabilidad, en particular cuando el contrato no incluye ninguna cláusula de elección del derecho.

⁵⁶⁸ Ley Modelo de Arbitraje de la CNUDMI. Estado actual disponible en:

<http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html> (consultado el 11 de mayo de 2022).

⁵⁶⁹ Consulte el sitio web de la CNUDMI: <<https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/contractualtexts/arbitration>> (consultado el 11 de mayo de 2021).

⁵⁷⁰ Tales como los convenios arbitrales y las modernas disposiciones legales, analizadas en este capítulo.

Recientemente, un Tribunal de Anulación del CIADI declaró muy claramente que:

El reconocimiento de que un tribunal dispone de discrecionalidad no es más que una afirmación general de una de las facultades de un tribunal, pero tal afirmación general, en el contexto del laudo, no puede ser la única razón para conceder un valor nominal de daños y perjuicios. El reconocimiento por el Tribunal de su discrecionalidad es una afirmación autónoma que no tiene una conexión clara con los párrafos precedentes, de modo que es posible seguir el razonamiento del Tribunal desde las premisas hasta la conclusión⁵⁷¹.

IV. Un foro neutral para asuntos internacionales

A. Un foro neutral para los particulares

En los litigios transfronterizos, las partes suelen tener la opción de someter sus disputas a un tribunal nacional o a un arbitraje internacional. La presentación del litigio ante los tribunales nacionales conlleva el riesgo de que las partes tengan que litigar en otro país ante árbitros que están formados para decidir según criterios “nacionales” y que podrían desconocer los problemas y las necesidades del comercio transfronterizo. En definitiva, existe el riesgo de que los jueces locales se vean influidos por su propio sistema jurídico, lo que supone un riesgo importante para la parte extranjera.

Además, la parte extranjera tendrá que buscar abogados de esa jurisdicción con los que podría no estar familiarizada o en los que posiblemente no deposite suficiente confianza. Además, el proceso de resolución judicial puede tener que desarrollarse en un idioma distinto del especificado en el contrato, lo que requiere la traducción de los documentos y las actuaciones, lo que, una vez más, genera costos adicionales, retrasos y posibles malentendidos.

Frente a estas dificultades, el arbitraje ofrece un medio eficaz para resolver conflictos internacionales en un foro neutral y ante árbitros que suelen estar versados en temas comerciales internacionales. Además, los árbitros suelen ser capaces de abordar el conflicto con una visión cosmopolita, e incluso en diferentes idiomas en función de las necesidades de las partes.

Un árbitro formado en derecho comparado, consciente o inconscientemente, examinará el problema con una *perspectiva internacional*. Los árbitros son seres humanos y, como tales, no pueden desvincularse de los marcos de referencia, las influencias sociales y las redes que les rodean. En la comunidad arbitral existe un entendimiento común sobre los métodos para determinar e interpretar el derecho aplicable y las normas procesales que deben aplicarse. Incluso cuando recurren a la legislación nacional, es probable que los árbitros lo hagan teniendo en cuenta el entorno transnacional del arbitraje.

Una resolución de 1989 del Instituto de Derecho Internacional rechaza las objeciones jurídicas y filosóficas al carácter “no nacional” del arbitraje, destacando las diferencias inherentes entre los árbitros y los jueces nacionales⁵⁷². Es innegable que el arbitraje internacional tiene características que lo distinguen de los litigios ante jueces nacionales. En general, las partes que optan por el arbitraje suelen hacerlo en un esfuerzo por evitar soluciones “legalistas” a sus conflictos comerciales. Por un lado, los empresarios suelen considerar que los tribunales estatales no comprenden las realidades del intercambio comercial.

⁵⁷¹ *Perenco Ecuador Limited Perenco/Demandante y República de Ecuador/Demandado*, Caso CIADI No. ARB/08/6 Decisión sobre Anulación (28 de mayo de 2021), párrafo 467.

⁵⁷² Instituto de Derecho Internacional, “Resolution on Arbitration Between States, State Enterprises or State Entities, and Foreign Enterprises”, (Resolución sobre Arbitraje entre Estados, Entes Estatales, o Entidades Estatales y Entes Extranjeras), *Yearbook*, Vol. 63, No. I (1989), pp. 31-201, y Nota explicativa de A.T. von Mehren. A.T. von Mehren, “Arbitration Between States and Foreign Enterprises: The Significance of the Institute of International Law’s Santiago de Compostela Resolution” (Arbitraje entre Estados y Empresas Extranjeras: El significado de la Resolución de Santiago de Compostela del Instituto de Derecho Internacional), *CIADI Rev-FILJ*, Vol. 5, No. 1 (1990), p. 54.

Otra razón es que se espera que los árbitros (cuya potestad emana del acuerdo de las partes) den prioridad a las normas que las partes habían elegido para regir su relación, es decir, los términos de su contrato y las normas arbitrales correspondientes.

Los árbitros no se consideran delegados del Estado que deban acatar las normas locales en su aplicación de la ley. En cambio, los árbitros son designados directamente por las partes, o según el mecanismo elegido por ellas. Además, el carácter móvil del arbitraje permite a las partes evitar la resolución de litigios en entornos nacionales hostiles y, en cambio, llevarlos a cabo en jurisdicciones en las que pueden controlar importantes aspectos procesales y sustantivos del conflicto en relación con el derecho aplicable. En lo que respecta al derecho sustantivo, las partes pueden establecer sus propias normas al respecto y exigir -o esperar del tribunal- que se apliquen normas y principios no estatales cuando proceda, liberándose así de normas nacionales inadecuadas que regulan el comercio internacional y recurriendo en su lugar a un mecanismo de resolución de litigios con criterios transnacionales.

El mecanismo arbitral comporta importantes ventajas cuando se aplica a transacciones internacionales, no sólo por su rapidez y coste reducido (que también son factores importantes), sino también por el mayor grado de imparcialidad inherente al proceso arbitral. Por ejemplo, los árbitros están facultados para aplicar principios generales y pueden negarse a aplicar “leyes antijurídicas” que contravengan las normas mínimas del derecho internacional. Así, en el caso *SPP c. Egipto*, se decidió que “la ley egipcia debe interpretarse de manera que incluya principios [generales] [...] y las] leyes nacionales de Egipto sólo pueden invocarse en la medida en que no contravengan dichos principios”⁵⁷³.

En lugar de lamentarse de una *lex dura, sed lex* [la ley es dura, pero es ley] que emana del derecho interno, la discrecionalidad de los árbitros puede llevarlos a aplicar principios generales más adecuados al caso en cuestión⁵⁷⁴.

El rechazo por parte de los árbitros de resultados sin suficiente apoyo del derecho comparado acelera la evolución de las legislaciones nacionales. Por ejemplo, la práctica arbitral de rechazar la indulgencia de la legislación nacional en favor de ciertas prácticas cuestionables para obtener contratos es lo que condujo a la aprobación de la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de la OCDE (Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos).

B. Un foro neutral para los contratos del Estado

La neutralidad del arbitraje es también de especial pertinencia en lo que respecta a las relaciones contractuales con el Estado o las empresas estatales. Para seguir siendo atractivos para la inversión internacional, los Estados ofrecen el arbitraje como foro neutral para resolver futuros litigios, ya que los inversores extranjeros suelen preferir la resolución de litigios fuera de los tribunales nacionales y de la aplicación de las leyes locales⁵⁷⁵.

Si un litigio se presenta ante un tribunal nacional, cuando se trate de determinar el derecho aplicable, dicho tribunal se guiará por sus propias normas imperativas de derecho internacional privado.

⁵⁷³ *SPP (Middle East) Ltd. & Southern Pacific Projects c. Egypt & EGOH*, Caso CIADI n° ARB/84/3, Laudo (20 de mayo de 1984), párrafo 84.

⁵⁷⁴ Caso de la Cámara de Comercio Internacional (ICC) 7375/1996, disponible en: <<http://www.unilex.info/>> (consultado el 18 de mayo de 2020).

⁵⁷⁵ Ya en 1958, en *Arabia Saudita c. Arabian American Oil Company (Aramco)* (1958) el Tribunal declaró que la inmunidad jurisdiccional de los Estados “excluye la posibilidad, para las autoridades judiciales del país de la sede, de ejercer su derecho de supervisión e injerencia en los procedimientos arbitrales que tienen en ciertos casos”. *Arabia Saudita c. Arabian American Oil Co. (Aramco)*, Laudo, (23 de agosto de 1958) 27 I.L.R. 117, 136, 154-5 (1963).

Dependiendo de la forma en que el Estado receptor incorpore el derecho internacional en su ordenamiento jurídico interno, ese tribunal puede dar preferencia a la aplicación del derecho nacional sobre el internacional, incluso si el primero contradice claramente al segundo. Los jueces nacionales carecen a menudo de los conocimientos necesarios para aplicar el derecho internacional, lo que se suma a la posible parcialidad real (o percibida). Durante la negociación del contrato, las partes podrían haber considerado la posibilidad de elegir como aplicable la legislación de un tercer Estado; en primer lugar, dicha elección puede resultar poco práctica, ya que con frecuencia los Estados no solamente actúan en su capacidad comercial (*jure gestionis*), sino también en el ejercicio de su soberanía (*jure imperii*); y, en segundo lugar, existe el riesgo de que dicha elección sea desestimada por los tribunales del Estado receptor, especialmente en los casos de expropiación.

Por estos motivos, las partes extranjeras suelen considerar que los tribunales nacionales son poco atractivos para la resolución de litigios y prefieren la neutralidad que ofrece un tribunal arbitral.

V. Derecho internacional privado y arbitraje

El arbitraje es, en muchos sentidos, una labor de derecho internacional privado. No es de extrañar, por tanto, que los árbitros internacionales de mayor renombre también suelen ser destacados estudiosos del derecho internacional privado.

Los conceptos y el vocabulario que utiliza el derecho internacional privado son en gran medida los mismos en los contextos de litigio y arbitraje. Sin embargo, la forma específica que adoptan los conceptos de derecho internacional privado puede diferir en estos contextos. Por ejemplo, el concepto de orden público tiene sus refinamientos específicos en el contexto del arbitraje, que se analizarán con más detalle en la Parte 14. Estos sutiles matices plantean retos en la aplicación de los conceptos tradicionales de derecho internacional privado en el arbitraje.

Los problemas de conflicto de leyes que surgen en el arbitraje pueden ser tanto o más complejos que los que se plantean en los litigios. Estas dificultades y complejidades derivan del hecho de que los árbitros en casos comerciales no solamente se enfrentan al conflicto de leyes con respecto “cuál derecho” debe aplicarse, sino también a la cuestión sobre “cuál sistema de derecho internacional privado” se aplica. Según el caso, existen numerosas respuestas posibles, incluidas las leyes nacionales, los convenios como Roma I o la Convención de México, o los principios de derecho internacional privado, entre otros.

Hay varias situaciones en las que las cuestiones conflictivas pueden influir considerablemente en el resultado del litigio, como por ejemplo en lo relativo a la formación, ejecución, resolución, interpretación y cálculo de los daños en los contratos internacionales.

La determinación del derecho aplicable sigue considerándose por algunos como un ejercicio teórico exacerbado por la doctrina jurídica. Algunos expertos consideran que el derecho internacional privado es el derecho del conflicto de leyes y sostienen que el arbitraje niega estos conflictos al establecer normas materiales para resolverlos, un derecho transnacional por excelencia. Expresiones como esta última quizás expliquen por qué los aspectos de conflicto de leyes suelen pasarse por alto en el arbitraje. Afortunadamente, algunas iniciativas recientes han ilustrado la importancia de tratar adecuadamente los temas relacionados con los conflictos de leyes.

El derecho internacional privado, que incluye tanto el derecho uniforme como las normas de conflicto de leyes, desempeña un papel importante en la resolución de litigios internacionales; la aplicación adecuada de ambos aspectos puede ser determinante para el resultado del caso y para preservar la legitimidad del proceso de arbitraje y la previsibilidad del laudo. Por lo tanto, la práctica arbitral internacional debe mantenerse al día de la evolución reciente del derecho internacional privado.

7.1 Se insta a los decisores, incluidos jueces y árbitros, a que consideren el derecho internacional privado, tanto en términos de derecho uniforme como de normas de conflicto de leyes, en la resolución de demandas relativas a inversiones internacionales y a mantenerse al día de la evolución en materia de internacional privado.

PARTE 8: TRIBUNALES DE ARBITRAJE DE INVERSIONES

I. Consideraciones generales

Existen dos mecanismos distintos en las demandas de inversiones internacionales a través del arbitraje. El primero se refiere a los litigios entre Estados, que generalmente se refieren a la interpretación o aplicación de un tratado. El caso *Lucchetti c. Perú* es un raro ejemplo de este mecanismo en acción⁵⁷⁶. El segundo mecanismo arbitral se aplica a los litigios entre inversores extranjeros y Estados, y se utiliza con mucha más frecuencia. La ventaja del segundo tipo de arbitraje de inversión es que no genera potencialmente un conflicto internacional entre Estados y los factores externos no influyen en la reclamación.

II. Orígenes

Durante la Edad Media existían tres tipos de arbitraje en el ámbito del derecho internacional público: el arbitraje impartido por un jefe de Estado, por una comisión mixta o por un tribunal.

El arbitraje de un jefe de Estado estaba arraigado en la vieja tradición europea de que la justicia como poder político viene de arriba, es decir, que la justicia la imparte el Papa o el emperador, y después el príncipe o su delegado. Este sistema llevó a las partes en litigio a desconfiar de los árbitros designados por el Estado, que consideraban preocupados e influidos por los intereses de su propio Estado por encima de la impartición de una justicia imparcial. Además, para evitar quedar vinculados por los precedentes en su resolución de futuros litigios y por temor a que la crítica jurídica pudiera socavar la soberanía real, los jefes de Estado rara vez incluían razones en las decisiones pronunciadas.

El arbitraje ante comisiones mixtas, descrito en la Parte 2, Sección IX, se veía obstaculizado, en principio, por el hecho de que dichas sentencias se consideraban a veces menos autorizadas que las dictadas ante un árbitro con autoridad estatal. También se planteaban problemas cuando el árbitro era nacional de uno de los Estados parte en el litigio. A pesar de estos problemas, el arbitraje ante comisiones mixtas presentaba algunas ventajas, ya que los expertos de sus paneles solían dar razones detalladas (a menudo prolijas).

Las comisiones mixtas y los árbitros individuales a menudo actuaban también en parte como conciliadores. En tales casos, aplicaban los conceptos de “derecho y equidad” en laudos que no estaban necesariamente bien fundamentados.

Por el contrario, el arbitraje del siglo XIX se orientó progresivamente hacia el modelo judicial. Los árbitros solían ser expertos independientes e imparciales de reconocida competencia técnica cuyas decisiones estaban cada vez mejor fundamentadas y se ajustaban a la ley. El famoso caso de arbitraje de

⁵⁷⁶ *Empresas Lucchetti, S.A. y Lucchetti Perú, S.A. c. República del Perú*, Caso CIADI No. ARB/03/4, CIADI Rep 219, 221/7, Excepciones preliminares 12. Perú aparentemente buscó una interpretación favorable del TBI en el arbitraje Estado/Estado para ayudar a su caso en el arbitraje inversionista/Estado.

Alabama de 1872 entre Estados Unidos e Inglaterra ilustra esta evolución. La decisión fue dictada por cinco miembros del tribunal de conformidad con el Tratado de Washington de 1871.

A pesar de este avance, el arbitraje no progresó lo suficiente a lo largo del siglo XIX. Esto se debió en parte al hecho de que los tribunales arbitrales sólo se establecían ocasionalmente y requerían la negociación previa de las partes. Además, estos tribunales se inclinaban con frecuencia por favorecer el arreglo de controversias, lo que confería a los laudos carácter diplomático. Muchos laudos se apoyaban en razonamientos jurídicos frágiles, lo que hizo difícil el desarrollo de la jurisprudencia internacional. Esta situación cambió en 1899 tras la Primera Conferencia de La Haya que, en un acuerdo revisado en 1907, creó la Corte Permanente de Arbitraje (como se expone en la Parte 2, Sección IX).

En el siglo XX todavía se pueden encontrar los tres tipos de arbitraje (jefe de Estado, comisión mixta y tribunal). El arbitraje ante un jefe de Estado se reservó para determinados asuntos, como el establecimiento de fronteras tras las dos guerras mundiales (que generalmente eran decididos por árbitros únicos). También han continuado los arbitrajes ante comisiones mixtas, que suelen tener su sede en la jurisdicción donde se produjo el litigio a fin de facilitar la investigación de los aspectos debatidos (normalmente relacionadas con daños y perjuicios). Por último, los casos ante tribunales arbitrales prosperaron considerablemente en el transcurso del siglo pasado, sobre todo en asuntos relacionados con inversiones extranjeras.

III. La revolución del CIADI

A. La idea del CIADI

La creación del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) trajo consigo importantes novedades que, teniendo en cuenta los avances posteriores del derecho internacional, parecen ahora casi habituales.

Antes de que se creara el CIADI, la mayoría de las disputas entre inversores y Estados surgían en torno a contratos negociados individualmente. Las demandas entre inversores y Estados procedían como demandas ordinarias por incumplimiento de contrato, resueltas mediante arbitraje comercial internacional. Cuando no se negociaban contratos entre el inversor y el Estado, los litigios en materia de inversiones se resolvían principalmente en los tribunales nacionales que aplicaban su legislación interna. Los particulares tenían muy pocas posibilidades de éxito si se proponían presentar demandas contra Estados o entidades estatales. Los Estados podían presentar demandas internacionales en nombre de sus nacionales, pero a excepción de eso, no existía ningún recurso directo.

Dentro de este panorama jurídico, el Convenio del CIADI marcó un cambio. Este instrumento permitió que los inversores escaparan a los esquemas de protección diplomática, evitaran las jurisdicciones nacionales y emprendieran acciones directamente contra un Estado, haciendo uso del derecho internacional público cuando fuera aplicable. La inmunidad del Estado también se vio mucho más restringida en virtud del Convenio del CIADI debido a la exclusión de los recursos locales y a la posibilidad de ejecutar los laudos directamente en los territorios de las partes del Estado.

Los anteriores Tratados de Amistad, Comercio y Navegación fueron sustituidos por tratados bilaterales de inversión los cuales, tras la creación del CIADI, impulsaron a los redactores de los tratados a que intentaran escapar a la protección diplomática, mediante la incorporación de una cláusula que establecía el consentimiento del Estado para arbitrar con los inversores amparados. En 1969, el Secretariado del CIADI publicó un documento con una serie de cláusulas modelo adaptadas a los tratados bilaterales de inversión y las difundió ampliamente. Anteriormente, ningún tratado bilateral de inversiones había incluido cláusulas de arbitraje entre inversores y Estados. Estas cláusulas modelo contribuyeron a la adopción generalizada del arbitraje en los tratados de inversión.

Al incluir una opción de arbitraje en los tratados, la legislación sobre inversiones y los acuerdos contractuales, los Estados receptores tratan de mejorar su clima de inversión internacional. Sin embargo, se han planteado importantes interrogantes sobre si la posibilidad de recurrir “de manera predeterminada” al arbitraje atrae al capital extranjero. Además, al consentir el arbitraje del CIADI, el Estado receptor

puede protegerse contra otras formas de litigio internacional. Acceder al arbitraje del CIADI también les permite a los Estados resguardarse eficazmente contra la protección diplomática lanzada por los Estados contrarios para proteger a sus ciudadanos.

Una de las ventajas del Convenio del CIADI es que sitúa las controversias en el marco de un tratado internacional que funciona como única fuente de normativa de los diferentes aspectos de la controversia. El CIADI proporciona un "sistema autosuficiente de arbitraje" que es autónomo e independiente de los sistemas jurídicos nacionales.

El Convenio ha sido específicamente concebido para resolver controversias relacionadas con inversiones y para que sea inmune a la injerencia de los Estados. La competencia de los tribunales arbitrales se determina en virtud del Convenio. Esto marca una clara diferencia con los arbitrajes comerciales internacionales, en los que los tribunales nacionales desempeñan un papel importante en las disputas jurisdiccionales. Además, las decisiones del CIADI no pueden ser anuladas en los tribunales nacionales⁵⁷⁷; solo están sujetas a un procedimiento de anulación del CIADI como se describe a continuación. Esta es una diferencia importante con respecto a la Convención de Nueva York, en el que los laudos pueden ser revisados por los tribunales nacionales de la sede del arbitraje y por la jurisdicción en la que debe producirse el procedimiento de ejecución.

El Convenio del CIADI ofrece solamente un marco procesal para la resolución de controversias relacionadas con inversiones y no contiene normas sustantivas que rijan la relación entre los Estados receptores y los inversores extranjeros. Se presentaron varias propuestas para aportar una mayor orientación en esta materia, pero fueron descartadas durante la negociación del Convenio⁵⁷⁸. Las fuertes posiciones contradictorias a este respecto habrían puesto en peligro todo el proyecto.

La única disposición aplicable en materia de conflictos de leyes es el artículo 42 del Convenio, que se limita a indicar las normas sustantivas que pueden aplicarse en virtud de la autonomía de las partes o cuando éstas no hayan elegido un derecho aplicable. Esto se tratará en la Parte 8, Sección V.

B. Orígenes del Convenio del CIADI

El economista John Maynard Keynes concibió tres instituciones mundiales nacidas en la Conferencia Monetaria y Financiera de las Naciones Unidas de Bretton Woods de 1944: el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRF), el Fondo Monetario Internacional (FMI) y la Organización Internacional del Comercio, que más tarde se convertiría en la Organización Mundial del Comercio (OMC). El BIRF fue la mayor y la precursora de las otras dos organizaciones, y se creó para ayudar en la reconstrucción de Europa tras la Segunda Guerra Mundial. Como tal, el BIRF se convirtió en la "principal institución del mundo" para los países en desarrollo.

El Banco Mundial también se constituyó como organismo especializado de las Naciones Unidas. Creado en 1945, comenzó a funcionar al año siguiente. El Banco Mundial está formado por numerosas instituciones (denominadas colectivamente "Grupo Banco Mundial"), siendo el BIRF su principal órgano. La calidad de miembro en el Banco Mundial está condicionada a la calidad de miembro en el FMI.

El Banco Mundial creó un plan para la resolución de litigios entre partes privadas y Estados receptores bajo los auspicios de una institución neutral a la que pertenecían numerosos Estados. Como

⁵⁷⁷ Aunque el cumplimiento de dichos laudos sigue estando sujeto a las normas locales que conceden a los Estados inmunidad de ejecución.

⁵⁷⁸ Véase, CIADI, Historia del Convenio del CIADI, Vol. II, págs. 418 y ss.

resultado, impulsó el Convenio del CIADI. El CIADI es la única institución no financiera del Grupo Banco Mundial, y se aparta en varios aspectos del modelo organizativo de las demás⁵⁷⁹.

Antes de la creación del Convenio del CIADI, el BIRF había intervenido en la solución de varias controversias mediante buenos oficios, mediación y conciliación. Esta experiencia facilitó las negociaciones que condujeron a la creación del CIADI. Aron Broches, quien en ese momento era el Asesor Jurídico General del Banco Mundial, desempeñó un papel clave en su creación.

El Convenio del CIADI se debatió por primera vez en 1962 y fue aprobado por los Directores Ejecutivos el 18 de marzo de 1965, antes de entrar en vigor el 14 de octubre de 1966 con veinte ratificaciones⁵⁸⁰. En la actualidad, el Convenio del CIADI cuenta con 164 signatarios y 157 ratificaciones depositadas⁵⁸¹. Algunas excepciones destacadas fueron Rusia (firmó, pero no ratificó) y Brasil⁵⁸².

Las Reglas y Reglamentos del Convenio del CIADI⁵⁸³ entraron en vigor el 1 de enero de 1968. En 1984 se introdujeron pequeñas modificaciones y el nuevo Reglamento entró en vigor el 1 de enero de 2003. El 21 de marzo de 2022, los Estados Miembros del CIADI aprobaron nuevamente un amplio conjunto de enmiendas, que entraron en vigor el 1 de julio de 2022. Las nuevas reglas de arbitraje y conciliación pretenden reducir el tiempo y el coste de los casos. También se dispone ahora de nuevas reglas de arbitraje acelerado. Las nuevas reglas también pretenden crear una mayor transparencia mejorando el acceso público a las órdenes y laudos del CIADI. Además, por primera vez las normas abordan la financiación por terceros⁵⁸⁴.

C. Funcionamiento del CIADI

El Convenio del CIADI establece un Centro con personalidad jurídica internacional propia (artículos 1 y 18), al igual que la Corte Internacional de Justicia (CIJ). Sin embargo, a diferencia de la

⁵⁷⁹ Actualmente existen cinco organizaciones dentro del Grupo Banco Mundial: el CIADI, el BIRF, la Asociación Internacional de Fomento (AIF), la Corporación Financiera Internacional (CFI) y el Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (OMGI). Cada una de las cinco organizaciones del Grupo Banco Mundial contribuye al objetivo general de reducir la pobreza en todo el mundo. Para obtener mayor información visitar la página: <<https://icsid.worldbank.org/about>> Fecha de consulta: 11 de mayo de 2022.

⁵⁸⁰ Véase CIADI, *Historia del Convenio del CIADI*, Vol. II-2, p. 1041.

⁵⁸¹ Disponible en: <<https://icsid.worldbank.org/es/acerca/estados-miembros/base-de-datos-de-estados-miembros-del-ciadi>> Fecha de consulta: 9 de junio de 2022. El 21 de junio de 2021, Ecuador firmó de nuevo el Convenio del CIADI, convirtiéndose en el 164th Estado en hacerlo. Más información en: <<https://icsid.worldbank.org/news-and-events/news-releases/ecuador-signs-icsid-convention>> (consultado el 9 de junio de 2022).

⁵⁸² Disponible en: <<https://icsid.worldbank.org/es/acerca/estados-miembros/base-de-datos-de-estados-miembros-del-ciadi>> Fecha de consulta: 9 de junio de 2022.

⁵⁸³ Las Reglas y Reglamentos del CIADI incluyen el Reglamento Administrativo y Financiero, las Reglas Procesales para la Iniciación de los Procedimientos de Conciliación y Arbitraje ("Reglas Institucionales"), las Reglas Procesales aplicables a los Procedimientos de Conciliación ("Reglas de Conciliación") y las Reglas Procesales aplicables a los Procedimientos de Arbitraje ("Reglas de Arbitraje"). Para mayor información dirigirse a: <<https://icsid.worldbank.org/es/servicios/contento/descripcion-general-de-los-servicios>> Fecha de consulta: 11 de mayo de 2022.

⁵⁸⁴ Asimismo, en virtud de las enmiendas al Reglamento, se amplía el acceso a las normas y servicios de solución de controversias del CIADI, proporcionando a los Estados y a los inversores acceso al arbitraje y a la conciliación del Mecanismo Complementario cuando una o ambas partes contendientes no sea un Estado Contratante del CIADI. Las Organizaciones Regionales de Integración Económica- tales como la Unión Europea- también podrán ser parte en procedimientos en virtud del Reglamento del Mecanismo Complementario enmendado. Para mayor información Véase mayor información en: <<https://icsid.worldbank.org/es/recursos/reglamento/enmendar-de-la-reglamento-y-el-reglas-del-ciadi-documentos-des-trabajo>> (consultado el 13 de junio de 2022).

CIJ, el CIADI intenta crear un foro despolitizado en el cual las partes puedan resolver sus diferencias, con la ayuda de árbitros elegidos de acuerdo con el mecanismo.

En realidad, el CIADI no lleva a cabo arbitrajes por sí mismo (artículo 1). Más bien, el CIADI se encarga de facilitar instalaciones y prestar servicios, como el mantenimiento de listas de posibles árbitros (artículo 12), seleccionando y registrando solicitudes de arbitraje (artículo 36, párrafo 3), prestando asistencia en la constitución de tribunales y en la conducción de procedimientos (artículo 38), adoptando reglas y reglamentos (artículo 6), y redactando cláusulas modelo para acuerdos de inversión.

El Centro ofrece servicios de arbitraje, conciliación, mediación e investigación⁵⁸⁵. Los idiomas oficiales del CIADI son el inglés, el francés y el español.

El Consejo Administrativo es el órgano rector del CIADI, el cual adopta las normas y reglamentos del Centro y aprueba sus informes anuales y su presupuesto. El Consejo Administrativo no interviene en la administración de los casos⁵⁸⁶.

El Secretariado está encabezado por un Secretario General y cuenta con dos Secretarios Generales Adjuntos y aproximadamente 70 empleados de diversas procedencias y nacionalidades. El Secretario General es el representante legal y el funcionario principal del Centro, y es responsable de su administración interna⁵⁸⁷.

El CIADI mantiene una Lista de Conciliadores y una Lista de Árbitros. Cada Estado contratante puede designar cuatro personas para cada Lista, quienes podrán ser (pero no necesariamente) ciudadanos de ese Estado⁵⁸⁸. La Presidencia del Consejo de Administración puede nombrar a diez personas para cada Lista, cada una de una nacionalidad diferente. En determinadas circunstancias, como la falta de acuerdo entre las partes⁵⁸⁹, la Presidencia del Consejo de Administración podrá designar a los árbitros y conciliadores.

D. Algunas características básicas del mecanismo de arbitraje del CIADI

Algunos consideran que el mecanismo de arbitraje del CIADI se inspira en el pensamiento, el procedimiento y la estructura del arbitraje comercial. Otros sostienen que las disposiciones del Convenio y sus reglamentos y normas de aplicación no se basan en modelos de arbitraje privado, sino más bien en las disposiciones de otros instrumentos de derecho internacional público⁵⁹⁰. Divergencias como ésta se reflejan en las incoherencias que se encuentran en la práctica cuando los asuntos relacionados con el CIADI se enfocan exclusivamente desde el punto de vista del arbitraje comercial o del derecho internacional público.

Una de las características más destacadas del mecanismo es que proporciona a un particular o a una empresa un foro en el cual demandar directamente a los Estados.

⁵⁸⁵ El Secretario General también puede actuar como autoridad competente para realizar nombramientos o como autoridad que decide sobre una propuesta de recusación de un árbitro en controversias ajenas al CIADI. Para mayor información dirigirse a la página: <<https://icsid.worldbank.org/es/servicios>> (consultado el 11 de mayo de 2022).

⁵⁸⁶ El Consejo de Administración está formado por los representantes de los Estados Miembros o, en su ausencia, por los Gobernadores del Banco Mundial de cada Estado Miembro. El Presidente del Banco es el Presidente del Consejo de Administración y no tiene voto en el Consejo.

⁵⁸⁷ Para mayor información dirigirse a la página: <<https://icsid.worldbank.org/about/secretariat>> (consultada el 11 de mayo de 2022).

⁵⁸⁸ Artículo 13 del Convenio del CIADI.

⁵⁸⁹ Las circunstancias de los artículos 30, 38 y 52 del Convenio del CIADI.

⁵⁹⁰ "Por ejemplo, las Convenciones para la Solución Pacífica de Controversias, el Estatuto y el Reglamento de la CIJ, el Reglamento Modelo de Procedimiento Arbitral de la Comisión de Derecho Internacional, el Convenio Constitutivo, los Estatutos y el Reglamento de Préstamos del BIRF, etc.".

De forma similar al Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, en el marco del Convenio del CIADI los Estados contratantes no tienen obligación de someter las controversias al Centro cuando las partes no han aceptado su jurisdicción. Por lo tanto, la jurisdicción del CIADI no es obligatoria *per se*. Requiere el consentimiento por escrito de las partes, ya sea en un acuerdo de inversión o de otro modo. De acuerdo con el Preámbulo del CIADI, "[...] la mera ratificación, aceptación o aprobación de este Convenio por parte del Estado Contratante, no se reputará que constituye una obligación de someter ninguna diferencia determinada a conciliación o arbitraje a no ser que medie el consentimiento de dicho Estado"⁵⁹¹.

Para evitar los riesgos de obstrucción, el consentimiento al CIADI no puede retirarse unilateralmente (artículo 25, párrafo 1); el tribunal goza de jurisdicción exclusiva (artículo 41) y los laudos son vinculantes y ejecutables (artículos 53 y 54). Además, el Centro puede nombrar un árbitro cuando las partes no lo hayan hecho (artículo 38), y la falta de cooperación de las partes no impedirá la continuación del procedimiento (artículo 45).

Sin embargo, el consentimiento por sí solo no basta para establecer la jurisdicción del CIADI. El Centro tiene jurisdicción limitada en relación con el carácter de las partes y la naturaleza de la disputa. A este respecto, el artículo 25 del Convenio del CIADI establece requisitos jurisdiccionales relativos a la naturaleza de la diferencia (*ratione materiae*) y a las partes en la diferencia (*ratione personae*). Más concretamente, la naturaleza de la controversia debe surgir directamente de la inversión y las partes implicadas deben ser Estados contratantes o subdivisiones constituyentes (cuando así se acuerde) y nacionales de otros Estados contratantes, incluida "[l]as personas jurídicas que, teniendo en la referida fecha la nacionalidad del Estado parte en la diferencia, las partes hubieren acordado atribuirle tal carácter [nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia,], a los efectos de este Convenio, por estar sometidas a control extranjero"⁵⁹².

Estas limitaciones *ratione materiae* y *ratione personae* llevaron a la creación del Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI, para permitir arbitrajes que no entran dentro de estos requisitos jurisdiccionales. El Reglamento del Mecanismo Complementario se analiza en las páginas siguientes.

En los procedimientos del CIADI, los tribunales arbitrales se componen normalmente de tres árbitros: uno elegido por cada una de las partes y el tercero elegido conjuntamente por las otras dos si pueden ponerse de acuerdo, o en su defecto por la Presidencia del CIADI. Según el artículo 39, la mayoría de los árbitros deben ser nacionales de Estados que no sean el Estado receptor ni del Estado del inversor. Este requisito distingue los procedimientos del CIADI de los arbitrajes realizados en virtud de otras normas institucionales.

E. Mecanismo de revisión al arbitraje

El CIADI ha creado un mecanismo de revisión para la anulación de los laudos en circunstancias excepcionales con el fin de salvaguardar la violación de los principios fundamentales relativos al proceso (artículo 52 del Convenio del CIADI, artículos 50 y 52-55 de las Reglas de Arbitraje)⁵⁹³.

⁵⁹¹ Véase el texto completo en: <<https://icsid.worldbank.org/es/reglas-y-reglamento/convenio/convenio-ciadi/preambulo>> (consultado el 20 de julio de 2022).

⁵⁹² Artículo 25(2)(b) del Convenio del CIADI.

⁵⁹³ El documento actualizado de antecedentes sobre el mecanismo de anulación para el Consejo de Administración del CIADI de mayo de 2016 es una guía muy útil a este respecto. Véase en: <<https://icsid.worldbank.org/resources/publications/background-papers-annulment>> (consultado el 11 de mayo de 2022). Las causales de anulación contempladas en el Convenio del CIADI derivan del Proyecto de Convención sobre el Procedimiento Arbitral de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas de 1953 ("Proyecto de la CDI"), que fue iniciativa para codificar el derecho internacional existente sobre procedimientos de

Las causas de anulación son las siguientes: que el tribunal se hubiere constituido incorrectamente o se haya extralimitado manifiestamente en sus facultades; que hubiere habido corrupción de algún miembro del Tribunal; que hubiere quebrantamiento grave de una norma de procedimiento, o bien que no se hubieren expresado en el laudo los motivos en que se funde.

Las solicitudes de anulación deben presentarse en un plazo de 120 días a partir de la fecha en que se dictó el laudo. El Presidente del Consejo de Administración nombra entonces a tres personas de la Lista de Árbitros para formar un Comité ad hoc que decidirá sobre la solicitud, y rechazará o confirmará el laudo en su totalidad o en parte. Si el Comité ad hoc anula el laudo, una parte tiene derecho a solicitar una nueva presentación ante un tribunal recién constituido para obtener un nuevo laudo sobre el asunto⁵⁹⁴.

Los dos primeros comités de anulación ad hoc constituidos en el marco del mecanismo del CIADI en los casos *Klöckner c. Camerún* y *Amco c. Indonesia* ejercieron amplios poderes de revisión⁵⁹⁵, lo cual ha sido objeto de críticas. Los posteriores comités de anulación crearon un umbral más alto para anular los laudos basándose en otras razones en lugar de basarse en una aplicación incorrecta del derecho aplicable. Sin embargo, la aplicación de una ley incorrecta aún podría dar lugar a la anulación del laudo sobre la base de la extralimitación manifiesta de las facultades del tribunal⁵⁹⁶.

F. Primeros casos del CIADI y evolución

Desde la creación del CIADI en 1966 hasta 1987, todos los casos que se elevaron a los tribunales del CIADI se presentaron en virtud de contratos de concesión que contenían una cláusula de arbitraje del CIADI. En realidad, se pretendía que el mecanismo del CIADI se aplicara principalmente a los casos relacionados con estos contratos, aunque los *travaux préparatoires* del Convenio también dejaban claro que el consentimiento del Estado al arbitraje podía establecerse a través de las disposiciones de una ley de inversiones.

Al principio, poco sucedió en el Centro. El Convenio del CIADI entró en vigor dos años antes de que el primer acuerdo bilateral de inversión de 1968 hubiera incluido el arbitraje entre el inversor y el Estado⁵⁹⁷. A continuación, se produjo una proliferación de tratados bilaterales y multilaterales que aceptaron el Convenio del CIADI o sus Reglas del Mecanismo Complementario para la solución de diferencias relativas a inversiones. Los TBI se multiplicaron rápidamente, pasando de unos 40 tratados en 1979 a unos 3.000 en la actualidad. Esta propagación ha dado lugar a un gran número de casos de arbitraje, arbitraje del Mecanismo Complementario y conciliación.

El primer caso presentado ante el CIADI fue el arbitraje *Holiday Inns c. Marruecos* de 1972⁵⁹⁸, el cual surgió de un contrato de concesión de inversiones. El primer caso de tratado de inversión, registrado

arbitraje entre Estados. Véase Documentos del quinto período de sesiones, incluido el Informe de la Comisión a la Asamblea General, [1953] 2 Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 211, UN Doc. A/CN.4/SER.A/1953/Add.1 (“1953 ILC Yearbook II”) (artículo 30 del Proyecto de Convención sobre el Procedimiento Arbitral).

⁵⁹⁴ Ibid.

⁵⁹⁵ *Klöckner c. Cameroon (Klöckner)*, Caso CIADI No. ARB/81/2, Decisión de anulación (3 de mayo de 1985), párrafo 79. *Amco c. Indonesia*, Caso CIADI No. ARB/81/1, Decisión sobre anulación (16 de mayo de 1986), párrafo 23.

⁵⁹⁶ Documento de antecedentes actualizado sobre anulación para el Consejo de Administración del CIADI <<https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/Background%20Paper%20on%20Annulment%20April%202016%20ENG.pdf>>, (consultado el 11 de mayo de 2022), p. 57

⁵⁹⁷ Acuerdo de Cooperación entre los Países Bajos e Indonesia (con Protocolo y Canje de Notas fechados el 17 de junio de 1968).

⁵⁹⁸ *Holiday Inns S.A. y otros c. Marruecos*, caso del CIADI n° ARB/72/1, Decisión sobre competencia (12 de mayo de 1974).

en 1987, fue el *Asian Agricultural Products Ltd (AAPL) v. Sri Lanka*. Antes del caso *AAPL*, se habían registrado en el CIADI 23 casos no relacionados con tratados de inversión. Desde entonces, el flujo de casos ha sido extraordinario⁵⁹⁹; a fines de 2019, el CIADI había registrado un total de 745 arbitrajes del CIADI desde su fundación⁶⁰⁰.

G. Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI

El Mecanismo Complementario del CIADI se creó el 27 de septiembre de 1978 y su reglamento se publicó ese mismo año con comentarios explicativos no vinculantes. El Reglamento del Mecanismo Complementario fue modificado posteriormente en 2002, 2006 y 2022⁶⁰¹.

Un procedimiento previsto en su reglamento solo puede podían convocarse para la conciliación o el arbitraje de diferencias relativas a inversiones en determinadas circunstancias⁶⁰², ya que el Mecanismo no está disponible para la resolución de diferencias comerciales ordinarias⁶⁰³.

Estas normas del Mecanismo Complementario se aplican a las controversias jurídicas que no derivan directamente de una inversión, siempre que al menos una de las partes sea parte del Convenio del CIADI o nacional de un Estado parte de este tratado. El Reglamento del Mecanismo Complementario también rige los procedimientos de determinación de hechos entre un Estado y un nacional de otro Estado⁶⁰⁴.

Los procedimientos del Mecanismo Complementario pueden ser administrados por el Secretariado del CIADI y pueden beneficiarse del apoyo institucional y de la experiencia del Centro. Sin embargo, el Convenio del CIADI y sus normas de ejecución no se aplican a los laudos del Mecanismo Complementario⁶⁰⁵. Las cuestiones de ejecución se rigen normalmente por la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, cuando haya sido debidamente ratificada.

El Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI adquirió especial pertinencia en el contexto del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), dado que Estados Unidos era parte del CIADI, pero Canadá y México no lo eran en ese momento⁶⁰⁶. Los artículos 1120 y 1122 del

⁵⁹⁹ La carga de casos del CIADI – Estadísticas puede consultarse aquí:

<<https://icsid.worldbank.org/es/recursos/publicaciones/la-carga-de-casos-del-ciadi-estadisticas>> (consultado el 11 de mayo de 2022).

⁶⁰⁰ Mientras que entre 1971 y 1980 solo se dictaron cuatro laudos del CIADI, entre 1981 y 1990 se dictaron nueve, entre 1991 y 2000 se dictaron 18, entre 2001 y 2010 se dictaron 96 y entre 2011 y 2019 se dictaron 197. CIADI, *La carga de casos del CIADI: Estadísticas 7* (2020).

⁶⁰¹ Para mayor información visitar la página: <<https://icsid.worldbank.org/resources/rules-and-regulations/additional-facility-rules/overview>>. Sobre la última modificación, véase:

<<https://icsid.worldbank.org/resources/rules-amendments>> (consultado el 24 de junio de 2022).

⁶⁰² El Mecanismo Complementario está autorizado para administrar los siguientes procedimientos: (i) procedimientos de arbitraje y conciliación para el arreglo de diferencias relativas a inversiones que surjan entre partes, una de las cuales no sea un Estado Contratante o un nacional de un Estado Contratante; (ii) procedimientos de conciliación o arbitraje entre partes, de las cuales al menos una sea un Estado Contratante o un nacional de un Estado Contratante, para el arreglo de diferencias que no surjan directamente de una inversión, y (iii) procedimientos de comprobación de hechos.

⁶⁰³ El inciso b) del artículo 2 del Reglamento del Mecanismo Complementario debe leerse conjuntamente con el inciso 3 del artículo 4. Surge así la condición de que la transacción en cuestión debe tener características que la distinguen de una transacción comercial ordinaria. El nexo de ciertas inversiones surge como condición previa. En la práctica, sólo el primer grupo de casos ha sido pertinente.

⁶⁰⁴ Reglamento del Mecanismo Complementario, artículo 2.

⁶⁰⁵ Reglamento del Mecanismo Complementario, artículo 3.

⁶⁰⁶ *Ibid.*, p. 705.

