

Arbitraje Internacional de Inversiones: Conflictos en la Aplicación de Cláusulas Paraguas

Dunker Morales Vela

Una reconsideración de la administración, procedimientos de revisión y mecanismos de control del arbitraje internacional podrían contribuir a reducir las inconsistencias que se evidencian en la actualidad. El establecimiento de órganos de apelación podría asegurar en cierta medida la uniformidad de la jurisprudencia arbitral en materia de inversiones.

Introducción

Los países de economías frágiles están en permanente búsqueda de nuevas inversiones que eventualmente mejoren sus economías y las condiciones de vida de sus ciudadanos. Por otra parte, los inversionistas intentan ampliar sus operaciones e incrementar el volumen de sus ganancias, al tiempo que buscan protección para sus inversiones, generalmente con el auspicio de sus países de origen. En estas circunstancias, las posiciones y los intereses son, en ciertas ocasiones, incompatibles.

En la negociación de tratados internacionales de protección de inversiones, los países tradicionalmente exportadores de inversión promovieron el reconocimiento y propagación de un espacio neutral para la solución de diferencias relativas a inversiones. Muchos inversionistas esperaban que el arbitraje internacional les proporcionara la imparcialidad que consideraban ausente en los tribunales domésticos de los países receptores de la inversión, sobre todo de aquellos que enfrentados a los parámetros de las potencias económicas merecen la calificación de países en desarrollo.

Era difícil que los promotores del arbitraje internacional no previeran algunos de los obstáculos que la institución enfrenta actualmente. Este estudio examina uno de ellos, la falta de coherencia en la jurisprudencia arbitral, a través de un caso en particular, a saber, el alcance de las cláusulas o paraguas de protección general de los tratados bilaterales de inversión (TBIs) para ampliar la competencia de los tribunales arbitrales sobre controversias derivadas de incumplimientos de contratos de inversión.

El Capítulo I reseña sobre las características generales del arbitraje en el derecho internacional sobre inversión extranjera y el Capítulo II analiza sobre la internacionalización de los contratos de inversión a través de las

cláusulas de protección general y el estado de la jurisprudencia del arbitraje internacional en relación con la aplicación de estas estipulaciones.

I.- EL ARBITRAJE EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE INVERSIÓN EXTRANJERA

1.1 Derecho internacional de inversión extranjera

No existe un reconocimiento unánime sobre lo que debe entenderse sobre inversión extranjera a efectos de la protección que le brinda el derecho internacional.¹ En términos generales, se puede afirmar que la inversión extranjera implica la transferencia de bienes tangibles o intangibles de un país a otro con el objetivo principal de usarlos en el país receptor para producir riqueza bajo control total o parcial del propietario de los activos.²

Existen dos categorías de inversión extranjera: oficial y no oficial.³ La primera se refiere a las transacciones de capital realizadas por instituciones públicas, incluso bancos centrales, en tanto que la segunda se refiere a aquellas transacciones de capital realizadas por empresas privadas, incluso aquellas de propiedad estatal, y por personas naturales.⁴

Las inversiones extranjeras no oficiales se subdividen, a su vez, en dos grupos principales, a saber, inversión extranjera directa (IED)⁵ e inversión de cartera.⁶ La IED puede describirse como la inversión de capital, por parte de una persona no residente en el territorio del estado receptor, en relación con una empresa o un activo tangible o intangible, en la que el inversionista mantiene control potencial o real sobre las políticas y el destino de la empresa o el activo.⁷ El derecho internacional en ma-

teria de inversión extranjera se concentra en este último tipo de inversión; sin embargo, la tendencia en los tratados internacionales es ampliar el alcance de la definición y por tanto su ámbito de aplicación, con el fin de asegurar protección a una amplia gama de actividades de inversión.⁸