TLCAN daban a las partes la opción de recurrir al arbitraje del Mecanismo Complementario o al arbitraje de CNUDMI. Dado que México y Canadá no eran partes del CIADI, en principio solo podían recurrir al arbitraje de CNUDMI en virtud del TLCAN a menos que recurrieran al Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI⁶⁰⁷. En realidad, el primer caso del Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI de 1997, *Metalclad c. México*, procedió del TLCAN⁶⁰⁸.

De conformidad con el Anexo 14.D.3 del reciente Acuerdo T-MEC entre Estados Unidos-México-Canadá (Tratado entre los Estados Unidos Mexicanos, los Estados Unidos de América y Canadá), para las controversias en materia de inversión entre México y Estados Unidos, los demandantes podrán presentar una reclamación de acuerdo con los siguientes reglamentos: el Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI, el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, o cualquier otra regla de arbitraje siempre y cuando tanto el demandante como el demandado estén de acuerdo⁶⁰⁹.

El T-MEC representa un cambio importante con respecto al sistema creado de acuerdo al TLCAN, ya que elimina por completo a Canadá del sistema de arbitraje inversor-Estado. Además, el T-MEC reduce considerablemente el arbitraje inversor-Estado para los inversores estadounidenses y mexicanos. A diferencia del TLCAN, cuando surge una controversia el T-MEC exige que el inversor agote los recursos locales durante un mínimo de 30 meses, a menos que el recurso a los tribunales locales sea “obviamente fútil”. Además, en el marco del mecanismo del T-MEC solamente pueden reclamarse cuestiones específicas, como la discriminación y la expropiación directa⁶¹⁰.

IV. El Reglamento de la CNUDMI y las demandas internacionales de inversión

Existen otros tribunales de inversiones que operan de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (la primera versión se aprobó en 1976) o con normas inspiradas en el mismo. El Reglamento de la CNUDMI, en el que se inspiran los reglamentos de arbitraje comercial de todo el mundo no fue diseñado para aplicarse específicamente a las demandas internacionales de inversión. Sin embargo, se ha utilizado en el contexto del arbitraje de inversiones durante muchos años.

El Reglamento de la CNUDMI (o su adopción con pequeñas modificaciones por muchas instituciones arbitrales) se ha incluido en varios tratados de inversión después de que se adoptara por primera vez en el tratado entre Francia y Panamá en 1982. Panamá hizo lo mismo con varios otros tratados. Otros países como Cuba, Haití, Panamá, Polonia, Rusia, Bulgaria y China siguieron su ejemplo.

Además del propio Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, los reglamentos inspirados en la CNUDMI más utilizados son el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (SCC, por sus siglas en inglés) y el Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI.

⁶⁰⁷ Otro ejemplo es el Tratado de Libre Comercio de 1994 entre México, Colombia y Venezuela. Véase <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/treaties-with-investment-provisions/3122/colombia-mexico-venezuela-fta>. Fecha de consulta :24 de junio de 2022. Los artículos 17 y 18 del Acuerdo conceden al inversor la opción de iniciar un arbitraje a través del CIADI, un arbitraje del Mecanismo Complementario o un arbitraje CNUDMI, dependiendo del estado de ratificación del Convenio CIADI por el Estado en cuestión.

⁶⁰⁸ *Metalclad Corporation c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/97/1, Laudo (30 de agosto de 2000).

⁶⁰⁹ Disponible en: <https://ustr.gov/sites/default/files/files/agreements/FTA/USMCA/Text/14-Investment.pdf>. Fecha de consulta: 11 de mayo de 2022.

⁶¹⁰ El T-MEC excluye las demandas por expropiación indirecta o progresiva, la violación del nivel mínimo de trato y la violación de las expectativas legítimas de un inversor. Véase G. Born, *International Commercial Arbitration, Commentary and Materials* (segunda edición), Transnational Publishers Inc., 2001, p. 127-128.

Los tratados de inversión suelen ofrecer a los inversores la posibilidad de elegir entre diferentes opciones de resolución de litigios. La mayoría de los tratados multilaterales de inversión también ofrecen la posibilidad de elegir entre el Reglamento del CIADI y el de la CNUDMI, entre otras opciones.

Los Reglamentos del CIADI y de la CNUDMI son similares en la mayoría de sus aspectos. Como tales, el resultado sustantivo debería ser el mismo independientemente de si se recurre al Reglamento del CIADI o el de la CNUDMI⁶¹¹. También existe un grupo común de árbitros que se emplean actualmente tanto en los arbitrajes del CIADI como en los de fuera del CIADI.

Se dispone de menos información sobre los arbitrajes regidos por el Reglamento de la CNUDMI. A diferencia de los laudos del CIADI, que pueden consultarse en una única base de datos mantenida por una institución, los laudos dictados en virtud del Reglamento de la CNUDMI suelen ser dictados por tribunales ad hoc. Las decisiones (si son públicas) que emanan de estos tribunales pueden ser recopiladas por varias instituciones con importantes diferencias en la publicación de estos laudos, por lo que puede resultar difícil acceder a estos datos.

A pesar de que casi la mitad de todas las controversias conocidas en virtud de tratados de inversión se arbitran con arreglo a normas que “no pertenecen al CIADI”, la investigación sobre este tipo de disputas es limitada, quizá porque los arbitrajes de inversión sujetos a normas comerciales tienden a recibir menos publicidad.

Como se ha indicado, muchas instituciones siguen el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI o se inspiran en él. Entre ellas, se encuentra la Corte Permanente de Arbitraje, a la cual se hará referencia a continuación al igual que a otras instituciones pertinentes.

V. Corte Permanente de Arbitraje (CPA)

La Corte Permanente de Arbitraje cuenta actualmente con 122 Estados Miembros⁶¹². Ofrece varios servicios, como arbitraje, conciliación, comisiones de investigación, buenos oficios y mediación. Además, la CPA ha sido designada autoridad con facultad de nombramiento (entre otras funciones) en virtud del Reglamento de la CNUDMI⁶¹³.

La CPA administra los casos con arreglo a sus propias normas de procedimiento, las normas de la CNUDMI y también administra procedimientos ad hoc con arreglo a las disposiciones de los tratados negociados. Además, como autoridad competente para realizar nombramientos, la CPA está encargada de decidir las recusaciones de árbitros.

La CPA tiene una estructura orgánica de tres partes. El Consejo de Administración supervisa sus políticas y presupuestos. Los Miembros de la Corte son los posibles árbitros y la Secretaría es la autoridad competente para realizar nombramientos⁶¹⁴. Los árbitros, sin embargo, no tienen que ser seleccionados necesariamente de entre la lista de los Miembros de la Corte.

La Secretaría, denominada Oficina Internacional, está dirigida por el Secretario General. La Oficina Internacional tiene su sede en La Haya⁶¹⁵, y presta apoyo administrativo a los tribunales y comisiones, sirviendo de canal oficial de comunicación de la CPA y garantizando la custodia segura de

⁶¹¹ Sin embargo, no ha sido así en aspectos como la doble nacionalidad.

⁶¹² Partes Contratantes que se han adherido a una o a ambas convenciones fundacionales de la Corte Permanente de Arbitraje. Estatus disponible en: <<https://pca-cpa.org/es/about/introduction/contracting-parties/>> (consultado el 20 de julio de 2022).

⁶¹³ En 2021, la CPA tramitó 49 solicitudes relacionadas con sus servicios de autoridad facultada para realizar nombramientos. Véase en: <<https://pca-cpa.org/es/about/annual-reports/>> (consultado el 11 de mayo de 2022).

⁶¹⁴ Artículo 6, 8-10, Reglamento de Arbitraje de la CPA de 2012.

⁶¹⁵ Para obtener mayor información: <<https://pca-cpa.org/es/about/>> (consultado el 11 de mayo de 2022).

los documentos. La CPA tiene oficinas en Port Louis (República de Mauricio), Singapur y Buenos Aires⁶¹⁶.

El Reglamento de Arbitraje de la CPA de 2012, actualmente en vigor, está inspirado en normas anteriores de los años noventa y en el Reglamento de la CNUDMI, con algunos cambios que se efectuaron para abordar los aspectos de derecho internacional público que pueden surgir en las controversias. Por ejemplo, según el artículo 1.2, al someter las controversias a la CPA, los Estados renuncian a su inmunidad.

Creada hace más de un siglo, la CPA se centró originalmente en los Estados. Actualmente, las reglas de la CPA se aplican a los Estados, a las entidades controladas por el Estado, a las organizaciones intergubernamentales y a las partes privadas. Aunque las disputas interestatales siguen siendo una de las actividades más importantes de la CPA, los arbitrajes mixtos que implican a estas otras partes se han ampliado sustancialmente y en 2022 constituyeron la mayoría de casos activos de la CPA.

Hasta 1932, solo se habían presentado veinte casos ante la CPA. A lo largo de su historia, la CPA ha considerado temas relativos a la soberanía territorial, la responsabilidad del Estado, la interpretación de tratados o contratos, los derechos de pesca y asuntos financieros. Uno de los casos más famosos que se conoció en esa época fue el de la *Isla de Palmas*⁶¹⁷.

La carga de trabajo de la CPA ha aumentado considerablemente desde los años noventa. Durante 2021, la CPA administró 204 casos, a saber: siete (7) arbitrajes interestatales; 115 arbitrajes inversor-Estado derivados de tratados bilaterales/multilaterales de inversión o leyes nacionales de inversión, 80 arbitrajes derivados de contratos en los que interviene un Estado, una organización intergubernamental u otra entidad pública y otros dos (2) procedimientos⁶¹⁸.

La CPA cuenta con una red de acuerdos en cuatro continentes. Según dichos acuerdos, las partes en los casos administrados por la CPA gozan de ciertos privilegios e inmunidades análogos a los concedidos a las Naciones Unidas, así como de inviolabilidad para los actos realizados en el ejercicio de sus funciones. Del mismo modo, los participantes que no sean parte en los procedimientos, tales como testigos y peritos, gozan de los privilegios e inmunidades correspondientes al ejercicio de sus funciones.

La CPA también recibió un importante impulso gracias a su participación en la creación del Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos en La Haya. Este Tribunal tuvo su sede originalmente en los locales de la CPA en el Palacio de la Paz hasta que se trasladó a sus propias oficinas en 1982.

VI. Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos

Las comisiones mixtas de reclamaciones han sido mecanismos de arbitraje “cuasi institucionalizados” o “semipermanentes”. El ejemplo más innovador y reciente es el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, establecido por el llamado Acuerdo de Argel de 1981⁶¹⁹.

⁶¹⁶ Ibid.

⁶¹⁷ Isla de Palmas (o Miangas) (Países Bajos /Estados Unidos de América), Caso CPA No. 1925-01, Laudo (4 de mayo de 1929).

⁶¹⁸ Para mayor información visitar: <https://pca-cpa.org/es/about/annual-reports/>. Fecha de consulta: 11 de mayo de 2022.

⁶¹⁹ Acuerdos de Argel sobre la solución de las reclamaciones, 19 de enero de 1981, 20 ILM 223 (1981). El texto de los Acuerdos de Argel (1981), incluida la Declaración del Gobierno de la República Democrática y Popular de Argelia (Declaración General) y la Declaración del Gobierno de la República Democrática y Popular de Argelia relativa a la solución de las reclamaciones del Gobierno de los Estados Unidos de América y del Gobierno de la República Islámica de Irán (Declaración de Solución de Reclamaciones), puede consultarse en 1 Irán-U.S. C.T.R. 3 (1981-2).

La Revolución de Irán de 1979, bajo el nuevo gobierno revolucionario, nacionalizó un gran número de activos estadounidenses sin compensación. La crisis de los rehenes en la Embajada estadounidense de Teherán provocó el bloqueo de Irán y la congelación de los activos iraníes en Estados Unidos. Las negociaciones, las cuales culminaron en el Acuerdo de Argel, apaciguaron las tensiones diplomáticas. El acuerdo contemplaba la liberación de los rehenes y el establecimiento de una comisión mixta de reclamaciones para resolver las disputas entre ambos países, incluidas las reclamaciones de carácter privado. Todas las partes implicadas tenían algo en juego: un número importante de inversores estadounidenses solicitaron compensación por la nacionalización de sus activos en Irán, incumplimientos de contrato y perjuicios similares. Irán poseía miles de millones de dólares depositados (y después congelados) en bancos estadounidenses, que a su vez se exponían a un posible incumplimiento de pagos de miles de millones de dólares en préstamos por el Gobierno de Irán.

El mandato del Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos es la resolución de litigios derivados de supuestas violaciones de los derechos de propiedad tras la Revolución iraní. A partir de entonces se ha producido una numerosa serie de casos. Sus decisiones abarcan más de treinta volúmenes y han supuesto una contribución fundamental al derecho internacional, además de las decisiones trascendentales del Tribunal sobre temas tales como expropiación y responsabilidad del Estado. Las sentencias en estos y otros temas llamaron la atención de los académicos y de otros tribunales internacionales, lo cual dio lugar a numerosas citas.

El Tribunal tiene jurisdicción en dos categorías de reclamaciones: 1) entre partes privadas y Estados Unidos y 2) en reclamaciones interestatales entre Estados Unidos e Irán. Se han visto miles de casos relacionados con diversos asuntos que implican, por ejemplo, derechos de inversión, expropiación, indemnización y en materia de tasación.

Las decisiones del Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos son públicas y con frecuencia se consideran fuentes persuasivas de autoridad sobre cuestiones pertinentes de arbitraje de inversiones planteadas ante otros tribunales. El Tribunal ha contribuido considerablemente al progreso y a la codificación del derecho internacional en general, y ha aportado importante jurisprudencia en asuntos relativos a la expropiación, indemnización, así como a diversos temas sobre responsabilidad del Estado y la determinación de los intereses sobre los laudos monetarios. El Reglamento de la CNUDMI también ha encontrado una amplia aplicación autorizada en este contexto, lo cual ha generado comentarios que han contribuido a su posición mejorada y cada vez más popular en la práctica del arbitraje internacional.

El considerable número de casos juzgados, las sumas monetarias en juego, la continuidad del Tribunal, la alta notoriedad de sus miembros y las numerosas cuestiones controvertidas planteadas han convertido al Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos en un punto de referencia en materia de resolución de litigio sobre inversiones.

VII. Arbitraje de inversiones conforme a otras normas institucionales

Los tratados o contratos de inversión hacen referencia a veces a otras normas que emanan de instituciones internacionales, tal como la Cámara de Comercio Internacional (ICC)⁶²⁰, la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA), el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (SCC), la Institución Arbitral de las Cámaras Suizas, el Centro Internacional de Arbitraje de

⁶²⁰ Véase a este respecto: Arbitration Involving States and State Entities under the ICC Rules of Arbitration Report of the ICC Commission on Arbitration and ADR Task Force on Arbitration Involving States or State Entities, 2012, [Arbitraje en el que participan Estados y Entidades Estatales de la Comisión de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional y Grupo de Trabajo de resolución alternativa de disputas (ADR) sobre Arbitraje en el que participan Estados y Entidades Estatales] <<https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2016/10/ICC-Arbitration-Commission-Report-on-Arbitration-Involving-States-and-State-Entities.pdf>> (consultado el 11 de mayo de 2022).".

Viena (VIAC) y el Centro Regional de Arbitraje de Kuala Lumpur, entre otros. Estos reglamentos tienden a seguir pautas similares, inspiradas en el Reglamento de la CNUDMI.

Algunos casos de gran repercusión se han decidido de acuerdo al Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional, como el caso *Deutsche Schachtbau*⁶²¹ o al Reglamento de la LCIA, como el caso *Occidental*⁶²². El Reglamento de la SCC se ha mencionado expresamente en el Tratado sobre la Carta de la Energía y en muchos otros tratados bilaterales de inversión firmados por los Estados sucesores de la anterior Unión Soviética.

Entre las últimas novedades cabe citar el Acuerdo Económico y Comercial Global (CETA) entre Canadá y la Unión Europea de 2016 y el Acuerdo de Libre Comercio entre la Unión Europea y Vietnam (EVFTA). Tanto el CETA como el EVFTA introducen innovaciones en la materia, ya que prevén la creación de un tribunal permanente y un órgano de apelación, en lugar de los tribunales arbitrales ad hoc utilizados históricamente en los acuerdos comerciales y de inversión.

El Tratado de 1993 que estableció la Organización para la Armonización del Derecho Mercantil en África (OHADA) es otro ejemplo de desarrollo único en el campo del arbitraje internacional de inversiones. El tratado, que fue revisado posteriormente, está actualmente en vigor en diecisiete países africanos y está abierto a todos los Estados africanos, sean o no miembros de la Unión Africana. La organización OHADA está compuesta por la Conferencia de Jefes de Estado, el Consejo de Ministros, la Corte Común de Justicia y Arbitraje (CCJA), la Secretaría Permanente y la Alta Escuela Regional de la Magistratura. La CCJA es un tribunal supranacional que trabaja para lograr la aplicación uniforme de los actos de OHADA. Entre otras funciones, la organización OHADA actúa a la vez como institución arbitral y como tribunal de última instancia para los laudos arbitrales.

VIII. Arbitrajes *ad hoc* sobre inversiones internacionales

El arbitraje de inversiones extranjeras también puede realizarse a través de procedimientos ad hoc⁶²³. Por ejemplo, el famoso caso *Aminoil*⁶²⁴ estaba sujeto a normas procesales "sobre la base de la justicia natural y de los principios del procedimiento de arbitraje transnacional que considere aplicables".

Cuando los tratados bilaterales de inversión prevén un arbitraje ad hoc, el mecanismo suele ser el siguiente: el tribunal arbitral se compone de tres árbitros, dos de los cuales son elegidos por las partes, que nombran independientemente a un árbitro cada una. A continuación, estos árbitros designados por las partes nombran al tercer árbitro, quien ejercerá la Presidencia. El tercer árbitro debe ser nacional de un tercer Estado no implicado en el procedimiento. Si no hay acuerdo sobre el tercer árbitro, la tarea se confía a una autoridad de designación imparcial. Lo mismo se aplica cuando una de las partes no designa a un árbitro. Los tratados bilaterales de inversión (TBI) recientes han sido consecuentes al recurrir a autoridades para seleccionar al tercer árbitro, como el Presidente de la CIJ, el Presidente de la ICC, el Secretario General de la CPA o el Secretario General de las Naciones Unidas, a los que cualquiera de las partes puede dirigirse con esa finalidad.

Pueden surgir problemas cuando las cláusulas ad hoc no indican expresamente un conjunto de reglas, sino más bien ordenan al tribunal que decida sus propias normas procesales. Estas dificultades pueden superarse cuando las partes acuerdan la aplicación de determinadas normas, como en el caso *ECE*

⁶²¹ *Deutsche Schachtbau-und Tiefbohrergesellschaft mbH c. Ras Al Khaimah National Oil Co. y Shell International Petroleum Co. Ltd.*, (1987).

⁶²² *Occidental Exploration and Production Company c. La República de Ecuador*, England and Wales Court of Appeal (9 de septiembre de 2005).

⁶²³ Por ejemplo, el TBI entre Suiza y Uruguay (1988).

⁶²⁴ Laudo en el caso de un arbitraje entre Kuwait y la American Independent Oil Company (Aminoil). *The American Independent Oil Company c. El Gobierno del Estado de Kuwait*, Laudo final (24 de marzo de 1982).

Projektmanagement et al. c. República Checa, basado en el TBI entre Alemania y la República Checa de 1990⁶²⁵. Con el consentimiento de las partes, el tribunal aplicó las Reglas de la CNUDMI de 1976. El mismo enfoque fue adoptado por el tribunal de *Saar Papier*, convirtiendo así efectivamente estos laudos en laudos CNUDMI, a pesar de que los Estados preveían un arbitraje ad hoc "puro" en el tratado⁶²⁶.

Los arbitrajes ad hoc tienen la ventaja de la flexibilidad procesal, pero suelen surgir dificultades cuando las partes o sus abogados no cooperan, o cuando no cuentan con el apoyo de un sistema jurídico adecuado en el lugar del arbitraje. Quizá esto explique por qué parece haber reticencia hacia el arbitraje ad hoc⁶²⁷. Las empresas y los Estados incluyen cada vez más en sus contratos una referencia a las reglas institucionales, que a menudo son más predecibles que un procedimiento ad hoc, pero que siguen permitiendo que el tribunal y las partes "elaboren los detalles de los procedimientos arbitrales en casos particulares como lo consideren adecuado - al igual que en los arbitrajes ad hoc"⁶²⁸.

Un arbitraje ad hoc puede ser más complicado desde el punto de vista procedimental que el arbitraje conforme a las normas del CIADI, pero no es así cuando se gestiona de forma profesional y con la cooperación de las partes. Además, los arbitrajes ad hoc pueden aportar otras ventajas, como una mayor confidencialidad.

A diferencia de los arbitrajes del CIADI, los procedimientos ad hoc abren la posibilidad de recurrir ante los tribunales nacionales en la jurisdicción en la que se decide o ejecuta el laudo, lo cual puede causar incertidumbre a las partes (por lo tanto, se recomienda evaluar de antemano si el país de la sede cuenta con un sistema judicial competente y eficaz, y se garantiza la corrección y la rapidez). Este fue el caso de Suecia con relación a *CME c. la República Checa*, que se llevó a cabo como un arbitraje ad hoc de conformidad con las disposiciones del TBI de las partes⁶²⁹.

IX. Distinción entre tribunales internacionalizados y territorializados

A veces se distingue entre tribunales "internacionalizados" y "territorializados". Los tribunales territorializados actúan de conformidad con el marco jurídico del Estado de la sede, con arreglo a normas similares a las del arbitraje comercial internacional. Las demandas en materia de inversión que se tramitan ante tribunales territorializados se presentan conforme a normas como el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI para casos ad hoc, el Reglamento de la CPA o el Reglamento de la ICC, entre otros.

En comparación, los tribunales internacionalizados, como los tribunales del CIADI y el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, se rigen por sus documentos constitutivos y las normas del derecho internacional público. En lo que respecta a los tribunales del CIADI, en el caso *Mihaly c. Sri Lanka*, de 2002, el Tribunal escribió que "sostiene que la jurisdicción del Centro [...] se basa en el Convenio del

⁶²⁵ *ECE Projektmanagement & Kommanditgesellschaft Panta Achtundsechzigste Grundstücksgesellschaft mbH & Co. c. The Czech Republic*, CNUDMI, Caso de la CPA No 2010-5, Laudo (19 de septiembre de 2013).

⁶²⁶ *Saar Papier Vertriebs GmbH c. República de Polonia (I)*, Laudo provisional sobre competencia (17 de agosto de 1994), párrafo 4; y § TBI Alemania - Polonia (1989), artículo 11.

⁶²⁷ Un estudio de 2008 detectó una preferencia por el arbitraje institucional frente al arbitraje ad hoc. Los entrevistados expresaron "que el principal motivo por el que se debe elegir el arbitraje institucional es la reputación de las instituciones y la conveniencia de que el caso sea administrado por un tercero", en Price Waterhouse Coopers y Queen Mary University, *International Arbitration: Corporate attitudes and practices 2008* [Arbitraje internacional: actitudes y prácticas corporativas] (the PWC Study), disponible en: <<https://www.pwc.co.uk/assets/pdf/pwc-international-arbitration-2008.pdf>> (consultado el 12 de mayo de 2022). Este estudio no se refería exclusivamente a los litigios sobre inversiones extranjeras, sino al arbitraje internacional en general.

⁶²⁸ *Ibid.*, p. 2365.

⁶²⁹ *CME Czech Republic B.V. v. The Czech Republic*, Final Award (March 14, 2003), 9 ICSID REPORTS 264, 348 (2006).

CIADI y en las normas del derecho internacional general. No opera en virtud de ninguna legislación nacional en particular [...]”⁶³⁰. Del mismo modo, en el Caso A/27, el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos declaró que “[...] fue establecido por un acuerdo internacional [que...e]l Tribunal es “claramente un tribunal internacional [...] y está sujeto al derecho internacional”⁶³¹.

Se han propuesto varios criterios para caracterizar a un tribunal como “internacional”. Por ejemplo, algunos estudiosos sugieren que los tribunales internacionalizados aplican el derecho internacional. Sin embargo, ese es también el caso de los tribunales nacionales. Un enfoque más plausible contempla tres criterios interrelacionados para determinar si un tribunal está verdaderamente “internacionalizado”: su mandato debe determinarse en el marco de un tratado, debe estar al margen de la aplicación del derecho de la sede (al que ha renunciado el Estado en cuestión), y el Estado debe estar obligado por el tratado a cumplir las decisiones del tribunal sin iniciar procedimientos de ejecución en virtud de instrumentos como la Convención de Nueva York. La combinación de estos tres factores garantiza que estos tribunales actúen en el ordenamiento jurídico internacional. Su *lex arbitri* es el derecho internacional público.

Los tribunales territorializados, por el contrario, permanecen vinculados a una jurisdicción nacional específica. Las normas como *la lex loci arbitri* nacional proporcionan el marco normativo cuando el arbitraje está pendiente y en la revisión posterior al laudo.

8.1 Se insta a los órganos decisores, concretamente a los árbitros, a las partes en contratos internacionales de inversión y a sus abogados, a que consideren las peculiaridades de las formas de arbitraje CIADI y "no CIADI" en relación con el derecho sustantivo aplicable.

PARTE 9: ARBITRAJE INTERNACIONAL Y DERECHO SUSTANTIVO APLICABLE

I. Consideraciones generales

En la actualidad, el arbitraje internacional es de naturaleza esencialmente transnacional. El campo incorpora términos comunes, prácticas comunes, los mismos árbitros destacados y las instituciones más importantes que compiten por desarrollar los servicios de resolución de disputas más atractivos para los negocios transnacionales. En la práctica internacional contemporánea, el derecho internacional privado clásico, basado en la selección de un derecho nacional en función de la localización de algunos elementos de conexión, no responde a los retos que plantea el arbitraje. En la actualidad se está consolidando un nuevo derecho internacional privado, que prevé la aplicación flexible de las leyes nacionales y la aplicación del derecho uniforme y otras técnicas cuando proceda. La evolución del derecho internacional privado a este respecto se examinó en la Parte 5 de la presente Guía.

II. Tendencias actuales del conflicto de leyes en el arbitraje

⁶³⁰ *Mihaly International Corporation c. Sri Lanka*, Caso CIADI n° ARB/00/2, Laudo (15 de marzo de 2002), párrafo 19. En el mismo sentido, el siguiente caso: *Abaclat y otros (Caso anteriormente conocido como Giovanna a Beccara y otros) c. República Argentina*, Caso CIADI núm. ARB/07/5, Opinión disidente del Profesor Georges Abi-Saab (28 de octubre de 2011), párrafo 6.

⁶³¹ *República Islámica de Irán y Estados Unidos de América*, Caso n° A/27, Laudo n° 586-A27-FT (5 de junio de 1998), párrafo 58 (cita el Caso n° A/18, nota 228, 5 Iran-U.S. C.T.R. 251, 261; *Anaconda c. Irán*, nota 230, Laudo Interlocutorio, párrafo 97).

Las tendencias modernas se reflejan en el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI de 1976, modificado en 2010, y en la Ley Modelo de la CNUDMI de 1985, modificada en 2006⁶³². De las disposiciones que contienen, en particular los artículos 33 (actual artículo 35) del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI y el artículo 28 de la Ley Modelo, se desprende que, al resolver una controversia internacional, los árbitros pueden elegir un "sistema" de conflicto de leyes, una "norma", o pueden determinar "directamente" la "ley" o las "normas de derecho" apropiadas para regir el contrato.

Es cierto que cuando las partes no han elegido una ley aplicable, la Ley Modelo impide que los árbitros la elijan directamente. El artículo 28(2) establece a este respecto que el "tribunal arbitral aplicará la ley que determinen las normas de conflicto de leyes que estime aplicables". Sin embargo, las disposiciones relativas al derecho sustantivo aplicable no deben considerarse obligatorias. Dado que la Ley Modelo no incluye un mecanismo de revisión de los laudos, los árbitros que no tengan en cuenta esta disposición no ponen en tela de juicio la validez de la decisión. Existen algunas excepciones a esta regla en jurisdicciones como Inglaterra, donde, salvo acuerdo en contrario, las partes pueden recurrir un laudo sobre el fondo⁶³³.

Además, el artículo 28(4) de la Ley Modelo establece que, en todos los casos, el tribunal debe tener en cuenta el contrato y los usos aplicables al caso. Esta norma prevalece sobre las normas de conflicto y no depende de la voluntad de las partes, por lo que concede una gran flexibilidad a los árbitros en su determinación de la ley aplicable. Esto se tratará más adelante la Parte 12, Sección V.

Existen instrumentos modernos, tales como los Principios de la HCCH, y para las Américas, la Guía de Contratos de la OEA, que pueden ser de especial ayuda para los árbitros en la determinación del derecho sustantivo aplicable, dado que brindan orientación sobre los principios generales de derecho internacional privado que los árbitros pueden aplicar. Un próximo paso importante en este sentido es la amplia difusión de estos instrumentos para sensibilizar a los responsables de la resolución de litigios sobre estas herramientas y su aplicación⁶³⁴.

Varios laudos hacen referencia al poder amplio o discrecional de los árbitros para determinar el derecho sustantivo aplicable⁶³⁵. Sin embargo, los árbitros deben tener cuidado al ejercer su discrecionalidad en este sentido. Resulta cuestionable que un caso de la Cámara de Comercio Internacional (ICC) de 1989⁶³⁶ el tribunal aplicó una disposición similar relativa a los usos mercantiles del Reglamento de la ICC⁶³⁷ y de la Convención de Naciones Unidas sobre Compraventa (CISG, por sus siglas en inglés), que tomó a las partes por sorpresa, ya que esa disposición no era la ley del contrato y ninguna de las partes se había referido a ella en sus escritos.

⁶³² Ley Modelo de Arbitraje de la CNUDMI. Estatus actual disponible en: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html. Fecha de consulta: 12 de mayo de 2022. [acceso a página en español: <https://uncitral.un.org/es>]

⁶³³ En Inglaterra, artículo 69 de la *Ley de Arbitraje* de 1996.

⁶³⁴ Se puede encontrar información sobre la labor de la Oficina Permanente de la HCCH en las siguientes páginas web: <https://assets.hcch.net/docs/ecde461b-d46a-4eb7-beef-b9efab566063.pdf>; <https://assets.hcch.net/docs/c89ab8b8-6328-4d35-ac01-ee7493d7c5e3.pdf>

⁶³⁵ Laudo de la ICC n° 2930 de 1982, IX Yearbook Com. Arb. (1984), 105 (106); *Cairo Regional Center for International Commercial Arbitration*, Laudo parcial no. 120/1998, (23 de junio de 2000), en: *Alam Eldin* (ed.), *Arbitral Awards of the Cairo Regional Centre for International Commercial Arbitration* (2000), 25 (28); Laudo de la ICC No. 3540 (1980), VII Yearbook Comm. Arb. (1982), 124 (128); Laudo de la ICC No. 2730 (1982), en: *Collection of ICC Arbitral Awards 1974-1985*, 490 (491); Laudo de la ICC No. 1422 (1966), en: *Collection of ICC Arbitral Awards 1974-1985*, 185 (186).

⁶³⁶ *ICC 5713/1989 (Vendedor c. Comprador)*, *YBCA*, Vol. 15 (1990), p. 70.

⁶³⁷ Reglamento de Arbitraje de la ICC, en vigor el 1 de enero de 1998 (Publicación ICC N° 581, 1997), reimpresso en *ILM*, Vol. 36 (1997), p. 1604, *YBCA*, Vol. 22 (1997), p. 347, Art. 13(5).

III. Peculiaridades del arbitraje internacional de inversiones

Por lo general, los árbitros que tramitan demandas de inversión extranjera deben, por lo general, determinar si el Estado ha aplicado realmente las garantías de las que el inversor alega que goza en virtud de la ley, el tratado o el contrato de inversión aplicable. En términos generales, los litigios que se plantean en el arbitraje entre Estados e inversores van más allá de lo que se suele plantear en el arbitraje comercial internacional.

Además, los árbitros disponen de una gran flexibilidad en las demandas de inversión cuando, por ejemplo, interpretan normas de tratados de estructura abierta. Al igual que en el arbitraje comercial, no están sujetos a fórmulas rígidas ni a las disposiciones de un único ordenamiento nacional. Por lo tanto, a pesar de la aplicación de determinados aspectos de derecho internacional público, el arbitraje de inversiones no dista tanto del arbitraje comercial internacional.

Los tribunales del CIADI ejercen esta discrecionalidad, por ejemplo, al determinar si la indemnización por una expropiación conforme a derecho devenga intereses simples o compuestos⁶³⁸.

El razonamiento del tribunal del CIADI en *CDSE c. Costa Rica* no difiere tanto de otras decisiones, incluida la dictada en el caso ICC n° 1989 mencionado anteriormente⁶³⁹. Debido al mayor margen de discrecionalidad del que disponen los tribunales en virtud del derecho internacional público, los tribunales del CIADI pueden parecer más justificados al fijar la suma de la indemnización como "lo que es apropiado en las circunstancias". No obstante, el objetivo de estos tribunales sigue siendo el mismo: adaptar la norma de elección del derecho para seleccionar la norma que, en las circunstancias, produzca el resultado más apropiado y equitativo.

IV. Elección del derecho aplicable en el arbitraje de inversiones

El arbitraje de inversiones conlleva normalmente la interrelación entre el ordenamiento jurídico nacional y el internacional. El derecho aplicable en las demandas de inversión puede implicar una multitud de niveles: el derecho internacional público tiene incidencia especial; sin embargo, el punto de referencia también podría ser el contrato comercial o las relaciones contractuales en las que se basa la inversión.

En los tratados y leyes en materia de inversión o en contratos entre inversores y Estados, las cláusulas de elección del derecho aplicable suelen referirse a la ley del Estado receptor o la ley de un tercer Estado (como en el caso de los bonos). Además, las cláusulas de elección del derecho aplicable en los contratos entre inversores y Estados suelen referirse al derecho internacional, a los principios generales del derecho o a las normas de protección previstas en el tratado bilateral de inversión.

Algunos tratados se refieren a principios o normas de derecho internacional, pero omiten incluir las leyes nacionales; otros tratados combinan el derecho nacional y el internacional, y otros mencionan el derecho nacional del Estado receptor y los contratos entre las partes litigantes, omitiendo toda referencia al derecho internacional⁶⁴⁰. Los tratados generalmente señalan las siguientes fuentes, sin ningún orden jerárquico en particular: (a) la legislación del Estado receptor; (b) el propio TBI y otros tratados; (c) cualquier contrato relacionado con la inversión y (d) el derecho internacional general.

⁶³⁸ Véase, por ejemplo, *Compañía del Desarrollo de Santa Elena, S.A. c. República de Costa Rica*, Caso CIADI No. ARB/96/1, *ILM*, Vol. 39 (2000), p. 1317.

⁶³⁹ ICC 5713/1989 véase supra (*Seller v. Buyer*), YBCA, Vol. 15 (1990).

⁶⁴⁰ Como el apartado 6 del artículo 26 del Tratado sobre la Carta de la Energía.

¿Cómo determina el tribunal el derecho aplicable en el arbitraje de inversiones? Por lo general, los tribunales arbitrales no disponen de normas de elección del derecho aplicable de su foro. Por lo tanto, requieren sus propias normas "transnacionales" de elección de la ley aplicable.

Como ya se ha señalado, la mayoría de los tratados de inversión contemplan el arbitraje, pero muy pocos especifican el derecho aplicable; en aquellos que sí lo hacen suele ser una combinación de la legislación nacional del Estado receptor en cuestión y los principios generales del derecho internacional. Sin embargo, muchos tratados no abordan este aspecto, o se refieren a principios amplios y genéricos por medio del uso de fórmulas como "normas y principios de derecho internacional generalmente reconocidos". Además, el derecho que debe aplicar el tribunal varía de un mecanismo de solución de diferencias a otro. Algunos conceden amplias facultades discrecionales al tribunal, mientras que otros se remiten a normas de conflicto de leyes o a normas de derecho internacional⁶⁴¹.

También es habitual que se apliquen varias fuentes de derecho a la vez. Por ejemplo, en el caso de arbitraje del Mecanismo Complementario del CIADI *Técnicas Tecmed c. Estados Unidos Mexicanos* (2003)⁶⁴², la cláusula de derecho aplicable incluida en el TBI incluía el propio tratado, así como las disposiciones de derecho internacional como pertinentes en caso de controversia. Esta cláusula fue interpretada por el tribunal de conformidad con el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. En su debate sobre la expropiación, el tribunal se remitió a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos⁶⁴³.

V. Derecho sustantivo aplicable en el Convenio del CIADI

A. Contenido del artículo 42

La determinación del derecho sustantivo aplicable ha sido un tema importante desde el principio de la redacción del Convenio del CIADI. Además de aportar un marco procesal para la realización de arbitrajes internacionales de inversión, el Convenio también contiene una disposición sobre la elección de la ley aplicable (artículo 42) en un intento de eliminar cualquier incertidumbre e imprevisibilidad a este respecto.

El artículo 42 del Convenio del CIADI dispone lo siguiente:

“(1) El Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de tal acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional público y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables.

(2) El Tribunal no podrá eximirse de fallar so pretexto de silencio u oscuridad de la ley.

(3) Las disposiciones de los precedentes apartados de este Artículo no impedirán al Tribunal, si las partes así lo acuerdan, decidir la diferencia *ex aequo et bono*”.

⁶⁴¹ Por ejemplo, el artículo 21 del Reglamento de Arbitraje de la ICC de 2021 establece que, a falta de elección, se aplica la *voie directe*, lo que otorga un amplio margen de discrecionalidad a los árbitros. Por el contrario, el artículo 28 de la Ley Modelo de la CNUDMI remite a las normas tradicionales de conflicto de leyes que el tribunal considere apropiadas, como se expone en la Sección II de esta Parte 9. El artículo 42 del Convenio del CIADI contempla la aplicación de “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”.

⁶⁴² *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB (AF)/00/2, Laudo (29 de mayo de 2003) (H.A. Grigera Nanon, J.C. Fernandez Rozas, C. Bernal Vereza, arbs).

⁶⁴³ *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB (AF)/00/2, Laudo (29 de mayo de 2003), párrafo 116.

A diferencia de otras disposiciones procesales que están dispersas por todo el Convenio del CIADI, las disposiciones sobre derecho sustantivo aplicable se encuentran únicamente en el artículo 42. Ni la Convención de Nueva York ni la Convención Interamericana contienen disposiciones comparables sobre la elección de la legislación aplicable. El artículo 28 de la Ley Modelo de la CNUDMI y el artículo 35 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI son disposiciones análogas al artículo 42 del Convenio del CIADI.

El subpárrafo (1) parte del principio de autonomía de las partes y la libertad de las partes para elegir la ley que consideren más apropiada para su relación. Cuando las partes no hayan elegido una ley aplicable, el tribunal podrá remitirse tanto a las normas de derecho interno como a las de derecho internacional. Un análisis detenido del artículo 42 muestra que el doble proceso (autonomía de las partes y ausencia de elección) es más complicado de lo que parece. Estas complejidades se abordarán a continuación.

B. Interacción entre el derecho nacional y el derecho internacional en el Convenio del CIADI

El artículo 42 fue concebido para que se aplicara a demandas contractuales. Y en los primeros veinte años del Convenio del CIADI, la mayoría de las demandas planteadas se trataron de contratos de inversión⁶⁴⁴. Mas adelante, y de forma sorprendente, el volumen de casos cambió y actualmente la mayor parte de los casos del CIADI son principalmente reclamaciones relativas a tratados. Solamente una minoría de los tratados bilaterales de inversión especifican el derecho aplicable, y los que contienen tales disposiciones siempre indican las disposiciones sustantivas del propio tratado bilateral de inversión.

El artículo 42 se redactó para que fuera aceptable para los países en desarrollo que desconfiaban del derecho aplicable al fondo del litigio; no ofrecía una solución definitiva a la cuestión de la legislación aplicable y las normas que debían prevalecer en caso de conflicto.

Desde el principio, las actitudes hacia la interrelación entre el derecho nacional y el derecho internacional han estado polarizadas. En principio, debería aplicarse el derecho del Estado contratante para resolver la controversia, pero en numerosos laudos del CIADI, se ha considerado que el derecho internacional tiene un papel "complementario" y "subsidiario" cuando falta el derecho del Estado contratante. Este papel se examinará en la Parte 13, Sección II.

C. Aplicabilidad del derecho internacional público según el artículo 42 del Convenio del CIADI

Acudir al derecho internacional público se ha convertido en algo tan habitual que en los arbitrajes del CIADI los tribunales rara vez cuestionan la base analítica para su aplicación, por encima de la mera observación de que la violación se base en un tratado internacional. Aunque, en teoría, deberían aplicarse otras leyes, en la práctica el derecho internacional público ha desempeñado un papel importante como legislación que rige las relaciones que surgen de un tratado.

En el proceso de negociación del Convenio del CIADI, se expresó repetidamente la preocupación de que la simple referencia a las normas de derecho internacional no era suficientemente específica⁶⁴⁵. En

⁶⁴⁴ La mitad de esos casos se referían a la ley aplicable elegida por las partes, que suele ser la ley del Estado de origen. En el caso *Mobil c. Nueva Zelanda*, la cláusula de arbitraje del CIADI estipulaba que "[u]n Tribunal Arbitral aplicará la ley de Nueva Zelanda". (Véase *Attorney General of New Zealand c. Mobil Oil New Zealand*, High Court of New Zealand, Sentencia, 2 CIADI Rev.-FILJ 497, 502 (1987), (1 de julio de 1987). Sin embargo, suelen incluirse cláusulas de estabilización o "congelamiento" (como en *Maritime International Nominees Establishment c. Republic of Guinea*, Caso CIADI No. ARB/84/4 (22 de diciembre de 1989), párrafo 94). En otros casos se hace referencia al derecho nacional e internacional, "de modo que la aplicación del primero pueda, en caso necesario, ser complementada o atenuada por la aplicación del segundo" (*AGIP S.p.A. c. República Popular del Congo*, Caso CIADI N° ARB/77/1, Laudo (30 de noviembre de 1979), párrafo 323.

⁶⁴⁵ CIADI, *Historia del Convenio del CIADI*, Volumen II-1, p. 330, 418, 570, 801.

los antecedentes de la redacción se afirmó que "[e]l término 'derecho internacional', tal como se utiliza en este contexto, debe entenderse en el sentido que le da el artículo 38(1) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, teniendo en cuenta que el artículo 38 fue concebido para aplicarse a las controversias interestatales"⁶⁴⁶. Es discutible si esto constituye una imagen completa del derecho internacional contemporáneo. No obstante, la historia de la redacción deja claro que los tribunales del CIADI deben tener en cuenta toda la gama de fuentes del derecho internacional al resolver controversias, de forma similar a la Corte Internacional de Justicia.

En la referencia del artículo 42 a las "normas de derecho internacional" debe "entenderse que la aplicación del Derecho internacional comprende al Derecho internacional general, incluyendo la costumbre internacional [...]", y no sólo al tratado aplicable. Así ocurrió en las decisiones *LG&E c. Argentina* y *ADC c. Hungría*⁶⁴⁷.