El derecho internacional de inversión extranjera es una de las áreas del derecho que mayor desarrollo ha experimentado en las últimas décadas, sobre todo desde la mitad del siglo XX. Este desarrollo ha respondido mayormente a “la globalización y el dramático incremento de las inversiones transfronterizas” propias de las relaciones comerciales contemporáneas.⁹ Esta rama del derecho puede, en algunos casos, ser particularmente compleja debido a que involucra áreas que de potencial conflicto político en el ámbito internacional, como la tensión creada a raíz de la intención de muchos países en desarrollo de retomar el control de los recursos naturales que habían perdido durante los procesos de conquista y colonización.¹⁰

No obstante los recientes avances jurídicos, la noción de inversión extranjera no es reciente. Sus orígenes son tan antiguos como la conquista europea de otros continentes.¹¹ Ya por la mitad del siglo pasado, muchos estados intentaron “definir e imponer su soberanía para regular las actividades económicas que se ejecutaban dentro del territorio de su jurisdicción”.¹² De hecho, ciertos estados receptores pretendieron alcanzar su independencia económica por medio del control de la inversión extranjera.¹³

A medida que la inversión extranjera adquirió relevancia en el escenario económico internacional y los inversionistas extranjeros empezaron a explorar nuevos mercados, advirtieron que el derecho internacional no les otorgaba la protección que ellos estimaban necesaria para garantizar y promover sus actividades.¹⁴

1.2 Tratados bilaterales de inversión

En la década de 1950, Estados Unidos diseñó un programa de Tratados Bilaterales de Amistad, Comercio y Navegación que no obtuvo el éxito deseado por sus ideadores. Al poco tiempo de su introducción, estos instrumentos se tornaron poco atractivos para los países en desarrollo que mostraron un abierto escepticismo sobre sus ventajas.¹⁵ Alrededor de la misma época, varios estados europeos promovieron negociaciones que culminaron en la suscripción y ratificación de una serie de exitosos tratados bilaterales de inversión.¹⁶

De su parte, Estados Unidos no negoció la suscripción de TBIs sino hasta principios de la década de 1980,¹⁷ en que inició la ejecución de su Programa de Tratados Bilaterales de Inversión.¹⁸ El Programa de TBIs de los Estados Unidos y otros similares promovidos por países desarrollados culminaron en una masiva suscripción de esta clase de tratados, ocurrida sobre todo a finales de la década de 1980 y en la década de 1990.¹⁹ La política en favor de los TBIs estaba concebida para lograr tres objeti-

vos principales: (1) proporcionar protección adecuada a los inversionistas en países en los cuales sus derechos aún no estaban cubiertos por acuerdos existentes; (2) persuadir a otros estados a implementar y ejecutar políticas de mercado que otorguen un trato justo y equitativo a los inversionistas extranjeros; y (3) contribuir al incremento de normas de derecho internacional consistentes con los dos propósitos anteriores.²⁰

Hace apenas tres décadas, los TBIs eran aún considerados un nuevo fenómeno en el campo internacional.²¹ Actualmente constituyen —junto con los contratos de inversión— los instrumentos más comunes de regulación de la inversión extranjera. Sin embargo, los flujos de IED no están únicamente sujetos a cientos de TBIs, sino a una cantidad creciente de acuerdos multilaterales de inversión, regímenes regionales integración económica y de libre comercio e instrumentos internacionales de aplicación no obligatoria.²²

A pesar del hecho de que actualmente existen en un número que supera los dos millares, una cantidad considerable de TBIs, sobre todo aquellos negociados a partir de la década de 1980, comparten una estructura formal común e incluso algunas características sustanciales.²³ La mayoría de ellos contienen disposiciones que rigen la expropiación, la obligación de trato de nación más favorecida, la obligación de trato nacional, la no discriminación y el trato justo y equitativo.²⁴

1.3 Arbitraje internacional en virtud de tratados bilaterales de inversión

Además de los derechos sustanciales mencionados, los TBIs también norman aspectos procesales referentes a la inversión extranjera.²⁵ Muchos de estos tratados señalan el arbitraje en un foro internacional neutral como uno de los mecanismos para la solución de disputas.²⁶ Generalmente, los inversionistas no muestran confianza en la imparcialidad de los tribunales del país receptor y, de su parte, los estados se manifiestan renuentes a renunciar a la inmunidad que les asiste en cortes extranjeras. Éstas son dos de las principales razones que explican por qué el arbitraje internacional desempeña un papel tan importante en la solución de disputas relativas a inversiones.

Las diferencias relativas a inversiones tienen características especiales que las distinguen de las diferencias comerciales ordinarias. Dos aspectos en particular reflejan esas diferencias, por una parte, el monto de la controversia es generalmente considerable y, por otra, la materia en disputa posee usualmente connotaciones políticas. Es común, además, que el arbitraje relativo a inversiones involucre aspectos importantes de la economía del estado receptor y, en consecuencia, es posible que el laudo final afecte su ambiente de inversiones.²⁷

A partir de la década de 1980, ha sido tendencia que los TBIs prevean un procedimiento arbitral bajo los auspicios del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), creado en virtud de la

Convención de 1965 sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (en adelante también referida como la "Convención del CIADI" o la "Convención").²⁸ El objeto de la Convención fue proporcionar un foro independiente para la resolución de controversias con el fin de promover la inversión extranjera y el desarrollo a nivel mundial. Un "Mecanismo Complementario" al CIADI se creó en 1978 con la finalidad de abarcar los casos que se encuentran fuera del alcance de la Convención original, especialmente aquellos que involucran a partes de estados no contratantes.²⁹ Algunos TBIs dan a los inversionistas la alternativa de someter sus diferencias a un arbitraje *ad hoc*, ordinariamente de conformidad con las normas procesales de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL por sus siglas en inglés).³⁰

1.3.1 Requisitos del arbitraje relativo a inversiones

Si bien las disposiciones de los TBIs pueden presentar algunas variaciones en cuanto a los requisitos específicos, el alcance y ámbito del arbitraje, en general se reconocen las siguientes condiciones:

1. Se requiere la existencia de una diferencia relativa a inversiones entre un estado y un inversionista.³¹
2. Las partes están obligadas a procurar una solución a su diferencia a través de medios conciliatorios como la consulta y la negociación.
3. La diferencia no puede estar sometida a ningún proceso de solución alternativo, incluidos los procedimientos administrativos y judiciales ante instituciones o tribunales locales.
4. Deberá haber transcurrido un cierto plazo entre la fecha del supuesto incumplimiento y la iniciación del proceso arbitral.³²

En relación con la competencia de los tribunales arbitrales, la Convención del CIADI establece tres elementos sustanciales:

1. La calidad de las partes.³³ Las partes de la disputa deben ser, por un lado, un estado parte de la Convención del CIADI y, por otro, un inversionista de otro estado parte. La nacionalidad extranjera del inversionista – de un estado parte distinto del receptor – constituye un aspecto crítico en un porcentaje considerable de arbitrajes internacionales relativos a inversión, principalmente en aquellos que involucran a compañías multinacionales. En estos casos, la determinación de la nacionalidad de la compañía multinacional, de sus subsidiarias o incluso las de sus accionistas puede resultar trascendental al momento en el que el tribunal arbitral establezca los límites de su propia competencia en relación con una disputa determinada.³⁴

2 La naturaleza de la controversia.³⁵ Solamente controversias relacionadas con inversión extranjera se encuentran dentro del ámbito de aplicación de la Convención. La materia arbitrable estará limitada por el contenido del contrato de inversión pertinente y los derechos y obligaciones que de él surjan.³⁶