Hay que tener en cuenta que el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia también fue concebido para aplicarse a litigios interestatales. El artículo 42 del Convenio del CIADI no transfiere las normas que se aplican a las relaciones entre Estados a los vínculos entre Estados e inversores. Por lo tanto, si los tribunales hacen referencia a las normas del derecho internacional consuetudinario, primero deben establecer su aplicabilidad también para los particulares.

El artículo 42 también comprende los siguientes principios generales de derecho internacional público: la buena fe y el principio de que uno debe atenerse a los acuerdos voluntariamente celebrados y debe ejecutarlos de buena fe.

D. Interpretación autónoma del artículo 42

A menudo, los tribunales de arbitraje abordan los problemas de conflicto de leyes únicamente de forma superficial y se conforman con remitirse al artículo 42 o a la correspondiente disposición sobre la elección del derecho aplicable en el tratado de inversión. Sin embargo, en determinadas situaciones un análisis más detenido podría conducir a un resultado diferente, lo que justificaría un análisis más profundo sobre el derecho sustantivo aplicable.

El artículo 42 es la *lex fori* diseñada para orientar a los tribunales del CIADI en la determinación del correspondiente derecho sustantivo aplicable. La disposición debe interpretarse de forma autónoma, teniendo en cuenta los principios generales del derecho cuando sea pertinente.

Para los aspectos relacionados con el derecho privado, los árbitros pueden aplicar, como una expresión de principios generales, instrumentos de derecho uniforme tales como la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (CISG) y los Principios UNIDROIT. Cuando un tribunal no lo considere procedente o no pueda establecer principios generales de derecho uniforme en un caso concreto, puede recurrir en su lugar a los principios generales de conflicto de leyes⁶⁴⁸. Los Principios de la HCCH pueden ser de gran ayuda en este sentido, así como otros instrumentos como Roma I y la Convención de México.

Cuando no puedan establecerse principios generales, no habrá *non liquet*. El Convenio del CIADI ofrece orientación en estas situaciones (concretamente, el artículo 42, párrafo 1, sección 2), lo que abre la

⁶⁴⁶ Ibid., vol. II-2, p. 962.

⁶⁴⁷ *LG&E c. República Argentina*, Decisión sobre Responsabilidad (3 de octubre de 2006), párrafo 89. *ADC c. Hungría*, Laudo (2 de octubre de 2006), párrafo 290.

⁶⁴⁸ "Si el Tribunal se ve en el caso de tener que elegir entre varias leyes nacionales deberá optar por la "ley pertinente" aplicando los principios generalmente aceptados en materia de Conflicto de Leyes o Derecho Internacional Privado [...]" [Tr. (CIADI, *Historia del Convenio del CIADI: Documentos relativos al origen y a la formulación del Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados*, p. 156 – volumen IV- Documentos en español).]

puerta a la aplicación de la legislación del Estado receptor y sus normas de conflicto de leyes en particular.

E. Normas de conflicto de leyes de acuerdo al Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI

La Regla 68 del Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI establece:

Derecho aplicable

(1) El Tribunal aplicará las normas de derecho que las partes hayan indicado como aplicables al fondo de la diferencia. En ausencia de dicha indicación de las partes, el Tribunal aplicará: (a) el derecho que determine aplicable, y (b) las normas de derecho internacional que considere aplicables.

(2) El Tribunal podrá decidir *ex aequo et bono* si las partes lo han autorizado a hacerlo en forma expresa y si el derecho aplicable al arbitraje lo permite.

A pesar de la diferencia de redacción al compararse con el artículo 42 del Convenio del CIADI, el resultado de la aplicación de ambas disposiciones debería ser el mismo en la mayoría de las situaciones.

VI. Conflicto de leyes ante el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos

El artículo V de la Declaración sobre Solución de Reclamaciones⁶⁴⁹ hace referencia tanto a las “normas de elección de la legislación aplicable” como a los “principios del derecho mercantil e internacional”. También establece que el tribunal debe tener en cuenta “los usos pertinentes del comercio, las disposiciones contractuales y el cambio de circunstancias”.

En un caso muy citado, el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos escribió:

Es difícil concebir una disposición sobre la elección del derecho aplicable que otorgue al Tribunal mayor libertad para determinar caso por caso el derecho pertinente a las cuestiones que se le planteen. Tal libertad es coherente con, y tal vez casi esencial para, el alcance de las tareas a las que se enfrenta el Tribunal, que incluyen no sólo reclamaciones de naturaleza comercial, como la del presente caso, sino también reclamaciones que implican supuestas expropiaciones u otros actos públicos, reclamaciones entre los dos Gobiernos, ciertas reclamaciones entre dos instituciones bancarias, y cuestiones de interpretación y aplicación de las Declaraciones de Argel. Por lo tanto, el Tribunal puede verse a menudo en la necesidad de interpretar y aplicar los tratados, el derecho internacional consuetudinario, los principios generales del derecho y las leyes nacionales, 'teniendo en cuenta los usos pertinentes del comercio, las disposiciones contractuales y el cambio de circunstancias', tal y como estipula el artículo V⁶⁵⁰.

El artículo V de la Declaración sobre la Solución de Reclamaciones contiene una disposición particularmente complicada sobre la elección del derecho aplicable. Como tal, el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos ha procedido con cautela al aplicarlo, fijándose principalmente en las cláusulas del contrato en cuestión. En lugar de recurrir a las normas de conflicto de leyes iraníes o estadounidenses, el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos suele aplicar los principios generales del derecho y el derecho no estatal o la *lex mercatoria* (pero no menciona necesariamente estas fuentes por su nombre). Esta vacilación refleja la reticencia general de los tribunales internacionales de aplicar las

⁶⁴⁹ La disposición establece que “[e]l Tribunal decidirá todos los casos sobre la base del respeto a la ley, aplicando las normas de elección de ley y los principios de derecho comercial e internacional que el Tribunal determine que son aplicables, teniendo en cuenta los usos pertinentes del comercio, las disposiciones contractuales y el cambio de circunstancias”.

⁶⁵⁰ *CMI International Inc. c. Ministry of Roads and Transport*, n° 99-245-2 (27 de diciembre de 1983), (1983) 4 Irán-USCTR 263, 267-268.

disposiciones nacionales sobre conflicto de leyes a los litigios de derecho internacional público. En asuntos relacionados con expropiaciones o decisiones administrativas dictadas contra extranjeros, el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos suele aplicar el derecho internacional público.

Por razones políticas, el artículo V ofrece poca orientación sobre la interrelación entre el derecho internacional público y el privado. En las negociaciones de 1980 no hubo acuerdo sobre el sistema jurídico ni sobre las normas de conflicto entre las legislaciones que regirían las reclamaciones. Por lo tanto, los negociadores pensaron que lo mejor era dejar a la discreción del Tribunal la adopción de normas sobre la elección del derecho aplicable.

Consciente de esta flexibilidad, el Tribunal aplicó el artículo V liberalmente⁶⁵¹. Se ha referido al artículo V como un "sistema novedoso para determinar el derecho aplicable [...] según este sistema el Tribunal no está obligado a aplicar ningún sistema nacional o internacional en particular"⁶⁵². Sin embargo, los árbitros del Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos también han expresado que no gozan de "una libertad discrecional [...] ya que el Tribunal recibe una indicación bastante precisa de los factores que deben guiar su decisión"⁶⁵³. En *Mobile Oil Iran c. Irán* (1987), el Tribunal dictaminó que "al determinar la elección del derecho aplicable en un caso concreto, el Tribunal debe examinar los principios y normas jurídicos pertinentes, así como las circunstancias concretas de hecho y de derecho del caso"⁶⁵⁴.

En su aplicación del derecho a una controversia concreta, el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos se ve influido en gran medida por la naturaleza de la controversia. Por ejemplo, en *Amoco c. Irán*⁶⁵⁵, el tribunal sostuvo que el derecho internacional consuetudinario determinaba si era necesaria una indemnización justa por los bienes expropiados. Asimismo, el tribunal ha aplicado el derecho internacional consuetudinario a otras cuestiones de derecho internacional público, como la determinación de los intereses⁶⁵⁶, la atribución⁶⁵⁷, la sucesión de derechos y obligaciones⁶⁵⁸, y la nacionalidad de las personas con doble nacionalidad⁶⁵⁹.

Determinar el derecho aplicable en las demandas privadas puede resultar sumamente complejo. Para evitar susceptibilidades políticas, el Tribunal basa sus decisiones en factores neutrales como el contrato entre las partes o los principios generales del derecho que les son comunes. En *Mobil Oil Iran, Inc. c. Irán*, el tribunal determinó que el acuerdo no debía regirse por el derecho interno de una de las partes, lo cual indicó sus reservas para anteponer el derecho interno de una de las partes al de la otra⁶⁶⁰.

⁶⁵¹ *Benjamin R Isaiah c. Bank Mellat*, Laudo n° 35-219-2, (30 de marzo de 1983), (1983) 2 Iran-United States Claims Tribunal Reports 232, 237.

⁶⁵² *Anaconda-Iran Inc. c. República Islámica de Irán*, Laudo n° ITL 65-167-3 (10 de diciembre de 1986), (1986) 13 Irán- USCTR 199, 232.

⁶⁵³ *Ibid.*

⁶⁵⁴ *Mobile Oil Iran c. Irán*, Laudo n° 311-74/76/81/150-3, (14 de julio de 1987), párrafo 72.

⁶⁵⁵ *Amoco Int'l Fin. Corp. c. Iran*, 15 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 189, 223, 246-48 (1987); se formularon determinaciones similares sobre la legislación aplicable en: *Shahin Shaine Ebrahimi c. Iran*, 30 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 174 (1994); *Nat'l Iranian Oil Co., 10 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 180, 184-187* (1986).

⁶⁵⁶ *McCullough and Company, Inc. c Ministry of Post, Telegraph and Telephone*, 11 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 3, 26-31 (1986); *Sylvania Technical Systems Inc. c. Iran*, 8 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 298, 320-322 (1985).

⁶⁵⁷ *Sea-Land Service, Inc. c. Irán*, 6 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 149 (1984); *Rankin v. Iran*, 17 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 135 (1986).

⁶⁵⁸ *Oil Field of Texas, Inc. c. Irán*, 1 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 347, 361 (1982).

⁶⁵⁹ *Jurisdiction Over Claims of Persons with Dual Nationality*, [Jurisdicción sobre reclamaciones de personas con doble nacionalidad] 5 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 251 (1984).

⁶⁶⁰ *Mobil Oil Iran, Inc. c. Irán*, 16 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 3, 27 (1987).

El Juez Lagergren, primer Presidente del Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, explica la actitud del Tribunal en los siguientes términos: "El Tribunal ha evitado aplicar cualquier norma nacional sobre conflicto de leyes, y en su lugar aplicó principios generales de conflicto de leyes". Asimismo, en *FMC Corporation c. Irán* (1987), el Juez Bahrami Ahmadi declaró que el Tribunal "no puede, como foro internacional, aplicar las normas de elección de la legislación del Estado en el que ha sido convocado, ni siquiera en reclamaciones comerciales, en las que los dos Gobiernos consideraron necesario establecer normas para elegir el derecho aplicable"⁶⁶¹.

Además, en *Harnischfeger Corp. c. Ministry of Roads and Transportation*⁶⁶², el Tribunal aplicó principios generales de derecho internacional privado (es decir, el principio del "vínculo más estrecho") para concluir que el Código de Comercio Uniforme de los Estados Unidos era el derecho aplicable⁶⁶³. En *Economy Forms Corp. c. Irán*⁶⁶⁴, el Tribunal también aplicó principios generales de derecho internacional privado, y consideró "el vínculo más cercano" o el "centro de gravedad" un principio generalmente aceptado.

La libertad concedida al Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos a través del artículo V inspiró el desarrollo de un enfoque creativo y ecléctico (o una variedad de aproximaciones) sobre la elección de la legislación aplicable, que ha sido objeto de diversas críticas. En una opinión disidente, el Juez Mosk expresó su frustración en los siguientes términos:

La opinión de la mayoría en este caso [...] podría ser más comprensible si contuviera un análisis de la fuente del derecho aplicado [...] Parece haber cuestiones sobre la elección de legislación. En efecto, en el Laudo parcial, el Tribunal analizó específicamente su elección del derecho aplicable con respecto a transacciones similares a las que nos ocupan [...] Sin embargo, en el presente caso, el Tribunal ofrece pocos indicios de haber considerado la posibilidad de que pudieran aplicarse diferentes leyes a diferentes transacciones y a diferentes cuestiones relacionadas con el caso. No se puede discernir de la opinión de la mayoría cómo derivó ésta los principios jurídicos que invoca⁶⁶⁵.

...el Tribunal ha llegado a reconocer que no se ha referido a leyes de un suficiente número de jurisdicciones⁶⁶⁶. Además, en algunos casos, las partes tampoco han podido prestar ayuda al Tribunal para determinar si los principios que estaba aplicando podían considerarse principios generales⁶⁶⁷.

⁶⁶¹ *FMC Corporation c. Ministry of National Defence et al.*, Laudo, (12 de febrero de 1987), Opinión disidente, Juez Ahmadi, en la sección B(1). En *Sapphire Int'l Petroleum Ltd. v. National Iranian Oil Co.* (1963) el árbitro Cavin siguió "la opinión de algunos eminentes especialistas en Derecho Internacional Privado [...] puesto que el árbitro ha sido investido de sus poderes como consecuencia de la intención común de las partes, no está obligado por las normas de conflicto vigentes en el foro de arbitraje". *Sapphire Int'l Petroleum Ltd. c. National Iranian Oil Co.*, Laudo, (Cavin, árbitro único), (15 de marzo de 1963), 35 I.L.R. 136, 169 (1963).

⁶⁶² *Harnischfeger Corp. c. Ministry of Roads and Transportation*, 7 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 90 (1984).

⁶⁶³ Una aplicación similar se hizo en *Queens Office Tower Assocs. c. Iran Nat'l Airline Corp.*, 2 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 247, 250 (1983).

⁶⁶⁴ *Economy Forms Corp. c. Irán*, 3 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 42 (1984).

⁶⁶⁵ *Harnischfeger Corp. c. Ministry of Roads & Transport*, Laudo Final, Opinión Disidente del Juez R.M. Mosk (1985), fn 239, p. 141.

⁶⁶⁶ *TCSB, Inc. c. República Islámica de Irán*, Laudo n° 114-140-2 (16 de marzo de 1984), (1984) 5 Iran-USCTR 160, 172.

⁶⁶⁷ *Harnischfeger Corp. c. Ministerio de Carreteras y Transportes*, Laudo n° 175-180-3, Opinión disidente de Richard M Mosk, (26 de abril de 1985), 8 Iran-USCTR 119, 140-1.

Teniendo en cuenta estas críticas, los árbitros internacionales deben proceder con cautela cuando se refieran a laudos dictados por el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos que traten sobre aspectos de elección del derecho. Cuando se trata de determinar la ley aplicable en virtud del artículo V, en última instancia la discreción de un árbitro depende únicamente del propio árbitro.

VII. Derecho aplicable en los arbitrajes de inversión según el reglamento y las leyes de arbitraje de la CNUDMI

En los tribunales de arbitraje "territorializados" que actúan de conformidad con la legislación y las normas inspiradas en la CNUDMI, la metodología para determinar el derecho sustantivo aplicable está vinculada a la *lex arbitri*⁶⁶⁸. En lo que respecta a la ejecución de los laudos emitidos por dichos tribunales, la Convención de Nueva York puede ser aplicable en los arbitrajes que surgen del derecho internacional público, ya que su aplicación no se limita únicamente a los litigios comerciales.

La mayoría de las jurisdicciones pertinentes del mundo se ajustan al artículo 28 de la Ley Modelo de la CNUDMI relativo al derecho sustantivo aplicable, según el cual:

(1) El tribunal arbitral decidirá el litigio de conformidad con las normas de derecho elegidas por las partes como aplicables al fondo del litigio [...] 2) Si las partes no indican la ley aplicable, el tribunal arbitral aplicará la ley que determinen las normas de conflicto de leyes que estime aplicables [...] 4) En todos los casos, el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrá en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso.

Esta disposición se inspira en el artículo 33 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI de 1976.

Estos textos hacen referencia a las "normas de derecho", precisamente en el entendimiento de que este término es más amplio que las simples referencias únicamente al "derecho", que suele entenderse como en referencia al "derecho interno". Cuando las partes no han especificado el derecho aplicable, el artículo 28 remite a "la ley determinada por las normas de conflicto de leyes que estime aplicables".

La disposición revisada, ahora el artículo 35 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI de 2010 (que es idéntico en el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI de 2013)⁶⁶⁹, eliminó la referencia a "determinada por las normas de conflicto de leyes". Por lo tanto, el artículo 35 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI otorga al tribunal una mayor flexibilidad para determinar la legislación aplicable a la controversia. Los casos en los que podría ser aplicable el derecho internacional público también entran en el ámbito de aplicación del artículo 35. Los aspectos más complejos del artículo 28 de la Ley Modelo de la CNUDMI y del correspondiente artículo 35 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI de 2010 se examinarán más adelante en la Parte 12, Sección V.

Varias instituciones arbitrales basan sus reglamentos en el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. La CPA lo hizo en su reglamento de 2012, con algunos ajustes que reflejan aspectos de derecho internacional público que pueden surgir en los litigios. Por ejemplo, según el Reglamento de 2012, los Estados que presentan sus controversias ante la Corte Permanente de Arbitraje (CPA) renuncian a su inmunidad de jurisdicción (artículo 1.2). Además, el artículo 35 de las Reglas de la CPA refleja el artículo 28 de la Ley Modelo de la CNUDMI relativo al derecho aplicable al fondo de la controversia de

⁶⁶⁸ Esta conexión fue promovida por el árbitro Lagergren en el caso *British Petroleum Exploration (aunque su discusión se centró más en razones pragmáticas que jurídicas). British Petroleum Exploration Co. (BP) c. República Árabe Libia*, Laudo (10 de octubre de 1973), 53 I.L.R. 297, 308-9 (1979) (Lagergren, árbitro único). Sin embargo, en su decisión, el árbitro Lagergren dejó claro que la conexión entre el derecho aplicable y la *lex arbitri* existe principalmente para cuestiones procesales, y no necesariamente para cuestiones sustantivas.

⁶⁶⁹ Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (con el nuevo artículo 1, párrafo 4, aprobado en 2013) Estado actual disponible en: <<https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/uncitral-arbitration-rules-2013-s.pdf>> (consultado el 12 de mayo de 2022).

la siguiente manera: en primer lugar, establece la aplicación de “las normas de derecho que las partes hayan indicado”, y luego establece que cuando no se haya elegido ningún derecho aplicable y ambas partes sean Estados, el tribunal arbitral aplicará el derecho internacional⁶⁷⁰. En los litigios entre organizaciones intergubernamentales y partes privadas, el tribunal...

[...] tendrá en cuenta tanto las normas de la organización en cuestión como la ley aplicable al acuerdo o relación del que se derive el litigio o con el cual el litigio esté relacionado, y, según proceda, los principios generales aplicables del derecho de las organizaciones intergubernamentales y las normas del derecho internacional⁶⁷¹.

Los acuerdos de inversión que no hacen referencia al arbitraje del CIADI suelen contemplar el arbitraje ad hoc en virtud de las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI, con o sin indicación de la autoridad encargada de designar a los árbitros. En otros casos, el arbitraje puede ser administrado por instituciones como la Cámara de Comercio Internacional o la Cámara de Comercio de Estocolmo. En estos casos el arbitraje se regirá por las disposiciones procesales de la legislación nacional, los laudos estarán sujetos al escrutinio de los tribunales nacionales, y el reconocimiento y la ejecución estarán probablemente sujetos a la Convención de Nueva York⁶⁷².

La elección del foro de resolución de litigios puede influir en la elección de la legislación que se aplicará al litigio. Por ejemplo, el apartado 4 del artículo 26 del Tratado sobre la Carta de la Energía (TCE) permite que el inversor elija entre cuatro foros arbitrales diferentes: el CIADI, el Mecanismo Complementario del CIADI, los arbitrajes ad hoc de la CNUDMI o la Cámara de Comercio de Estocolmo. Dado que el reglamento de arbitraje de cada uno de estos foros contiene una disposición ligeramente diferente sobre la elección del derecho aplicable en ausencia de acuerdo entre las partes, el inversor puede influir directamente en la elección de la legislación aplicable seleccionando el foro que más favorezca los intereses del inversor.

⁶⁷⁰ "a) [...] aplicando: i. Los convenios internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes; ii. la costumbre internacional, como prueba de una práctica general aceptada como derecho; iii. los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas; iv. las decisiones judiciales, los laudos arbitrales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho. (b) En los casos en involucren solo a Estados y organizaciones intergubernamentales, aplicará las reglas de la organización en cuestión, el derecho aplicable a cualquier acuerdo o relación entre las partes y, según proceda, los principios generales aplicables del derecho de las organizaciones intergubernamentales y las normas de derecho internacional general".

⁶⁷¹ En tales casos, el tribunal arbitral decidirá de conformidad con los términos del acuerdo y tendrá en cuenta los usos comerciales pertinentes (c).

⁶⁷² Los laudos dictados de conformidad con las normas del Mecanismo Complementario del CIADI, que también está previsto en algunos TBI y en el artículo 1130 del TLCAN, también están sujetos a la Convención de Nueva York...

9.1 Se insta a los negociadores de tratados internacionales de inversión y de contratos entre inversores y Estados a que consideren la inclusión de disposiciones claras sobre la elección del derecho aplicable en el texto de dichos tratados y acuerdos.

9.2 Se recomienda a los decisores (árbitros) que, al determinar el derecho sustantivo aplicable, se remitan a los instrumentos de la OEA para obtener orientación sobre los principios generales del derecho internacional privado.

PARTE 10: ELECCIÓN DEL DERECHO APLICABLE A LAS DEMANDAS DE INVERSIÓN

I. Autonomía de las partes en el arbitraje de inversiones

El principio de autonomía de la voluntad de las partes plantea varias cuestiones que se abordan en las Partes 7 a 12 de la Guía de Contratos de la OEA. La autonomía de la voluntad de las partes también ha alcanzado un reconocimiento no controvertido, es decir, universal, en el ámbito del arbitraje internacional de inversiones.

En este contexto, cabe distinguir entre la elección del derecho aplicable en virtud de las disposiciones de un tratado de inversión y la elección efectuada por las partes en un acuerdo de inversión. En la primera situación, dado que los tratados son negociados por dos (o más) Estados parte, el inversor no tendrá ninguna participación directa en la elección. A diferencia de la primera situación, el acuerdo de inversión se celebra entre una (o varias) partes privadas y uno (o varios) Estados parte. En esta situación, el inversor tendrá probablemente alguna posibilidad de negociar la elección del derecho aplicable. No obstante, aparte de esta distinción, las cuestiones relativas a la elección del derecho aplicable tratadas en esta parte son igualmente pertinentes en ambas situaciones, independientemente de las circunstancias por las que se haya determinado la elección del derecho aplicable.

El "menú" del derecho aplicable que puede seleccionarse puede ir desde el derecho del Estado anfitrión, la elección del derecho internacional e incluso la exclusión del derecho interno. Al margen de estos extremos, las partes también pueden elegir principios generales del derecho o "normas de justicia natural o equidad". Algunos comentarios propugnan incluso la elección del llamado "derecho transnacional" o derecho no estatal. Esta terminología, con sus matices, ya se ha examinado en la Parte 3, Sección VII.

El principio de autonomía de las partes está consagrado en el Convenio del CIADI. En él se establece que el tribunal "decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes" (artículo 42). Solamente a falta de una elección de derecho, los tribunales pueden recurrir a la segunda frase del artículo 42(1) y aplicar la ley del Estado que sea parte en la diferencia incluyendo sus normas sobre conflicto de leyes y "aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables".

La libertad de elección fue un tema recurrente en los *travaux préparatoires* del Convenio del CIADI⁶⁷³, ya que muchos debates se relacionaron con la posibilidad de que esta libertad pudiera explotarse en beneficio del inversor extranjero. Sin embargo, al concluirse el Convenio el principio se consagró en su artículo 42(1). Al dar prioridad a las normas jurídicas adoptadas por las partes, los

⁶⁷³ Véase CIADI, *La Historia del Convenio del CIADI*, Vol. I, p. 190-192.

redactores del Convenio fueron fieles al sistema general de conceder a la voluntad o al consentimiento de las partes un papel primordial en el funcionamiento del arbitraje.

Aunque la Declaración sobre la Solución de Reclamaciones Irán-Estados Unidos no hace referencia explícita a la autonomía de las partes, el artículo V alude a las “normas de elección del derecho aplicable” y a las “disposiciones contractuales” y sugiere la interpretación de que deben respetarse los acuerdos de elección del derecho aplicable, sobre todo porque la autonomía de las partes es también un principio general del derecho internacional privado. Como se afirmó en el caso *Anaconda c. Irán* de 1986, el tribunal tiene la “obligación de tomar seriamente en consideración las normas contractuales pertinentes de elección del derecho aplicable”⁶⁷⁴.

A su vez, los tribunales arbitrales territorializados tendrán en cuenta las disposiciones de las leyes de arbitraje en la jurisdicción en la cual el tribunal tiene su sede y un gran número de legislaciones nacionales reconocen la autonomía de las partes de conformidad con la Ley Modelo de la CNUDMI.

II. Mecanismos de elección del derecho en el arbitraje de inversiones

A. Elección del derecho aplicable a los contratos internacionales de inversiones

Las partes pueden elegir el derecho sustantivo aplicable en los contratos de inversión, como sucede a menudo. Cuando se trata de seleccionar un sistema jurídico concreto, las partes pueden estar impulsadas por diferentes motivos, como el deseo de certidumbre sobre el derecho que rige su relación, el deseo de seleccionar un derecho que les resulte familiar o de seleccionar un derecho con una protección adecuada de los derechos de los extranjeros. Un Estado parte en una relación de inversión puede insistir en la elección de su propio derecho interno por una cuestión de principios o de prestigio nacional. El derecho con la conexión más estrecha con el contrato es a menudo la opción más práctica, ya que ayuda a lograr una mayor previsibilidad jurídica y limita la posibilidad de búsqueda del foro más ventajoso.

Con el propósito de prestar asistencia a las partes, el CIADI ofrece un modelo de cláusula para el ejercicio de la autonomía de las partes⁶⁷⁵. Según sus Comentarios Explicativos, las partes pueden referirse al derecho nacional, al derecho internacional, a una combinación de ellos, o a un derecho detenido en el tiempo o sujeto a ciertas modificaciones⁶⁷⁶. Las versiones anteriores se referían específicamente al derecho internacional y a una fórmula según la cual las partes podían excluir la aplicación de un sistema jurídico concreto⁶⁷⁷.

Como se mencionó anteriormente, la mayoría de los casos del CIADI que surgieron durante sus primeros veinte años de funcionamiento se referían a supuestos incumplimientos de contratos de inversión. En aproximadamente la mitad de ellos, las partes eligieron el derecho aplicable y, con algunas

⁶⁷⁴ *Anaconda-Iran, Inc. c. Government of the Islamic Republic of Iran and the National Iranian Copper Industries Company*, Laudo Interlocutorio, 10 de diciembre de 1986, párrafo 131. Véase también *FMC Corporation c. Ministerio de Defensa Nacional*, nota 9, Laudo, Opinión Disidente del Juez Ahmadi, en la sección B.1.

⁶⁷⁵ Las Cláusulas Modelo del CIADI de 1993 establecen lo siguiente con respecto a la “Especificación del sistema jurídico” (Cláusula 10): “Cualquier Tribunal de Arbitraje constituido de conformidad con este acuerdo aplicará especificación del sistema jurídico [, vigente en la fecha de la firma de este acuerdo]/ [con sujeción a las siguientes modificaciones...]. 4 Informes CIADI 364. Para mayor información, véase:

<<https://icsidfiles.worldbank.org/icsid/icsid/staticfiles/model-clauses-spa/13.htm>> (consultado el 1 de septiembre de 2022).

⁶⁷⁶ Cláusulas Modelo de 1981, Cláusula XVII, 1 Informes CIADI 206.

⁶⁷⁷ Cláusulas Modelo de 1968, Cláusulas XIX-XXI, 7 ILM 1175/6 (1968).

excepciones, eligieron el derecho del Estado parte. Este fue el caso, por ejemplo, en *Mobil c. New Zealand*⁶⁷⁸.

En dichas situaciones, cuando el Estado parte era una nación en desarrollo, la elección del derecho solía ir acompañada por una cláusula de estabilización o "congelación" para que se aplicara la ley vigente en la fecha del contrato⁶⁷⁹. Así fue la disposición del acuerdo de las partes de 1971 en *MINE c. Guinea*⁶⁸⁰. En otros casos, se hizo referencia a la ley del Estado parte junto con el derecho internacional, con el fin de complementar o atenuar la aplicación de la ley nacional. Este fue el caso, por ejemplo, de la cláusula de arbitraje del acuerdo de 1974 entre las partes en *AGIP c. Congo*⁶⁸¹.

B. Elección del derecho en un tratado de inversión

Cuando no existe un contrato de inversión, o no hay cláusula de derecho aplicable en el contrato, la elección del derecho junto con la oferta de arbitraje podría encontrarse en el tratado de inversión. En tal caso, al someter la controversia a arbitraje se entiende que el inversor acepta el derecho aplicable⁶⁸². Por ejemplo, en el caso *Siemens c. Argentina* de 2007, el tribunal del CIADI declaró que, dado que el tratado bilateral de inversiones aplicable preveía una oferta de arbitraje, al aceptar la oferta de Argentina, "[...] Siemens aceptó que ésta fuera la legislación que aplicara el Tribunal. Esto constituye un acuerdo a los efectos de la legislación a aplicar en virtud del artículo 42(1) del Convenio"⁶⁸³.

Otros tratados bilaterales de inversión pueden contener una disposición expresa sobre la elección del derecho⁶⁸⁴. Los tratados multilaterales también pueden contener dichas disposiciones, como pueden encontrarse en el Tratado sobre la Carta de la Energía, el antiguo Tratado de Libre Comercio de América del Norte, el actual tratado T-MEC (aunque solo en beneficio de los inversores estadounidenses y mexicanos) y en el Tratado de Libre Comercio entre la República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos.

C. Elección del derecho del Estado receptor

La legislación sobre inversiones del Estado receptor también puede contener disposiciones que equivalgan a una expresión de consentimiento al proceso arbitral y al derecho aplicable. Por supuesto, cualquier operación de inversión que se lleve a cabo con arreglo a dicha legislación está comprendida en

⁶⁷⁸ *Attorney General of New Zealand c. Mobil Oil New Zealand*, Tribunal Superior de Nueva Zelanda, Sentencia, 1 de julio de 1987, 2 CIADI Rev.-FILJ 497, 502 (1987).

⁶⁷⁹ *Ibid.*, p. 178-179.

⁶⁸⁰ *MINE c. Guinea*, Decisión del Comité ad hoc (22 de diciembre de 1989), párrafo 94.

⁶⁸¹ *AGIP c. Congo*, Laudo (30 de noviembre de 1979), párrafo 323.

⁶⁸² En los casos del Convenio del CIADI iniciados en virtud de los tratados bilaterales de inversión en el período comprendido entre 2000 y 2010, los árbitros generalmente consideraron aplicable el derecho internacional, incluidas las disposiciones del TBI (y en muchos casos también se consideró pertinente el derecho nacional). A. Parra, *op. cit.*, pp. 303-304.

⁶⁸³ *Siemens A.G. c. República Argentina*, Caso CIADI N° ARB/02/8, Laudo (6 de febrero de 2007), párrafo 76. Véase también *Goetz c. Burundi*, Laudo (10 de febrero de 1999), párrafo 94. Cf. *Historia del Convenio del CIADI*, Vol. II, p. 267, nota de pie de p. 54.

⁶⁸⁴ Por ejemplo, el Tratado Bilateral de Inversión (TBI) entre Australia y Argentina incluye una disposición sobre el derecho aplicable que permite que el tribunal aplique los términos del tratado, la ley del Estado receptor y los principios pertinentes del derecho internacional. Otro ejemplo puede encontrarse en el TBI entre Portugal y Turquía, el cual permite que el tribunal aplique los términos del tratado (lo que puede considerarse una elección implícita del derecho internacional) y el derecho nacional de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión, incluidas las normas relativas a conflicto de leyes.

el ámbito de su regulación, que, a modo de ejemplo, se establece en la Ley de Inversiones de Venezuela⁶⁸⁵.

III. Elección del derecho estatal o no estatal en el arbitraje de inversiones

A. Elección del derecho del Estado receptor

Cuando se incluye una cláusula de arbitraje en un contrato de inversión internacional, las partes pueden ponerse de acuerdo para aplicar el derecho del Estado receptor. A su vez, los tratados suelen referirse, de alguna manera, al derecho internacional público, que puede ser autónomo o actuar conjuntamente con las normas nacionales.

Los casos de arbitraje del CIADI que tratan sobre la selección del derecho del Estado receptor son “relativamente poco comunes”⁶⁸⁶. Un ejemplo es el caso *MINE c. República de Guinea* de 1988, en el que las partes eligieron el derecho de Guinea y el tribunal la aplicó sin hacer referencia a la cláusula de elección de derecho. En su lugar, el tribunal aludió al principio de buena fe en el Código Civil francés y que la ley de Guinea deriva de la ley francesa⁶⁸⁷.

Los tribunales territorializados también aplicaron la legislación nacional cuando así lo convinieron las partes. En el caso *Alsing Trading Co. c. Grecia* (1954), relativo a un presunto incumplimiento de contrato, el árbitro escribió que “los demandantes aceptaron ante el tribunal de arbitraje que el caso se juzgara de acuerdo con la ley griega, tal y como había solicitado el demandado” y que la ley del Estado receptor debía ser aplicable a la controversia⁶⁸⁸. A su vez, en *National Oil Corporation (NOC) c. Libyan Sun Oil Company* (1985/1987), el tribunal de la Cámara de Comercio Internacional aplicó la doctrina de la fuerza mayor tal como se encuentra en el Código Civil libio y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Libia. En la concesión de indemnización por daños y perjuicios, el tribunal hizo referencia a los informes de expertos jurídicos libios⁶⁸⁹. Además, en *Zeevi Holdings Ltd. c. Republic of Bulgaria and The Privatization Agency of Bulgaria* (2006), el tribunal de la CNUDMI aplicó la legislación de Bulgaria, la cual había sido expresamente elegida en el acuerdo de privatización⁶⁹⁰.

⁶⁸⁵ El artículo 2 del Decreto 356/1999 "Ley sobre promoción y protección de inversiones" establece: “Este Decreto-Ley, se aplicará tanto a las inversiones ya existentes en el país al momento de su entrada en vigencia, como a las inversiones que se realicen con posterioridad a ésta, así como a los inversionistas en unas u otras inversiones; pero sus disposiciones no se aplicarán a ninguna controversia, reclamo o diferendo que se originen en hechos o actos ocurridos antes de su entrada en vigor”.

⁶⁸⁶ *Nueva Zelanda c. Mobil, Tanzania Electric Supply Company Limited c. Independent Power Tanzania Limited*, Caso CIADI n° ARB/98/8, Laudo final (12 de julio de 2001). C.H. Schreuer, *op. cit.*, p. 558-559. Cláusula de estabilización, *Atlantic Tribon contra Guinea, MINE c. Guinea*, página 559.

⁶⁸⁷ *Maritime International Nominees Establishment (MINE) c. Republic of Guinea*, Caso CIADI No. ARB/84/4), Laudo (6 de enero de 1988) (D.E. Zubrod, J. Berg, D.K. Sharpe, arbs), sección A, en la sección 8. Aunque no se trata propiamente de una cuestión de elección de derecho, es interesante señalar que el Tribunal Irán Estados Unidos en *Questech, Inc. c. Ministry of National Defense of the Islamic Republic of Iran* (1985), considerando que el contrato no contenía ninguna disposición destinada a proteger al inversor contra los cambios unilaterales del Estado parte, no se basó en aspectos de Derecho Internacional Público y decidió aplicar el derecho nacional. *Questech, Inc. c. Ministerio de Defensa Nacional de la República Islámica de Irán*, Laudo (20 de septiembre de 1985). Véase también *FMC Corporation and The Ministry of National Defence, et al.*, Laudo, 12 de febrero de 1987, Opinión disidente de Bahrami Ahmadi, en la sección B.1.

⁶⁸⁸ *Alsing Trading Company Ltd. c. Grecia*, Laudo (22 de diciembre de 1954), 23 ILR 633, párrafos 637-638.

⁶⁸⁹ *National Oil Corporation c. Libyan Sun Oil Company*, Caso ICC No. 4462, Primer Laudo (sobre fuerza mayor) (31 de mayo de 1985) (R. Schmelck, H. Koetz, E. Muskie, arbs), 29 I.L.M. 565 (1990), párrafos 615, 608.

⁶⁹⁰ *Zeevi Holdings Ltd. c. Republic of Bulgaria and The Privatization Agency of Bulgaria*, Laudo final (25 de octubre de 2006) (K.-H. Böckstiegel, A.A. Yarkoni, S. Cherney, arbs), CNUDMI, Caso No. UNC 39/DK, párrafos 104-105.

B. Elección del derecho de un tercer Estado

En el arbitraje comercial, las partes suelen elegir el derecho de un tercer Estado y una sede neutral en un intento de "deslocalizar" la transacción. Este no es el caso en los contratos estatales de inversión extranjera. La selección del derecho de un tercer Estado neutral puede plantear mayores dificultades si las actividades del inversor están estrechamente vinculadas al Estado anfitrión, o fuertemente relacionadas con su legislación en materias como el empleo, la tributación, etc. En el arbitraje comercial, las partes suelen elegir el derecho de un tercer Estado y una sede neutral en un intento de "deslocalizar" la transacción. Este no es el caso en los contratos estatales de inversión extranjera. La selección del derecho de un tercer Estado neutral puede plantear mayores dificultades si las actividades del inversor están estrechamente vinculadas al Estado anfitrión, o fuertemente relacionadas con su legislación en materias como el empleo, la tributación, etc.

En comparación con los contratos de inversión, las transacciones comerciales, como los contratos de transporte o de venta, son relativamente sencillas y simples en lo que respecta a las obligaciones de las partes. En los contratos de inversión internacional, el inversor asume obligaciones en virtud de garantías proporcionadas por el Estado receptor. El cumplimiento de estas obligaciones puede requerir que el inversor celebre una serie de contratos sobre temas como ventas, compras, construcción y contratación de personal. Cada una de estas obligaciones tendrá sus propias normas jurídicas y la mayoría se cumplan en el país donde se realiza la inversión. A su vez, el Estado receptor asumirá aquellas obligaciones que estén bajo su control, como los regímenes y exenciones fiscales, los aranceles aduaneros y otros. Por estas razones, a menudo es difícil o poco práctico elegir otro derecho que no sea el del Estado receptor para regir el contrato.

La situación es diferente en el caso de los contratos de inversión que adoptan la forma de préstamos, por ejemplo, y en tales casos se suelen elegir legislaciones que no sean la propia del Estado. Así pues, en los contratos de préstamo es frecuente elegir el derecho del Estado del prestamista. Aunque es una elección menos frecuente, la legislación de un tercer Estado que sea un centro financiero importante es otra opción⁶⁹¹. También es frecuente que las partes elijan la legislación del Estado desde el que se emite el préstamo, en lugar de la legislación del Estado prestatario o de la jurisdicción en la que el prestatario es un organismo subordinado.

Los problemas tradicionales de conflicto de leyes siguen prevaleciendo en este tipo de casos porque los contratos de préstamo se parecen más a contratos comerciales internacionales que a complejos acuerdos de inversión directa con fuertes elementos de derecho público. Por lo tanto, elegir la legislación de un tercer Estado neutral puede ser conveniente para determinadas inversiones, como los préstamos o los acuerdos de licencia.

Algunos casos del CIADI han abordado expresamente la elección del derecho de un tercer Estado⁶⁹².

C. Elección del derecho del Estado de origen del inversor

En el caso del CIADI *Colt Industries c. Corea*, las partes eligieron el derecho del país de origen del inversor debido a que la inversión abarcaba acuerdos técnicos y de licencia para la producción de armas

⁶⁹¹ Algunos ejemplos son *SPP c. Egipto*, Laudo (20 de mayo de 1992), párrafo 225; *CDC c. Seychelles*, Laudo (17 de diciembre de 2003, párrafo 43; y *Colt Industries c. Corea* (Este caso se resolvió y se suspendió sin que se haya publicado ningún registro del procedimiento).

⁶⁹² *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited c. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI N° ARB/84/3, Laudo sobre el fondo (10 de mayo de 1992), párrafo 225; *CDC Group P.L.C. c. República de Seychelles*, Caso CIADI N° ARB/02/14, Laudo (17 de diciembre de 2003), párrafo 43; *World Duty Free Company c. República de Kenia*, Caso CIADI N° ARB/00/7, Laudo (4 de octubre de 2006) párrafos 158-159.

y, en opinión de las partes, estaba más estrechamente relacionada con el país de origen del licenciante⁶⁹³. En el caso *World Duty Free c. Kenia*, debido a las similitudes sustanciales entre los dos sistemas implicados, el tribunal no tuvo ninguna dificultad en aplicar la redacción confusa de la elección de ambas legislaciones⁶⁹⁴.

Cuando sea factible y deseable aplicar otro derecho que no sea el del Estado receptor, como el derecho interno del inversor, es importante que las partes elijan expresamente el derecho aplicable. De lo contrario, en el caso de un arbitraje del CIADI, de acuerdo con la segunda oración del artículo 42(1), el tribunal probablemente aplicará el derecho del Estado parte en la controversia (junto con el derecho internacional aplicable) aunque no sea éste el derecho más estrechamente relacionado con la transacción.

D. Elección del derecho no estatal

1. *En el arbitraje internacional en general*

Véase la Guía de la OEA, Parte 6, V. Derecho no estatal en el arbitraje.

2. *En el arbitraje de inversiones*

Tal como se señaló anteriormente, el artículo 42(1) del Convenio del CIADI dispone que el tribunal "[...] decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes". Se entiende que la expresión "normas de derecho" comprende tanto el derecho estatal como el no estatal. En el caso del CIADI *Joseph Charles Lemire c. Ucrania*, el tribunal dictaminó que:

Dada la elección negativa implícita de las partes de cualquier sistema jurídico interno, el Tribunal considera que la decisión más apropiada es someter la transacción a las normas del derecho internacional y, dentro de éstas, tener especialmente en cuenta los Principios UNIDROIT⁶⁹⁵.

En el contexto Estados Unidos-Irán, en *Ministerio de Defensa y Apoyo a las Fuerzas Armadas de la República Islámica de Irán c. Westinghouse Electric Corp.* (Laudo de la Cámara de Comercio Internacional n° 7375, 5 de junio de 1996) en la Sección III se decidió que si un contrato...

[...] no contiene una disposición sobre la elección del derecho aplicable, entonces esto debe ser visto como un 'silencio que grita', al menos un 'silencio alarmante', 'un silencio inquietante'; por lo tanto, un silencio que debe llamara la atención y requiere que el Tribunal mire "más allá" para entender por qué las Partes han omitido incluir 'lo obvio'.