3. El consentimiento de las partes.³⁷ La Convención exige que las partes involucradas en la diferencia hayan aceptado la jurisdicción del CIADI. La ratificación de la Convención no constituye constancia suficiente del consentimiento de un estado para someterse a arbitraje. En la práctica, la declaración de ese consentimiento se efectúa por medio del TBI o de la legislación doméstica sobre inversiones.³⁸ Este asunto fue dilucidado en el arbitraje *Lanco Internacional Inc. c. La República de Argentina*.³⁹ En su decisión sobre jurisdicción, el tribunal debía resolver sobre una alegación de incompetencia planteada por Argentina en virtud de existir un contrato de concesión posterior al tratado que establecía un mecanismo de resolución de controversias distinto. El tribunal sostuvo que: "...el consentimiento al arbitraje CIADI por un Estado puede provenir de un tratado bilateral... Por el contrario, el consentimiento del inversor, nacional del otro Estado Contratante, debe ser prestado por el propio inversor por escrito, dado que el consentimiento de su Estado no obliga al inversor."

En principio, las dos partes están facultadas a presentar una demanda al amparo de un TBI. En primer lugar, los estados que son parte de un tratado pueden solicitar la interpretación de una disposición obscura, siempre que hayan agotado con anterioridad los procedimientos diplomáticos correspondientes.⁴⁰ En segundo lugar, los inversionistas extranjeros pueden presentar directamente una petición de arbitraje en contra del estado receptor por la violación de cualquiera de los derechos sustantivos establecidos en el TBI.⁴¹

En efecto, además de la protección sustantiva de los inversionistas, la mayor innovación que se reconoce a los TBIs es la cláusula procesal que permite a los inversionistas hacer valer los derechos sustantivos sin la intervención de su estado de origen. En consecuencia, a los inversionistas no solamente se les han concedido derechos sustantivos, sino también acceso a una jurisdicción neutral a la cual recurrir en búsqueda de reparación en caso de que su inversión haya sido afectada por hechos ilícitos.⁴² Se ha afirmado que esta personería jurídica internacional limitada permite al inversionista funcionar de manera similar a un representante privado de la sociedad que busca la protección del interés público.⁴³

En esencia, la cláusula arbitral de los TBIs implica una oferta que presenta un estado parte para someter a arbitraje internacional las diferencias derivadas de actividades de inversión protegidas por el tratado y efectuadas dentro de su jurisdicción por nacionales de otro estado parte. Generalmente, un inversionista determinado declara su aceptación a esta oferta cuando presenta una petición de arbitraje de conformidad con las reglas de procedimiento aplicables.⁴⁴

1.3.2 El procedimiento arbitral⁴⁵

La mayoría de TBIs ofrecen a los inversionistas la opción de decidir si han de resolver sus diferencias relativas a inversiones litigando en las cortes nacionales o ante un tribunal arbitral internacional. Debido a la preocupación creada entre los inversionistas respecto de la potencial

parcialidad de los tribunales del estado receptor, el arbitraje es regularmente la alternativa elegida.⁴⁶ Como se indicó anteriormente,⁴⁷ en general, los TBIs prevén la elección entre un arbitraje CIADI y un arbitraje *ad hoc* sustanciado generalmente de conformidad con las normas de la UNCITRAL.⁴⁸

El procedimiento de arbitraje se inicia con una petición de arbitraje presentada por un estado parte o un inversionista nacional de un estado parte ante uno de los órganos jurisdiccionales que establece el tratado.⁴⁹ Los tribunales de arbitraje en materia de inversiones están típicamente integrados por tres árbitros. Cada parte goza de la prerrogativa de designar un árbitro y el tercero, que actúa como presidente, es elegido conjuntamente.⁵⁰ Superada la etapa de conformación del tribunal, el orden y cronograma exactos del arbitraje dependerán de las normas procesales aplicables.⁵¹ Sin embargo, típicamente, el procedimiento incluye la presentación de los memoriales, escritos y alegatos de las partes, la presentación y evacuación de pruebas y la realización de audiencias orales antes de que el tribunal emita finalmente su laudo.⁵²

Adicionalmente, las siguientes son características relevantes, no exclusivas, de los procedimientos arbitrales del CIADI:

1. De conformidad con el Artículo 41 de la Convención del CIADI, el tribunal – al igual que cualquier otro órgano jurisdiccional – tiene la facultad de determinar el alcance de su propia competencia.⁵³
2. Si el tribunal considera que las circunstancias del caso lo requieren, podrá recomendar la adopción de medidas provisionales tendientes a salvaguardar los derechos de las partes.⁵⁴
3. La posibilidad de impugnar el laudo del tribunal es muy limitada, puesto que no existe un mecanismo de apelación previsto en el tratado. El artículo 52 de la Convención establece causales muy restringidas para la anulación del laudo y se refieren mayormente a aspectos procesales.⁵⁵
4. Puesto que el arbitraje internacional es descentralizado – en ciertos casos incluso no supervisado – en no raras ocasiones diferentes tribunales arriban a resultados diversos frente a hechos muy similares y casi idénticas estipulaciones en los tratados internacionales aplicados.⁵⁶
5. El artículo 27 de la Convención dispone que la protección diplomática debe suspenderse mientras está pendiente el procedimiento arbitral.⁵⁷
6. El tribunal debe aplicar las leyes escogidas por las partes y, en ausencia de acuerdo, las leyes del estado receptor y el derecho internacional aplicable.⁵⁸

II. DISPUTAS INTERNACIONALES RELATIVAS A INVERSIONES CON FUENTES MÚLTIPLES DE JURISDICCIÓN

La determinación de la jurisdicción ante la cual se debe o es más conveniente plantear una acción no es una

noción reciente del derecho procesal ni de la práctica litigiosa y, ciertamente, no es nueva en el campo del arbitraje. No obstante, el concepto ha retomado importancia con la proliferación de procedimientos arbitrales internacionales,⁵⁹ pues la inversión extranjera usualmente involucra al menos dos potenciales fuentes para establecer la competencia en caso de presentarse una controversia. Por una parte, un tratado bilateral que establece el marco jurídico para la protección a la inversión y, por otra parte, un contrato de inversión entre el inversionista y el estado receptor – o una de sus instituciones – que crea derechos y obligaciones mutuos y que es complementado por la legislación doméstica en materia de inversiones del estado receptor.⁶⁰ Por lo tanto, al escoger la jurisdicción a la que elevarán sus reclamos, los inversionistas enfrentan una decisión complicada que podría ser crítica en la determinación del curso y el resultado de la diferencia.

2.1. Acciones basadas en TBIs y acciones basadas en contratos de inversión

Un inversionista que ha celebrado un contrato con un estado o institución pública y cuya inversión está simultáneamente protegida por un TBI no solo gozará de diferentes regímenes de protección, sino que, además, se le presentarán una serie de alternativas que le permitirán decidir si presentar su demanda ante los tribunales del estado receptor o recurrir a cualquiera de los procedimientos de solución de controversias reconocidos en el tratado, entre ellas el arbitraje internacional.⁶¹ El concepto de la multiplicidad de foros potencialmente competentes para sustanciar una controversia se conoce en la terminología anglosajona como “*fork in the road*”.

En estas circunstancias, no es complicado encontrar estipulaciones en el contrato, en el tratado internacional e incluso en la legislación interna que regulen un mismo aspecto, sustantivo o procesal, de forma distinta y en ocasiones contradictoria. La disponibilidad de varios foros para la solución de disputas concede amplia discreción al inversionista para presentar su acción ante el órgano jurisdiccional que percibe más inclinado a sus intereses.⁶²

En lo estrictamente jurídico, tres factores contribuyen a la distinción entre acciones basadas en un tratado y acciones basadas en un contrato:

1. Fuente de la acción. Este aspecto marca la diferencia más importante entre los dos tipos de acciones. Mientras el fundamento de una acción al amparo de un tratado es un derecho reconocido en un tratado de inversión –usualmente un TBI–, una acción al amparo de un contrato se relaciona con la violación de un derecho consagrado en un contrato de inversión.⁶³ Por regla general, entonces, la violación de un derecho consagrado en un tratado genera la responsabilidad internacional del estado receptor, mientras que un incumplimiento contractual origina la responsabilidad del estado receptor de acuerdo con su propia legislación.