El tribunal concluyó que la ausencia de una cláusula de elección de ley "debe entenderse como una denominada "elección negativa implícita" de las Partes [...] en el sentido de que ninguna de las leyes nacionales de las Partes debe imponerse a ninguna de las Partes". Habiendo constatado que ni la legislación iraní ni la legislación de Estados Unidos o Maryland eran aplicables, el tribunal optó por aplicar una "solución desnacionalizada", según la cual "decidiría las cuestiones jurídicas teniendo en cuenta los términos del contrato y, cuando fuera necesario o procedente, aplicaría normas verdaderamente internacionales tal como se reflejan y forman parte en los denominados principios generales del derecho".

E. Elección del derecho internacional público

⁶⁹³ *Colt Industries Operating Corporation c. República de Corea*, caso del CIADI n° ARB/84/2.

⁶⁹⁴ *World Duty Free c. Kenia*, Laudo (4 de octubre de 2006), párrafos 158-159.

⁶⁹⁵ *Joseph Charles Lemire c. Ucrania*, Caso CIADI n° ARB/06/18, Decisión sobre competencia y responsabilidad (14 de enero de 2010), párrafo 111.

El derecho internacional público también puede ser elegido por las partes para regir su relación. La expresión “normas de derecho” es lo suficientemente amplia como para abarcar esta posibilidad. La Resolución de Atenas de 1979 del Instituto de Derecho Internacional establece:

En particular, las partes podrán elegir como el derecho propio del contrato uno o varios sistemas jurídicos nacionales o los principios comunes a dichos sistemas, o los principios generales del derecho, o los principios aplicados en las relaciones económicas internacionales, o el derecho internacional, o una combinación de estas fuentes del derecho⁶⁹⁶.

En la selección del derecho internacional público, las partes pueden incluso remitirse a un tratado que no esté en vigencia, como ocurrió en el caso *CSOB c. Eslovaquia*⁶⁹⁷, o pueden optar por un código de conducta no vinculante, como las Directrices relativas al tratamiento de la inversión extranjera directa del Banco Mundial de 1992⁶⁹⁸. En este sentido, el término "norma de derecho" puede significar que no solamente se puede optar por las normas vigentes, sino que las partes también pueden adoptar sus propias normas remitiéndose a un documento no vinculante como ley por la que se rige su contrato.

El artículo 35 de las Reglas de la Corte Permanente de Arbitraje ofrece otro ejemplo de selección del derecho internacional público. El comité de redacción de la Corte Permanente de Arbitraje señaló en los debates previos al texto final que las partes podían, por ejemplo, elegir el “Proyecto de artículos sobre Responsabilidad del Estado” de la Comisión de Derecho Internacional como las normas jurídicas aplicables a su contrato.

En el contexto del Convenio del CIADI, el artículo 42(1) prevé la aplicación de las normas “que pudieran ser aplicables” de derecho internacional, y no “todas” las normas de derecho internacional, como observó el tribunal en el caso *LG&E c. Argentina*⁶⁹⁹. La selección del “derecho internacional público” como único derecho aplicable puede ser problemática, como se describirá en los párrafos siguientes.

Los inversores consideran la elección del derecho internacional público como una forma de evitar la legislación del Estado en el que se ha realizado la inversión, percibiéndolo como una solución neutral a estos problemas. El derecho internacional público aborda satisfactoriamente los casos en los que el Gobierno pretende modificar el contrato a su favor, despojando unilateralmente a la parte privada de sus derechos contractuales. En realidad, su aplicación protege contra tales modificaciones unilaterales por parte de los Estados que actúan de conformidad con su propio derecho. Si la sumisión al derecho internacional público implica cierta dificultad e incluso incertidumbre con respecto al resultado, puede ser un precio que las partes consideren que merece la pena pagar.

Sin embargo, en general, la aplicabilidad del derecho internacional público a los contratos estatales es un tema muy controvertido. El derecho internacional público "no se adapta bien a los asuntos de inversión relacionados, por ejemplo, con el incumplimiento de contratos o la mora". Esta situación es comprensible si se tiene en cuenta que el derecho internacional público se ha referido desde siempre a las relaciones entre Estados.

Como era de esperar, algunos expertos consideran que remitirse únicamente al derecho internacional, a los principios generales o a los usos para regir la transacción "no es aconsejable".

⁶⁹⁶ La resolución de Atenas se cita en J.F. Lalive, « Contrats entre Etats ou entreprises étatiques et personnes privées : Développements récents », *Recueil des cours*, Vol. 181 (1983) p. 51-52.

⁶⁹⁷ *CSOB c. Eslovaquia*, Decisión sobre jurisdicción (24 de mayo de 1999), párrafos 36-55.

⁶⁹⁸ Véase más arriba en la Parte 3, Sección II, Subsección C, 2.b.

⁶⁹⁹ *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. y LG&E International, Inc. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/1, Decisión sobre Responsabilidad (3 de octubre de 2006), párrafo 88.

Normalmente existen varias disposiciones específicas de la legislación del Estado receptor que deben tenerse en cuenta, por lo que remitirse únicamente al derecho internacional resulta muy poco práctico.

Son muy pocos los contratos estatales que eligen el derecho internacional público como único derecho para regir los litigios que puedan surgir. Es más común que las partes contratantes de una inversión internacional elijan una combinación de sistemas jurídicos, incluido el derecho del Estado receptor y los principios generales del derecho o las normas y principios internacionales.

Existe una gran variedad de cláusulas a este respecto. Muchas expresan que el acuerdo se regirá por los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas⁷⁰⁰ o, además, por el derecho internacional⁷⁰¹. Muchas prevén alguna combinación de leyes nacionales y no nacionales ordenadas en una compleja jerarquía⁷⁰². El objetivo común de estas cláusulas es aislar el acuerdo total o parcialmente del riesgo político de cambios en la legislación del Estado receptor en detrimento del inversor.

En varios convenios de derecho internacional público, se ordena expresamente a los árbitros que dicten su laudo de conformidad con los principios “de justicia, equidad y derecho de gentes” o según otras fórmulas similares⁷⁰³. Estos instrumentos demuestran que las normas convencionales de derecho internacional público son a menudo insuficientes por sí solas para la resolución de litigios internacionales.

Cabe destacar que tanto el T-MEC como el Tratado sobre la Carta de la Energía contienen cláusulas sobre el derecho aplicable que remiten únicamente al tratado respectivo y a las normas de derecho internacional⁷⁰⁴. Bajo el título "Ley aplicable", el artículo 14.D.9 del T-MEC, anexo 2 del capítulo 14 especifica: “[...] cuando una reclamación sea sometida conforme al Artículo 14.D.3.1 (Sometimiento de una Reclamación a Arbitraje), el tribunal decidirá las cuestiones en controversia de conformidad con este Tratado y las normas aplicables del derecho internacional”. A su vez, el artículo

⁷⁰⁰ Por ejemplo, *Agreement between the Gov't of Abu Dhabi and Amerada Hess Petroleum Abu Dhabi Ltd.*, del 13 de octubre de 1980, artículo 35(G). 35(G), reimpreso en *Basic Oil Laws and Concession Contracts: Middle East* (Supp. 75) en 5 (Barrows 1982).

⁷⁰¹ Por ejemplo, en *Elf Aquitaine Iran (Francia) c. National Iranian Oil Company* (art. 41.5 del Acuerdo entre NIOC y ERAP): "La Junta Arbitral o el árbitro único, al dictar el laudo, no estarán limitados en modo alguno por ninguna norma jurídica específica, sino que estarán facultados para basar su laudo en consideraciones de equidad y en los principios generalmente reconocidos del derecho y, en particular, del derecho internacional".

⁷⁰² Por ejemplo, el Proyecto de Acuerdo entre American Indep. Oil Co. y el Gobierno de Kuwait, 1973, anexo 1, párrafo 2, artículo XII: “Teniendo en cuenta las diferentes nacionalidades de las partes, los acuerdos entre ellas surtirán efecto y deberán interpretarse y aplicarse de conformidad con los principios comunes al derecho de Kuwait y del Estado de Nueva York, Estados Unidos de América, y a falta de tales principios comunes, de conformidad con los principios de derecho normalmente reconocidos por los Estados civilizados en general, incluidos los que han sido aplicados por tribunales internacionales”. Reproducido en el laudo *Aminoil*, 66 I.L.R. 519, 560 (1982). Véase también *Deeds of Concession* ejecutados por el Gobierno de Libia por un lado y *Texaco Overseas Petroleum Co. and California Asiatic Oil Co.* por el otro, cf. 28, reimpreso en el laudo *TOPCO*, 53 I.L.R. 389, 442 (1977); *Agreement for Petroleum Exploration and Production* entre Ministry of Energy and Minerals of the People's Democratic Republic of Yemen (South Yemen) y la Canadian Oxy Offshore Int'l Ltd., 15 de septiembre de 1986, artículo 27.3(d), reimpreso en *Basic Oil Laws and Concession Contracts: Middle East* (Supp. 75) en 5 (Barrows 1982); *Sale and Purchase Agreement between Iran y Consortium of Oil Companies*, 1973, artículo 29, reimpreso en *Mobil Oil Irán, Inc. c. Government of the Islamic Republic of Iran* (Iran-United States Claims Tribunal Award No. 311-74/76/81/150-3), *Mealey's Lit. Rep. (Iranian Claims)* 928, 941 (párrafo 59).

⁷⁰³ Por ejemplo, el artículo 7 de Convenio XII de La Haya Relativo al Establecimiento de un Tribunal Internacional de Presas, no ratificada; la Convención de 1910 por la que se establece el Tribunal Arbitral Británico-Americano de Reclamaciones; la Convención de La Haya para la Resolución Pacífica de Controversias Internacionales y el Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional.

⁷⁰⁴ El artículo 26(6) del TCE establece que “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”.

26(6) del Tratado de la Carta de Energía dispone que: “[e]n 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”.

IV. Formalidades para la elección del derecho aplicable

Los instrumentos de arbitraje no suelen abordar la cuestión de las formalidades para la elección del derecho aplicable.

En el contexto del CIADI, la disposición relativa a la elección del derecho y a la determinación de la legislación aplicable (artículo 42 (1), sección 1) es ambigua. Teniendo en cuenta que el inciso 1 del artículo 25 exige explícitamente el “que las partes hayan consentido por escrito” con respecto a la cláusula de resolución de litigios, se puede argumentar que, en ausencia de este requisito en el artículo 42, las partes pueden acordar la elección de la ley aplicable de cualquier forma. Este razonamiento está respaldado por los trabajos preparatorios, especificando que, el punto sobre si el término “acuerdo” incluye los “acuerdos implícitos” o no, fue una cuestión debatida durante la negociación del Convenio. El Comité de Redacción decidió que el término “acuerdo” debía incluir acuerdos implícitos, pero a pesar de una aclaración solicitada por dos delegaciones, no se incluyó⁷⁰⁵.

Los Principios de la HCCH pueden ayudar a interpretar el Convenio del CIADI en esta materia. En virtud de estos principios, la elección del derecho aplicable no está sujeta, en principio, a ningún requisito de forma, salvo acuerdo en contrario de las partes (artículo 5). Los acuerdos relativos a la elección de la ley aplicable pueden realizarse oralmente o mediante comunicación electrónica⁷⁰⁶. Esta solución está de acuerdo con la protección de las expectativas legítimas de las partes que, como se ha visto anteriormente, incluye el principio *favor validitatis*.

Por supuesto, esto solamente se aplica a la cláusula de elección de la ley aplicable. El resto del contrato debe cumplir los requisitos formales que le sean aplicables. Por lo tanto, si se elige una legislación concreta, los requisitos formales de dicha legislación deben cumplirse en el contrato⁷⁰⁷.

V. Dépeçage

En derecho internacional privado, el término francés *dépeçage*, o “fraccionamiento del derecho” se refiere a la división del contrato para que distintas partes del mismo puedan regirse distintos derechos. Hay muchas razones por las que las partes pueden desear hacerlo (por ejemplo, si el pago debe efectuarse en la moneda de un tercer Estado). Al tratarse esencialmente de una manifestación del principio de autonomía de las partes, no es sorprendente que haya estudiosos a favor del concepto y otros en contra. Hay dos situaciones posibles para su uso: una es cuando las partes han hecho tal elección de conformidad con la legislación que así lo establece; la segunda es cuando hubo una elección parcial (y eficaz) del derecho, dejando abierta la determinación del derecho aplicable para las restantes disposiciones contractuales. El *dépeçage* está previsto en la Convención de México (artículos 7 y 9) y en los Principios de HCCH (artículo 2.2), así como en numerosas legislaciones nacionales. Para una elaboración del concepto, véase la Guía de Contratos de la OEA, Parte Catorce.

El foro arbitral tiene sus peculiaridades y el tema del *dépeçage* no se aborda expresamente ni en la Ley Modelo ni en el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. Según la doctrina, el *dépeçage* está

⁷⁰⁵ *Historia del Convenio del CIADI*, Vol. II, 1970, p. 570.

⁷⁰⁶ Esta misma lógica relativa a la validez formal se refleja en la Parte 9 de la Guía de Contratos de la OEA. Esta Guía, junto con los Principios de La Haya, constituyen una fuerte defensa del cambio. Esto es particularmente cierto en América Latina, donde la forma escrita es un requisito en muchas legislaciones nacionales.

⁷⁰⁷ Comentario oficial de los Principios de La Haya 5.5.

ampliamente aceptado en virtud del principio de autonomía de las partes, que como se ha comentado anteriormente prevalece claramente en el contexto del arbitraje.

En el arbitraje de inversiones, puede surgir *el dépeçage*, especialmente cuando la relación global se rige por acuerdos separados celebrados en momentos diferentes y que regulan aspectos diferentes. *El dépeçage* también puede dar lugar a la aplicación de distintas leyes a diferentes aspectos de la relación entre las partes, como ocurrió en el caso del CIADI *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited c. República Árabe de Egipto*⁷⁰⁸.

Efectivamente, las Partes pueden decidir el derecho aplicable de entre varias piezas de legislación dentro de un sistema jurídico específico. El Tribunal del CIADI en el caso *Aucoven c. Venezuela* respaldó este método al afirmar que el artículo 42(1) en su primera oración se refiere a "normas de derecho" y no a sistemas de derecho, lo cual se interpreta generalmente en el sentido de que la redacción permite que las partes acuerden una elección parcial del derecho y seleccionen normas específicas de un sistema de derecho⁷⁰⁹. En consecuencia, el apartado 1 del artículo 42 no impone la elección de un sistema jurídico completo, sino que abre la posibilidad de elegir normas jurídicas de forma selectiva.

A pesar de ello, cuando las partes no han elegido claramente un derecho aplicable (o múltiples derechos), el acuerdo no debe interpretarse con ligereza como una intención de elegir diferentes legislaciones para diferentes aspectos. En las relaciones en las que los tribunales han llegado a la conclusión de que las partes solo han hecho una elección parcial del derecho (es decir, que acordaron aplicar el tratado bilateral de inversión), los tribunales no han dudado en determinar que la legislación aplicable a las cuestiones restantes se realizará de conformidad con el artículo 42(1), sección 2 del CIADI.

El dépeçage puede ser voluntario o involuntario. Cuando el *dépeçage* es involuntario, el árbitro decide sobre la aplicación parcial de otras leyes o normas imperativas. Por ejemplo, el tribunal del caso *Wena c. Egipto* consideró que las partes habían elegido el tratado bilateral de inversiones como "la fuente primaria de derecho aplicable para este arbitraje". El tribunal observó que el tratado bilateral de inversiones era un documento breve y limitado que no especificaba todas las normas aplicables, y decidió en cambio aplicar tanto la equidad como el derecho. El tribunal también decidió aplicar las normas de derecho internacional en virtud de las alegaciones realizadas por las partes⁷¹⁰.

La situación es diferente cuando las partes eligen todo un sistema jurídico para regir su contrato, lo cual incorporaría su propio sistema de normas para la subsanación de lagunas.

VI. Conexión razonable del derecho elegido

Anteriormente se consideraba que el derecho elegido por las partes debía tener alguna conexión con las partes o con la transacción. Como se explica en la Guía de Contratos de la OEA, aunque el pensamiento en torno a este concepto ha evolucionado considerablemente, algunos ordenamientos jurídicos nacionales siguen exigiendo dicha conexión u otro motivo razonable para la elección del derecho aplicable. Tal vez reflejando esta evolución a lo largo del tiempo, la Convención de México no aborda expresamente este punto, Roma I guarda silencio, con dos excepciones específicas, mientras que los Principios de la HCCH establecen expresamente que no se requiere tal conexión (artículo 2.4). (Véase, Guía de Contratos de la OEA, Parte 12, II.)

⁷⁰⁸ *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited c. Arab Republic of Egypt*, Caso CIADI No. ARB/84/3, Laudo sobre fondo (10 de mayo de 1992), párrafos 224-225.

⁷⁰⁹ *Aucoven c. Venezuela*, Laudo (23 de septiembre de 2003), párrafo 96.

⁷¹⁰ *Wena Hotels c. Egipto*, Laudo (8 de diciembre de 2000), párrafo 79. Esta decisión fue anulada por sus vagas referencias a la equidad. *Wena Hotels c. Egypt*, Decisión sobre anulación (5 de febrero de 2002).

Con respecto al arbitraje, el aspecto de la conexión razonable del derecho elegido no se ha aclarado ni en el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI ni en la Ley Modelo. Existen decisiones arbitrales que, en virtud de una interpretación amplia del principio de autonomía de las partes, permitirían a las partes elegir cualquier legislación para regir su contrato, aunque no guarde una relación evidente con el litigio⁷¹¹. No obstante, los árbitros deben actuar con considerable cautela en este ámbito, dado que la falta de reconocimiento de cuestiones de orden público relacionadas con el caso puede ser la base para anular un laudo o impedir su ejecución de conformidad con el artículo V(2)(b) de la Convención de Nueva York. Este requisito deriva del deber general de los árbitros de dictar laudos ejecutables.

El requisito de conexión razonable es menos problemático en el arbitraje de inversiones, ya que generalmente es más racional y deseable dirimir las disputas entre Estados e inversores en un sistema jurídico neutral no relacionado. Dentro de tal mecanismo, no hay razón para exigir una conexión entre el contrato y la ley elegida⁷¹². No resulta sorprendente que se acepte generalmente que el arbitraje del CIADI, por ejemplo, no exige una conexión razonable entre la ley y la transacción.

VII. *Renvoi* (reenvío)

En virtud de la doctrina del *reenvío*, cuando las normas de conflicto de leyes de un órgano jurisdiccional exigen que dicho órgano aplique la ley de otro Estado, también debe aplicar las normas de conflicto de leyes de ese otro Estado. La doctrina se excluyó específicamente en la Convención de México (artículo 17), Roma I (artículo 20) y los Principios de la HCCH, salvo que las partes dispongan expresamente lo contrario (artículo 8). Como se indica en la Guía de Contratos la OEA, en el ámbito del derecho internacional privado, la exclusión del *reenvío* podría considerarse como la posición predominante (véase la Guía de Contratos de la OEA, Parte 12, III).

En la Ley Modelo de la CNUDMI también existe una presunción en contra del principio de *reenvío*. El artículo 28.1 dispone que “[s]e entenderá que toda indicación del derecho u ordenamiento jurídico de un Estado determinado se refiere, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de ese Estado y no a sus normas de conflicto de leyes”.

No es de extrañar que las normas arbitrales que tratan sobre el tema excluyen el *reenvío*, básicamente porque socava la seguridad jurídica. En consecuencia, por lo general, se interpreta que la elección de la ley o del sistema jurídico de un Estado determinado se refiere directamente al derecho sustantivo de dicho Estado y no a sus normas de conflicto de leyes⁷¹³.

En el Convenio del CIADI, el concepto de *reenvío* se contempla en la segunda frase del artículo 42(1). La decisión de sus redactores de incluir el *renvoi* en la segunda frase y no en la primera puede tomarse como una indicación de que no debe interpretarse en absoluto dentro de la primera frase. Además, esta disposición sobre el *reenvío* se refiere a "normas de derecho" y no a un "sistema de derecho", y solo cabría esperar que un sistema jurídico en su conjunto contuviera también normas de conflicto de leyes.

⁷¹¹ Véase, por ejemplo, caso ICC n° 4145 de 1984.

⁷¹² Véase a este respecto el caso *Elf Aquitaine Iran c. National Iranian Oil Company* de 1982 (96 ILR 254, párrafos 15 y 17).

⁷¹³ Las siguientes normas abordan este tema: Art. 27(1) del Reglamento de Arbitraje y Mediación del VIAC (2018); para una redacción similar, o casi idéntica, véase el Art. 33(2) del Reglamento DIAC (2007); Art. 46 de la Ley de Arbitraje inglesa de 1996; Art. 36(1) de la Ley de Arbitraje japonesa de 25 de julio de 2003; Art. 28(1) de la Ley de Arbitraje danesa de 24 de junio de 2005; Art. 34(2) de la Ley española 60/2003 de Arbitraje de 23 de diciembre de 2003; Art. 23(1) del Reglamento de Arbitraje de la Institución Alemana de Arbitraje (1998); Art. 27(2) del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (SCC) (2017).

Si el *reenvío* debe aplicarse según los principios que dan prioridad a las intenciones de las partes, debe suponerse que, al elegir la ley aplicable, no tenían la intención de someter su relación a la incertidumbre del *reenvío* - a un sistema jurídico indeterminado. Sin embargo, al redactar su cláusula de elección de ley, las partes pueden evitar este resultado haciendo referencia expresa a las normas sustantivas de derecho que desean que se apliquen. Las partes también pueden incluir o excluir expresamente la aplicación de los conflictos de leyes nacionales dentro de la ley elegida para evitar problemas de interpretación.

La jurisprudencia arbitral relativa al principio de *reenvío* ha sido contradictoria. Algunos laudos de la ICC excluyen el *renvoi*⁷¹⁴, mientras que otros aceptan el principio⁷¹⁵. En este sentido, el Tribunal en *Amco c. Indonesia* sostuvo que: "[E]n cuanto al derecho indonesio, no es necesario discutir sus normas sobre conflictos de leyes". De hecho, tanto los demandantes como la parte demandada se refirieron constantemente, durante el debate sobre el fondo del caso, al derecho sustantivo de Indonesia⁷¹⁶.

Cuando las partes no han elegido una ley aplicable, la norma residual del artículo 42 ordena que el tribunal examine la ley del Estado receptor para determinar si se remite o no a otro sistema jurídico. Si ningún otro sistema jurídico es aplicable dentro de esta regla, el tribunal puede entonces proceder a aplicar las normas del Estado receptor. Esto ocurrirá normalmente en los contratos de préstamo comercial o en los acuerdos de licencia.

VIII. Elección del derecho aplicable

La elección del derecho aplicable puede hacerse o modificarse en cualquier momento. Sin embargo, si se hace después de la celebración del contrato, dicha elección o modificación no puede lesionar la validez formal del contrato ni los derechos de terceros. Así se prevé expresamente en la Convención de México (artículo 8.1), Roma I (artículo 3.2) y los Principios de la HCCH (artículo 2.3), tal como se desarrolla en la Guía de Contratos de la OEA (véase Parte 12, I). Se han incluido disposiciones similares en la legislación reciente⁷¹⁷ y en ciertas decisiones arbitrales⁷¹⁸, que han abordado muchas de las controversias surgidas en el pasado.

En el arbitraje de inversiones, el inicio del procedimiento de arbitraje o la primera sesión del tribunal pueden ser buenas oportunidades para acordar la elección de la ley aplicable. Sin embargo, esto también puede hacerse en una etapa posterior de las actuaciones⁷¹⁹.

En el contexto del CIADI, una lectura literal del lenguaje en el artículo 42 puede permitir que las partes adopten normas de derecho hasta el momento en que el Centro asuma su competencia. Las partes

⁷¹⁴ Laudo preliminar de ICC No. 5505 of 1987, *XIII Yearbook Comm. Arb.* (1988), 110 (117-118).

⁷¹⁵ Laudo de la ICC No. 1704 de 1977, *Collection of ICC Arbitral Awards 1974-1985*, 312, 313.

⁷¹⁶ *Amco c. Indonesia*, Laudo (20 de noviembre de 1984), párrafo 148. Este razonamiento también fue respaldado por el Tribunal en *LG&E c. Argentina*, Decisión sobre Responsabilidad (3 de octubre de 2006), párrafo 87.

⁷¹⁷ Por ejemplo, la Ley japonesa de Derecho Internacional Privado de 2006 (artículo 9), el Código Civil ruso (artículo 1210(3)) y el Código Civil y Comercial de Argentina (artículo 2651, apartado a)).

⁷¹⁸ *Foreign Trade Court of Arbitration attached to the Serbian Chamber of Commerce* (Laudo de 23 de enero de 2008, disponible en: <<http://www.unilex.info>> (consultado el 29 de junio de 2022)). Otro precedente: *Tribunal Arbitral Ad Hoc*, Laudo de 17 de diciembre de 1975, IV (1979) *Anuario Com. Arb.*, 192 (193). Sin embargo, la cuestión no ha sido abordada por la Ley Modelo de la CNUDMI ni por el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI.

⁷¹⁹ En *Adriano Gardella c. Costa de Marfil*, no está claro si el Tribunal decidió en virtud del 42(1) o (2). El Tribunal dijo: "Ambas partes admiten que su acuerdo se rige por la ley de Costa de Marfil. Gardella ha alegado, es cierto, que la ley de Costa de Marfil debería aplicarse, en este caso, en el marco y en el contexto del derecho internacional público. Sin embargo, Gardella no ha extraído otra conclusión de esta alegación que la necesidad de tener en cuenta la regla "pacta sunt servanda" y el principio de buena fe, principios igualmente reconocidos por el Derecho de Costa de Marfil y por el Derecho francés. *Adriano Gardella c. Costa de Marfil*, Laudo (29 de agosto de 1977), párrafo 4.3.

pueden incluso determinar sus normas de derecho durante el curso del procedimiento de arbitraje⁷²⁰, ya que la competencia del Centro del CIADI se basa en la presencia de una controversia y no en el régimen jurídico bajo el cual se realizó la inversión.

IX. Separabilidad

El término "separabilidad" se refiere a la situación en la que la invalidez de un contrato internacional no incidirá ni causará necesariamente la invalidez del acuerdo de elección del derecho aplicable. Como se explica en la Guía de Contratos de la OEA, este concepto deriva de la Convención de México (artículo 12, párrafo primero) y se recoge explícitamente en los Principios de la HCCH (artículo 7) (para más detalles, véase la Guía de Contratos de la OEA, Parte 11).

La separabilidad tuvo sus orígenes en el arbitraje, donde es un principio ampliamente aceptado que contribuyó precisamente al desarrollo de este mecanismo de solución de controversias. El concepto está consagrado en la Ley Modelo de la CNUDMI (artículo 16(1)) y también en las leyes nacionales que rigen el arbitraje comercial internacional en muchos Estados de las Américas. Cabe señalar, sin embargo, que los efectos de la separabilidad de la cláusula de arbitraje difieren de los de la separabilidad de una cláusula de elección de la ley aplicable; uno se refiere a la validez del acuerdo de arbitraje y el otro a la validez de la cláusula de elección del derecho aplicable.

X. Elección expresa y tácita del derecho aplicable en los contratos internacionales

Las partes pueden elegir el derecho aplicable a sus contratos de forma expresa o tácita. La autonomía de la voluntad de las partes se aplica siempre que las partes hayan ejercido efectivamente su voluntad de elegir. La elección expresa, que puede ser oral o escrita, surge claramente del acuerdo; no obstante, puede haberse efectuado una elección que no sea tan clara. Como se explica en la Guía de Contratos de la OEA, Parte 8, hay varias formas de demostrar dicha elección. Por ejemplo, las disposiciones de Roma I exigen que la elección “deberá ser expresa o resultar de manera cierta de los términos del contrato o de sus circunstancias” (artículo 3.1); en la Convención de México debe “debe desprenderse en forma evidente de la conducta de las partes y de las cláusulas contractuales, consideradas en su conjunto” (artículo 7, párrafo 1); en los Principios de la HCCH debe “resultar claramente de las disposiciones del contrato o de las circunstancias” (artículo 4). Sin embargo, la elección de un foro por las partes no implica necesariamente la elección del derecho aplicable, como se indica en la Convención de México (artículo 7, párrafo 2), que concuerda con los Principios de la HCCH y otros instrumentos pertinentes. Las legislaciones nacionales de muchos Estados de las Américas contienen disposiciones similares.

XI. Elección expresa y tácita en el arbitraje de inversiones

A. Elección expresa

La elección del derecho aplicable puede hacerse expresamente en el contrato de inversión, en la legislación sobre inversiones del Estado receptor, en el tratado de inversión o en un acuerdo posterior entre las partes.

Las disposiciones explícitas sobre la elección de la ley en los tratados son la excepción y no la regla. No obstante, varios tratados bilaterales de inversión contienen cláusulas de elección de la ley aplicable que sirven de base para un acuerdo sobre la elección del derecho aplicable entre el Estado receptor y el inversor. A este respecto, el tribunal en *Goetz c. Burundi* sostuvo que la ley aplicable se determina en el tratado de inversión. La República de Burundi había decidido a favor del derecho

⁷²⁰ *Société Ouest Africaine des Bétons Industriels c. Senegal*, Caso CIADI No. ARB/82/1, Laudo (25 de febrero de 1988), párrafo 5.02; *Asian Agricultural Products Ltd. c. Republic of Sri Lanka*, CIADI Caso No. ARB/87/3, Laudo Final (27 de junio de 1990), párrafo 22.

aplicable en el tratado de inversión entre Bélgica y Burundi y los inversores también hicieron esta elección al iniciar un arbitraje basado en dicho instrumento⁷²¹. Los tribunales de *Middle East Cement c. Egipto* y *Siemens c. Argentina* también decidieron de acuerdo con este criterio⁷²².

Los tratados multilaterales en los que los Estados contratantes consienten al arbitraje con inversores también pueden contener disposiciones que establezcan el derecho aplicable. A este respecto, el T-MEC, en su artículo 14.D.9, anexo 2 del capítulo 14, establece que “el tribunal decidirá las cuestiones en controversia de conformidad con este Tratado y las normas aplicables del derecho internacional”. Una disposición similar se encuentra en el artículo 26 de la Carta de la Energía, que se aplicó en el caso *Kardassopoulos c. Georgia*, en el que el Tribunal citó las disposiciones del tratado para determinar que solamente podía decidir las cuestiones en litigio teniendo en cuenta las normas y principios aplicables del derecho internacional⁷²³.

B. Vaguedad de las normas sobre elección tácita en el arbitraje de inversiones

El Convenio del CIADI no aborda el aspecto de la elección expresa y tácita en el arbitraje. En su lugar, el Convenio deja que ello se decida de conformidad con las normas de conflicto de leyes. En este contexto, se plantea lo siguiente: ¿debe el Convenio del CIADI interpretarse por sí mismo o deben considerarse de forma residual las normas de conflicto de leyes del Estado receptor? La única certeza es la vaguedad del artículo 42 del CIADI en cuanto a la adopción del derecho aplicable por las partes.

La jurisprudencia ofrece poca orientación a este respecto. El primer caso del CIADI en el que se trató esta cuestión fue *Holiday Inns c. Marruecos*, en el que el tribunal sostuvo que un acuerdo implícito solo sería aceptable en el caso de que las circunstancias específicas excluyeran cualquier otra interpretación de la intención de las partes⁷²⁴. En *CDSE c. Costa Rica*, el tribunal declaró que la elección del derecho aplicable debe ser clara e inequívoca⁷²⁵. Por lo tanto, la situación debe limitarse a los casos en que dicho acuerdo pueda determinarse con razonable certeza. En el asunto *Benvenuti c. Congo*, la determinación de la disposición relativa a la elección de la ley aplicable se hizo, en primer lugar, examinando el acuerdo de las partes (que no decía nada al respecto) y, a continuación, recurriendo al artículo 42, apartado 1 del Convenio, lo que condujo a la aplicación de la ley del Estado contratante y de los principios del derecho internacional en la materia⁷²⁶. En tales situaciones, algunos abogan por que el tribunal determine en primer lugar si efectivamente existe una cláusula acordada sobre la elección del derecho aplicable, antes de proceder a un análisis del derecho aplicable sobre la base de la primera o segunda frase del artículo 42(1).

⁷²¹ *Antoine Goetz et consorts c. République du Burundi*, Caso CIADI n° ARB/95/3.

⁷²² *Middle East Cement c. Egipto*, Laudo (12 de abril de 2002), párrafos 86, 87. *Siemens c. Argentina*, Laudo (6 de febrero de 2007), párrafo 76.

⁷²³ *Kardassopoulos c. Georgia*, Decisión sobre jurisdicción (6 de julio de 2007), párrafo 146.

⁷²⁴ "El Tribunal tuvo que considerar si el consentimiento para tratar a una sociedad constituida localmente como nacional de otro país debía ser expreso o implícito. El Tribunal confirmó que los términos del Artículo 25(2)(b) creaban una excepción al Convenio del CIADI y, por lo tanto, cabría esperar que las partes se expresaran clara y explícitamente con respecto a dicha excepción. Por lo tanto, tal acuerdo debería ser normalmente explícito". Este párrafo fue citado por el Tribunal en *Cable Television of Nevis Ltd. and Cable Television of Nevis Holdings Ltd. v. The Federation of St Kitts and Nevis*, Caso CIADI No. ARB/95/2 13(1) CIADI Rev - FILJ 328, p. 370.

⁷²⁵ "El Artículo 42(1) del Convenio del CIADI no exige que el acuerdo de las partes en cuanto a la ley aplicable conste por escrito, ni siquiera que se haga constar expresamente. Sin embargo, para que el Tribunal concluya que dicho acuerdo fue implícito, debe primero concluir que el fondo del acuerdo, independientemente de su forma, es claro" (*CDSE c. Costa Rica*, Laudo (17 de febrero de 2000), 15 CIADI Rev-FILJ 190 (2000) párrafo 63).

⁷²⁶ *Benvenuti & Bonfant c. Congo*, Laudo (15 de agosto de 1980), párrafo 4.2. Véase C.H. Schreuer, *op. cit.*, p. 593.

El artículo V de la Declaración sobre la solución de controversias entre Irán y Estados Unidos de 1981 tampoco aborda el aspecto de la elección expresa y tácita en el arbitraje.

No parece haber ningún caso resuelto ante el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos en el que las partes hubieran acordado explícitamente la aplicación del derecho internacional. De hecho, era práctica habitual en Irán antes de la revolución someter los contratos celebrados con entidades gubernamentales iraníes a la legislación de Irán.

En algunos casos, como *Mobil Oil Iran c. Irán* (1987), el Tribunal constató, no obstante, una elección implícita del derecho internacional al examinar la naturaleza del contrato⁷²⁷. En ese caso, el Tribunal razonó de la siguiente manera:

En vista del carácter internacional del [acuerdo], celebrado entre un Estado, un organismo estatal y varias compañías extranjeras importantes, de la magnitud de los intereses en juego, del complejo conjunto de derechos y obligaciones que estableció, y del vínculo creado entre este acuerdo y la distribución de los beneficios de la industria petrolera en todos los Países del Golfo Pérsico, el Tribunal no considera apropiado que dicho acuerdo se rija por el derecho de una Parte. Esta conclusión está de acuerdo con el espíritu del artículo 29 y con los usos del comercio, tal como se expresan en los acuerdos entre Estados y empresas extranjeras, especialmente en la industria petrolera, y se confirman en varios laudos arbitrales recientes⁷²⁸.

Por consiguiente, el tribunal dictaminó que el derecho aplicable al contrato era el derecho iraní para las cuestiones interpretativas, y los principios generales del derecho mercantil e internacional para los demás aspectos. El derecho aplicable a la responsabilidad de la parte fue el derecho internacional⁷²⁹.

C. Elección clara e inequívoca

Los tribunales del CIADI reconocieron la posibilidad de una elección indirecta del derecho aplicable; por ejemplo, en un acuerdo claramente implícito o en una referencia de las partes a un instrumento con una cláusula sobre el derecho aplicable⁷³⁰, lo cual respalda una amplia lectura de la primera frase del artículo 42(1).

En el caso *CDSE c. Costa Rica*, se sostuvo que un acuerdo sobre la elección del derecho aplicable tendría que ser claro e inequívoco⁷³¹. El tribunal determinó que, aunque el artículo 42(1) del Convenio del CIADI no exigía que el acuerdo de las partes sobre el derecho aplicable constara por escrito o incluso que se indicara expresamente. No obstante, el acuerdo debía ser claro e inequívoco. Para determinar que tal acuerdo era implícito, el tribunal debe primero concluir que la sustancia del acuerdo es clara, lo que no pudo determinarse en este caso⁷³².

A su vez, el caso *CME c. la República Checa* se refería al Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI que surgió del tratado bilateral de inversión entre los Países Bajos y la República Checa⁷³³. En ese caso, el

⁷²⁷ *Mobil Oil et al. c. Irán*, Laudo parcial (14 de julio de 1987).

⁷²⁸ *Ibid.*, párrafo 80.

⁷²⁹ *Ibid.*, párrafo 81.

⁷³⁰ *Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. c. República Eslovaca*, Caso CIADI No. ARB/97/4, Laudo (29 de diciembre de 2004), párrafo 63; *ADC Affiliate Limited y ADC & ADMC Management Limited c. República de Hungría*, Caso CIADI No. República de Hungría, Caso CIADI núm. ARB/03/16, Laudo del Tribunal (2 de octubre de 2006), párr. 290; *UAB E energija (Lituania) c. República de Letonia*, Caso CIADI núm. ARB/12/33, Laudo (22 de diciembre de 2017), párrafo 792.

⁷³¹ *CDSE c. Costa Rica*, Laudo, (17 de febrero de 2000), párrafos 28, 35, 37, 40, 60-68.

⁷³² En el párrafo 63 del Laudo, el Tribunal explica los fundamentos de su conclusión.

⁷³³ *CME Czech Republic B.V. c. República Checa*, Laudo Final (14 de marzo de 2003), 9 Informes CIADI 264, 348 (2006), párrafo 91.

tribunal decidió que la elección del derecho aplicable no podía ser implícita y debía hacerse de manera "clara e inequívoca"⁷³⁴. Se trata de un problema de interpretación de la intención de las partes, a diferencia de una interpretación del propio Convenio del CIADI⁷³⁵.

D. Elección del derecho aplicable implícito en el contrato de las partes

Otro método para determinar la elección del derecho aplicable supone la búsqueda de una elección indirecta o implícita del derecho aplicable, ya sea en el acuerdo original o en la conducta posterior de las partes.

A este respecto, la referencia a una parte específica de la legislación del Estado receptor en los acuerdos entre las partes puede equivaler a una elección general de su legislación. Este argumento fue aceptado en *Letco c. Liberia*⁷³⁶. En ese caso, el párrafo inicial del contrato de inversión especificaba que el contrato se había celebrado bajo la Ley General de Negocios de Liberia. El tribunal entendió que ese lenguaje parecía "indicar una elección expresa por las partes de la Ley de Liberia como la ley que regiría el Acuerdo de Concesión". Sin embargo, el tribunal arbitral también tuvo en cuenta el derecho internacional⁷³⁷.

A pesar de esta constatación, la mera referencia de las partes a una ley en particular en el derecho del Estado receptor no constituye, por lo general, un indicio suficiente de la intención de las partes de elegir todo ese ordenamiento jurídico como derecho aplicable. La aceptación de una oferta de consentimiento a la jurisdicción tampoco puede considerarse como una elección del derecho del Estado anfitrión. Así lo determinó el tribunal en el caso *Aucoven c. Venezuela*⁷³⁸, en el que la aplicación de la ley venezolana se aceptó solo parcialmente. El Preámbulo del Contrato de Concesión establecía que el contrato se regiría por ciertos decretos venezolanos especificados "[...] y cualesquiera otras leyes, reglamentos y demás documentos que le sean aplicables". El tribunal arbitral dictaminó que las partes podrían fácilmente haber adoptado un lenguaje que mostrara su intención común de elegir el derecho venezolano como derecho general aplicable. A falta de cualquier indicación en este sentido, no se pudo encontrar ningún acuerdo sobre la ley venezolana⁷³⁹.

E. Elección del derecho si las partes discrepan basándose en el mismo derecho

Otro método para determinar la elección del derecho aplicable por las partes consiste en examinar las alegaciones de las partes en el curso del procedimiento o su recurso a un tratado como elección indirecta del derecho aplicable. Como principio general, todo acuerdo sobre la elección de la legislación aplicable debe probarse y no debe ser inferido por el tribunal sin que existan pruebas.

La decisión en el caso *Asian Agricultural Products Limited (AAPL) c. República Socialista Democrática de Sri Lanka* (1990), representa la primera vez que se determinó que la jurisdicción de un

⁷³⁴ *CME Czech Republic B.V. c. República Checa*, Laudo Final (14 de marzo de 2003), 9 INFORMES CIADI 264, 348 (2006), párrafo 91. También es interesante el razonamiento del Tribunal de Apelación de Svea a raíz de la solicitud de anulación del Laudo Parcial de 13 de septiembre de 2001 presentada por la República Checa. Tribunal de Apelación de Svea, *República Checa c. CME Czech Republic B.V.*, Sentencia (15 de mayo de 2003), 42 ILM 919, 965 (2003).

⁷³⁵ *Ibid.*, p. 199.

⁷³⁶ *Liberian Eastern Timber Corporation (LETCO) c. República de Liberia*, Caso CIADI N° ARB/83/2, Laudo (31 de marzo de 1986), párrafo 35.

⁷³⁷ *Letco c. Liberia*, párrafo 36.

⁷³⁸ *Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/00/5, Laudo (23 de septiembre de 2003).

⁷³⁹ *Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/00/5, Laudo (23 de septiembre de 2003), párrafo 94.

tribunal del CIADI derivaba de un tratado de inversión⁷⁴⁰. El tratado no contenía disposiciones sobre el derecho aplicable, y el tribunal entendió que los alegatos de las partes “[...] demostraban su mutuo acuerdo de considerar el TBI como la fuente primaria de las normas jurídicas aplicables”⁷⁴¹. La opinión disidente señaló que la parte demandada no tuvo otra opción más que responder a los argumentos de la parte demandante y remitirse al derecho que la parte contraria había citado, pero que esto no equivalía a una elección implícita del derecho⁷⁴². El tribunal arbitral también podría haber aplicado directamente la segunda frase del artículo 42(1) del Convenio del CIADI para decidir que tanto el derecho de Sri Lanka como el internacional eran aplicables.

En otros casos, los tribunales del CIADI se han basado en las alegaciones de las partes simplemente para corroborar sus conclusiones sobre el derecho aplicable. Por ejemplo, los tribunales en el primer laudo en *Amco c. Indonesia*, en *Wena c. Egipto* y en *Enron c. Argentina* decidieron que las referencias y alegaciones de las partes relativas a una legislación específica permitían aplicar dicha ley a su contrato⁷⁴³.