2. Contenido del derecho subjetivo. Los derechos consagrados en tratados internacionales se definen en tér-

minos muy amplios y tienen una naturaleza genérica (p. ej., trato nacional, trato de nación más favorecida, no discriminación, indemnización en caso de expropiación). Por otra parte, los derechos contractuales están claramente especificados en el contrato y en la legislación nacional aplicable de acuerdo con las características de la inversión. Sin embargo, es posible – y ocurre con relativa frecuencia – que el contenido de los derechos contemplados en un tratado y los derechos contractuales se superpongan. Por ejemplo, un derecho ya reconocido por el tratado puede ser posteriormente incluido y ampliado o delimitado en un contrato de inversión.⁶⁴

3. Derecho aplicable. Normalmente, el régimen legal aplicable a una acción basada en un tratado incluye las disposiciones del TBI, la legislación interna del estado receptor y el derecho internacional general.⁶⁵ En cambio, los contratos de inversión están regidos exclusivamente por el sistema legal del estado receptor, particularmente por las disposiciones que regulan los contratos administrativos.⁶⁶

2.2 La internacionalización de los contratos de inversión y las cláusulas paraguas en los TBIs

La distinción teórica entre las obligaciones de un estado derivadas de un TBI y aquellas originadas en un contrato se ha desgastado en años recientes debido, en parte, a la práctica del arbitraje internacional. De hecho, algunos laudos arbitrales han aceptado la proposición de que los inversionistas están facultados a exigir reparación por violaciones a los derechos consagrados en un TBI incluso en aquellos casos en que estas violaciones se originan en acciones que constituyen incumplimientos del contrato de inversión.⁶⁷ Esta tesis ha sido ampliamente defendida por los inversionistas, liderados por compañías multinacionales, en su afán de reducir la práctica de recurrir a los tribunales nacionales para la solución de las controversias relativas a inversiones, debido a la supuesta falta de imparcialidad que puede afectar al proceso doméstico. En cambio, los inversionistas han percibido el arbitraje como un mecanismo idóneo para procurar el respeto por el régimen de derecho y reforzar la estabilidad de las inversiones.⁶⁸

De manera general, un incumplimiento contractual no genera la responsabilidad internacional de un estado pues las obligaciones internacionales operan a un nivel distinto e independiente.⁶⁹ Se reconocen dos maneras principales para convertir obligaciones contractuales en obligaciones internacionales. La primera es la “internacionalización” de los contratos de inversión, que “ocurre cuando el contrato se somete expresamente al derecho internacional (o al derecho internacional complementado por la legislación interna) y las partes acuerdan que en la medida en la que las leyes del estado receptor regulen el contrato, éste no será modificado unilateralmente por el estado”.⁷⁰

La segunda alternativa se la encuentra en las llamadas cláusulas “paraguas” o de protección general. Una cláusula

paraguas es una disposición –incluida en una gran cantidad de TBIs– que exige a los estados partes respetar todas las obligaciones en materia de inversión que hayan contraído con inversionistas de otro estado parte. Determinar el alcance de las llamadas cláusulas paraguas es una de las cuestiones más controversiales en el estado actual del arbitraje internacional en materia de inversiones.⁷¹

A.C. Sinclair, en un estudio histórico sobre las cláusulas paraguas, estima que su origen puede provenir de un consejo legal proporcionado por Sir Elihu Lauterpacht a la compañía *Anglo American Oil Company* entre 1953 y 1954 con motivo de la disputa que mantenía en relación con la nacionalización del petróleo iraní.⁷² No obstante que su origen data de hace varias décadas, la jurisprudencia arbitral no se habían ocupado de la figura sino hasta tiempos recientes.⁷³

La doctrina contemporánea parece haberse creado un criterio consistente en relación al alcance de las cláusulas paraguas. La mayoría de los académicos, al menos desde una perspectiva general, están alineados con la tesis de que las cláusulas paraguas cubrirían también las acciones por incumplimiento de un contrato de inversión incluso en ausencia de una remisión expresa al tratado.⁷⁴