En *Biloune y Marine Drive c. Ghana*, el tribunal de la CNUDMI examinó los alegatos de las partes y se remitió al derecho internacional consuetudinario a pesar del acuerdo establecido en el contrato de que se aplicaría el derecho de Ghana. El tribunal declaró que “[...] no hay indicios de que el derecho de Ghana se aparte, en la cuestión central de la expropiación, de los principios consuetudinarios del derecho internacional. Por el contrario, ambas Partes trataron explícitamente esos principios como los principios que rigen el tema de la expropiación”⁷⁴⁴.

F. Referencia a determinados aspectos de una legislación a través de la elección implícita de las partes

Cualquier afirmación de que la inclusión de una disposición concreta del derecho nacional o de un texto legislativo completo equivale a una elección general del derecho de ese Estado es poco convincente. Esto es especialmente cierto en el contexto de un acuerdo que concede a las partes una considerable latitud para combinar, seleccionar y excluir partes de diferentes sistemas jurídicos. Además, ciertos aspectos del derecho interno del Estado receptor serán casi inevitablemente aplicables.

G. Acuerdo tácito y elección del arbitraje

El hecho de que una controversia se haya presentado a arbitraje internacional no podrá dar lugar a conclusiones en cuanto al derecho aplicable, ni la elección del derecho aplicable podrá basarse en la jurisdicción en la que tendrá lugar el procedimiento. En una decisión contraria y que ha recibido críticas, el Tribunal de Distrito en el caso *MINE c. Guinea* basó su conclusión sobre la aplicabilidad de la legislación estadounidense en el hecho de que se esperaba que el arbitraje del CIADI tuviera lugar en ese país⁷⁴⁵.

⁷⁴⁰ *Asian Agricultural Products Limited (AAPL) c. República Socialista Democrática de Sri Lanka*, caso CIADI n° ARB/87/3, Laudo (27 de junio de 1990) (A.S. El-Kosheri, B. Goldman, S.K.B. Asante, arbs.), 4 CIADI Rep. 246 (1997).

⁷⁴¹ *Asian Agricultural Products*, párrafos 246, 250, 256.

⁷⁴² *Asian Agricultural Products*, opinión disidente de Asante, 4 CIADI Rep. 246, párrafo 299.

⁷⁴³ *Wena Hotels c. Egipto*, Laudo (8 de diciembre de 2000), párrafo 79. *Enron c. Argentina*, Laudo (22 de mayo de 2007), párr. 209.

⁷⁴⁴ Véase *Biloune and Marine Drive Complex Ltd. c. Ghana Investments Centre and the Government of Ghana*, Laudo sobre jurisdicción y responsabilidad (27 de octubre de 1989), secciones I, VI y F.

⁷⁴⁵ *Maritime International Nominees Establishment c. Republic of Guinea*, Decisión de la Corte de Apelaciones de Estados Unidos para el Circuito del Distrito de Columbia (12 de noviembre de 1982).

Algunos tratados que prevén el arbitraje del CIADI contienen sus propias normas para decidir la acerca del derecho aplicable. En estos casos, la aceptación por parte del inversor de una propuesta de consentimiento de la jurisdicción también implica la aceptación de la cláusula sobre las leyes aplicables especificadas en el tratado. Dicha aceptación se pone de manifiesto mediante el inicio de un procedimiento basado en la disposición del tratado relativa a la solución de controversias.

H. El arbitraje como elección implícita del derecho internacional público

Los primeros casos determinaron que la inclusión de una cláusula de arbitraje en un contrato conlleva la aceptación implícita del derecho internacional público como elección de las partes del derecho aplicable. En *Texaco c. Libia* (1977), el tribunal arbitral señaló que: “[un] proceso para la internacionalización de un contrato consiste en insertar una cláusula que disponga que las posibles diferencias que puedan surgir con respecto a la interpretación y el cumplimiento del contrato se someterán a arbitraje”⁷⁴⁶.

Sin embargo, en el caso *Sapphire* (1963) se había llegado a la misma conclusión sobre la base de un razonamiento diferente. El tribunal sostuvo que “si de la cláusula arbitral no se desprende ninguna implicación positiva, es posible encontrar en ella una intención negativa, a saber, rechazar la aplicación exclusiva del derecho iraní”⁷⁴⁷. Sobre esta base, el tribunal pasó a aplicar el derecho internacional.

Un número importante de tratados que hacen referencia al mecanismo del CIADI no prevén ninguna elección expresa de la legislación aplicable. En sentido estricto, la ausencia de elección del derecho debería conducir a la aplicación, por defecto, de las disposiciones del artículo 42(1), Sección 2, la cual señala “a falta de acuerdo [...]”. Sin embargo, varios tribunales del CIADI han considerado que la ausencia de elección en estas situaciones suponía una elección implícita del derecho internacional público. Los tribunales de *Middle East Cement c. Egipto*⁷⁴⁸, *MTD c. Chile*⁷⁴⁹, *CSOB c. Eslovaquia*⁷⁵⁰ y *ADC c. Hungría*⁷⁵¹ adoptaron este punto de vista⁷⁵².

En *MCI c. Ecuador*, la parte demandante sostuvo que “el Tribunal debería considerar que no existe tal acuerdo, la fuerza de la segunda parte del artículo 42(1) del Convenio es tal que debe aplicarse el derecho internacional”. Por su parte, Ecuador alegó que debía aplicarse su propio derecho interno. En última instancia, el Tribunal decidió que...

“[n]o surge para el Tribunal evidencia alguna de la existencia de un acuerdo sobre el derecho aplicable a la presente controversia. Por lo tanto, el Tribunal considera que deberá observarse lo dispuesto en la segunda parte del Artículo 42(1) del Convenio CIADI, es decir que, a falta de acuerdo, el tribunal aplicará la legislación ecuatoriana, incluyendo las normas

⁷⁴⁶ *Texaco c. Libia*, nota de pie de página 53, Laudo sobre el fondo (19 de enero de 1977), párrafo 44.

⁷⁴⁷ *Sapphire Int'l Petroleum Ltd. c. National Iranian Oil Co.*, Laudo (15 de marzo de 1963), 35 I.L.R. 136, 140 (1963), párrafo 173.

⁷⁴⁸ *Middle East Cement c. Egipto*, Laudo (12 de abril de 2002), párrafo 86.

⁷⁴⁹ *MTD c. Chile*, Laudo (25 de mayo de 2004).

⁷⁵⁰ *CSOB c. Eslovaquia*, Laudo (29 de diciembre de 2004), párrafo 61.

⁷⁵¹ *ADC c. Hungría*, Laudo (02 de octubre de 2006), párrafo 290.

⁷⁵² En *LG&E c. Argentina*, el Tribunal debatió, pero no siguió el concepto de una elección implícita del derecho internacional a través de la invocación del tratado bilateral de inversiones. *LG&E c. Argentina*, Decisión sobre Responsabilidad (3 de octubre de 2006), párrafo 85. Sin embargo, aunque el Tribunal abordó el problema del derecho aplicable basándose en la segunda oración del artículo 42(1), su solución se acercó mucho a una elección implícita de derecho.

de derecho internacional privado y aquellas normas del derecho internacional que pudieren ser aplicables⁷⁵³.

Un argumento similar fue rechazado en el caso *LG&E c. Argentina* (2006). En ese caso, el Tribunal declaró que “estos elementos no son suficientes para considerar existente un acuerdo implícito de las partes con respecto al Derecho aplicable, el cual requiere de actuaciones más determinantes”. En consecuencia, se consideró que no existía ningún acuerdo implícito⁷⁵⁴.

En otros casos, los tribunales han recurrido directamente a la aplicación del artículo 42 del Convenio del CIADI, ya que el acuerdo de inversión aplicable no contenía ninguna cláusula de elección del derecho. Este razonamiento fue seguido posteriormente por los tribunales en los casos *Vestey Group c. Venezuela e Ioan Micula y otros c. Rumanía*⁷⁵⁵.

Además, el tribunal en *Goetz c. Burundi* (1999) sostuvo que...

[...] las cláusulas de elección del derecho aplicable en los tratados de protección de inversiones se refieren con frecuencia a las disposiciones del propio tratado y, más ampliamente, a los principios y normas del derecho internacional. Esto conduce a una notable reaparición del derecho internacional, tras un declive en la práctica y la jurisprudencia, en las relaciones jurídicas entre los Estados receptores y los inversores extranjeros [...]⁷⁵⁶.

En *Quirobax S.A. y Non-Metallic Minerals S.A. c. Bol.*, el tribunal determinó que "salvo en lo que respecta a la aplicación indiscutible del TBI, las Partes no han llegado a un acuerdo sobre las normas de derecho que rigen el fondo de esta controversia. En consecuencia, el Tribunal aplicará el derecho boliviano y el derecho internacional cuando corresponda"⁷⁵⁷.

Dado que los demandantes suelen alegar violaciones de las normas de fondo sobre trato contenidas en los tratados, a falta de disposiciones expresas sobre la elección del derecho aplicable, estas normas de derecho internacional público se consideran las normas de derecho aplicables al litigio. Resulta en cambio menos claro si dicha elección implícita del derecho aplicable abarca otras normas de derecho internacional público, como el derecho internacional consuetudinario o los principios generales.

XII. Cláusula de estabilización

Cuando se elige una ley nacional, se plantea el problema de si esa ley debe entenderse según sus propios términos en el momento en que se celebró el acuerdo, o interpretarse en el sentido en que haya

⁷⁵³ *MCI Power Group L.C. y New Turbine, Inc. c. Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/03/6, Laudo (31 de julio de 2007), párrafos 214-217.

⁷⁵⁴ *LG&E Energy Corp. y otros c. Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/1, Decisión sobre Responsabilidad (3 de octubre de 2006), párrafo 85. Véase también *MCI Power Group c. Ecuador*, Laudo, párrafo 217.

⁷⁵⁵ *Vestey Group Ltd. c. Venezuela*, Caso CIADI n.º ARB/06/4, Laudo, párr. 117. *Ioan Micula y otros c. Rumanía*, Caso CIADI n.º ARB/05/20, Laudo (11 de diciembre de 2013), párrafo 287.

⁷⁵⁶ *Antoine Goetz y otros c. República de Burundi*, Caso CIADI n.º ARB/95/3, Laudo (10 de febrero de 1999), 15 CIADI Rev.-FILJ 457, párrafos 488-489.

⁷⁵⁷ *Quirobax S.A. y Non Metallic Minerals S.A. c. Bol.*, Caso CIADI n.º ARB/06/2, Laudo (16 de septiembre de 2016), párrafo 91. Esta decisión también concuerda con *Venezuela Holdings B.V. y otros c. Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/07/27, Laudo (9 de octubre de 2014), párrafo 221 y con *Electrabel S.A. c. República de Hungría*, Caso CIADI No. ARB/07/19, Jurisdicción, ley aplicable y responsabilidad (30 de noviembre de 2012), párrafo 18, 4.192. Con otro razonamiento, el Tribunal del caso *LG&E c. Argentina* cuestionó que reclamar un incumplimiento pudiera dar lugar a una elección implícita de ley, pero no cuestionó que los acuerdos de elección de ley puedan realizarse implícitamente. Véase *LG&E c. Argentina*, Decisión sobre Responsabilidad (3 de octubre de 2006), párrafo 96.

podido ser modificada por la legislación posterior. La mera referencia al derecho de un país debe entenderse como una referencia a ese derecho tal como existe en el momento en que surge el litigio.

Las cláusulas de estabilización actúan para contrarrestar este efecto predeterminado y tienen por objeto excluir la legislación promulgada por los Estados después de la celebración de un contrato que anule, invalide o afecte seriamente sus expectativas. Como se expresó en el caso *Liberian Eastern Timber Corporation c. Liberia*, “de lo contrario, el Estado contratante podría eludir fácilmente sus obligaciones contractuales”⁷⁵⁸.

Cabe esperar que haya cambios en la legislación en vista de la evolución de las condiciones sociales, económicas y tecnológicas. Por ejemplo, los Gobiernos pueden decidir la enmienda de la legislación laboral o fiscal o actualizar las normas y reglamentos técnicos de seguridad. En consecuencia, las partes pueden acordar específicamente que se exonerará al inversor de ciertos cambios en la legislación fiscal, cambiaria o de seguridad social. Dado que la inversión en los países del Sur Global conlleva muchas incertidumbres, no solo sobre las expectativas económicas sino también sobre el riesgo político, para no desalentar la inversión extranjera, la técnica de estabilizar expresamente determinados términos de un acuerdo es válida con arreglo al derecho internacional y debe reconocerse como tal en cualquier foro en el que se plantee la cuestión.

La situación es diferente cuando la cláusula de estabilización se refiere a una legislación que anula compromisos libremente contraídos por el Estado receptor y que afectan la raíz de la relación jurídica, creando así un entorno en el que el inversor ya no puede operar. Por esta razón, no pueden tolerarse las expropiaciones directas o indirectas, ni las acciones dirigidas selectivamente contra determinados inversores o un grupo de inversores. En estas situaciones, si la cláusula de estabilización se rige por la legislación del Estado receptor, las reglas del juego cambiarán considerablemente, y solo se podrán mantener normas mínimas de protección si la transacción se rige por el derecho internacional.

En *Elf Aquitaine Iran c. NIOC* el Tribunal sostuvo que...

[...] un Estado que ha suscrito por sí mismo un acuerdo internacional o ha permitido que empresas o instituciones controladas por él suscriban dicho acuerdo regulado como *lex contractus* por principios reconocidos de derecho internacional no es libre de modificar la *lex contractus* mediante legislación posterior⁷⁵⁹.

Es sorprendente que el Convenio del CIADI no aborde las cláusulas de estabilización. Los antecedentes de la redacción del Convenio revelan que los redactores estaban en general conscientes de esta situación. Sin embargo, no se ofreció ninguna solución obvia⁷⁶⁰. En referencia al texto final del artículo 42, Aron Broches (considerado el padre del Convenio del CIADI) sugirió que las partes pueden decidir estabilizar su relación contractual incorporando una ley concreta a partir de una fecha determinada. En ese caso, si el Estado receptor modifica posteriormente su legislación para anular los

⁷⁵⁸ *Liberian Eastern Timber Corporation c. República de Liberia*, Caso CIADI N° ARB/83/2, Laudo (31 de marzo de 1986), párr. 368.

⁷⁵⁹ *Elf Aquitaine Iran c. National Iranian Oil Company*, Laudo preliminar (14 de enero de 1982), 96 ILR 254, párrafo 19. En un caso de la ICC, el Tribunal consideró que el derecho elegido era el derecho utópico, "pura y simplemente", por oposición al derecho utópico "en su evolución". El Tribunal declaró que "no puede admitirse que las partes que lo hacen acepten simplemente que la validez y la eficacia de una cláusula contractual tan fundamental como la cláusula compromisoria estén sometidas a una especie de condición enteramente al alcance de una de las partes, cuyo acaecimiento dependería únicamente de la voluntad del Estado del que la organización pública parte en dicho contrato y en el compromiso de arbitraje es un instrumento" (*Company Z and others c. State Organization ABC*, Laudo, abril 1982, (1983), Yearbook of Commercial Arbitration, p. 114).

⁷⁶⁰ "Se sugirió que la legislación posterior no se aplicara si iba en detrimento del inversor. Sin embargo, Broches manifestó que la cuestión corresponde decidirla a las partes" (*Historia*, Vol. II, p. 502).

derechos del inversor, el tribunal sería libre de no tener en cuenta dicho cambio por considerar que viola el derecho internacional⁷⁶¹. Las cláusulas de estabilización no impiden que se modifique el derecho, sino que comunican una promesa de que las variaciones legales no se aplicarán a los inversores o irán acompañadas de una compensación por cualquier consecuencia adversa causada por tales cambios.

Las cláusulas de estabilización son generalmente aceptadas en las decisiones arbitrales sobre inversiones⁷⁶². Por ejemplo, en el caso del CIADI *AGIP c. Congo*, el tribunal demostró no sólo una deferencia general hacia las cláusulas de estabilización, sino también su voluntad de aceptarlas como parte del derecho internacional, protegiéndolas así contra cualquier derogación unilateral a través de la legislación del Estado receptor⁷⁶³. Las cláusulas de estabilización no han desempeñado un papel tan destacado en otros casos, pero aun así fueron mencionadas y favorecidas por los tribunales en *Letco c. Liberia*⁷⁶⁴, *MINE c. Guinea*⁷⁶⁵, *CMS c. Argentina*⁷⁶⁶ y *Duke Energy c. Perú*⁷⁶⁷, entre otros.

Las cláusulas de estabilización también están aceptadas por el artículo 3 de la Resolución de 1979 de *L'Institut de Droit International*. El artículo 1 establece que "[l]os contratos entre un Estado y una persona privada extranjera estarán sometidos a las normas jurídicas elegidas por las partes o, a falta de elección, a las normas jurídicas con las que el contrato presente los vínculos más estrechos". El artículo 3 establece que "[l]as partes podrán acordar que las disposiciones de derecho interno a las que se refiera el contrato se consideren las vigentes en el momento de la formalización del mismo"⁷⁶⁸.

Las cláusulas de estabilización se utilizan de diversas formas. Una disposición habitual es que el acuerdo no pueda modificarse salvo por consentimiento mutuo⁷⁶⁹. Otra posibilidad es que la cláusula sea más específica para restringir determinados poderes gubernamentales, por ejemplo, para estabilizar el nivel de impuestos o regalías⁷⁷⁰, teniendo en cuenta que éstos son los principales mecanismos utilizados para dividir los beneficios de la empresa y limitar el rendimiento para el inversor.

Además, las cláusulas de estabilización pueden agruparse en varias categorías. Un tipo de cláusula, a veces denominada cláusula de "intangibilidad", establece que el Estado no podrá modificar o rescindir

⁷⁶¹ A. Broches, "The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States", *Recueil des cours*, Vol. 136 (1972), p. 390.

⁷⁶² *Texaco contra Libia*, Laudo, 17 ILM 1, (19 de enero de 1977), 24 (1978); *Kuwait c. Aminoil*, Laudo, 66 ILR, pp. 586 y ss. Cláusula Modelo 10 del CIADI de 1993. 4 Informes CIADI 364.

⁷⁶³ *AGIP S.p.A. c. People's Republic of the Congo*, Caso CIADI No. ARB/77/1, Laudo (30 de noviembre de 1979), párrafos 68-70.

⁷⁶⁴ *Liberian Eastern Timber Corporation c. República de Liberia*, Caso CIADI n° ARB/83/2, Laudo (31 de marzo de 1986), 2 Informes CIADI 368.

⁷⁶⁵ *Maritime International Nominees Establishment c. República de Guinea*, Caso CIADI No. ARB/84/4 Decisión sobre anulación (22 de diciembre de 1989), párrafos 6.33. 6.36.

⁷⁶⁶ *CMS Gas Transmission Company v. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/8, Laudo (12 de mayo de 2005), párrafos 145-151.

⁷⁶⁷ *Duke Energy International Peru Investments No. 1 Ltd. c. República de Perú*, Caso CIADI No. ARB/03/28 Decisión sobre jurisdicción (1 de febrero, 2006), párrafos 24-31, 85. Véase más información en C.H. Schreuer, *op. cit.*, p. 590-591.

⁷⁶⁸ *Annuaire d'Institut de droit international* (Vol. 58-II, 1979), pp. 192-195 y también 72, 74 y 84.

⁷⁶⁹ Véase, por ejemplo, Guinea-Bissau, 1982 Offshore Model Contract for Agreements between PETROMINAS (compañía estatal) and Foreign Private Companies, artículo 31.1, reimpresso en *Basic Oil Laws and Concession Contracts: South and Central Africa* (Supp. 71) en 48 (Barrows 1983).

⁷⁷⁰ Véase, por ejemplo, *Agreement between Revere Jamaica Alumina Ltd. and the Gov't of Jamaica*, 10 de marzo de 1967, artículos 12, 13, tratado en *Revere Copper and Brass, Inc. c. Overseas Private Inv. Corp.*, 56 I.L.R. 258, 273 (1978).

unilateralmente el contrato⁷⁷¹. Otro tipo de cláusula (el llamado grupo de la "cláusula de estabilización *stricto sensu*") establece que el derecho aplicable al contrato será el que corresponde a la ejecución del acuerdo, excluyendo así los cambios posteriores en la ley del Estado contratante⁷⁷². Un tercer grupo de cláusulas establece que el acuerdo se ejecutará con "buena voluntad" o de "buena fe", y también puede considerarse un tipo de cláusula de estabilización. El requisito de ejecución de buena fe impide la modificación o rescisión unilateral.

XIII. Pactum de lege utenda

El contrato internacional establece los derechos y obligaciones de las partes. Las partes pueden o no elegir el derecho aplicable a su contrato, y pueden hacerlo en el contrato principal o en un acuerdo separado. Cuando las partes eligen el derecho aplicable, la ley que rige el contrato principal deriva de esa elección. Sin embargo, se plantea la cuestión de qué derecho constituirá la base para evaluar la validez y las consecuencias de ese acuerdo de elección de derecho. Esta delicada situación se refiere al *pactum de lege utenda*, o la elección de la ley (*electio juris*). Esto puede crear un círculo vicioso, ya que, una vez elegido el derecho aplicable, la legislación rectora derivará de la voluntad de las partes. Sin embargo, incluso en esta circunstancia, sigue planteándose la cuestión de en qué derecho se basa el *pactum*.

En principio, la Guía de Contratos de la OEA favorece la aplicabilidad del derecho elegido por las partes. No obstante, reconoce que el derecho del Estado en el que una parte tiene su establecimiento puede prevalecer en determinadas circunstancias.

En el contexto del arbitraje de inversiones, se plantea una cuestión difícil si el derecho interno del Estado receptor contiene disposiciones que limitan su autoridad para celebrar ciertos tipos de acuerdos relativos al derecho aplicable. Por ejemplo, algunos sistemas jurídicos nacionales intentan restringir la capacidad del Gobierno de someterse a arbitraje internacional o de consentir la aplicación de sistemas jurídicos distintos del suyo. En *Kaiser c. Jamaica*, la disposición sobre la elección del derecho aplicable en el acuerdo de 1969 pretendía excluir, *entre otras cosas*, cualquier norma del derecho de Jamaica "que pudiera arrojar dudas sobre la autoridad o la capacidad del Gobierno para celebrar este [...] Acuerdo"⁷⁷³.

La pregunta puede formularse de la siguiente manera: ¿puede un Estado sustraerse, mediante un contrato, a una de sus propias normas jurídicas que limiten su libertad para celebrar acuerdos? La respuesta es compleja. Dependerá en gran medida de si se considera que la disposición interna afecta la capacidad del Estado para celebrar contratos, con la consiguiente nulidad del acuerdo, o si la disposición se considera una simple prohibición que no afecta la validez del acuerdo. En caso de duda, será preferible mantener la validez del acuerdo, especialmente cuando el inversor haya confiado de buena fe en la capacidad del Estado receptor de celebrar contratos. No obstante, las disposiciones de este tipo en la legislación nacional deben ser motivo de preocupación y deben investigarse a fondo antes de confiar en una cláusula contractual que pretenda excluirlas.

⁷⁷¹ Véase, por ejemplo, Agreement between the Gov't of the Yemen Arab Republic (North Yemen) and Deutsche Shell A.G.; Agreement between the Gov't of Abu Dhabi and Amerada Hess Petroleum Abu Dhabi Ltd., Art. 34.

⁷⁷² Véase, por ejemplo, Agreement between the Republic of Liberia and Liberia Iron and Steel Corp.; Joint-Venture Agreement between ONAREP (una compañía estatal) and Amoco Morocco Oil Co., 17 de junio de 1982, art. 13.3, reimpresso en Basic Oil Laws and Concession Contracts: North Africa (Supp. 62) en 29 (Barrows 1983).

⁷⁷³ *Kaiser Bauxite Company c. Jamaica*, Caso CIADI No. ARB/74/3, Decisión sobre Jurisdicción (6 de julio de 1975), párrafo 12.80. En este sentido: Institute of International Law, Articles on Arbitration between States, State Enterprises, or State Entities and Foreign Enterprises, 1989, artículo 4, 63 *Annuaire IDI* II 328 (1990).

Al hacer válido el acuerdo de elección del derecho aplicable⁷⁷⁴, algunos tribunales arbitrales tendrán en cuenta el derecho del Estado en el que se ejecutará el laudo, y determinarán si este derecho es compatible con la solución de las leyes internas⁷⁷⁵. Se trata de una variante del principio de validación que intenta evitar los resultados improbables y no comerciales al seleccionar un derecho aplicable que permita hacer efectivo el acuerdo de las partes. Si el derecho elegido invalidara un contrato internacional o las disposiciones sustanciales del mismo, el principio de validación deberá entenderse como que prevé una excepción implícita a la elección por las partes del derecho elegido, para aplicar en su lugar el derecho de la sede del arbitraje con respecto a los puntos pertinentes.

10.1 Se insta a los Estados Miembros de la OEA a que tengan en cuenta las recomendaciones de la Guía de Contratos de la OEA relativas a la elección del derecho aplicable en el contexto de las inversiones internacionales y a asegurar que su régimen jurídico interno:

- afirme una clara adhesión al principio internacionalmente reconocido de autonomía de las partes;*
- establezca que la elección del derecho, ya sea expresa o tácita, debe ser evidente o desprenderse claramente de las circunstancias;*
- establezca que la cuestión sobre si las partes han acordado la elección del derecho aplicable se determinará en función del derecho presuntamente acordado por dichas partes;*
- confirme que la elección del derecho aplicable a los contratos internacionales de inversión no puede impugnarse únicamente por el motivo de que el contrato al que se aplica no es válido;*
- establezca que una elección de derecho puede modificarse en cualquier momento y que dicha modificación no perjudica su validez formal ni los derechos de terceros;*
- establezca que no se requiere ninguna conexión entre el derecho elegido y las partes o su transacción;*
- excluya el principio de reenvío para ofrecer una mayor seguridad en cuanto al derecho aplicable, y,*
- admita la “divisibilidad” del derecho (dépeçage).*

10.2 Se insta a los negociadores de tratados internacionales de inversión, así como a las partes en contratos internacionales de inversión y a sus abogados a que tengan en cuenta las recomendaciones anteriores al redactar dichos tratados y acuerdos, todo ello con vistas a ofrecer mayor claridad en la elección del derecho aplicable a las controversias internacionales en materia de inversión.

⁷⁷⁴ Por ejemplo, *Laudo parcial en el caso ICC n° 7920*, XXIII Y.B. Comm. Arb. 80 (1998); *Laudo preliminar en el Caso de la ICC No. 5505*, XIII Y.B. Comm. Arb. 110 (1988); *Laudo interino en el Caso de la ICC No. 4145*, XII Y.B. Comm. Arb. 97, pp. 100 y ss. (1987).

⁷⁷⁵ Por ejemplo, *Restatement (Second) Conflict of Laws* §200 comment c (1971); *Kahler c. Midland Bank* [1950] AC 24 (House of Lords); *NV Handel My J. Smits Imp. -Exp. c. English Exps. (London) Ltd.* [1955] 2 Lloyd's Rep. 317 (*English Ct. App.*). [1955] 2 Lloyd's Rep. 317 (*English Ct. App.*) *Eiler c. Kertesz*, (1960) 26 DLR2d 209, 222 (*Ontario Ct. App.*).

PARTE 11: AUSENCIA DE ELECCIÓN DE DERECHO EN EL ARBITRAJE DE INVERSIONES

I. Ausencia de elección del derecho sustantivo en las transacciones comerciales internacionales

A menudo, las partes no eligen el derecho aplicable por una serie de razones, con inclusión del simple descuido. O bien, es posible que hayan realizado una elección, pero que ésta sea ineficaz. En cualquiera de esas circunstancias, el derecho aplicable lo determinará el árbitro de conformidad con las normas pertinentes sobre conflicto de leyes. Como se explica en la Parte 13 de la Guía de la OEA, algunas de las normas de diversos instrumentos internacionales, como las de los Tratados de Montevideo y el Código Bustamante, dieron lugar a incertidumbres y controversias. Algunas iniciativas comparables en Europa condujeron a la Convención de Roma y a Roma I, las cuales plantearon retos similares. Toda esta historia dio lugar a la Convención de México, la cual pretendía ante todo promover la autonomía de las partes, pero también ofrecía una forma de determinar el derecho aplicable a falta de una elección efectiva. La Convención de México estipula que, si las partes no eligen el derecho aplicable, o si su elección resulta ineficaz, el contrato se regirá por la ley del Estado con el que tenga vínculos o conexiones más estrechas (artículo 9, apartado 1). Esto se conoce como "principio de proximidad".

En una encuesta realizada en 2015, se preguntó a los Estados Miembros de la OEA si su legislación nacional se ajustaba a esta disposición. De los once Estados que respondieron, siete lo hicieron afirmativamente. Aunque muchos Estados siguen adhiriéndose al enfoque tradicional que habían propugnado los anteriores Tratados de Montevideo y el Código Bustamante, en las Américas se está produciendo definitivamente un cambio en la dirección del enfoque flexible alentado por la Convención de México. Esto es congruente con una tendencia similar en Europa (véase, Guía de la OEA, Parte 13).

Los árbitros se encuentran en una posición fundamentalmente diferente a la de los jueces y, por lo general, gozan de una mayor discrecionalidad. Esta discrecionalidad se amplía aún más cuando no existe ninguna disposición sobre la elección del derecho aplicable.

II. Ausencia de elección en el derecho internacional de inversiones

Los contratos de inversión, las legislaciones nacionales y los tratados suelen descuidar los aspectos relativos al derecho aplicable. En particular este es el caso de los tratados de inversión. Algunos prevén la aplicación de una determinada legislación, combinación de leyes o normas jurídicas. Sin embargo, la mayoría no contiene una referencia explícita.

Los reglamentos arbitrales ofrecen algunas orientaciones a este respecto. Por ejemplo, la segunda frase del artículo 42(1) del Convenio del CIADI incluye una disposición sobre el derecho sustantivo aplicable e impone un proceso en dos etapas: en primer lugar, los tribunales deben determinar si se ha acordado una elección de derecho en consonancia con el principio fundamental de autonomía de las partes. En segundo lugar, a falta de tal elección, los árbitros aplicarán “la legislación del Estado contratante que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables”⁷⁷⁶.

⁷⁷⁶ Por ejemplo, en *Mobil Exploration c. Argentina*, CIADI núm. ARB/04/16. Decisión sobre Jurisdicción y Responsabilidad (10 de abril de 2013), el Tribunal indicó lo siguiente: “No existe ningún acuerdo expreso entre los demandantes y la República Argentina sobre el derecho aplicable. El TBI tampoco contiene ninguna cláusula expresa sobre el derecho aplicable. Por lo tanto, el Tribunal concuerda con Argentina en que la segunda oración del Artículo 42 (1) del Convenio del CIADI es aplicable en el presente caso. El Tribunal observa que las partes están de acuerdo en que el TBI es el punto de referencia para juzgar el fondo de la reclamación de MEDA y MASA. El Tribunal observa además que, según la Constitución argentina, la Constitución y los tratados celebrados con otros Estados tienen preeminencia sobre las leyes nacionales”. Párrafos 314-315.

Este doble proceso es más complicado de lo que parece. Cuando la elección de la ley aplicable no está clara, el tribunal debe suponer que no existe acuerdo y debe aplicar la norma residual. Es probable que la tarea más difícil y controvertida para los árbitros sea gestionar la pertinencia de la aplicación del derecho del Estado contratante parte en el litigio (incluidas sus normas sobre conflicto de leyes) y la eventual interrelación entre las leyes del Estado receptor y el derecho internacional⁷⁷⁷.

En la práctica del CIADI, los tribunales que se encargan de las reclamaciones derivadas de tratados suelen aplicar las disposiciones sustantivas del propio tratado (como el trato justo y equitativo) y otras fuentes del derecho internacional público, como el derecho consuetudinario internacional o los principios generales. El derecho del Estado receptor también suele desempeñar un papel en estos casos, como determinar si la inversión se realizó de conformidad con sus normas internas o garantizar que la indemnización por expropiación se haya calculado con precisión.

Durante los primeros veinte años del Convenio del CIADI y hasta la década de 1990, la mayoría de los casos se referían a infracciones de contratos de inversión. La mitad de ellos incluían un acuerdo de elección del derecho aplicable en relación con el fondo de la controversia, y casi todos los casos se remitían al derecho del Estado parte de la controversia. En los casos restantes, no se había acordado ningún derecho aplicable. Por ello, el tratamiento adecuado de las cuestiones relativas a la elección del derecho aplicable adquirió la máxima relevancia, y varias controversias resueltas por el CIADI abordaron este punto. Este fue el caso, por ejemplo, en *Benvenuti c. Congo*⁷⁷⁸, *SOABI c. Senegal*⁷⁷⁹, *Letco c. Liberia*⁷⁸⁰, *CDSE c. Costa Rica*⁷⁸¹ y *MCI c. Ecuador*⁷⁸².

La mayoría de los litigios del CIADI atendidos después de 2000 se referían a tratados bilaterales de inversión y, a falta de elección, los árbitros aplicaban generalmente el derecho internacional debido a que las demandas invariablemente alegaban infracciones del tratado bilateral de inversiones en cuestión.⁷⁸³

Para las demandas de inversión llevadas a cabo de acuerdo con los mecanismos inspirados en la CNUDMI, la Ley Modelo establece que, en ausencia de elección del derecho, el tribunal arbitral aplicará “[...] la ley que determinen las normas de conflicto de leyes que estime aplicables” (artículo 28(2)). Este enfoque tradicional se ha reflejado en muchas leyes y normas de arbitraje que rigen los casos de arbitraje de inversiones. Otros, como el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, son más progresistas y permiten el enfoque de *la voie directe*.

El Reglamento de Arbitraje de la Corte Permanente de Arbitraje también se basa en la Ley Modelo de la CNUDMI e incluye disposiciones que se aplican directamente a los Estados y a las partes

⁷⁷⁷ Existe al menos cierto lugar para el derecho internacional incluso en presencia de un acuerdo sobre la elección de la ley que no lo incorpore. *Letco c. Liberia*, Laudo, 31 de marzo de 1986, 2 Informes CIADI 358.

⁷⁷⁸ *S.A.R.L. Benvenuti & Bonfant c. People's Republic of the Congo*, Caso CIADI No. ARB/77/2, Laudo (15 de agosto de 1980), párrafos 4.1-4.4.

⁷⁷⁹ *Société Ouest Africaine des Bétons Industriels c. Senegal*, Caso CIADI No. ARB/82/1, Laudo (25 de febrero de 1988), párrafos 5.01-5.37.

⁷⁸⁰ *Liberian Eastern Timber Corporation c. República de Liberia*, Caso CIADI N° ARB/83/2, Laudo (31 de marzo de 1986), párrafos 34-37.

⁷⁸¹ *Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. c. República de Costa Rica*, Caso CIADI No. ARB/96/1, Laudo (17 de febrero de 2000), párrafos 60-67.

⁷⁸² *MCI Power Group L.C. y New Turbine, Inc. c. República del Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/03/6, Laudo (31 de julio de 2007), párrafo 217.

⁷⁸³ En estos casos, no solo se invoca el TBI como fundamento de la competencia, sino también como derecho aplicable en virtud del convenio de arbitraje. Esta distinción no siempre parece haber sido claramente establecida por las partes durante el procedimiento, lo que ha dado lugar a cierta confusión. *Duke Energy Electroquil Partners y Electroquil S.A. c. Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/04/19, Laudo (12 de agosto de 2008), párr. 190.

intergubernamentales. En ausencia de una elección de derecho, el artículo 35.1.b de las Reglas de la CPA establece que:

“En los casos que involucren solo a Estados y organizaciones intergubernamentales, aplicará las reglas de la organización en cuestión, el derecho aplicable a cualquier acuerdo o relación entre las partes y, según proceda, los principios generales aplicables del derecho de las organizaciones intergubernamentales y las normas del derecho internacional general”.

Algunas leyes y reglamentos de arbitraje nacionales disponen que los tribunales que se encuentran ante la ausencia de acuerdo entre las partes apliquen el derecho nacional y excluyan el derecho internacional⁷⁸⁴. No obstante, el derecho internacional puede aplicarse de forma supletoria, como se explicará en la Subsección E más adelante.

III. Mecanismos de conflicto de leyes en el arbitraje de inversiones

A menudo, los tribunales de inversiones han intentado evitar enunciados claros sobre el derecho sustantivo aplicable y eludir una aplicación rígida del derecho del Estado receptor. Se han propuesto numerosas fórmulas sobre conflicto de leyes en ausencia de una elección del derecho aplicable: el centro de gravedad, el lugar de cumplimiento característico, el derecho del lugar donde se formó el contrato, la ley del lugar de cumplimiento, la ley del lugar donde se produjo el agravio, la ley del lugar donde se produjo el acto jurídico, la ley del lugar donde está situado el objeto y la ley del lugar del domicilio, entre otras. La aplicación de estas diferentes fórmulas depende de la materia de que se trate y del sistema de conflicto de leyes que rijan la relación.

En cuanto a la selección de las normas de conflicto o de derecho uniforme aplicables, al igual que en el arbitraje comercial internacional, existen varios enfoques disponibles en el derecho internacional de inversiones que se analizarán en las secciones siguientes.

A. Sistema de conflicto de leyes del Estado receptor

Las negociaciones durante la redacción del Convenio del CIADI revelan que las primeras deliberaciones y las versiones preliminares del instrumento no hacían referencia al derecho del Estado receptor. Se hacía referencia a la aplicabilidad de las normas de derecho nacional e internacional. Sin embargo, no se mencionaba el derecho del Estado receptor⁷⁸⁵. Los redactores del Convenio optaron por esta fórmula abierta en el artículo 42 para ayudar a los tribunales arbitrales a determinar la ley aplicable adecuada aplicando las normas de conflicto de leyes generalmente aceptadas o el derecho internacional privado⁷⁸⁶. Siguiendo este enfoque, los árbitros podrían determinar la ley aplicable encontrando el derecho que guarde una relación más importante con el litigio. El derecho del Estado receptor sería aplicable en la mayoría de los casos, pero otros ordenamientos jurídicos nacionales también podrían ser aplicables en otros casos⁷⁸⁷.

⁷⁸⁴ The Cairo Regional Centre for International Commercial Arbitration (CRCICA) Arbitration Rules [El Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje Comercial Internacional del El Cairo] (en vigor desde el 1 de marzo de 2011) en su artículo 35(1) establece expresamente que: “[e]l tribunal arbitral aplicará las normas jurídicas designadas por las partes como aplicables al fondo de la controversia. A falta de tal designación por las partes, el tribunal arbitral aplicará el derecho que presente la conexión más estrecha con la controversia”.

⁷⁸⁵ CIADI, *Historia del Convenio del CIADI*, Vol. I, p. 190, 192.

⁷⁸⁶ *Ibid.*, Vol. II, pp. 79, 110, 267, 330, 506, 570. El artículo 42, párrafo 1, segunda frase establece: “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”.

⁷⁸⁷ *Ibid.*, p. 514, 571, 800.

Esta solución fue criticada durante la redacción del Convenio por ser demasiado vaga y amplia, en particular por los delegados de los países en desarrollo⁷⁸⁸. En consecuencia, la versión final del Convenio del CIADI contempla la aplicación de la ley del Estado parte en la controversia, incluidas sus normas de conflicto de leyes. Por lo tanto, los tribunales deberían aplicar, por lo general, la ley del Estado receptor, a menos que sus normas de conflicto de leyes conduzcan a la aplicación de un derecho diferente. Varios casos del CIADI aplicaron la ley del Estado receptor⁷⁸⁹, como *Benvenuti c. Congo*⁷⁹⁰, *Cable TV c. St. Kitts and Nevis*⁷⁹¹, *Amco c. Indonesia*⁷⁹², *SOABI c. Senegal*⁷⁹³, *Genin c. Estonia*⁷⁹⁴, y *MCI c. Ecuador*⁷⁹⁵.

El derecho del Estado receptor suele ser el que está más estrechamente relacionado con el litigio y, como tal, es probable que se aplique en todos los casos. Además, la segunda frase del apartado 1 del artículo 42 incluye explícitamente las normas de conflicto de leyes. Por lo tanto, si existen conexiones más fuertes con otro ordenamiento jurídico, es probable que el *renvoi* [reenvío] conduzca de todos modos a la aplicación de ese derecho.

Por supuesto, las partes pueden ejercer su autonomía de conformidad con la primera frase del apartado 1 del artículo 42, y elegir otras normas si la aplicación del derecho del Estado receptor condujera a resultados insatisfactorios.

B. Aplicación acumulativa de las normas de todos los Estados relacionados con el litigio

Como ya se ha mencionado, la aplicación acumulativa de las normas de todos los Estados que tengan relación con la controversia es un enfoque acorde con la naturaleza transnacional del arbitraje internacional. La aplicación acumulativa de estas leyes también está más en consonancia con las expectativas de las partes y reduce la posibilidad de que se presenten demandas que aleguen que se aplicó el derecho equivocado. Este enfoque fue adoptado por los tribunales del CIADI en casos como *SOABI c. Senegal*⁷⁹⁶ y *Klöckner c. Camerún*⁷⁹⁷, entre otros⁷⁹⁸.

⁷⁸⁸ CIADI, *Historia del Convenio del CIADI*, Vol. II, pp. 418, 419, 466, 513, 515-516, 653, 660, 663, 800-802.

⁷⁸⁹ *Ibid.*, p. 596.

⁷⁹⁰ El Tribunal decidió aplicar tanto el derecho congoleño como el internacional. Vid. *Benvenuti c. Congo*, Laudo (15 de agosto de 1980), párrafo 4.2.

⁷⁹¹ *Cable Television of Nevis, Ltd. and Cable Television of Nevis Holdings, Ltd. c. Federation of St. Kitts and Nevis*, Caso CIADI No. ARB/95/2, Laudo (13 de enero de 1997), párrafos 6.02, 6.25.

⁷⁹² "[...] el Tribunal tiene que aplicar el derecho indonesio, que es el derecho del Estado Contratante Parte en la controversia, y las normas de derecho internacional que el Tribunal considere aplicables, teniendo en cuenta los asuntos y cuestiones en litigio" (*Amco Asia Corporation y otros c. República de Indonesia*, Caso CIADI No. ARB/81/1, Laudo (20 de noviembre de 1984), párrafo 148).

⁷⁹³ El Tribunal calificó los contratos de "contratos gubernamentales", cuyos efectos y ejecución se rigen principalmente por el Código de Obligaciones Gubernamentales (CGO). De la posición del Gobierno expuesta en su contramemoria (p. 11) y de la de SOABI contenida en su Réplica (p. 7) se desprende que ambas partes están de acuerdo en que el derecho aplicable es el derecho administrativo de Senegal. Vid. *Société Ouest Africaine des Bétons Industriels c. Senegal*, Caso CIADI No. ARB/82/1, Laudo (25 de febrero de 1988), párrafo 5.02.

⁷⁹⁴ *Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. y A.S. Baltoil c. República de Estonia*, Caso CIADI n° ARB/99/2, Laudo (25 de junio de 2001), párrafo 350.

⁷⁹⁵ *MCI Power Group L.C. y New Turbine, Inc. c. República del Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/03/6, Laudo (31 de julio de 2007), párrafo 217.

⁷⁹⁶ *Société Ouest Africaine des Bétons Industriels c. Senegal*, Caso CIADI No. ARB/82/1, Laudo (25 de febrero de 1988), párrafos 5.01-5.37.