Thomas Wälde consiente una interpretación más restringida de las cláusulas paraguas. El autor estima que el derecho internacional provee garantías a los inversionistas únicamente en casos en que se produzcan incumplimientos o interferencias contractuales producto del ejercicio de la facultad soberana del estado. No obstante, si lo sustancial de la disputa no se refiere al ejercicio de dichas facultades, sino a una disputa comercial ordinaria, el TBI y su cláusula paraguas no tienen relevancia en el caso particular.⁷⁵

2.3. Cláusulas paraguas en la jurisprudencia arbitral

Un comité *ad hoc* del CIADI describió las diferencias entre el incumplimiento de un tratado y el incumplimiento de un contrato en el caso *Vivendi* de la siguiente manera:

“95. En cuanto a la relación entre incumplimiento de contrato e incumplimiento del tratado en el presente caso, se debe hacer hincapié en que los Artículos 3 y 5 del TBI no se relacionan directamente al incumplimiento de un contrato de derecho interno. En su lugar establecen una norma independiente. Un estado puede violar un tratado sin violar un contrato y vice versa, y este por cierto es el caso de estas disposiciones del TBI. El punto se deja en claro en el Artículo 3 de los Artículos de la CDI, titulado “Caracterización de un acto de un Estado como internacionalmente ilícito”: La calificación del hecho del Estado como internacionalmente ilícito se rige por el derecho internacional. Tal calificación no es afectada por la calificación del mismo hecho como lícito por el derecho interno.

96. De conformidad con este principio general (que es sin duda declaratorio del derecho internacional general), 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...*⁷⁶

En la práctica, las disposiciones y derechos creados por el tratado y el contrato están estrechamente vinculados. Esto crea una situación compleja que involucra altos riesgos para los inversionistas que pretenden obtener reparación por los dos medios de forma simultánea.

El caso *Vivendi* demuestra como la complejidad de estos casos puede derivar en confusión. Se trata de una demanda propuesta por un inversionista francés en virtud del TBI entre Francia y Argentina,⁷⁷ que estaba también relacionada con un contrato de concesión celebrado con la Provincia de Tucumán en el que se reconocía la competencia de los tribunales locales argentinos sobre las disputas contractuales. La demanda sostenía que se gobierno seccional realizó actos conducentes a obstruir la ejecución plena del contrato, con lo cual el estado argentino incumplió sus obligaciones derivadas del tratado. En su laudo dictado en el año 2000, el tribunal arbitral del CIADI determinó que “las acciones de la Provincia de Tucumán sobre las que se basan los reclamantes para su posición de atribuir responsabilidad a la República Argentina están estrechamente vinculadas con el cumplimiento o incumplimiento de las partes bajo el Contrato de Concesión...”⁷⁸ para concluir que no era posible para los árbitros:

[D]eterminar cuáles acciones de la Provincia fueron tomadas en el ejercicio de su autoridad soberana y cuáles en el ejercicio de sus derechos como parte al Contrato de Concesión, considerando en particular que gran parte de la prueba presentada en este caso se ha referido a cuestiones detalladas de cumplimiento y de tarifas bajo el Contrato de Concesión. Para hacer tales determinaciones, el Tribunal tendría que emprender una interpretación y aplicación detallada del Contrato de Concesión, una tarea entregada por las partes de ese contrato a la jurisdicción exclusiva de los tribunales administrativos de Tucumán.⁷⁹