⁷⁹⁷ *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH y otros c. República Unida de Camerún y Société Camerounaise des Engrais*, Caso CIADI No. ARB/81/2, Laudo (21 de octubre de 1983), 2 Informes CIADI 59. Esta decisión fue anulada, como se explica en el Capítulo VII en la subsección "Consequences of neglecting comparative law".

C. Normas de conflicto de leyes de otro Estado

Los tribunales también pueden aplicar normas de conflicto de leyes de otro Estado. Esta posibilidad se desprende, por ejemplo, de la segunda frase del artículo 42(1) del Convenio del CIADI. Esta norma establece que “[a] falta de tal acuerdo, el Tribunal aplicará a 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”.

De acuerdo con esta disposición, se aplica la ley del Estado receptor en caso de ausencia de elección, y sus normas sobre conflicto de leyes pueden conducir a la aplicación de otra legislación sustantiva.

D. Aplicación de los principios generales de derecho internacional privado

Algunos casos de arbitraje de inversiones han hecho referencia a los principios generales del derecho internacional privado⁷⁹⁹. Por ejemplo, en el caso *SPP*, un tribunal de la ICC expresó lo siguiente:

Podemos observar, *ad abundantiam*, que, a falta de designación contractual del derecho aplicable, el mismo resultado (es decir, la remisión al derecho del país receptor) también se obtendría normalmente aplicando los principios ordinarios sobre conflicto de leyes⁸⁰⁰.

Del mismo modo, varios tribunales del CIADI también han aplicado los "principios generales de conflicto de leyes" recurriendo a la prueba del vínculo más estrecho. Este enfoque intenta garantizar mayor previsibilidad y limitar las oportunidades de búsqueda del foro más ventajoso.

La prueba del vínculo más estrecho también se utilizó en el caso ad hoc de inversión extranjera *Wintershall A.G. y otros c. Gobierno de Qatar*⁸⁰¹, y en varias decisiones del Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, como en *Economy Forms Corporation c. Gobierno de la República Islámica de Irán y otros*, y *Harnischfeger Corp. c. el Ministerio de Carreteras y Transporte*⁸⁰².

E. Aplicación del derecho internacional público

La forma de aplicar el derecho internacional público cuando las partes no hayan acordado un derecho aplicable dependerá del contexto del litigio y de la naturaleza de la relación en general⁸⁰³. Sin

⁷⁹⁸ Véase también *Azurix Corp c. República Argentina*, CIADI No. ARB/01/12, Decisión sobre jurisdicción (8 de diciembre de 2003) Párr. 67.

⁷⁹⁹ LIAMCO, nota 53, Laudo, 20 I.L.M. 1, 32 (1977); *Arabia Saudita c. Arabian American Oil Co. (Aramco)*, Laudo, 23 de agosto de 1958, 27 I.L.R. 117, 156-7 (1963). *Ministerio de Defensa y Apoyo a las Fuerzas Armadas de la República Islámica de Irán v. Westinghouse Electric Corp.* (1996), nota 89, en la Sección III.

⁸⁰⁰ *SPP (Middle East) Ltd. c. República Árabe de Egipto*, Laudo de la ICC No. 3493, Laudo, 16 febrero 1983 (G. Bernini, M. Littman, A. Elghatit, arbs), párrafo 49.

⁸⁰¹ *Wintershall A.G. c. Gobierno de Qatar*, Laudo parcial (05 de febrero de 1988) y Laudo final (31 de mayo de 1988) (J.R. Stevenson, I. Brownlie, B. Cremades, arbs), en 800, 802, 821-823.

⁸⁰² *Economy Forms Corporation c. Gobierno de la República Islámica de Irán et al*, Laudo n° 55-165-1, 3 I. U.S. C.T.R. 42, en la sección III(1). G.H. Aldrich, *The Jurisprudence of the Iran-United States Claims Tribunal, An Analysis of the Decisions of the Tribunal*, Clarendon Press, Oxford, 1996, p. 159. Véase también *Harnischfeger Corp. c. Ministry of Roads & Transportation*, Laudo parcial, 13 de julio de 1984, 7 Iran-U.S. C.T.R. 90, 99.

⁸⁰³ El juez Aikens declaró en *Ecuador c. Occidental* (2001) que los "[...] derechos se conceden en virtud del derecho internacional público [...] deben determinarse sobre la base de los principios del derecho internacional público". *República de Ecuador c. Occidental Exploration and Production Company*, High Court of Justice, Queen's Bench Division, Commercial Court, (29 de abril de 2005), [2005] EWHC 774 (Comm), (per Mr Justice Aikens), párrafo 61.

embargo, en algunos casos, la aplicación del derecho internacional público estará clara - por ejemplo, con algunas cuestiones relacionadas con reclamos derivados de tratados⁸⁰⁴.

En el contexto de los arbitrajes del CIADI, el derecho internacional público siempre puede ser aplicable de manera supletoria, de conformidad con el artículo 42, párrafo 1 (segunda oración) del Convenio del CIADI⁸⁰⁵. Este aspecto se desarrollará con más detalle en la Parte 13.

También está claro que el derecho internacional público se aplicará cuando proceda en las decisiones del Tribunal Irán-Estados Unidos debido a la amplia redacción del artículo V de la Declaración sobre la Resolución de Reclamaciones Irán-Estados Unidos de 1981, una disposición que se aborda ampliamente en el Capítulo XVI.

En los arbitrajes territorializados, si el reglamento de arbitraje autoriza al tribunal mediante *voie directe* a aplicar las "normas de derecho" apropiadas (por ejemplo, como en los arbitrajes de la Cámara de Comercio Internacional, ICC), no se plantearán cuestiones relativas a la facultad de los árbitros de resolver el litigio aplicando el derecho internacional público si fuera pertinente. Pueden surgir dificultades en relación con la solución más tradicional, que se encuentra en el Reglamento CNUDMI, para decidir qué "derecho" aplicar (es decir, normas de derecho) a falta de elección de las partes. A pesar de esta disposición, cuando resulte apropiado, los árbitros podrán aplicar el derecho internacional público y, en general, las normas de derecho, como se ha defendido anteriormente en esta Parte.

El Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI intenta eliminar las complicaciones sobre este aspecto al referirse a la aplicación combinada de "la ley que determinen las normas sobre conflicto de leyes que el Tribunal considere aplicables y (b) las normas de derecho internacional que el Tribunal considere aplicables"⁸⁰⁶.

La aplicabilidad del derecho internacional público en las demandas de inversión plantea otros aspectos que se han tratado con más detalle en el Capítulo XVII(J)(5).

F. Técnicas de derecho uniforme o recurso al derecho no estatal

Lo que se ha explicado sobre la aplicabilidad del derecho no estatal al arbitraje comercial también es aplicable al contexto del arbitraje de inversiones.

En el famoso caso de 1989 de la *Deutsche Schachtbau-und Tiefbohr GmbH c. R'As al-Khaimah National Oil Co. (Rakoil)*⁸⁰⁷, en ausencia de una elección expresa de legislación, el tribunal consideró inadecuada la aplicación de la legislación nacional. Hizo referencia a "lo que se ha convertido en una

⁸⁰⁴ En los casos de acuerdos internacionales de inversión, el tratado es *lex specialis* y sus disposiciones "prevalecen sobre los principios del derecho internacional consuetudinario", salvo que estos sean principios generales del derecho internacional con carácter de *jus cogens*" (*Teinver S.A., et al. c. Arg.*, Caso CIADI núm. ARB/09/01, Laudo (21 de julio de 2017), párr. 475). Pero como decidió el Tribunal en *Emmis International c. Hungría*, un tribunal "tiene que aplicar el derecho internacional en su conjunto a la reclamación, y no las disposiciones del TBI de forma aislada". *Emmis International Holding, B.V. et al. c. Hung.*, Caso CIADI núm. ARB/12/2, Objeción en virtud de la Regla 41(5) del Reglamento de Arbitraje del CIADI (11 de marzo de 2013), párr. 78; *MTD Equity Sdn. Bhd. et al. c. Chile*, Caso CIADI núm. ARB/01/7, Anulación (21 de marzo de 2007), párr. 61. Se plantean cuestiones interesantes cuando, como en el caso de la legislación de la UE y los AII intra-UE, varios tratados entran potencialmente en conflicto. Véase, por ejemplo, el asunto C-284/16 *Slowakische Republik c. Achmea B.V.*, disponible en: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:62016CJ0284>> (consultado el 16 de mayo de 2022), (6 de marzo de 2018), en el que el tribunal consideró que las cláusulas de arbitraje de los AII intra-UE son contrarias al derecho de la UE; el litigio en cuestión era *Achmea B.V. (anteriormente Eureka B.V.) c. Slov.*, CNUDMI, Caso de la CPA No. 2008-13, Laudo Final (7 de diciembre de 2012). Véase J.A. Bischoff, *op. cit.*, pp. 758-759.

⁸⁰⁵ *MTD c. Chile*, CIADI n° ARB/01/07, Decisión sobre el fondo (25 de mayo de 2004), párrafo 87.

⁸⁰⁶ Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI (2006), Art. 54(1).

⁸⁰⁷ Caso ICC No. 3572, Laudo Final, 1982, XIV Y.B. Commercial Arb. 111, 117 (1989).

práctica común en los arbitrajes internacionales, especialmente en el ámbito de las concesiones de perforación petrolífera", que "debe haber sido conocido por las partes [...] y debe considerarse que representa su voluntad implícita". El tribunal decidió el caso haciendo referencia a los "principios de derecho internacionalmente aceptados que rigen las relaciones contractuales"⁸⁰⁸.

En el caso *Ministerio de Defensa y Apoyo a las Fuerzas Armadas de la República Islámica de Irán c. Westinghouse Electric Corp.* (1996)⁸⁰⁹, el tribunal tuvo en cuenta que: (i) las partes no operaban en el mismo entorno y cultura jurídicos, y (ii) no tenían un largo historial de cooperación, y luego procedió a abordar todos los posibles resultados dado que el contrato no contenía disposiciones extensas o detalladas. En este contexto, la ausencia de una disposición sobre la elección del derecho aplicable fue considerada por el tribunal como un "silencio que grita" o, como mínimo, un "silencio alarmante" o "un silencio inquietante" que obligaba al tribunal a mirar "más allá" para determinar las intenciones de las partes. El tribunal consideró que las partes habían realizado una "elección negativa implícita" que excluía la aplicación del derecho nacional de cualquiera de ellas. En su lugar, el tribunal se pronunció a favor de una "solución desnacionalizada", según la cual "decidiría las cuestiones jurídicas teniendo en cuenta los términos del Contrato y, cuando fuera necesario o adecuado, se aplicarían normas verdaderamente internacionales tal y como se reflejan y tal y como forman parte de los denominados *principios generales del derecho*"⁸¹⁰.

G. El derecho del contrato: ¿*contrato sin ley*?

La teoría de que los contratos internacionales, y en particular los contratos estatales internacionales, no están sujetos a más normas que las del propio acuerdo no sólo es cuestionable desde el punto de vista teórico, sino que también puede crear problemas prácticos en relación con aspectos no contemplados en el mismo.

La decisión en *MINE c. Guinea*⁸¹¹ reduce el efecto de la legislación nacional pero no convierte el acuerdo en un *contrat sans loi*.

En cualquier caso, si el tribunal no encuentra orientación en el contrato en relación con un tema concreto concreta, la prohibición de *non liquet* del artículo 42(1) del Convenio del CIADI puede llevar a la aplicación de otras fuentes, tales como los principios generales.

H. Voie directe

El delicado equilibrio entre flexibilidad y previsibilidad es una característica única del Convenio del CIADI. Los tribunales del caso *Wena c. Egipto*⁸¹², el caso *CMS*⁸¹³, y otros parecen haber interpretado que la segunda oración del artículo 42(1) del Convenio del CIADI permite una libertad similar: varias reglas modernas de arbitraje comercial otorgan al tribunal la facultad de determinar la ley aplicable mediante la *voie directe*.

Del mismo modo, el artículo V de la Declaración sobre la solución de controversias de 1981 para el Tribunal Irán-Estados Unidos también concede a los árbitros la libertad de aplicar las normas y principios que consideren apropiados en el caso de que se trate.

⁸⁰⁸ Ibid.

⁸⁰⁹ *Ministerio de Defensa y Apoyo a las Fuerzas Armadas de la República Islámica de Irán c. Westinghouse Electric Corp.*, Laudo ICC n° 7375 (5 de junio de 1996) en la sección III.

⁸¹⁰ *Ministerio de Defensa y Apoyo a las Fuerzas Armadas de la República Islámica de Irán c. Westinghouse Electric Corp.*, nota 86, apartado III.

⁸¹¹ *Maritime International Nominees Establishment c. República de Guinea*, Caso CIADI n° ARB/84/4.

⁸¹² *Wena Hotels Ltd. c. Egipto*, caso CIADI n° ARB/98/4.

⁸¹³ *CMS Gas Transmission Company c. República Argentina*, Caso CIADI n° ARB/01/8.

Como se ha visto anteriormente en la Parte 11, Sección III, subsección E, esta libertad de *voie directe* también existe en varias leyes y normas de arbitraje inspiradas en la CNUDMI que rigen los arbitrajes de inversión territorializados.

11.1 El régimen jurídico interno sobre el derecho aplicable a los contratos de inversión internacionales en relación con la ausencia de una elección efectiva del derecho aplicable, debería incluir el criterio flexible de la “conexión más cercana”.

11.2 Los órganos decisores que se enfrenten a la ausencia de una elección efectiva del derecho aplicable deberán recurrir a las normas pertinentes de elección del derecho del mecanismo arbitral aplicable. Si dicho mecanismo no se considera aplicable o no incluye tales normas de elección del derecho, los órganos decisores deberán aplicar el criterio flexible de la “conexión más cercana”, como principio general de derecho internacional privado.

PARTE 12: EL DERECHO SUSTANTIVO APLICABLE EN EL ARBITRAJE DE INVERSIONES EX AEQUO ET BONO

I. Equidad en el arbitraje

En el arbitraje, las potestades en materia de equidad se interpretan de varias maneras. En primer lugar, las potestades equitativas dictan que el tribunal debe observar el derecho aplicable, pero omitiendo reglas puramente formalistas, como la observancia de una forma particular en un contrato. En segundo lugar, las potestades equitativas pueden exigir que el tribunal siga la ley aplicable, pero puede permitir que se desconozcan reglas particulares que operan injustamente en el caso concreto. En tercer lugar, el tribunal puede tener que decidir los casos de acuerdo con los principios generales del derecho en lugar de por el contrato o la legislación visiblemente aplicables. Por último, las potestades equitativas pueden permitir que, esporádicamente, el tribunal pase completamente por alto todas las normas del derecho y decida el caso según su propia conciencia. Esta última interpretación de las potestades equitativas fue rechazada en los escritos académicos sobre arbitraje.

El arbitraje en equidad también se denomina “amigable componedor”. Aunque se trata de un tema que ha generado debates, los términos *ex aequo et bono* y amigable componedor se utilizan indistintamente. Debido a las disparidades terminológicas, ambas expresiones se encuentran en el Reglamento y en la Ley Modelo de la CNUDMI.

Con algunas excepciones⁸¹⁴, numerosas reglamentaciones en todo el mundo actualmente prevén el arbitraje *ex aequo et bono*, como se refleja en el artículo 28(3) de la Ley Modelo. La nota explicativa de

⁸¹⁴ Russian International Arbitration Law [Ley rusa de arbitraje internacional], artículo 28; Bulgarian Arbitration Law [Ley de Arbitraje de Bulgaria], artículo 38.

la Ley Modelo profundiza en esta disposición y en su aplicación, ya que anteriormente el principio *ex aequo et bono* no era tan conocido ni aplicado en los ordenamientos jurídicos del mundo⁸¹⁵.

Algunas legislaciones nacionales fueron más allá de la Ley Modelo, al establecer que los árbitros deben decidir de acuerdo con principios equitativos, a menos que se acuerde expresamente lo contrario. Esto recuerda el origen del arbitraje *ex aequo et bono* como mecanismo "amistoso" de resolución de disputas, que va en contra del proceso basado en el derecho en el que se ha convertido⁸¹⁶. Sin embargo, el concepto es distinto de la discrecionalidad inherente a un tribunal para determinar cuestiones como la indemnización y la cuantificación de los daños y perjuicios⁸¹⁷.

En su artículo VII (2) la Convención Europea de 1961 incluye una disposición sobre amigable componedor⁸¹⁸. Dicha disposición también puede encontrarse en el acuerdo de arbitraje del MERCOSUR de 1998⁸¹⁹, el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, así como otras normativas que siguen estos modelos.

En la práctica, las partes acuerdan el arbitraje *ex aequo et bono* en muy raras ocasiones. Como mucho, solamente el 2-3% de todos los acuerdos de arbitraje comercial incluyen disposiciones *ex aequo et bono*⁸²⁰. La impopularidad del arbitraje *ex aequo et bono* se debe a su percibida imprevisibilidad, que ha hecho que la comunidad arbitral pase por alto el potencial de su utilidad para corregir de forma equilibrada la "excesiva judicialización" de los procedimientos. La "excesiva judicialización" del arbitraje suele conllevar un exceso de normativa en los procedimientos y la adopción de técnicas de litigación que reducen la flexibilidad y conducen a un aumento de los costos para ambas partes. El arbitraje *ex aequo et bono* podría ser un remedio a estos problemas.

II. Acuerdo expreso de arbitraje *ex aequo et bono*

El artículo 28(3) de la Ley Modelo exige que el arbitraje *ex aequo et bono* se acuerde expresamente⁸²¹, ya sea al inicio o en el curso del procedimiento. El acuerdo tácito no es válido⁸²². Por

⁸¹⁵ Nota explicativa de la Secretaría de la CNUDMI, p. 34, disponible en:

<https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/07-87001_ebook.pdf> (consultado el 13 de mayo de 2022).

⁸¹⁶ Por ejemplo, la Ley de Arbitraje y Mediación (Arbitraje y Otros Procedimientos Alternativos de Solución de Controversias Comerciales) No. 145/1997 de Ecuador establece en su artículo 3: "Las partes indicarán si los árbitros deben decidir en equidad o en derecho, a falta de convenio, el fallo será en equidad".

⁸¹⁷ *El Paso Energy International Company c. La República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/15, Decisión del Comité Ad Hoc sobre la solicitud de anulación (22 de septiembre de 2014). La opinión del Comité fue que "los tribunales de arbitraje pueden proceder con cierta discrecionalidad en la cuantificación de los daños... y que un ejercicio razonado de ese poder discrecional...no equivale a decidir *ex aequo et bono*". Párrafos 206-207.

⁸¹⁸ La Convención Europea sobre Arbitraje Comercial Internacional establece que: "Los árbitros estatuirán como «amigables componedores», si tal es la voluntad de las Partes y lo permite la ley que rige el arbitraje" (artículo VII (2)).

⁸¹⁹ Artículo 9; la convención reconoce la influencia de la ley Modelo CNUDMI tanto en su "considerando" como al remitirse a sus soluciones en el artículo 25. Ver MERCOSUR/CMC/DEC. No. 3/98. Disponible en: <<https://www.mercosur.int/documentos-y-normativa/normativa/>> (consultado el 9 de junio de 2022).

⁸²⁰ En 2018, la ICC informó de un solo arbitraje relacionado con un contrato que autorizaba a los árbitros a decidir "ex aequo et bono", de los más de 800 arbitrajes de la ICC presentados en 2018. En 2016 y 2017, de los casi 1.000 arbitrajes presentados cada año, no se informó de ningún caso de la ICC al respecto. Véase ICC, 2018 ICC Dispute Resolution Statistics, 2019:2 ICC Disp. Resol. Bull. 13, 22 (2019); ICC, 2017 Dispute Resolution Statistics, 2018:2 ICC Disp. Resol. Bull. 51, 61; CCI, 2016 ICC Dispute Resolution Statistics, 2017:2 ICC Disp. Resol. Bull. 106, 113.

⁸²¹ Una disposición similar se desprende del Reglamento de la CNUDMI de 2013, art. 35(2) y otros.

esta razón, un tribunal egipcio anuló un laudo decidido *ex aequo et bono* cuando el árbitro no estaba debidamente autorizado⁸²³, y lo mismo ocurrió en otras jurisdicciones⁸²⁴.

Algo similar ocurrió en el caso *Klöckner c. Camerún* del CIADI, en el que tampoco hubo acuerdo para decidir el caso *ex aequo et bono*. El Comité ad hoc sostuvo que "una extralimitación de facultades podría consistir no solo en no respetar el derecho aplicable, sino también en una solución en equidad cuando existía la obligación de decidir en derecho"⁸²⁵. Del mismo modo, en el caso CIADI *MINE c. Guinea*, el Comité ad hoc confirmó el principio de que una decisión basada en la equidad sin autorización puede constituir "una extralimitación de facultades", considerando que "a menos que las partes hubieran acordado una decisión *ex aequo et bono*, una decisión que no se base en derecho alguno constituiría una derogación del mandato del Tribunal"⁸²⁶.

III. Conflicto de leyes en el arbitraje *ex aequo et bono*

Incluso en los arbitrajes *ex aequo et bono* ["de acuerdo con lo correcto y lo bueno"], puede ser necesario recurrir a metodologías conflictivas. Los árbitros son libres de utilizar el derecho nacional como punto de partida y excluir posteriormente sus efectos si fuera necesario, o pueden aplicar directamente la solución que consideren equitativa en las circunstancias⁸²⁷. Asimismo, si están autorizados a decidir *ex aequo et bono*, los árbitros pueden aplicar el derecho no estatal para respaldar su razonamiento, y pueden hacer referencia, por ejemplo, a los Principios de UNIDROIT⁸²⁸.

Además, si las partes incluyen en su contrato una cláusula de elección de una legislación con arbitraje *ex aequo et bono*, los árbitros deberán determinar en primer lugar el derecho aplicable y evaluar después si su aplicación es adecuada o no a las circunstancias. Curiosamente, en el caso *Atlantic Triton c. Guinea*, las partes incluyeron una disposición de elección de legislación (que remitía a la ley del Estado receptor), así como una cláusula que autorizaba al tribunal a decidir el arbitraje *ex aequo et bono*. El

⁸²² Un tribunal canadiense dictaminó que el contrato incluía un acuerdo expreso que permitía el arbitraje *ex aequo et bono* cuando las partes estuvieran de acuerdo en que el contrato podía interpretarse como un "acuerdo honorable". El Tribunal también declaró que el Tribunal estaba exento de todas las formalidades para llegar a una decisión. *Liberty Reinsurance Canada c. QBE Insurance and Reinsurance (Europe) Ltd.*, Ontario Superior Court of Justice, Canadá (20 de septiembre de 2002).

⁸²³ Caso No. 72/117, Tribunal de Apelaciones de El Cairo, Egipto, Fallo, (8 de enero de 2002), recogido en el Compendio de la CNUDMI de jurisprudencia relativo a la Ley Modelo, páginas 153, 88. Disponible en: <<https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/mal-digest-2012-e.pdf>> (consultado el 13 de mayo de 2022).

⁸²⁴ Véase también *Gold Reserve Inc. c. Venezuela*, 146 F.Supp.3d 112, 134 (D.D.C. 2015); Caso n.º 10-14.687 (*Cour de Cassation Civ. 1 francesa*), Fallo, (12 de octubre de 2011); Fallo (22 de junio de 2005), 34 Sch 10/05 (Oberlandesgericht München); Fallo (13 de mayo de 2009), Caso n.º 34525 (Colombia Consejo de Estado), en G. Born, *op. cit.*, p. 3592.

⁸²⁵ *Klöckner c. Cameroon*, Caso CIADI No. ARB/81/2, Decisión sobre anulación (3 de mayo de 1985), párrafo 59.

⁸²⁶ *Maritime International Nominees Establishment c. República de Guinea*, Caso CIADI n.º ARB/84/4, Decisión sobre anulación (22 de diciembre de 1989), párrafo 5.03.

⁸²⁷ Véanse, por ejemplo, *CCI Caso n.º 2216*, 102 J.D.I. (Clunet) 917, *Laudo* (1975); *CCI Caso n.º 2139*, 102 J.D.I. (Clunet) 929, *Laudo* (1975); *Caso ad hoc en París, Laudo* (21 de abril de 1997), UNILEX (*Principios UNIDROIT*) (elección de la ley rusa complementada por los Principios UNIDROIT).

⁸²⁸ *Caso n.º 1795, Laudo final en la Cámara de Arbitraje Nacional e Internacional de Milán* (1 de diciembre de 1996), XXIV Y.B. Comm. Arb. 196 (1999). En el caso CIADI *Benvenuti & Bonfant c. Congo*, las partes autorizaron al Tribunal a decidir *ex aequo et bono*. Para su decisión, el Tribunal tuvo en cuenta normas de derecho. *Benvenuti & Bonfant v. República Popular del Congo*, Caso CIADI No. ARB/77/2, *Laudo*, (15 de agosto de 1980).

tribunal decidió aplicar la ley de Guinea a ciertos aspectos de la decisión, y principios equitativos a otros⁸²⁹.

Algunos tribunales nacionales han interpretado la inclusión de una cláusula de elección de ley como incompatible con la concesión al tribunal de la facultad de decidir *ex aequo et bono*⁸³⁰. Sin embargo, una interpretación preferible es que dicha inclusión debe hacer que los árbitros: (i) recurran al mecanismo de conflicto de leyes, y (ii) mitiguen cualquier resultado duro o injusto mediante la aplicación de principios equitativos⁸³¹.

IV. Normas obligatorias y arbitraje *ex aequo et bono*

La situación es diferente en el caso de las normas imperativas, ya que los árbitros *ex aequo et bono* están vinculados por normas jurídicas imperativas.

En consecuencia, las partes no pueden eludir la aplicación de normas de derecho imperativo acordando el arbitraje *ex aequo et bono*, como se sostuvo en el caso No. 2216 de la Cámara de Comercio Internacional (ICC). En el mismo sentido, el tribunal en el caso No. 1677 de la ICC decidió que no estaba facultado para dictar una decisión contraria a la moral y al orden público.

Por lo tanto, cuando puedan estar en juego normas imperativas, los árbitros pueden percibir la necesidad de dejar claro en su decisión que no se han infringido dichas normas. No hacerlo puede someter el laudo a anulación o impedir su ejecución.

V. ¿Cumplimiento de los términos del contrato en el arbitraje *ex aequo et bono*?

¿Pueden los árbitros hacer caso omiso de los términos del contrato de las partes? En el caso N° 3938 de la Cámara de Comercio Internacional de 1982, el árbitro único que actuó como *amigable componedor* determinó que los principios que un árbitro puede aplicar para corregir una aplicación excesivamente estricta de las normas jurídicas no son válidos con respecto al contrato. Esto se debe a que el contrato debe entenderse como un cuerpo de normas específico que surge de la negociación de las partes.

Otros escritos académicos también llegan a una conclusión similar, basándose en el argumento de que cuando deciden *ex aequo et bono*, los árbitros pueden apartarse de los términos del contrato de las partes al elaborar un resultado justo y equitativo, siempre que no reescriban la estructura o los términos de fondo del acuerdo⁸³².

Los artículos 28(4) de la Ley Modelo de la CNUDMI y 35(3) del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI establecen expresamente que, en todos los casos, los árbitros deben tener en cuenta los términos del contrato y los usos contractuales cuando interpretan un contrato concreto.

⁸²⁹ *Atlantic Triton Company Limited c. People's Revolutionary Republic of Guinea*, Caso CIADI No. ARB/84/1, Laudo (21 de abril de 1986), 3 Informes CIADI 17, 19, 23.

⁸³⁰ *Wilko c. Swan*, 201 F.2d 439, 444 (2d Cir. 1953); *Fudickar c. Guardian Mut. Life Ins. Co.*, 62 N.Y. 392, 401 (N.Y. 1875); y Caso ICC No. 4237, X Y.B. Comm. Arb. 52, Laudo, (1985). Véase G. Born, *op. cit.*, p. 2990.

⁸³¹ Caso ICC No. 3755, Laudo, 1(2) ICC Ct. Bull. 25, 25 (1990)). Véase también Caso ICC No. 3327, Laudo, 109 J.D.I. (Clunet) 971, 975 (1982); Caso ICC No. 13509, Laudo, in S. Jarvin, Y. Derains y J.-J. Arnaldez (eds.); Caso ICC No. 5118, Laudo, in S. Jarvin, Y. Derains & J.-J. Arnaldez (eds.), *Collection of ICC Arbitral Awards 1986-1990* 318 (1994).

⁸³² Véase, por ejemplo: *Parfums Stem France c. CFFD*, (Paris Cour d'Appel), 1991 Rev. Arb. 669, Fallo, (19 de abril de 1991) 673; *Unijet S.A. c. Sarl Int'l Bus. Relations Ltd.*, Fallo, (6 de mayo de 1988) 1989 Rev. Arb. 83, 86 (Paris Cour d'Appel); Caso ICC No. 3344, Laudo, 109 J.D.I. (Clunet) 978 (1982); Caso ICC No. 3327, Laudo, 109 J.D.I. (Clunet) 971 (1982); *Caso ad hoc, Laudo Final*, (10 de diciembre de 1997), 3 Unif. L. Rev. 178 (1998).

La mayor parte de la doctrina admite que, sin modificar el contrato en su conjunto, los árbitros que actúan como *amigables compondores* pueden negarse a aplicar determinados derechos creados por el contrato o, como mínimo, reducir o ampliar sus efectos. Los árbitros podrían, por ejemplo, recurrir a las normas sobre excesiva onerosidad o reducir los efectos de las cláusulas contractuales, como decidió el Tribunal de Apelación de París en 1988 en el caso *Société Unijet*⁸³³. Sin embargo, los árbitros no pueden alterar la estructura del acuerdo ni sustituir las obligaciones contractuales por nuevos términos que las partes no hayan acordado. En definitiva, los árbitros no pueden crear nuevos derechos u obligaciones, ni pueden eliminar por completo las obligaciones del acuerdo⁸³⁴, ya que esto alteraría el acuerdo alcanzado en el contrato o correría el riesgo de ir más allá de las intenciones de las partes⁸³⁵.

Cuando los tribunales autorizados a decidir *ex aequo et bono* lo hacen aplicando estrictamente la ley pertinente, se plantea un problema. En este sentido, se ha determinado que aplicar la ley pertinente no implica que el resultado no sea "equitativo"⁸³⁶. Del mismo modo, se ha decidido que un tribunal que se limita a aplicar la ley sin tener en cuenta consideraciones equitativas viola su mandato⁸³⁷.

Si un tribunal arbitral decide *ex aequo et bono* sin la autorización de las partes para hacerlo, el laudo puede correr el riesgo de ser anulado y no reconocido sobre la base de que el tribunal se excedió en sus facultades⁸³⁸. Sin embargo, los tribunales nacionales suelen ser reacios a dictaminar que los árbitros se han extralimitado en sus funciones al actuar *ex aequo et bono*⁸³⁹.

VI. ¿Existe el deber de explicar los motivos o decidir equitativamente en el arbitraje *ex aequo et bono*?

En los arbitrajes *ex aequo et bono*, las partes pueden liberar a los árbitros de su deber de presentar motivos⁸⁴⁰. Sin embargo, si las partes no eximen a los árbitros de este deber, deberán presentar los motivos.

En el caso *Fotovista*, el Tribunal de Apelación de París anuló un laudo dictado como amigable compondor porque el árbitro no presentó las razones por las que aplicó el derecho francés en su laudo⁸⁴¹.

⁸³³ *Société Unijet S.A. c. S.A.R.L. International Business Relations Ltd. (I.B.R.) (I.B.R.)*, Tribunal de Apelación de París, Fallo (6 de mayo de 1988).

⁸³⁴ *Como se decidió en Coderre v. Coderre*, [2008] QCCA 888 (Québec Ct. App.); *Louis Dreyfus S.A.S. v. Holding Tusculum B.V.*, [2008] QCCS 5903 (Québec Super. Ct.).

⁸³⁵ *Sté Parfums Stem France c. CFFD*, Sentencia, (19 de abril de 1991) 1991 Rev. Arb. 669, 673 (Cour d'Appel de París).

⁸³⁶ *Unijet S.A. c. Sarl Int'l Bus. Relations Ltd.*, Sentencia, Paris Cour d'Appel, (6 de mayo de 1988) 1989 Rev. Arb. 83; *Soubaigne c. Limmereds Skogar*, Paris Cour d'Appel, Sentencia, (15 de marzo de 1985) 1985 Rev. Arb. 285, 287.

⁸³⁷ *Halbout c. Epoux Hanin*, Cour de Cassation Civ. 2, (15 de febrero de 2001) 2001 Rev. Arb. 135; *Centrale Fotovista c. Vanoverbeke*, (15 de enero de 2004) 2004 Rev. Arb. 908, 912. Véase G. Born, *op. cit.*, p. 2992.

⁸³⁸ *DBM Blending B.V. v. WRT Beheers B.V.* (Amsterdam Rechtbank), Sentencia, (18 de abril de 2007); *SA SDMS Int'l v. Cameroon Telecommunications - Camtel*, Sentencia, (17 de enero de 2008), XXXIII Y.B. Comm. Arb. 484, 486 (2008) (Paris Cour d'Appel); *Cour de Cassation Civ. 1, Sentencia*, (12 de octubre de 2011), 2012 Rev. Arb., p. 93.

⁸³⁹ En este sentido, *Certain Underwriters at Lloyd's v. BCS Ins. Co.*, 239 F. Supp.2d 812 (N.D. Ill. 2003); Caso No. 80-13.177, French Cour de Cassation Civ 2, Fallo, (30 de septiembre de 1981) ; Swiss Fed. Trib, Fallo, (14 de noviembre de 1990), DFT 116 II 634; Fallo, (14 de marzo de 2011), 34 Sch 08/10 (Oberlandesgericht München); *Food Servs. of Am. Inc. contra Pan Pac. Specialties Ltd.*, [1997] CanLII 3604 (B.C. Sup. Ct.); *SA Fleury Michon c. Pac. Dunlop Ltd.*, 2001 Rev. Arb. 731, Paris Cour d'Appel, Fallo, (16 de noviembre de 2000).

⁸⁴⁰ Artículo 31(2) del Reglamento de Arbitraje y ADR de la ICC (versión de 2012).

⁸⁴¹ *Société Centrale Fotovista c. Vanoverbeke et al.* (2004), CA Paris, (15 de enero de 2004), en: T.H. Webster, p. 528.

En resumen, los tribunales arbitrales tienen el poder, pero no el deber, de decidir de acuerdo con los principios de equidad. Por ejemplo, en el caso *Brig Macedonian* “el árbitro no pareció basarse expresamente en la equidad, a pesar de su mandato *ex aequo et bono*”⁸⁴². Un resultado similar tuvo lugar en el caso *James Pugh*⁸⁴³. Los árbitros pueden decidir no aplicar tales principios, por ejemplo, si el laudo será ejecutado en jurisdicciones en las que el arbitraje en equidad no está previsto por la ley.

VII. La equidad en el derecho internacional

Tanto la Corte Internacional de Justicia (CIJ) como la Corte Permanente de Justicia Internacional (PCIJ) están facultadas por estatuto para decidir *ex aequo et bono*, siempre que las partes estén de acuerdo. Sin embargo, aunque las cláusulas *ex aequo et bono* se han contemplado en un número considerable de tratados, hasta la fecha, ni la PCIJ ni la CIJ han dictado ninguna decisión sobre esa base.

En el caso de los *Cayuga Indians*, el tribunal distinguió la jurisdicción *ex aequo et bono* de la posibilidad de aplicar la equidad como principio general⁸⁴⁴. En la decisión sobre el *asunto de las Tomas de Agua del Río Mosa*, la Corte Permanente de Justicia Internacional destacó su importancia⁸⁴⁵, y aplicó un principio de equidad originado en una de las primeras máximas de la equidad inglesa, según la cual “quien busca la equidad debe practicarla” - análogo al principio *venire contra factum proprium* [no se permite ir contra el propio acto] derivado del derecho romano y que resulta familiar en los sistemas continentales modernos.

Por lo tanto, también en derecho internacional público, el uso de expresiones como “normas de justicia”, “equidad” y “principios generales del derecho” no significa que pueda llegarse a un acuerdo al margen de la ley -o *ex aequo et bono*- sin autorización expresa. En el caso de las *Zonas Francas*, la Corte Permanente de Justicia Internacional escribió que los poderes *ex aequo et bono* tienen un “carácter absolutamente excepcional” y que solo podrían derivarse de “una disposición clara y explícita a tal efecto”⁸⁴⁶.

Los Estados solo excepcionalmente confieren poderes *ex aequo et bono* a las cortes y tribunales internacionales. En las raras ocasiones en que se ordena a los tribunales que actúen *ex aequo et bono*, éstos ejercen sus poderes de forma cautelosa. Por ejemplo, en *Zonas Francas*, una Corte Permanente de Justicia Internacional “muy dividida” se negó a decidir *ex aequo et bono*⁸⁴⁷. Sostuvo que tales poderes son de “carácter absolutamente excepcional” y solo pueden derivarse de “una disposición clara y explícita a tal efecto”.

Ha existido un considerable debate sobre la cuestión de si la equidad forma parte del derecho que debe aplicarse o si es una antítesis del derecho. Esta última concepción de la equidad puede entenderse en el sentido en que se utiliza el término “*ex aequo et bono*” en el párrafo 2 del artículo 38 del Estatuto de la CIJ. En estos casos, el tribunal “no sólo puede tener en cuenta consideraciones equitativas *infra legem*, es decir, al interpretar la ley, o *praeter legem*, es decir, al complementar la ley, sino que puede decidir *contra*

⁸⁴² *Caso de Brig Macedonian (Estados Unidos c. Chile)*, Decisión del Rey de Bélgica, (15 de mayo de 1863) en C. Titi, *The Function of Equity in International Law*, Oxford University Press, 2021, p. 146.

⁸⁴³ En el caso sobre la muerte de James Pugh (Gran Bretaña, Panamá), 3 RIAA 1439, año 1944, en C. Titi, *op. cit.*, p. 146.

⁸⁴⁴ *Cayuga Indians; Great Britain c. U. S.*, Nielsen, Rep. 203, 307 (1926). 29 PCIJ, Ser. A/B, No. 70 (1937).

⁸⁴⁵ *Diversion of Water from Meuse (Netherlands c. Belgium)*, 1937 Corte Permanente de Justicia Internacional (PCIJ); (ser. A/B) No. 70, Año Judicial 1937, (28 de junio).

⁸⁴⁶ *Zonas francas de Alta Saboya y del distrito de Gex (Francia c. Suiza)*, PCIJ Serie A No 24 (6 de diciembre de 1930), (Orden 1930) (n 35) [3], en C. Titi, *op. cit.*, p. 143.

⁸⁴⁷ *Zonas Francas de la Alta Saboya y del Distrito de Gex (Francia c. Suiza)*, (Orden) PCIJ Serie A No 24, (6 de diciembre de 1930).

legem, haciendo abstracción de la ley, cuando así lo exijan consideraciones de equidad y justicia”. Esto no significa que el tribunal pueda actuar caprichosa o arbitrariamente. El tribunal debe proceder de acuerdo con consideraciones objetivas de lo que es justo y equitativo, y no debe llegar a un resultado que no pueda explicarse por motivos racionales.

Como se ha visto, una cosa es el “procedimiento *ex aequo*” y otra muy distinta es el “principio de equidad”. En los procedimientos que no sean *ex aequo*, la equidad puede aplicarse no *contra legem* (artículo 38(2), del Estatuto de la CIJ), sino como un principio general del derecho de conformidad con el artículo 38(1)(c) del Estatuto de la CIJ.

En el caso *Barcelona Traction*, la CIJ no consideró que el Gobierno belga pudiera intervenir en el procedimiento “por consideraciones de equidad”⁸⁴⁸. *A contrario*, estas consideraciones podrían haber tenido este resultado. El ejemplo de la *Barcelona Traction* es una confirmación de la amplia medida de cautela o **discusión** que la Corte debe aplicar a las fuentes del derecho en cada caso. El artículo 38 del Estatuto de la CIJ es, de este modo, un conjunto de instrumentos del cual seleccionar las normas apropiadas que deben aplicarse: tratados, derecho consuetudinario o principios generales. La disposición permite que la Corte adapte sus decisiones a las circunstancias particulares del caso.

VIII. La equidad en el arbitraje de inversiones

La equidad puede ser importante en el arbitraje sobre grandes inversiones que suelen desarrollarse durante largos periodos de tiempo. Dado que es difícil predecir la evolución futura, a menudo resulta problemático acordar condiciones justas o adecuadas que rijan todo el curso de un acuerdo. Cuando los nuevos acontecimientos plantean cuestiones polémicas, las decisiones *ex aequo et bono* [según lo equitativo y lo bueno] no solamente pueden resolver controversias, sino también fomentar la cooperación entre los inversores y los Estados receptores. Si renegociar términos contractuales es imposible, *ex aequo et bono* puede ser una buena alternativa para buscar resultados justos y adecuados a las nuevas circunstancias.

Contrariamente a los criterios generalmente aceptados, en el caso de inversión *Parienti c. Panamá* de la CNUDMI, el tribunal decidió que, en ausencia de una disposición expresa, llevaría a cabo un arbitraje en equidad⁸⁴⁹. Posteriormente, sin embargo, este laudo fue anulado por la Corte Suprema de Panamá porque el tribunal actuó *ex aequo et bono* sin el acuerdo expreso de las partes⁸⁵⁰.

En los arbitrajes del CIADI, la elección del derecho aplicable puede extenderse más allá de las normas jurídicas *stricto sensu* a los principios de justicia equitativa (art. 42(3), Convenio del CIADI). La autorización también debe ser expresa en el contexto de demandas de inversión. El tribunal del caso *Zhinvali c. Georgia* sostuvo que “el artículo 42(3) del Convenio del CIADI establece que un tribunal del CIADI sólo está facultado para decidir una controversia *ex aequo et bono* si las partes así lo acuerdan [...]”⁸⁵¹.

En el caso *Amco c. Indonesia*, el Comité de Anulación declaró:

El Comité ad hoc tampoco considera que toda mención de “consideraciones de equidad” en el Laudo equivalga necesariamente a una decisión *ex aequo et bono* y a una

⁸⁴⁸ La Corte declaró literalmente que “[e]n las circunstancias particulares del presente caso...la Corte opinaba que las consideraciones de equidad no conferirían al Gobierno belga ningún tipo de *jus standi*”. *Barcelona Traction*, Fallo, Informes de la CIJ (1970), p. 48, párrafo 101.

⁸⁴⁹ *Laurent Jean-Marc Parienti c. Autoridad de Tránsito y Transporte Terrestre y Panamá*, CNUDMI, Laudo en Equidad (27 de enero de 2005).

⁸⁵⁰ Corte Suprema de Justicia (Panamá), Sentencia, (20 de septiembre de 2006). Posteriormente, el laudo arbitral recibió el procedimiento del juicio de exequátur en Francia.

⁸⁵¹ *Zhinvali c. Georgia*, Laudo (24 de enero de 2003), párrafo 418.

extralimitación manifiesta de facultades por parte del Tribunal. En efecto, las consideraciones de equidad pueden formar parte del derecho que debe aplicar el Tribunal, ya sea el derecho de Indonesia o el derecho internacional [...] Por lo tanto, el Comité ad hoc estima que la invocación de consideraciones de equidad no debe considerarse automáticamente equivalente a una decisión *ex aequo et bono*⁸⁵².

El tribunal en el caso *Tecmed c. México*⁸⁵³ y el Comité de Anulación en el caso *MTD c. Chile* razonaron en términos similares⁸⁵⁴.

Actuar *ex aequo et bono* sin autorización puede considerarse un error sujeto a anulación por extralimitación manifiesta de facultades⁸⁵⁵. Sin embargo, la autorización para decidir *ex aequo et bono* puede darse después de que haya surgido el litigio.

La flexibilidad que otorga el artículo 42(3) para decidir un caso según principios equitativos tiene un coste considerable para la previsibilidad. Tal vez esto explique por qué los casos *Benvenuti c. Costa Rica* y *Atlantic Triton* son los únicos casos del CIADI de los que se tiene noticia en los que se dictó una resolución *ex aequo et bono*.

Con respecto a los “arbitrajes territorializados”, algunas jurisdicciones no aceptan los principios equitativos. Cuando tienen su sede en estos países, los tribunales no pueden decidir *ex aequo et bono*. Esto no ocurre en los arbitrajes del CIADI, ya que están libres de la interferencia de las normas nacionales. Por lo tanto, la elección de la sede de un arbitraje CIADI es puramente una cuestión de conveniencia y no tendrá ninguna repercusión en aspectos como la selección del arbitraje *ex aequo et bono*.

En relación con las reclamaciones Irán-Estados Unidos, la redacción del artículo V de la Declaración sobre la solución de reclamaciones de 1981 para el Tribunal Irán-Estados Unidos se incorporó posteriormente al primer párrafo del artículo 33 del Reglamento del Tribunal, que añade el siguiente segundo párrafo: "(2) El tribunal arbitral decidirá *ex aequo et bono* solo si las partes arbitrales le han autorizado expresamente y por escrito a hacerlo". Se trata de una versión modificada del artículo 33 e incluida en el actual artículo 35 del Reglamento CNUDMI. El Tribunal aún no ha resuelto ningún caso con arreglo a este criterio.

⁸⁵² *Amco c. Indonesia*, Decisión sobre anulación (16 de mayo de 1986), párrafos 26, 28. *Ibid.*, p. 637.

⁸⁵³ Laudo, 29 de mayo de 2003, párrafo 190.

⁸⁵⁴ Decisión sobre anulación, 21 de marzo de 2007, párrafo 48.

⁸⁵⁵ *Amco Asia Corporation y otros c. Indonesia*, Caso CIADI No. ARB/81/1, Decisión sobre Anulación (16 de mayo de 1986), párrafo 28; *Amco Asia Corporation y otros c. Indonesia*, Caso CIADI No. ARB/81/1, Decisión sobre las Solicitudes de Anulación del Laudo de 1990 y del Laudo Complementario de 1990 (3 de diciembre de 1992), párr. 7.28; *MTD Equity Sdn Bhd y MTD Chile c. Chile*, Caso CIADI No. ARB/01/7, Decisión sobre Anulación, (21 de marzo de 2007), párr. 45 (cita *MINE c. Guinea*); *CMS Gas Transmission Co. c. Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/8, Decisión sobre Anulación, (25 de septiembre de 2007), párr. 50 (cita *MINE c. Guinea*); *Azurix Corp. c. Argentina*, Caso CIADI No. Guinea; *Azurix Corp. c. Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/12, Decisión sobre Anulación (1 de septiembre de 2009), párr. 136; *Enron Creditors Recovery Corporation y Ponderosa Assets L.P. c. Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/3, Decisión sobre Anulación (30 de julio de 2010), párr. 218 (cita *Azurix c. Argentina*); *Total c. Argentina*, Caso CIADI No. Argentina; *Total c. Argentina*, Caso CIADI núm. ARB/04/1, Decisión sobre anulación (1 de febrero de 2016), párr. 198; *Mobil Exploration and Development Argentina y Mobil Argentina c. Argentina*, Caso CIADI núm. ARB/04/16, Decisión sobre anulación (08 de mayo de 2019), párr. 67.

12.1 Se insta a las partes en contratos de inversión internacional y a sus abogados a que consideren las orientaciones sobre el derecho sustantivo aplicable contenidas en la presente Guía también para el arbitraje en equidad o ex aequo et bono.

PARTE 13: EL PAPEL CORRECTIVO Y COMPLEMENTARIO DEL DERECHO INTERNACIONAL

I. Consideraciones generales

El derecho internacional puede aplicarse de manera complementaria o correctiva. A menudo puede resultar difícil discernir cuál de las dos formas es la mejor manera de proceder en un caso concreto. La Guía de Contratos de la OEA describe fórmulas flexibles que pueden utilizarse en el contexto de las relaciones internacionales en general (véase Parte 14) y más específicamente en el arbitraje (Parte 14, VIII).

II. Aplicación supletoria del derecho internacional o nacional

Cuando existen lagunas en el derecho aplicable, los árbitros deben tratar el tema de la complementariedad. El principio *non liquet* no es una alternativa en situaciones en las que existe “silencio u oscuridad en la ley”, como se prevé, por ejemplo, en el artículo 42(2) del Convenio del CIADI⁸⁵⁶. Este aspecto también se examinó en la Parte 3, Sección III, Subsección D en relación con el artículo 38 del Estatuto de la CIJ y el principio *non liquet*.

El papel complementario del derecho internacional está expresamente reconocido en los tratados bilaterales de inversión y en tratados multilaterales como el Tratado sobre la Carta de la Energía (artículo 26), el TLCAN (artículo 1131), el T-MEC (artículo 14.D.9), el Acuerdo de Asociación Transpacífico (TPP), el Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico (TIPAT) y el CAFTA. Cuando los inversores deciden presentar sus reclamaciones en el foro de arbitraje, aceptan esta función complementaria prevista en el tratado pertinente.

El Comité de anulación ad hoc en el caso *Klöckner* (1985) declaró que los principios del derecho internacional pueden tener “un papel complementario (en caso de 'laguna' en el derecho del Estado)”⁸⁵⁷. Asimismo, el Comité de anulación ad hoc en el caso *Amco c. Indonesia* (1986) aplicó normas de derecho internacional para “subsana lagunas en el derecho interno aplicable”⁸⁵⁸. Este asunto se decidió de forma similar en el nuevo caso *Amco c. Indonesia* (1990)⁸⁵⁹, en *Auconven c. Venezuela*⁸⁶⁰, y en el caso *Micula*⁸⁶¹.

⁸⁵⁶ Véase, a este respecto, *Historia del Convenio del CIADI*, Vol. II-2, p. 802-804, nota 73,

⁸⁵⁷ *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH y otros c. República Unida de Camerún y Société Camerounaise des Engrais*, caso del CIADI núm. ARB/81/2, Decisión de anulación (3 de mayo de 1985), párrafo 60.

⁸⁵⁸ *Amco Asia Corporation y otros c. República de Indonesia*, Caso CIADI No. ARB/81/1, Decisión de anulación (16 de mayo de 1986), párrafo 20.

⁸⁵⁹ *Amco Asia Corporation y otros contra República de Indonesia*, Caso del CIADI N° ARB/81/1, Laudo (31 de marzo de 1990), párr. 40.

⁸⁶⁰ *Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. c. República Bolivariana de Venezuela*, CIADI Caso No. ARB/00/5, Laudo (23 de septiembre de 2003), párrafo 102.

⁸⁶¹ *Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A., S.C. Starmill S.R.L. y SC Multipack S.R.L. c. Rumanía*, Caso CIADI n° ARB/05/20, Decisión sobre competencia y admisibilidad (24 de septiembre de 2008), párrafo 151).

En el caso *Enron Corporation Ponderosa Assets, L.P. c. República Argentina* (2007), el tribunal declaró lo siguiente:

Aunque en ocasiones [sic] los autores y las decisiones han tendido a considerar la aplicación del derecho interno o del derecho internacional como una especie de dicotomía, esto dista mucho de ser así. En realidad, ambos tienen un papel complementario que desempeñar, y esto ha empezado a reconocerse⁸⁶².

En cambio, en *AAPL c. Sri Lanka*, el tribunal declaró que...

[...e]l Tratado Bilateral de Inversiones no es un sistema jurídico cerrado y autónomo que se limita a prever normas materiales sustantivas de aplicabilidad directa, sino que debe contemplarse dentro de un contexto jurídico más amplio en el que se integran normas de otras fuentes mediante métodos de incorporación implícita, o por referencia directa a determinadas normas complementarias, ya sean de carácter de derecho internacional o de derecho interno⁸⁶³.

Estos casos dejan claro que los tribunales utilizan diversas técnicas para aplicar el derecho internacional con carácter complementario. El asunto requiere un examen riguroso, como se intentará en las páginas siguientes. Es necesario hacer las siguientes diferenciaciones:

A. La complementariedad mediante la consideración de la convergencia del derecho internacional y el derecho nacional

Algunos tribunales arbitrales utilizan la técnica de señalar las convergencias entre el derecho nacional y el internacional al redactar su exposición de motivos. Esta técnica no difiere de las utilizadas en muchos tribunales nacionales. Una encuesta realizada por la Comisión de Derecho Internacional de la Asociación de Derecho Internacional sobre tribunales nacionales indica que, en algunas ocasiones, los tribunales nacionales aplican el derecho internacional para confirmar lo que ese derecho nacional ya recoge del mismo.

En *Adriano Gardella c. Côte d'Ivoire*⁸⁶⁴ y *Letco c. Liberia*⁸⁶⁵, los tribunales sostuvieron que las leyes de los Estados receptores eran aplicables y no encontraron divergencia con el derecho internacional en las cuestiones debatidas. En *CMS c. Argentina* (2005), el Tribunal escribió que...

[...] en efecto, existe aquí una estrecha relación entre la legislación [argentina] y las normas que rigen la privatización del gas, la Licencia y el derecho internacional, tal como está plasmado en el Tratado y en el derecho internacional consuetudinario. Todas estas normas son inseparables y, en la medida en que esté justificado, serán aplicadas por el tribunal⁸⁶⁶.

El caso *BG Group c. Argentina* (2007) también es ilustrativo a este respecto⁸⁶⁷.

⁸⁶² *Enron Corporation y Ponderosa Assets, L.P. c. República Argentina*, Caso CIADI N° ARB/01/3, Laudo (22 de mayo de 2007), párr. 207.

⁸⁶³ *Asian Agricultural Products Ltd. c. República de Sri Lanka*, Caso CIADI n° ARB/87/3, Laudo final (27 de junio de 1990), 4 CIADI Rep 250, p. 257.

⁸⁶⁴ *Adriano Gardella c. Costa de Marfil*, Laudo (29 de agosto de 1977), párrafo 4.3.

⁸⁶⁵ *Letco contra Liberia*, Laudo (31 de marzo de 1986), 2 Informes del CIADI 343.

⁸⁶⁶ *CMS Gas Transmission Company c. República Argentina*, Caso CIADI n° ARB/01/8, Laudo (12 de mayo de 2005), párrafo 117.

⁸⁶⁷ *BG Group P.L.C. c. República Argentina*, Laudo (24 de diciembre de 2007). Véase también *Occidental Exploration and Production Company c. República de Ecuador*, LCIA Caso No. UN3467, Laudo Final (1 de julio de 2004), párrafo 93.

Asimismo, los tribunales internacionales suelen considerar que no existe contradicción entre el derecho nacional y el derecho internacional. En el caso *LG&E Energy Corp. c. Argentina* (2006), el tribunal de arbitraje sostuvo que:

“El Derecho internacional prima sobre el Derecho interno cuando existe una contradicción, dado que un Estado no puede justificar el incumplimiento de sus obligaciones internacionales alegando las disposiciones de su Derecho interno”. [...] De no existir esta contradicción, establecer la relación entre el Derecho internacional y el Derecho interno es una tarea compleja”⁸⁶⁸.

A su vez, el derecho nacional puede aplicarse cuando el derecho internacional guarda silencio. En el caso *Eastern Sugar B.V. c. República Checa* (2007), que se rige por las normas de la Cámara de Comercio de Estocolmo (SCC, por sus siglas en inglés), el tribunal aplicó el derecho de la República Checa tras determinar que el derecho internacional guardaba silencio sobre la cuestión de los daños y perjuicios, y escribió que “[e]l Tribunal Arbitral considera que debe aplicar el interés legal previsto por la ley aplicable, que es el derecho checo, que en este punto no entra en conflicto con el derecho internacional”⁸⁶⁹.

En el caso del Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos *American Bell International Inc. c. el Gobierno de la República Islámica de Irán y otros*, el juez Mosk escribió que “en la práctica, en muchos casos la elección de si se utiliza el derecho internacional público, los principios generales del derecho, el derecho interno (pasado o presente) u otra ley no afectará al resultado”⁸⁷⁰. Otros ejemplos surgen de *Benjamin R. Isaiah c. Bank Mellat* (1983)⁸⁷¹ y *Morrison-Knudsen Pacific Limited c. Ministerio de Carreteras y Transporte (MORT) e Irán* (1984)⁸⁷².

La jueza Sandra Day O'Connor del Tribunal Supremo de Estados Unidos declaró en *Roper c. Simmons* (2005) que “no debería sorprendernos encontrar congruencia entre los valores nacionales e

⁸⁶⁸ *LG&E Energy c. Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/1, IIC 152, Decisión sobre responsabilidad (3 de octubre de 2006), párrafos 94-95 (aplicación del Convenio CIADI, art. 42(1), segunda frase).

⁸⁶⁹ *Eastern Sugar c. República Checa*, nota 166, Laudo parcial, párrafos 196, 373. En *Jan Oostergetel y Theodora Laurentius c. República Eslovaca*, se dictaminó que: “Siempre que el tratado bilateral de inversiones guarde silencio sobre una cuestión, el Tribunal recurrirá al derecho interno o al derecho internacional en función de la naturaleza del tema de que se trate”.

⁸⁷⁰ *American Bell International Inc. c. Gobierno de la República Islámica de Irán y otros*, Laudo Interlocutorio (11 de junio de 1984), Opinión concurrente y disidente del Juez R. M. Mosk, 6 Iran-U.S. C.T.R. 74, p. 98. Véase también *Harnischfeger Corp. c. Ministerio de Carreteras y Transportes y otros*, Laudo (26 de abril de 1985), Opinión disidente del Juez R. M. Mosk, 8 Iran-U.S. C.T.R. 119, págs. 140-141; *Gobierno del Estado de Kuwait c. American Independent Oil Company (Aminoil)*, Laudo (24 de mayo de 1982), párrafo 10; *PSEG Global, Inc, The North American Coal Corporation, and Konya Ingin Elektrik Uretim ve Ticaret Limited Sirketi c. Turkey*, Caso CIADI No. ARB/02/5, Laudo (19 de enero de 2007), párrafo 249.

⁸⁷¹ *Benjamin R. Isaiah contra Bank Mellat*, Laudo (30 de marzo de 1983), sección IV.

⁸⁷² “No se ha señalado ningún elemento de la legislación iraní al Tribunal que contradiga este principio jurídico general”. *Morrison-Knudsen Pacific Limited c. Ministerio de Carreteras y Transportes (MORT) e Irán*, Laudo (13 de julio de 1984). Otros casos: *Dic of Delaware, et al. c. Tehran Redevelopment Corp. et al.*, Laudo No. 176-255-3 (26 de abril de 1985), en la sección B(1); *R.N. Pomeroy v. Iran*, Laudo (8 de junio de 1983), en la sección V(1); y Opinión concurrente del Juez R.M. Mosk; *Oil Field of Texas, Inc. c. Iran, National Iranian Oil Company and Oil Service Company of Iran*, 1 Iran-U.S. C.T.R. 347, 361-2, Laudo interlocutorio (9 de diciembre de 1982); *Bendone-DeRossi Int'l c. Iran*, Laudo No. 352-375-1 (11 de marzo de 1988), Opinión concurrente de H.M. Holtzmann, (en la sección II) y opinión concurrente del Juez A. Noori.

internacionales [...] expresados en el derecho internacional o en las leyes nacionales de los distintos países [...]”⁸⁷³.

B. La complementariedad mediante la incorporación del derecho internacional al derecho nacional

Los posibles conflictos entre el derecho internacional y el derecho interno desaparecen cuando los tribunales señalan la incorporación del derecho internacional en el derecho interno. En el caso *BG Group c. República Argentina*, el tribunal escribió:

[...]El desafío de discernir el papel que el derecho internacional debe desempeñar en la solución de esta controversia, frente al derecho interno, desaparece si se tiene en cuenta que el tratado bilateral de inversiones y los principios subyacentes del derecho internacional, como "ley suprema del país", se incorporan al derecho interno argentino, sustituyendo a las leyes nacionales en conflicto⁸⁷⁴.

C. La complementariedad mediante el reenvío (*renvoi*) al derecho internacional

En el caso *Wena c. Egipto*, el tratado en cuestión contenía una cláusula de “sin perjuicio” a favor de las disposiciones pertinentes del tratado. Según el Comité de anulación ad hoc de *Wena*, esto equivalía a una especie de *renvoi* al derecho internacional por la propia ley del Estado receptor⁸⁷⁵.

Como se ha descrito la Parte 9, Sección V, el artículo 42(1) del Convenio del CIADI alude a toda “la legislación” del Estado receptor, pero su segunda oración deja claro que la disposición no llevaría inevitablemente a aplicar esa legislación al fondo de la demanda. Por lo tanto, si una ley distinta de la del Estado receptor está más relacionada con el litigio, las normas de conflicto de leyes del Estado receptor probablemente dictarían su aplicación. En el supuesto de que se reconozca el *dépeçage*, podrían aplicarse diferentes leyes a diferentes partes de la demanda. La disposición del artículo 42(1) otorga a los árbitros una gran discrecionalidad para decidir la ley aplicable.

D. La complementariedad mediante la consideración de una laguna jurídica en el derecho interno

En *SPP c. Egipto*, el tribunal argumentó que esas lagunas (o vacíos) dentro del derecho interno elegido implicaban que las partes no habían elegido un derecho aplicable de acuerdo al sentido del artículo 42(1) del Convenio del CIADI. Como tal, el derecho apropiado que debía aplicarse era el derecho internacional de conformidad con el artículo 42(1)(2) del Convenio⁸⁷⁶. En este caso, el tribunal no resolvió la laguna, sino que supeditó el derecho nacional al escrutinio del derecho internacional⁸⁷⁷.

⁸⁷³ *Roper v. Simmons*, 125 S.Ct. 1183, 1216 (2005), opinión disidente de J. O'Connor.

⁸⁷⁴ *BG Group P.L.C. c. República Argentina*, Laudo Final, párr. 97. Véase también *Siemens A.G. c. República Argentina*, Caso CIADI N° ARB/02/8, Laudo (2007), párrafos 78-79.

⁸⁷⁵ *Wena Hotels c. Egipto*, Decisión sobre anulación (5 de febrero de 2002), párrafo 42. Véanse también los casos argentinos: *CMS Gas Transmission Company c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/8, Laudo (12 de mayo de 2005), párrafos 119-120; *Azurix c. Argentina*, Laudo (14 de julio de 2006), párrafo 65; *LG&E Energy c. Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/16, Decisión sobre Responsabilidad (3 de octubre de 2006), párrafos 90-91; *Siemens c. Argentina*, Laudo (6 de febrero de 2007), párr. 79; *Enron c. Argentina*, Laudo (22 de mayo de 2007), párr. 208; *Sempra c. Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/16, Laudo (28 de septiembre de 2007), párrafos 237-238.

C.
⁸⁷⁶ *SPP c. Egipto*, Laudo (20 de mayo de 1992), párrafo 80.

⁸⁷⁷ La opinión disidente, sin embargo, expresó que los sistemas nacionales tienen sus propios mecanismos para subsanar las lagunas percibidas. *SPP c. Egipto*, opinión disidente (20 de mayo de 1992), 3 Informes CIADI 249, 321.

El caso *Liberian Eastern Timber Corporation c. Gobierno de la República de Liberia* (1986) también es ilustrativo a este respecto. En ese caso, el tribunal del CIADI señaló:

La fuente primaria del derecho liberiano y el documento básico del que emanan todas las demás fuentes del derecho es la Constitución de Liberia. Otras fuentes incluyen tratados, estatutos y lo que puede denominarse "derecho residual". [...] A falta de disposiciones constitucionales o estatutarias pertinentes, se aplicará el derecho residual⁸⁷⁸.

De acuerdo con esta decisión, antes de determinar la existencia de una laguna en la legislación nacional, el tribunal debe, en principio, acudir a la legislación y jurisprudencia de la jurisdicción nacional en cuestión, además de considerar su propio mecanismo arbitral para subsanar la laguna. Es importante señalar que la ausencia de un recurso no representa necesariamente una laguna en la legislación nacional que deba aplicarse, sino que puede reflejar una decisión consciente de los legisladores nacionales de evitar regular una determinada materia o de regularla de forma diferente. Por ello, en este tipo de casos, la aplicación del derecho internacional público no siempre será adecuada.

E. Elección del derecho aplicable y función supletoria del derecho internacional

En su ejercicio de autonomía, las partes pueden decidir que se otorgue un papel supletorio al derecho internacional. En el caso *AGIP S.p.A. c. República Popular del Congo* (1979), el tribunal del CIADI reconoció la elección de las partes en este sentido, y que permitía al tribunal aplicar la filosofía de que "los principios del derecho internacional pueden servir ya sea para subsanar una laguna en el derecho congoleño, o ya sea para introducir en él las adiciones necesarias"⁸⁷⁹. En ese caso, el tribunal utilizó los términos "complemento", "adición" y "competencia" para describir la relación entre el derecho internacional y el derecho del Estado receptor. Esta terminología es particularmente vaga e imprecisa. Sin embargo, las circunstancias de ese caso permitieron que el tribunal concluyera que la demanda habría sido procedente incluso si la acción del Estado receptor se hubiera considerado legal en virtud del derecho interno del Congo.

III. Aplicación correctiva del derecho nacional o internacional

Las legislaciones nacionales incluyen herramientas formidables para corregir la aplicación de sus normas. Por ello, los tribunales de inversiones deben dar pleno efecto a su propio mandato de aplicar la legislación nacional, cuando ésta sea seleccionada. Este mandato debe cumplirse en la medida en que el tribunal, al igual que las cortes de primera y última instancia, deben anular las "leyes ilegítimas" sin referencia al derecho internacional mediante una interpretación amplia del concepto de derecho nacional.

Pese a la existencia de un tratado, si el caso pudiera decidirse de acuerdo con la legislación local, el Estado receptor podría simplemente aprobar una ley que impidiera la aplicación de una parte concreta del tratado. Esta situación es inaceptable para los inversores extranjeros.

Según la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (CVDT), un tratado está "regido por el derecho internacional" y deben interpretarse con arreglo a "toda norma pertinente de derecho internacional aplicable..."⁸⁸⁰. A este respecto, el Comité de Anulación en el caso *Vivendi c. Argentina* sostuvo que:

⁸⁷⁸ *Liberian Eastern Timber Corporation (LETCO) c. Gobierno de la República de Liberia*, Caso CIADI No. ARB/83/2, Laudo (31 de marzo de 1986), rectificado el 10 de junio de 1986, 26 I.L.M. 647, 665 (1987).

⁸⁷⁹ *AGIP S.p.A. c. People's Republic of the Congo*, Caso CIADI No. ARB/77/1, Laudo (30 de noviembre de 1979), párrafo 82.

⁸⁸⁰ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, abierta a la firma el 23 de mayo de 1969, arts. 2(1)(a) y 31(3)(c), 1155 United Nations Treaty Series 331, reimpresión en 8 ILM 679 (1969).

“...respecto de una reclamación basada sobre las disposiciones sustantivas de dicho TBI[...], el examen que el tribunal del CIADI está obligado a efectuar es uno regido por el Convenio del CIADI, por el TBI y por el derecho internacional. Dicho examen no se determina en principio, ni se precluye, por una cuestión de derecho interno, incluyendo cualquier acuerdo de las partes bajo el derecho interno [...]”⁸⁸¹.

Los tratados son creaciones del derecho internacional y operan dentro del sistema jurídico internacional. Como se decidió en *Georges Pinson (Francia c. México)*⁸⁸², “[t]oda convención internacional debe considerarse que se refiere tácitamente a los principios generales del derecho internacional para todas las cuestiones que ella misma no resuelve en términos expresos y de manera diferente”.

Las normas sustantivas de los tratados de inversión son *lex specialis* y, como tales, constituyen una fuente primaria a partir de la cual determinar el derecho aplicable. Dado que estos tratados son instrumentos de derecho internacional, la CVDT se aplica en su interpretación, que debe hacerse a la luz de “toda norma pertinente de derecho internacional aplicable”⁸⁸³.

Además, la norma para evaluar la legalidad del comportamiento del Estado receptor puede encontrarse en el derecho internacional. A este respecto, el artículo 3 del Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad del Estado de la Comisión de Derecho Internacional establece que la “[t]odo hecho internacionalmente ilícito de una organización internacional genera su responsabilidad internacional”⁸⁸⁴.

Sin embargo, a veces los tribunales alteran indebidamente la balanza a favor de la aplicación del derecho internacional. La decisión del caso *Auconven c. Venezuela* puede haber aplicado erróneamente el derecho internacional como fuente “correctora” de normas⁸⁸⁵. En ese caso, el tribunal consideró que las normas de fuerza mayor venezolanas eran aplicables al fondo de la controversia, pero sostuvo que su aplicación podía corregirse si se violaba el derecho internacional. El derecho venezolano debería haberse aplicado a menos que se demostrara que la doctrina de la fuerza mayor según el derecho administrativo venezolano violaba una obligación del derecho internacional general relativa al trato de los nacionales extranjeros.

Si el derecho nacional viola las normas del derecho internacional, los tribunales no deben avalar las acciones discriminatorias o arbitrarias de los Estados receptores ni los incumplimientos de mala fe de los compromisos del Estado que supongan una denegación de justicia (aunque se ajusten a la ley del Estado receptor). En definitiva, los tribunales no pueden aplicar la ley del Estado receptor si con ello se infringen normas de derecho internacional, como las normas mínimas para la protección de los extranjeros y sus bienes.

IV. Aplicación directa del derecho internacional público

⁸⁸¹ *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/97/3 Decisión sobre anulación (3 de julio de 2002), párr. 102. Véase también *Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) c. República de Sri Lanka*, Caso CIADI No. ARB/87/3, Laudo Final (27 de junio de 1990), párrafos 20-21.

⁸⁸² *Georges Pinson (Francia) c. México*, 5 RIAA 327, Decisión n° 1 (19 de octubre de 1928).

⁸⁸³ Artículo 31(3)(c).

⁸⁸⁴ El artículo 3 de los Artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Responsabilidad del Estado también establece que, “... Tal calificación no se ve afectada por la calificación del mismo hecho como lícito por el derecho interno”. Esta disposición fue invocada en: *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/97/3, Decisión sobre Anulación (3 de julio de 2022), párrafos 95-96. Véase también: *Azurix Corporation c. República Argentina*, Caso CIADI N° ARB/01/12, Laudo (14 de julio de 2006), párr. 67.

⁸⁸⁵ *Autopista Concesionada de Venezuela c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/00/5, Laudo (23 de septiembre de 2003), 10 CIADI Rep 309, p. 131-132.

En las situaciones en las que la norma internacional pertinente concede a los inversores un mayor grado de protección, el derecho internacional se aplica directamente. Cuando éste es el caso, no es del todo apropiado referirse a la aplicación del derecho internacional como “sobreviniente”. Más bien, el derecho internacional se aplica directamente.

El derecho internacional también puede aplicarse por sí mismo si la norma adecuada se encuentra en este ámbito. Según este punto de vista, cuando la demanda en cuestión es de naturaleza internacional, el derecho nacional no se aplicará con carácter prevalente. El derecho nacional se aplica cuando la "base esencial" tiene carácter nacional, como suele ocurrir con las demandas contractuales. En estas situaciones, el derecho internacional sólo se aplicará de forma sobreviniente cuando entre en conflicto con el derecho nacional.

V. Aplicación combinada del derecho nacional e internacional

Como ya se ha señalado, los tratados bilaterales de inversión pueden contener o no disposiciones sobre el derecho aplicable. Cuando sí las contienen, estas disposiciones suelen mencionar tanto el derecho internacional como el derecho interno, sin indicar cuál de ellos prevalece ni cómo cada uno debe aplicarse⁸⁸⁶. Independientemente de que el tratado de inversión especifique o no la ley aplicable, está claro que el derecho internacional público tiene un "papel de control". Como se decidió en el caso *CME c. República Checa* (2001/03), "[e]n la medida en que exista un conflicto entre el derecho nacional y el derecho internacional, el tribunal arbitral aplicará el derecho internacional"⁸⁸⁷.

Asimismo, cuando las partes acordaron la aplicación combinada del derecho nacional e internacional en un contrato de inversión, el derecho internacional puede aplicarse de forma supletoria. Por ejemplo, en los tres casos del petróleo libio, las cláusulas de elección del derecho eran idénticas y especificaban que “[e]sta concesión se registrará e interpretará de conformidad con los principios de derecho de Libia comunes a los principios de derecho internacional [...]”⁸⁸⁸.

VI. ¿Se puede renunciar a las normas mínimas de derecho internacional público?

Dado que instrumentos como el Convenio del CIADI (y el artículo 42(1) en particular) dan preeminencia al principio de autonomía de las partes, éstas pueden, en principio, optar por la aplicación exclusiva de las leyes nacionales.

Sin embargo, los tribunales internacionales no pueden desatender los aspectos de derecho internacional y deben considerar su eventual prevalencia. Como han sostenido varios autores, el procedimiento tradicional de protección diplomática no puede ser sustituido o descartado utilizando el Convenio del CIADI en favor de un mecanismo que desconozca las normas mínimas garantizadas internacionalmente. Además, sería difícil explicar cómo los laudos que no tienen en cuenta el derecho internacional entrarían dentro de la obligación general de reconocer y ejecutar los laudos en virtud del artículo 54(1) del Convenio.

⁸⁸⁶ Por ejemplo, el artículo 8 del TBI Reino Unido-Argentina establece que: “El tribunal arbitral decidirá la controversia de acuerdo con las disposiciones de este Convenio, el derecho de la Parte Contratante que sea parte de la controversia – incluidas las normas relativas a conflicto de leyes -, los términos de acuerdos especiales concluidos con relación a la inversión y los principios de derecho internacional que resulten aplicables”. El Acuerdo entre el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y el Gobierno de la República Argentina para la Promoción y la Protección de Inversiones, firmado el 11 de diciembre de 1990, entró en vigor el 19 de febrero de 1993.

⁸⁸⁷ *CME c. República Checa*, Laudo final CNUDMI (14 de marzo de 2003), párrafo 91.

⁸⁸⁸ *BP Exploration Company (Libya) Limited c. Gobierno de la República Árabe Libia*, Laudo (10 de octubre de 1973), párr. 1; *Libyan American Oil Company c. Gobierno de la República Árabe Libia*, Laudo (12 de abril de 1977), párrs. 122-123; *Texaco Overseas Petroleum Company c. Gobierno de la República Árabe Libia*, párr. 23.

La cláusula Calvo que ha sido diseñada para renunciar a normas sustantivas de derecho internacional no ha tenido éxito cuando se invoca ante tribunales internacionales, fue examinada en la Parte 2, Sección IX. Esto debe sembrar serias dudas sobre la capacidad de una cláusula de elección del derecho aplicable de excluir las normas mínimas internacionales por la mera omisión de una referencia al derecho internacional. Además, es muy poco probable que las partes deseen hacer una elección de derecho con exclusión total del derecho internacional, incluidas las normas mínimas internacionales.

Además de los tratados de inversión, las normas arbitrales también pueden brindar orientación sobre la aplicación supletoria del derecho internacional a un contrato. Por ejemplo, de conformidad con el artículo 42 del Convenio del CIADI, cuando las partes no hayan acordado una ley aplicable, “el Tribunal aplicará la ley del Estado contratante que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado y las normas de derecho internacional que puedan ser aplicables”.

El derecho internacional debe aplicarse de forma prevalente, especialmente en el caso de los tribunales internacionalizados, ya que actúan en el ámbito jurídico internacional.

No siempre es así cuando se trata de tribunales territorializados. El artículo 35(1) del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI de 2010 establece que, si las partes no indican las normas de derecho, el Tribunal “aplicará la ley que estime apropiada”. Como se ha expuesto en la Parte 11, la referencia a "derecho" en el artículo 35(1) se ha interpretado en el sentido de que excluye las "normas de derecho", las cuales, en este contexto, generalmente se entiende que incluyen también el derecho internacional.

VII. Controversia sobre la disposición del Convenio del CIADI relativa a la ausencia de elección

A. Consideraciones generales

Cuando las partes no han elegido un derecho aplicable, la relación entre el derecho nacional y el derecho internacional se vuelve "compleja", como se refleja en la segunda frase del artículo 42(1) del Convenio del CIADI.

En la actualidad existen varias interpretaciones de esta disposición. Muchos autores consideran que el derecho internacional tiene una función supletoria y correctora, mientras que otros sostienen que debe aplicarse por sí mismo. Incluso en lo que respecta a las facultades supletorias y correctoras, los analistas han llegado a conclusiones marcadamente divergentes dependiendo de si hacen hincapié en la importancia del derecho interno o del derecho internacional.

El tema recibió mucha atención a raíz de dos decisiones a mediados de la década de 1980: los casos *Klöckner y Amco c. Indonesia*. En aquel momento, se aceptó de forma generalizada que el artículo 42(1) debía desempeñar una función correctora. Sin embargo, entre los casos registrados en los primeros veinte años del Convenio, pocos aplicaron realmente el derecho internacional de forma sobrevenida. Varios tribunales se limitaron a declarar que la legislación nacional no entraba en conflicto con el derecho internacional, como ocurrió, por ejemplo, en el laudo del caso *Letco c. Liberia*. Esta decisión se refería al Artículo 42(1) que establecía que...

[...] que, a falta de elección expresa de la ley por las partes, el Tribunal debe aplicar un sistema de derecho concurrente. La ley del Estado Contratante se reconoce como primordial dentro de su propio territorio, pero, no obstante, está sujeta al control del derecho internacional⁸⁸⁹.

El artículo 42(1) del Convenio del CIADI utiliza las palabras “las normas de derecho internacional que sean aplicables”. De esta redacción debe interpretarse que no deben aplicarse *todas* las normas de

⁸⁸⁹ *Liberian Eastern Timber Corporation c. República de Liberia*, Caso CIADI N.º ARB/83/2, Laudo (31 de marzo de 1986), párrafo 358).

derecho internacional, sino sólo las normas de derecho internacional *pertinentes*⁸⁹⁰. Las interpretaciones varían sobre en qué casos se aplicará esto.

B. La interpretación en los primeros casos

En los primeros casos del CIADI, sobre todo a partir de la década de 1980, con algunos otros posteriores⁸⁹¹, el derecho internacional ejercía un papel complementario o correctivo sólo cuando existía un vacío en el derecho nacional, o cuando el derecho internacional era incompatible con el derecho nacional aplicable.

En una temprana decisión histórica de 1985, el Comité ad hoc de Anulación del CIADI en el caso *Klöckner* sostuvo lo siguiente:

El artículo 42 del Convenio de Washington dispone ciertamente que “a falta de acuerdo [entre las partes], el Tribunal aplicará la ley del Estado que sea parte en la diferencia [...] y aquellas normas de derecho internacional que puedan ser aplicables”. Esto confiere a estos principios [...] un doble papel, es decir, complementario (en caso de 'laguna' en el derecho del Estado), o correctivo, en caso de que el derecho del Estado no se ajuste en todos los puntos a los principios del derecho internacional [...]⁸⁹².

A su vez, en *Amco c. Indonesia*, en 1986, el Comité ad hoc de anulación escribió:

[...S]i existen leyes aplicables del Estado receptor, deben cotejarse con las leyes internacionales, las cuales prevalecerán en caso de conflicto. Así pues, el derecho internacional es plenamente aplicable y clasificar su papel como "únicamente complementario y correctivo" parece una distinción sin diferencia⁸⁹³.

El derecho internacional establece normas mediante las cuales juzgar las medidas adoptadas por los Estados receptores en relación con los contratos con inversores extranjeros. Estas normas conducen a un análisis en dos etapas: primero del derecho nacional y después del derecho internacional. Éstas no tienen ámbitos de aplicación distintos; si el derecho nacional no se ha agotado antes de la aplicación del derecho internacional, éste debe aplicarse.

Esta interpretación se ha mantenido en los *trabajos preparatorios* del Convenio del CIADI, aunque no se desprende claramente del texto escrito. Cuando el contrato no contiene una cláusula de elección del

⁸⁹⁰ Como observó el Tribunal *LG&E*, esta lectura del artículo 42(1) se ve corroborada por la versión francesa de la disposición: con referencia a las normas del derecho internacional y, en particular, a la expresión "según sea aplicable", que figura en el artículo 42(1) del Convenio del CIADI, el Tribunal opina que no debe entenderse como si condicionara de algún modo la aplicación del derecho internacional. Por el contrario, debe entenderse como una referencia, dentro del derecho internacional, a las normas competentes para regir la controversia en cuestión. Esta interpretación podría encontrar apoyo en la versión francesa del Convenio del CIADI que se refiere a las normas de derecho internacional "*en la matière*" [en la materia] *LG&E Energy c. Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/1, Decisión sobre Responsabilidad (3 de octubre de 2006), párrafo 88.

⁸⁹¹ *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH y otros c. República Unida de Camerún y Société Camerounaise des Engrais*, Caso CIADI No. ARB/81/2 (3 de mayo de 1985); *Amco Asia Corporation y otros c. República de Indonesia*, Caso CIADI No. ARB/81/1 (16 de mayo de 1986); *Liberian Eastern Timber Corporation (LETCO) c. Gobierno de la República de Liberia*, Caso CIADI No. ARB/83/2, Laudo (31 de marzo de 1986), rectificado (14 de mayo de 1986); *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited c. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI No. ARB/84/3, Laudo (20 de mayo de 1992); *Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. c. República de Costa Rica*, Caso CIADI No. ARB/96/1, Laudo (17 de febrero de 2000).

⁸⁹² *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH y otros v. República Unida de Camerún y Société Camerounaise des Engrais*, Caso CIADI No. ARB/81/2, Decisión sobre Anulación (03 de mayo de 1985), párrafo 69.

⁸⁹³ ILR 580, p. 594, párrafo 40. Véase también *Amco Asia Corporation y otros c. República de Indonesia*, Caso del CIADI N° ARB/81/1, Decisión sobre anulación (16 de mayo de 1986), *12 Yearbook Commercial Arbitration*, 129-148 (1987), párr. 186.

derecho, este enfoque autoriza a los tribunales a aplicar directamente el derecho internacional público. Como tal, no es necesario que el tribunal establezca primero (a) los derechos del inversor en virtud del derecho interno o (b) la laguna que existe en el derecho interno, o que (c) el derecho interno viola el derecho internacional. No obstante, el inversor puede basar sus reclamaciones en el derecho interno si éste contiene condiciones más favorables.

Fuera del mecanismo del CIADI, en el caso *CME c. República Checa* (2003), el tribunal de la CNUDMI escribió que existe “una estricta interrelación entre el derecho nacional y el internacional que exige que un tribunal arbitral siga una determinada clasificación al aplicar el derecho aplicable a un tratado de inversión”⁸⁹⁴. Esta clasificación no es convincente. Como se afirmó en *Methanex c. Estados Unidos* (2005), “...un tribunal tiene el deber independiente de aplicar principios imperativos de derecho o *jus cogens* y de no dar efecto a la elección de derecho de las partes que sea incompatible con tales principios”⁸⁹⁵. Por lo tanto, sólo en estas situaciones de *ius cogens* debe prevalecer el derecho internacional sobre la elección del derecho aplicable por las partes.

C. Pragmatismo en casos posteriores

Después de los casos *Klöckner y Amco contra Indonesia*, los tribunales del CIADI comenzaron a apartarse del enfoque de aplicar primero la ley del Estado receptor y luego el derecho internacional de forma complementaria o correctiva.

En el caso *Wena c. Egipto*, el Comité de Anulación ad hoc sostuvo que la segunda frase del artículo 42(1) del Convenio del CIADI “permitía que ambos ordenamientos jurídicos desempeñaran un papel”, que “la ley del Estado receptor [...se] aplicara conjuntamente con el derecho internacional si ello estuviera justificado” o que “el derecho internacional [...se] aplicara por sí mismo si la norma apropiada se encontrara en este otro ámbito”⁸⁹⁶.

Esta decisión reconocía que el TBI había sido seleccionado por las partes como “la principal fuente de derecho aplicable a este arbitraje”, sin embargo, “era un documento conciso que no contenía todas las normas aplicables”⁸⁹⁷.

En 2005, el tribunal en *CMS c. Argentina* abogó a favor de este “enfoque más pragmático y menos doctrinario [...] que permita la aplicación tanto del derecho interno como del derecho internacional si los hechos específicos de la controversia así lo justifican”⁸⁹⁸.

Varios académicos han argumentado también a favor de esta lógica. El artículo 42(1) concede a los árbitros la libertad de aplicar el derecho que consideren más apropiado, ya sea nacional o internacional. Los tribunales del CIADI gozan de una gran latitud para determinar la aplicabilidad del derecho internacional. Esta fue la postura adoptada por el Tribunal en el caso *Wena c. Egipto*.

Otros advierten del peligro de conceder a los tribunales arbitrales poderes discrecionales excesivos. Señalan la decisión del caso *Venezuela Holdings c. Venezuela*, en la que el Comité de Anulación se refirió

⁸⁹⁴ *CME Czech Republic B.V. c. The Czech Republic*, CNUDMI, Laudo final (14 de marzo de 2003), párrafo 410.

⁸⁹⁵ *Methanex Corp. c. Estados Unidos de América*, CNUDMI, Laudo Final (3 de agosto de 2005).

⁸⁹⁶ *Wena Hotels Ltd. c. Arab Republic of Egypt*, Caso CIADI No. ARB/98/4, Decisión sobre anulación (05 de febrero de 2002).

⁸⁹⁷ *Ibid.*, párrafo 79.

⁸⁹⁸ *CMS Gas Transmission Company c. República Argentina*, Caso CIADI N° ARB/01/8, Laudo (12 de mayo de 2005). Este enfoque fue seguido por *Sempra c. Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/16, Laudo (28 de septiembre de 2007), párrafos 236 y 240.

a una cláusula de elección de ley redactada en términos generales⁸⁹⁹. El Comité consideró que existen limitaciones a la discrecionalidad de los tribunales para determinar el derecho aplicable y sostuvo que es “le parece evidente que, en un caso apropiado, la resolución de una cuestión impugnada en virtud del derecho internacional puede suponer en sí misma la aplicación del derecho nacional, simplemente porque eso es lo que requiere la norma internacional”⁹⁰⁰.

El tribunal en *Venezuela Holdings c. Venezuela* no reconoció las limitaciones de los poderes discrecionales de los árbitros y que sus poderes correctivos deben ejercerse de acuerdo con las reglas de elección de ley.

No obstante, a pesar de las críticas, el enfoque discrecional sigue siendo dominante.

VIII ¿Derecho uniforme con fines complementarios y correctivos?

El derecho internacional público suele limitarse a establecer normas y reglas generales que a menudo son objeto de interpretaciones contradictorias por parte de los tribunales. El derecho comparado, y en particular el derecho uniforme, puede ayudar a determinar el alcance de las normas que deben aplicarse cuando se abordan cuestiones como la interpretación de los contratos de inversión. Por ejemplo, los Principios de UNIDROIT abordan exhaustivamente los aspectos relacionados con las expectativas legítimas de las partes al entablar relaciones contractuales. Como tales, estos principios pueden resultar útiles con fines complementarios para interpretar las normas generales previstas en los tratados de inversión, como el trato justo y equitativo o las expectativas legítimas en relación con los contratos de inversión.

Además, el derecho uniforme puede desempeñar una función interpretativa cuando la autoridad decisoria está autorizada a aplicar la ley con flexibilidad. Si una solución prevista por el derecho local es considerada anacrónica o inadecuada para un contrato internacional, la aplicación de un texto neutro y equilibrado como los Principios UNIDROIT puede guiar al árbitro en el ejercicio de la flexibilidad en su tarea interpretativa, tal como autorizan varias normas de derecho internacional privado y de arbitraje.

Los usos comerciales parecen ajenos a los principios generales del derecho mercantil y al análisis de su papel en las demandas internacionales de inversión. Sin embargo, ciertos comentarios abogan a favor de una noción amplia de los usos comerciales, considerándolos como reglas de conducta que complementan la relación jurídica y aplicables independientemente de la intención expresa de las partes. Según esta posición, la distinción entre las cláusulas implícitas del contrato y los principios normativos se hace difusa y, por tanto, los usos comerciales son aplicables, al igual que los principios generales del derecho mercantil.

Cabe destacar que el artículo 21(2) del Reglamento de la ICC establece que “[e]l tribunal arbitral deberá tener en cuenta las estipulaciones del contrato celebrado entre las partes, si lo hubiere, y cualesquiera usos comerciales pertinentes”. Las palabras “si lo hubiere” y “cualquiera” se añadieron en la revisión de 2012 de este Reglamento para tener en cuenta las situaciones en las que no existe un contrato en el que se base la controversia, como suele ocurrir en las controversias entre inversores y Estados que implican únicamente reclamaciones en virtud de tratados.

⁸⁹⁹ *Venezuela Holdings, B.V., et al. (caso anteriormente conocido como Mobil Corporation, Venezuela Holdings, B.V. et al.) c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/07/27, Decisión sobre Anulación (9 de marzo de 2017), párrafos 153-189.

⁹⁰⁰ *Ibid.*, párrafo 181.

El derecho uniforme tiene, sin duda, un enorme potencial -a menudo poco explorado- para fines complementarios y correctivos en relación con cuestiones de demandas internacionales de inversión que no solo derivan de contratos, sino también de los tratados.

13.1 Se insta a los negociadores de tratados internacionales de inversión, y a las partes en contratos internacionales de inversión y a sus abogados a que incluyan en las cláusulas pertinentes de elección del derecho aplicable una clara aceptación de la función supletoria y correctora del derecho internacional y se les insta a que consideren el uso del derecho uniforme, cuando proceda.

13.2 Se recuerda a los árbitros que implementen la elección del derecho aplicable o que se enfrenten a la ausencia de una elección efectiva del derecho aplicable en un tratado o contrato de inversión, a la luz de la compleja relación entre el derecho internacional y el derecho nacional, que existen varias técnicas para aplicar el derecho internacional con fines supletorios o correctivos y se les insta a que consideren el uso del derecho uniforme, cuando proceda.

PARTE 14: EL ORDEN PÚBLICO EN EL ARBITRAJE DE INVERSIONES

I. Consideraciones generales

Como se describe en la Guía de Contratos de la OEA, Parte 17, el orden público tiene dos facetas en el contexto internacional. La primera impide el uso del derecho aplicable según la norma de conflicto de leyes si el resultado fuera “manifiestamente incompatible” con el orden público del foro. Desde este primer punto de vista, el orden público opera como “barrera” o “escudo” que impide la aplicación de una ley que, de otra manera, sería aplicable según la norma de conflicto.

La otra faceta comprende las “normas internacionalmente imperativas” del foro que deben aplicarse con independencia del derecho indicado por la norma de conflicto de leyes. En esta segunda faceta, el orden público se manifiesta a través de "normas imperativas" que se aplican directamente al caso internacional, sin ninguna consideración de las normas de conflicto de leyes que puedan indicar una solución distinta. Muchas leyes del Estado contienen este tipo de disposiciones que funcionan como una “espada” y se aplican directamente a las cuestiones transfronterizas, sin tener en cuenta la voluntad de las partes o cualquier otra norma de conflicto de leyes.

II. El orden público y el derecho internacional público

En general, se reconoce que el derecho internacional público existe en un plano horizontal⁹⁰¹. Sin embargo, algunas de sus normas tienen un rango superior a otras. Dichas normas imperativas de derecho

⁹⁰¹ Asamblea General de la ONU, *Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional*, Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional, UN Doc. A/CN.4/L.682, finalizado por M. Koskenniemi, 2006, <https://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_l682.pdf> (consultado el 17 de mayo de 2022), p. 166, párr. 324.

internacional o normas *jus cogens* son, según el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, aceptadas y reconocidas “por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario”⁹⁰². Estas normas también pueden considerarse de orden público de conformidad con el derecho internacional público; en consecuencia, se aplican no solamente dentro de la disciplina, sino también en las relaciones jurídicas internacionales privadas.

Del artículo 53 se desprenden tres elementos básicos del *jus cogens*. En primer lugar, son normas de derecho internacional general. En segundo lugar, las normas de *jus cogens* son aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional de Estados en su conjunto y, en tercer lugar, no se permite la derogación de estas normas.

Un informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre el *jus cogens* añade otros elementos no mencionados explícitamente en el artículo 53, pero generalmente aceptados en la práctica y en los escritos académicos. En primer lugar, las normas de *jus cogens* son de aplicación universal. En segundo lugar, las normas de *jus cogens* son superiores a otras normas de derecho internacional. Por último, las normas de *jus cogens* sirven para proteger valores fundamentales de la comunidad internacional⁹⁰³.

Las normas de *jus cogens* invalidan las normas que entren en conflicto con ellas, tanto si emanan del derecho convencional como del consuetudinario⁹⁰⁴. Por ejemplo, el artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas establece que:

“En caso de conflicto entre las obligaciones contraídas por los Miembros de las Naciones Unidas en virtud de la presente Carta y sus obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional, prevalecerán las obligaciones impuestas por la presente Carta”.

Esta disposición se interpreta en el sentido de que el mandato de las Naciones Unidas de mantener la paz y la seguridad y proteger los derechos humanos forma parte del orden público internacional y, en consecuencia, todos los demás regímenes de tratados deben cumplirlo⁹⁰⁵. En consecuencia, los Estados Miembros de las Naciones Unidas deben cumplir, por ejemplo, con las resoluciones del Consejo de Seguridad de la ONU independientemente de sus obligaciones derivadas de tratados. El caso de

⁹⁰² Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 23 de mayo de 1969. También Informe de las deliberaciones de la Comisión Plenaria, 21 de mayo de 1968, U.N. Doc. A/Conf. 39/11 en 471-2; Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales, 21 de marzo de 1986, art. 53. 53.

⁹⁰³ Comisión de Derecho Internacional (CDI), Informe sobre los trabajos de la 68.ª sesión, Capítulo IX - *Jus Cogens*, 2016, p. 299. Disponible en: <<https://legal.un.org/ilc/reports/2016/spanish/chp9.pdf>> (consultado el 9 de junio de 2022). Esto ha sido reafirmado recientemente por la Asamblea General de las Naciones Unidas, Comisión de Derecho Internacional, Normas imperativas de derecho internacional general (*jus cogens*), Conclusión 2 [3], p. 1; Disponible en: <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/G22/339/03/PDF/G2233903.pdf?OpenElement>> (consultado el 9 de junio de 2022).

⁹⁰⁴ CDI, *Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional*, disponible en <https://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_1682.pdf> (consultado el 17 de mayo de 2022)> (nota 93), p. 166, párrafo 324, y p. 185, párrafo 367. También el Restatement of the Law, Third, Foreign Relations Law of the United States, Case Citation, Rules and principles, Part 1 - International Law and Its Relation to United States Law, Chapter 1 - International Law: Character and Sources, The American Law Institute, 1987, p. 5.

⁹⁰⁵ *Ibid.*, p. 21, párrafo 35. El Modelo Canadiense de Tratado de Inversión dispone lo siguiente "Ninguna parte de lo dispuesto en el presente Acuerdo se interpretará [...] en el sentido de impedir que cualquiera de las Partes adopte medidas en cumplimiento de sus obligaciones en virtud de la Carta de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales" (Canadian Model Investment Treaty, 2004, Art. 10(4)(c), p. 14).

Nicaragua siguió esta lógica. La Corte Internacional de Justicia hizo hincapié en el predominio de las obligaciones derivadas de la Carta sobre otras obligaciones convencionales⁹⁰⁶.

Un informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre el *jus cogens* se remonta a las raíces de la teoría de las normas inderogables en el derecho romano⁹⁰⁷, pero señala que la adopción del Pacto de la Sociedad de Naciones y varias de sus disposiciones que reflejan el principio de perentoriedad desempeñaron un papel importante en la consolidación de la noción en el derecho internacional⁹⁰⁸. Una opinión particular del juez Schücking en el caso *Oscar Chinn* ante la Corte Permanente de Justicia Internacional en 1934 se refiere explícitamente al *jus cogens*, admitiendo que la “doctrina del derecho internacional en relación con cuestiones de este tipo no está muy desarrollada”. Sin embargo, él expresa que...

[...] es posible crear en este dominio un *jus cogens* al efecto de que cuando los Estados han convenido en ciertas reglas jurídicas y se han obligado igualmente a que estas reglas jurídicas no puedan modificarse por algunos de entre ellos únicamente, todo acto efectuado en contravención a esta obligación es nulo de pleno derecho⁹⁰⁹.

El *jus cogens* también se invocó en un laudo arbitral de la Comisión de Reclamaciones Franco-Mexicana, en el caso *Pablo Nájera*, en referencia a la aceptación de la idea de que existen, por principio, normas que no admiten excepción⁹¹⁰.

En la década de 1930, Alfred Verdross escribió un influyente artículo sobre el tema⁹¹¹ que más tarde inspiró los trabajos de la Comisión y el texto final de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT) relativo a la materia. Esta CVDT sirvió para consolidar el concepto de *jus cogens* como parte del cuerpo del derecho internacional⁹¹². El artículo 53 de la CVDT hace referencia al punto, al igual que otras disposiciones como el artículo 64 (aparición de una nueva norma imperativa de derecho internacional general) y el artículo 66, apartado (a) (controversia relativa a la aplicación o la interpretación del artículo 53 o el artículo 64).

Sir Humphrey Waldock, el último Relator Especial para la CVDT, propuso un texto sobre el *jus cogens*, señalando en el comentario de la disposición que el concepto es controvertido, pero la "opinión de que, en última instancia, no hay un orden público internacional, una norma de la que los Estados no puedan apartarse por voluntad propia- es cada vez más difícil de sostener". También nos advierte sobre el hecho de que las normas que tienen carácter de *jus cogens* son la excepción y no la regla⁹¹³.

⁹⁰⁶ *Caso relativo a las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua*. Véase, *Nicaragua c. Estados Unidos de América*, Jurisdicción y admisibilidad, en Informes de la CIJ (1984), p. 440, párrafo 107; Comisión de Derecho Internacional, *Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho*, p. 180.

⁹⁰⁷ Comisión de Derecho Internacional, 68ª sesión, Ginebra, 2016, Primer informe sobre el *jus cogens* de Dire Tladi (en adelante A/CN.4/693), Relator Especial, Boston, 2021, p. 22.

⁹⁰⁸ *Ibid.*, p. 13.

⁹⁰⁹ Opinión particular del juez Schücking en el caso *Oscar Chinn*, fallo del 12 de diciembre de 1934, Corte Permanente de Justicia Internacional, Ser. A/B n° 63, p. 65, párrafo 148.

⁹¹⁰ *Pablo Nájera (Francia) c. Estados Unidos Mexicanos*, Decisión núm. 30-A (19 de octubre de 1928), Vol. V UNRIAA 466, párrs. 470 y 472.

⁹¹¹ A. Verdross "Forbidden Treaties in International Law", *American Journal of International Law*, Vol. 31 (1937), p. 572.

⁹¹² A/CN.4/693, p. 15.

⁹¹³ *Second report on the law of treaties*, by Sir Humphrey Waldock, Relator Especial, A/CN.4/156, Yearbook of the International Law Commission, 1963, Vol. II, p. 36. 89 *Ibid.*, Art. 13, pp. 52-53. El término "*jus cogens*" apareció por primera vez en el tercer informe de Sir Gerald Fitzmaurice, que fue el octavo informe sobre el derecho de los

Después de la CVDT, las referencias al *jus cogens* por parte de los Estados y los tribunales se multiplicaron. Para el año 2016, la Corte Internacional de Justicia había hecho, desde la aprobación de la CVDT en 1969, once referencias explícitas al *jus cogens* en sentencias u órdenes mayoritarias⁹¹⁴. La CIJ se refiere a veces al *jus cogens* como "obligaciones *erga omnes*"⁹¹⁵, y otras veces como "principios inviolables del derecho internacional consuetudinario"⁹¹⁶. Además, en 2016 hubo 78 menciones expresas al *jus cogens* en dictámenes individuales de los miembros de la Corte⁹¹⁷.

En 2019, tras cinco años de intensos debates, la Comisión de Derecho Internacional adoptó un conjunto completo de proyectos de conclusiones sobre normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*). En su redacción final, la Conclusión 3 transmite la "naturaleza general de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*)": las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) reflejan y protegen valores fundamentales de la comunidad internacional, son jerárquicamente superiores a otras normas de derecho internacional y son universalmente aplicables.

Si bien es cierto que el texto del artículo 53 de la CVDT no se refiere específicamente a los valores fundamentales, las normas *de jus cogens* tienen algunas características especiales que las distinguen de otras normas de derecho internacional, lo que explica su superioridad. No se caracterizan por proceder de una fuente formal especial o superior, sino porque protegen los valores de la comunidad internacional en su conjunto. Son superiores porque no pueden ser derogadas y sólo pueden ser modificadas por normas posteriores que tengan el carácter de *jus cogens*".

Sin embargo, varios temas suscitaron intensos debates y desacuerdos en el seno de la Comisión e incluso en la Asamblea General⁹¹⁸. Se produjo una fuerte oposición en reacción a la noción de que las normas imperativas reflejan y protegen los valores fundamentales de la comunidad internacional, y son universalmente aplicables y jerárquicamente superiores. Surge la incertidumbre si existe una superioridad jerárquica de las normas imperativas: la doctrina del *jus cogens* se convierte en el equivalente de una doctrina de normas de derecho constitucional. En ese caso, hay que establecer algo así como la definición de una constitución material de la comunidad internacional. En este sentido, el *jus cogens* se convierte en

tratados en general. Véase *Third Report on the Law of Treaties by Mr. GG Fitzmaurice*, Relator Especial, A/CN.4/115 y Corr. 1, bajo el título "Legality of the object" [Legalidad del objeto], Yearbook of the International Law Commission, 1958, Vol. II, p. 26-27.

⁹¹⁴ Por ejemplo, en: *Caso relativo a la aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Bosnia y Herzegovina c. Serbia y Montenegro)*, Sentencia (26 de febrero de 2007), Informes de la CIJ 2007, p. 43, párrs. 147-184; *Conformidad con el Derecho Internacional de La Declaración Unilateral de Independencia de Kosovo*, Opinión Consultiva (22 de julio de 2010), Informes de la CIJ 2010, p. 403; *Inmunidades jurisdiccionales del Estado (Alemania c. Italia: con intervención de Grecia)*, Informes de la CIJ 2012, p. 99, párrs. 92 y ss.; *Cuestiones referentes a la obligación de juzgar o extraditar (Bélgica c. Senegal)*, Sentencia (20 de julio de 2012), Informes de la CIJ 2012, p. 422, párrs. 99-100; *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Croacia c. Serbia)*, Sentencia de la CIJ (03 de febrero de 2015), párr. 87.

⁹¹⁵ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (New Application) (Bélgica c. España)*, Segunda Fase, Informes de la CIJ 1970, párr. 33; *Timor Oriental (Portugal c. Australia)*, Informes de la CIJ 1995, párr. 29; *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*, Opinión consultiva, Informes de la CIJ 2004, p. 136, párrs. 155-157; *Consecuencias jurídicas de la separación del archipiélago de Chagos de Mauricio en 1965*, Opinión consultiva, Informes de la CIJ 2019, p. 156, párr. 180.

⁹¹⁶ *Licitud de la amenaza o del empleo de armas nucleares*, Opinión Consultiva, Informes de la CIJ 1996, párrafos 79 y 83.

⁹¹⁷ A/CN.4/693, p. 26.

⁹¹⁸ Comentarios al proyecto de conclusión 3 del proyecto de conclusiones sobre las normas imperativas, en Naciones Unidas, Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 71º período de sesiones, 2019, p. 150. Disponible en: <https://legal.un.org/ilc/reports/2019/english/a_74_10_advance.pdf> (consultado el 9 de junio de 2022).

un cuerpo de normas sustantivas de derecho internacional que se distingue de todas las demás normas. Sin embargo, quienes defienden esta postura no han logrado aportar una lista exacta de tales normas, e incluso cuando se proponen, la lista no es exhaustiva. Además, no sólo es un problema la falta de determinación adecuada de las normas, sino también la falta de identificación del contenido imperativo preciso de cada norma.

Además, otro informe de la Comisión de Derecho Internacional, refiriéndose a la fragmentación del derecho internacional, señala que es una tarea difícil determinar la norma que prevalece entre “normas de *jus cogens* en conflicto, por ejemplo, la cuestión del derecho a usar la fuerza para ejercer el derecho de autodeterminación”. En este punto, “no puede presumirse que la doctrina del *jus cogens* pueda resolver por sí misma tales conflictos: no existe una jerarquía entre las normas de *jus cogens inter se*”⁹¹⁹.

Tal vez la raíz de estas divergencias se encuentre en las diferentes teorías que se han propuesto para explicar el carácter imperativo de las normas de *jus cogens*. El derecho natural y el positivismo son las dos principales escuelas de pensamiento que sustentan el concepto.

Según el Relator Especial Dire Tladi de la CDI, el derecho natural generalmente supone la idea de normas superiores, ya sean derivadas de la divinidad, de la razón o de alguna otra fuente de moralidad que constituya la base del *jus cogens*. El problema aquí es quién determina estas normas. En la práctica, el derecho internacional se basa en las opiniones de académicos, jueces o funcionarios, que a menudo son divergentes. Esta postura también va en contra del texto del artículo 53 de la CVDT. Al establecer que las normas imperativas solo pueden ser modificadas por otras normas imperativas, estas disposiciones reconocen que las normas de *jus cogens* no son “inmutables”, lo que constituye un elemento distintivo del derecho natural. Además, el artículo 53 contiene el requisito de que la norma imperativa sea “reconocida por la comunidad internacional de Estados”, lo que sugiere que en su aparición hay un papel para la “voluntad” de los Estados⁹²⁰.

Según el mismo informe de Tladi, desde una postura positivista, el derecho internacional se elabora únicamente mediante el consentimiento de los Estados y, por tanto, las normas sólo pueden alcanzar el estatus de *jus cogens* una vez que se ha dado el consentimiento. Pero esta postura parece contradecir la idea de un conjunto superior de normas que no admite derogación ni siquiera por consentimiento de los Estados⁹²¹.

Como era de esperar, ambos enfoques aparecen en la práctica judicial. La CIJ, por ejemplo, a veces parece respaldar el enfoque de derecho natural del *ius cogens*, mientras que en otras ocasiones se basa en el pensamiento positivista y basado en el consentimiento⁹²². La jurisprudencia de otras cortes y tribunales tampoco es concluyente al respecto⁹²³, lo que ha dado lugar a opiniones académicas según las cuales la fuerza vinculante y perentoria del *ius cogens* quizá se entienda mejor como una interacción entre el

⁹¹⁹ Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional, *Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional*, Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional, UN Doc. A/CN.4/L.682, finalizado por M. Koskeniemi, 2006, pp. 168-169.

⁹²⁰ A/CN.4/693, pp. 30-32. [Tr. página 34-35 en el documento A/CN.4/693 de Naciones Unidas en español]

⁹²¹ “Además, es difícil comprender, si los Estados tienen libre albedrío para adoptar normas, ¿por qué algunas normas no pueden derogarse por acuerdo en contrario? Incluso si existe una forma de abordar la cuestión de la aparición de normas imperativas mediante acuerdo —o consenso—, no se echa de ver con claridad por qué los Estados que se han sumado al consenso no podrían luego retirar su consentimiento, en desmedro del consenso”. Véase, A/CN.4/693, página 32 [Tr. página 35 del documento A/CN.4/693 de Naciones Unidas en español]

⁹²² Las opiniones individuales de los jueces del Tribunal han sido igualmente diversas. Muchas de esas opiniones han expresado el *jus cogens* como un rechazo del positivismo y una adopción del enfoque inmutable del derecho natural, mientras que otras han promovido un enfoque de derecho positivo del *jus cogens*. Véase *Ibid.*, p. 33.

⁹²³ *Ibid.*, p. 34.

derecho natural y el positivismo⁹²⁴. No obstante, el derecho internacional público debe seguir evolucionando para lograr una mayor claridad sobre este tema y sus repercusiones prácticas.

Como nota final sobre este tema, evidentemente el *ius cogens* o política pública de acuerdo con el derecho internacional público se aplica no solamente dentro de esta disciplina sino también en las relaciones jurídicas internacionales privadas. Más adelante en esta Parte se abordará el tema particularmente en relación con las demandas de inversión extranjera.

III. El orden público en el arbitraje de inversiones

A. Aspectos generales

La terminología utilizada en referencia al orden público en el arbitraje de inversiones tampoco es homogénea. Por ejemplo, algunos se refieren a “normas imperativas de derecho internacional”, “orden público internacional” y “normas de carácter obligatorio de derecho internacional” que deben observarse, como la prohibición de la denegación de justicia, la apropiación discriminatoria de la propiedad y el repudio arbitrario de los compromisos contractuales. Estas normas se aplican independientemente de la elección del derecho y constituyen el marco de orden público en el que se inscriben las transacciones. Este marco no está abierto a la voluntad de las partes.

Como el arbitraje internacional de inversiones se basa en el modelo clásico de arbitraje impulsado por las partes, suele decirse que no es necesario replantear los temas que surgen en relación, por ejemplo, con el orden público. Sin embargo, deben hacerse varias advertencias a esta afirmación, como se expondrá en esta sección.

Los temas de orden público también podrían resultar pertinentes en varios aspectos relacionados con el arbitraje internacional de inversiones, con inclusión de las normas que rigen el acceso a la información, las leyes ambientales o las normas de control de divisas. Las cuestiones de orden público también pueden estar relacionadas con aspectos subjetivos de que no sea posible someter [una controversia] a arbitraje (la incapacidad de un Estado de arbitrar), la ausencia de poderes especiales por parte del firmante de un acuerdo de arbitraje, la inmunidad de jurisdicción y los contratos que violen una resolución o un embargo de las Naciones Unidas, entre otros.

En los casos de arbitrajes de inversiones que se basan en contratos y no en tratados, la transacción estará sujeta no solo a la *lex causae*, sino potencialmente también a las leyes imperativas de terceros países. Estos escenarios se examinarán más adelante.

Otro aspecto se refiere a la posibilidad de que los árbitros no tengan en cuenta el derecho de un sistema nacional que infrinja leyes nacionales superiores, lo que suele ocurrir debido al conflicto del derecho impugnado con una constitución. Aunque los tribunales internacionales no tienen *lex fori* nacional, sus miembros tratan regularmente la interpretación y aplicación de las normas nacionales. Al hacerlo, no deben quedar paralizados por declaraciones o decisiones del Estado, su poder legislativo o su poder judicial. Los tribunales de arbitraje tienen plenos poderes para aplicar las leyes nacionales en toda su extensión.

B. Orden público internacional o transnacional en el arbitraje de inversiones

Muchos árbitros no se dan cuenta, o al menos no lo mencionan expresamente, que están aplicando principios de orden público internacional o transnacional en sus decisiones, como ocurrió en el caso *S.D. Myers c. Canadá*⁹²⁵. A pesar de los matices de estos términos, que se han tratado en otro lugar, en lo sucesivo ambas expresiones se utilizarán indistintamente.

⁹²⁴ Ibid., p. 37.

⁹²⁵ *S.D. Myers, Inc. c. Gobierno de Canadá*, CNUDMI, Laudo parcial, 13 de noviembre de 2000, párrafos 246-250

En el arbitraje de inversiones, solo el orden público internacional o transnacional debe ser pertinente. Los Estados receptores no pueden basarse en su orden público nacional para anular una norma o principio de orden público internacional o transnacional. Esto se debe a que, por su propia naturaleza, el orden público transnacional o internacional se basa en principios internacionales y comúnmente reconocidos que deben ser aceptados de manera incuestionable.

Los temas que implican la aplicación de políticas públicas transnacionales o internacionales a menudo están relacionados con la corrupción o el fraude, que han sido abordados en casos del CIADI. En la decisión del caso *World Duty Free c. Kenia*, el tribunal declaró que “[...] se habría visto inclinado a rechazar en el presente caso el reconocimiento de cualquier costumbre local en Kenia que pretenda validar el soborno cometido por el demandante en violación del orden público internacional”⁹²⁶.

En el caso *Inceysa contra El Salvador*⁹²⁷, el tribunal recurrió a la noción de "orden público internacional" para rechazar la competencia sobre un litigio derivado de un contrato obtenido mediante fraude cometido en el proceso de licitación. Según el tribunal:

“El orden público internacional está constituido por el conjunto de principios fundamentales que constituyen la esencia misma del Estado, y tiene como función esencial la de preservar los valores del ordenamiento jurídico internacional contra actuaciones contrarias a él”⁹²⁸.

El tribunal también afirmó que “el respeto a la legalidad se constituye como una cuestión de orden público no solo en El Salvador sino en todo país civilizado [...] se encuentra una disposición meta-positiva que prohíbe atribuir efectos a un acto realizado de manera ilegal”⁹²⁹.

El tribunal no fue del todo claro en esta decisión y aplicó el orden público internacional como uno de varios "principios generales del derecho", como la buena fe y la prohibición del enriquecimiento injusto. Basarse en estos principios habría bastado para respaldar la conclusión final del tribunal.

Como se indicó, en el caso *World Duty Free c. Kenia*, el tribunal abordó cuestiones de corrupción aplicando el orden público internacional. Curiosamente, estas cuestiones podrían haberse resuelto recurriendo al derecho inglés o al keniano (o a ambos), cada uno de los cuales era aplicable al caso. Al igual que en el caso *Inceysa*, las controversias podrían haberse resuelto invocando las leyes aplicables al contrato en lugar de la noción de orden público internacional, a la que recurrió el tribunal a pesar de no haber encontrado ninguna laguna en los regímenes jurídicos aplicables.

Algunas normas de derecho internacional público presentan retos adicionales. Aunque es difícil concebir un escenario en el que un tratado de inversión entre en conflicto con un *jus cogens*, las obligaciones de la Carta de las Naciones Unidas presentan un escenario interesante. Por ejemplo, si el Consejo de Seguridad de la ONU aprobara una resolución para incautar bienes individuales por financiar la piratería en alta mar, la parte afectada no podría tener éxito en un arbitraje de inversión que reclamara daños y perjuicios contra el Estado. En esta situación, la resolución de la ONU prevalecerá sobre el tratado bilateral de inversión. Sin embargo, las normas de *ius cogens* y las obligaciones de la Carta se

⁹²⁶ Véase *World Duty Free Company Ltd. c. República de Kenia*, Caso CIADI N° ARB/00/7, Laudo (4 de octubre de 2006), párrafos 158 y 172. Véase también: *Niko Resources c. Bangladesh*, Caso CIADI núm. ARB/10/18, Decisión sobre Competencia, 19 de agosto de 2013, párrafos 431-433; *Unión Fenosa Gas c. Egipto*, Caso CIADI núm. ARB/14/4, Laudo, 31 de agosto de 2018, párrafo 7.48.

⁹²⁷ Véase *Inceysa Vallisoletana, S.L. c. República de El Salvador*, Caso CIADI No. ARB/03/26, Laudo (2 de agosto de 2006).

⁹²⁸ *Ibid.*, párrafo 145.

⁹²⁹ *Ibid.*, párrafo 248.

aplican aquí como el ordenamiento jurídico que rige el tratado, como parte del derecho internacional, y no por un carácter imperativo “*per se*.”

El orden público también ha sido invocado por los tribunales de tratados de inversión que tratan casos jurisdiccionales. En *Banro c. Congo*, el tribunal se refirió a consideraciones de orden público internacional que prohíben que un inversor abuse del sistema de solución de controversias entre inversores y Estados⁹³⁰. Esto concuerda con la práctica en las Américas; Colombia presentó un argumento similar en el caso *Vercara*⁹³¹. También en *Maffezini c. España*⁹³², el tribunal analizó si las consideraciones de orden público limitarían el funcionamiento de la cláusula de la nación más favorecida y, por lo tanto, extenderían un TBI entre Argentina y España a un TBI entre Chile y España. El tribunal determinó que las consideraciones de orden público eran aplicables en contra de la cláusula de la nación más favorecida, en particular en lo relativo a su pretensión de búsqueda de acuerdo más favorable [treaty shopping]. La decisión se siguió en el caso *Siemens c. Argentina*⁹³³. Además, en el caso *Liman Caspian Oil c. Kazajstán*, el Tribunal se refirió al efecto anulador de una violación del orden público en la siguiente declaración:

[Hay situaciones en las que una transacción debe considerarse automáticamente nula desde el principio. Una violación del orden público internacional es un caso en el que una inversión es inválida sin una acción legal de invalidación y sin que tenga que emitirse una declaración judicial de nulidad⁹³⁴.

A pesar de estos precedentes, el uso del orden público en la interpretación de tratados todavía presenta sus problemas, como quedó claro en *Wintershall c. Argentina*⁹³⁵, y *Plama c. Bulgaria*⁹³⁶. El origen de las consideraciones de orden público para limitar las cláusulas de nación más favorecida no está claro. Además, es cuestionable si el orden público permite que un tribunal interprete importantes salvedades y objetivos políticos implícitos en los tratados internacionales. Ni el artículo 31 ni el artículo 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados incluyen el orden público como herramienta principal o complementaria para interpretar los tratados.

Además, en *Plama c. Bulgaria*, el tribunal se refirió a “la noción básica de orden público internacional”, sin examinar más a fondo la naturaleza jurídica de esta noción⁹³⁷. Lo mismo puede decirse con respecto a *Vladislav Kim c. Uzbekistán*⁹³⁸, *Unión Fenosa Gas c. Egipto*⁹³⁹, y *Churchill Mining c. Indonesia*⁹⁴⁰.

⁹³⁰ Véase *Banro American Resources, Inc. y Société Aurifère du Kivu et du Maniema S.A.R.L. c. República Democrática del Congo*, Caso CIADI No. ARB/98/7, Laudo (1 de septiembre de 2000).

⁹³¹ *Vercara, LLC (anteriormente Neustar, Inc.) c. República de Colombia*, Caso CIADI No. ARB/20/7, (fecha). Colombia alegó que la empresa había abusado del mecanismo de solución de diferencias entre inversores y Estados para presionar al Estado.

⁹³² Véase *Emilio Agustín Maffezini c. El Reino de España*, Caso CIADI No. ARB/97/7, Decisión del Tribunal sobre Excepciones a la Jurisdicción (25 de enero de 2000), párrafo 64.

⁹³³ *Siemens A.G. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/8, Decisión sobre jurisdicción (3 de agosto de 2004), párrafo 120.

⁹³⁴ *Liman Caspian Oil B.V. y NCL Dutch Investment B.V. c. República de Kazajstán*, Caso CIADI n.º ARB/07/14, Laudo (22 de junio de 2010), párrafo 193.

⁹³⁵ *Wintershall Aktiengesellschaft c. Argentina*, Caso CIADI N° ARB/04/14, Laudo (8 de diciembre de 2008), párr. 182.

⁹³⁶ *Plama Consortium Limited c. República de Bulgaria*, Caso CIADI n° ARB/03/24, Decisión sobre competencia (8 de febrero de 2005), párrafo 221.

⁹³⁷ *Plama Consortium Limited c. República de Bulgaria*, Caso CIADI n° ARB/03/24, Laudo, 27 de agosto de 2008, párrafo 143.

⁹³⁸ *Vladislav Kim y otros c. República de Uzbekistán*, Caso CIADI núm. ARB/13/6, Decisión sobre jurisdicción, 8 de marzo de 2017, párr. 593.

En resumen, estas incertidumbres ponen en tela de juicio si el orden público transnacional tiene cabida en el arbitraje internacional de inversiones, al menos en relación con las demandas basadas en tratados.

C. Normas obligatorias del Estado receptor

Los tribunales estatales aplican normas imperativas de su foro a las relaciones internacionales. Por el contrario, en el contexto del arbitraje de inversiones, el derecho nacional imperativo no puede prevalecer sobre el derecho internacional aplicable en virtud del tratado de inversión en cuestión. Los tratados de inversión también suelen contener importantes protecciones a la inversión relativas al trato justo y equitativo, la plena protección y seguridad, la libertad de transferencia, la prohibición de expropiación y la no discriminación. Estas obligaciones del tratado se imponen a los Estados signatarios y no pueden ser anuladas por la legislación nacional.

En el caso *CME c. la República Checa* (2003), el Estado receptor alegó que el "[t]ribunal debe aplicar cualquier ley checa de carácter imperativo"⁹⁴¹. El tribunal no aceptó este argumento⁹⁴². Sin embargo, como decidió el tribunal en el caso *Metalclad c. México* (2000), de conformidad con las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI, "[un] Estado parte a un tratado no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado"⁹⁴³. El caso *Kaiser c. Jamaica* se decidió de acuerdo a una lógica similar⁹⁴⁴.

Algunas veces los tribunales arbitrales han aplicado, o han apoyado en *dicta* [opinión incidental sin relevancia para el fallo] la aplicación del derecho internacional de forma sobrevenida a pesar de un acuerdo hecho por las partes respecto a la aplicación del derecho nacional exclusivamente. Los casos *Aucoven c. Venezuela*⁹⁴⁵, *Caratube c. Kazajstán*⁹⁴⁶, y *Methanex c. Estados Unidos*⁹⁴⁷ sirven de ejemplo.

⁹³⁹ Véase *Unión Fenosa Gas, S.A. c. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI núm. ARB/14/4, Laudo (31 de agosto de 2018), párrafo 7.48.

⁹⁴⁰ La ausencia de una explicación adecuada por parte del Tribunal en el caso *Churchill Mining c. Indonesia* fue incluso citada en el Recurso de Anulación, al impugnar la postura de que "las reclamaciones derivadas de derechos basados en fraude o falsificación que el demandante desconoció de forma deliberada o irrazonable son inadmisibles como cuestión de orden público internacional". (Caso CIADI No. ARB/12/14 y 12/40, Laudo, 6 de diciembre de 2016, párrafo 508). Otros laudos también se basaron en el orden público transnacional, como en *Fraport A.G. Frankfurt Airport Services Worldwide c. República de Filipinas*, Caso CIADI núm. ARB/03/25, Opinión disidente del Sr. Bernardo M Cremades (16 de agosto de 2007), p. 23, *Metal-Tech Ltd. c. República de Uzbekistán (Metal-Tech td c. República de Uzbekistán)*, Caso CIADI núm. ARB/10/3, Laudo (4 de octubre de 2013), párr. 292, y *Blusun S.A., Jean-Pierre Lecorcier y Michael Stein c. República Italiana*, Caso CIADI No. ARB/14/3, Laudo (27 de diciembre de 2016), párrafo 264.

⁹⁴¹ *CME c. República Checa*, CNUDMI, Laudo final (14 de marzo de 2003), párrafo 398.

⁹⁴² Con una opinión disidente del árbitro Hándl, que criticó a sus colegas por "no respetar las disposiciones de la ley checa que son de carácter imperativo, por ejemplo, la Ley de Medios de Comunicación o el Código de Procedimientos Administrativos [...]" (*CME c. República Checa*, CNUDMI, Laudo parcial, opinión disidente de J. Hándl (13 de septiembre de 2001), pág. 22. Véase también *AAPL c. Sri Lanka*, CIADI, Caso n° ARB/87/3, Laudo, Opinión disidente de Asante (15 de junio de 1990), p. 577.

⁹⁴³ *Metalclad Corporation c. Estados Unidos Mexicanos*, CIADI Caso No. ARB(AF)/97/1, Laudo (30 de agosto de 2000), párr. 70 (en referencia al Artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados); véase también *Total c. Argentina*, CIADI Caso No. ARB/04/1, Decisión sobre Responsabilidad (27 de diciembre de 2010), párr. 40, sección 2.3 (sobre la naturaleza superior del derecho internacional frente al derecho nacional).

⁹⁴⁴ *Kaiser Bauxite Company c. Jamaica*, Caso CIADI No. ARB/74/3, Decisión sobre jurisdicción (6 de julio de 1975).

⁹⁴⁵ *Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/00/5, Laudo (23 de septiembre de 2003).

En el caso *Methanex contra Estados Unidos*, el tribunal arbitral que se había constituido de conformidad con el TLCAN⁹⁴⁸ declaró que tenía el "deber de aplicar los principios imperativos del derecho o *jus cogens* y no dar efecto a las elecciones de derecho de las partes que fueran incompatibles con tales principios"⁹⁴⁹.

Algunos escritores han planteado dudas sobre la aplicabilidad de la doctrina de las normas imperativas en contextos relacionados con las inversiones. Tras emprender un análisis de la práctica arbitral (más que de la teoría), no ha habido casi ningún caso en el que la aplicación de una norma imperativa fuera necesaria para justificar una decisión distinta de la que se habría encontrado al aplicar el derecho elegido por las partes. En las situaciones que analizaron, en ningún caso se aplicaron normas imperativas para anular la opción elegida por las partes.

Es importante señalar que, en algunos casos, el propio derecho elegido obligará a los tribunales a tener en cuenta las normas de otro sistema. Otras veces, como en situaciones de fuerza mayor, la legislación nacional no ha sido elegida, sino que constituye un hecho determinante del caso. Las normas de conflicto de leyes del derecho elegido, si no se excluyen, también pueden conducir a la aplicación de normas imperativas de otro sistema jurídico. Además, el tribunal también puede considerar las normas imperativas de un tercer país cuando sea necesario. Por ejemplo, las normas imperativas relacionadas con el cumplimiento pueden considerarse en situaciones en las que exista una prohibición de exportación o importación.

Cuando se trata del Convenio del CIADI, el ordenamiento jurídico interno del Estado receptor no puede por sí mismo proporcionar normas de orden público. Un Estado que invoca su propio orden público en contra de lo que acordó en relación con la aplicación de otro sistema está simplemente incumpliendo su compromiso relativo a la selección del derecho elegido. El orden público de otro Estado en el que potencialmente podría ejecutarse un laudo del CIADI es irrelevante en principio, ya que los artículos 53 y 54 del Convenio del CIADI no prevén una excepción de orden público a la obligación de reconocer y ejecutar los laudos.

D. El orden público regional en el arbitraje de inversiones

Algunos grupos de Estados (generalmente los que ratifican tratados similares en cuanto al fondo o el mismo tratado regional) pueden verse más vinculados a los valores de orden público que de ellos se derivan. De este modo, podría desarrollarse un orden público regional, por ejemplo, en el seno de la Unión Europea o del TLCAN.

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas consideró determinadas disposiciones de la legislación de la Unión Europea "como una cuestión de orden público en el sentido de la Convención de Nueva York"⁹⁵⁰.

El tribunal del CIADI en el caso *AES c. Hungría* (2010) abordó específicamente este punto⁹⁵¹. Hungría argumentó que la legislación de la Unión Europea en materia de competencia debería

⁹⁴⁶ *Caratube International Oil Company L.L.P. y Devincci Salah Hourani c. República de Kazajistán*, Caso CIADI núm. ARB/13/13, Laudo (27 de septiembre de 2017), párrafo 290.

⁹⁴⁷ *Methanex c. Estados Unidos de América*, CNUDMI, Laudo (3 de agosto de 2005).

⁹⁴⁸ *Ibid.*

⁹⁴⁹ *Methanex Corp. c. United States of America*, CNUDMI, Laudo Final, Parte IV, Cap. C, Laudo Final (3 de agosto de 2005), p. 11, párrafos 24-26.

⁹⁵⁰ *Eco Swiss China Time Ltd. c. Benetton International NV*, Caso C-126/97, E.C.R. I-3055 (1 de junio de 1999), apartado 39.

⁹⁵¹ *AES Summit Generation Limited y AES-Tisza Erömü Kft. c. Hungría*, CIADI, Caso n° ARB/07/22, Laudo (23 de septiembre de 2010).

considerarse parte de la legislación aplicable o debería tenerse en cuenta en relación con el Tratado sobre la Carta de la Energía que establece la jurisdicción del árbitro. El tribunal resolvió cualquier posible conflicto entre el derecho aplicable al decidir que los actos del demandado se evaluarían de acuerdo al Tratado sobre la Carta de la Energía como derecho aplicable y que la legislación de la Unión Europea se tendría en cuenta como un hecho pertinente⁹⁵².

Otro ejemplo de cómo un tribunal del CIADI tuvo en cuenta -aunque sin aplicar estrictamente- el derecho nacional y de la Unión Europea se ilustró en el caso *Maffezini c. España* (2000)⁹⁵³. Al desestimar la demanda del inversor, los árbitros consideraron que España no ha hecho “más que insistir en el estricto cumplimiento de la Directiva de la CEE y de la legislación española aplicables a la industria en cuestión”⁹⁵⁴.

En la Unión Europea se han producido avances interesantes. Todavía queda por ver cómo concepto de política pública y su incidencia en el arbitraje entre inversores y Estados se desarrollará en las Américas.

14.1 Se insta a los negociadores de tratados internacionales de inversión y a las partes en contratos internacionales de inversión y a sus abogados a que consideren el orden público internacional o transnacional pertinente y cualquier posible conflicto con la legislación u orden público nacional en relación con la inversión extranjera.

14.2 Los árbitros deben considerar y, cuando sea posible, hacer referencia expresa a la aplicación de principios de orden público internacional o transnacional.

952 Ibid., apartados 7.2.1-7.2.5, y 7.6.12.

953 *Emilio Agustín Maffezini c. Reino de España*, Caso CIADI n° ARB/97/7, Laudo (13 de noviembre de 2000).

954 Ibid., p. 24, párrafo 71.