El asunto crítico de esta disputa radicaba en la competencia del tribunal arbitral del CIADI para conocer una demanda de un inversionista basada en supuestas violaciones del TBI y al mismo tiempo vinculada de forma tan estrecha con una relación contractual existente entre las partes que resulte imposible para el tribunal separarlas sin revisar, interpretar y aplicar el contrato, tareas expresa y exclusivamente asignadas a los tribunales locales –al menos según la interpretación hecha por el tribunal de la cláusula sobre solución de disputas del contrato.⁸⁰ La respuesta negativa del tribunal a aceptar su propia competencia fue objeto de fuertes críticas.⁸¹ Una vez que el inversionista impugnó la validez del laudo del tribunal, un comité *ad hoc* del CIADI lo anuló y determinó que Argentina “no [odía] apoyarse en una cláusula de jurisdicción exclusiva para evitar la caracterización de su conducta como internacionalmente ilícita bajo un tratado.”⁸²

Dos decisiones emanadas de distintos tribunales del CIADI, en *SGS contra Pakistán*⁸³ y *SGS contra Filipi-*

nas,⁸⁴ han incrementado la incertidumbre con respecto a si una cláusula paraguas cubre obligaciones que surgen de contratos que, en ausencia del TBI, serían de todas formas autónomos, a la vez que han evidenciado las zonas grises que presenta la materia. Si se acepta que las cláusulas paraguas abarcan todas las obligaciones contractuales, los tribunales arbitrales tendrían competencia para conocer las acciones contractuales, ya que la cláusula de protección general se incumpliría cada vez que se incumpla el contrato. En otras palabras, si esta interpretación es admitida, el inversionista podría buscar reparación por la violación de sus derechos contractuales a través del arbitraje internacional reconocido en el TBI,⁸⁵ con independencia de la elección de competencia que se haya acordado contractualmente.

SGS c. Pakistán involucró una acción de fuentes múltiple de competencia presentada por el inversionista sobre la base del TBI suscrito por Suiza, su país de origen, con Pakistán con relación a un contrato celebrado en 1994, en virtud del cual la compañía se comprometía a prestar servicios de inspección de pre-embarque para importación. El contrato incluía una cláusula compromisoria de arbitraje local. Al determinar el alcance de la cláusula paraguas del TBI, en su laudo de 6 de agosto de 2003 el tribunal determinó que la redacción amplia usada en la cláusula de protección general no podía interpretarse de forma que abarcara las obligaciones contractuales.⁸⁶ En otras palabras, de acuerdo con la opinión del tribunal, las cláusulas de protección general “no transforman las obligaciones contractuales en obligaciones bajo el derecho internacional en ausencia de un texto inequívoco que evidencie esa intención”.⁸⁷

Sin embargo, pocos meses más tarde, en *SGS c. Filipinas*, un tribunal arbitral distinto resolvió que una cláusula paraguas que dispone que “cada Parte Contratante respetará todas las obligaciones que haya asumido con relación a las inversiones específicas hechas en su territorio por inversionistas de la otra Parte Contratante”⁸⁸ convierte todas las obligaciones contractuales relativas a inversiones en obligaciones internacionales. El tribunal entendió que proteger las inversiones a través de una interpretación amplia de las cláusulas paraguas preserva el objeto y propósito del TBI de promover las inversiones.⁸⁹ El tribunal interpretó los términos ‘cualquier obligación’ incluidos en la cláusula paraguas en el sentido de comprender todas las obligaciones que surjan del contrato celebrado entre las partes.⁹⁰ En opinión del tribunal, su jurisdicción estaba asegurada por el hecho de que en virtud de la cláusula paraguas “constituye un incumplimiento del TBI el hecho de que el estado receptor no cumpla con compromisos obligatorios, incluso compromisos contractuales, que haya asumido respecto de inversiones específicas”.⁹¹

Dos casos posteriores, *Joy Mining c. Egipto*⁹² y *Salini c. Jordan*,⁹³ que plantearon temas jurisdiccionales similares a aquellos tratados en los casos de SGS, no contribuyeron al desarrollo de la jurisprudencia sobre el tema. En *Joy Mining c. Egipto*, el tribunal en laudo de 6 de agosto de 2004 resolvió que el otorgamiento de garantías bancarias no constituía inversión protegida de conformi-

dad con el BIT celebrado entre Gran Bretaña y Egipto y que la ausencia de vinculación entre el tratado y el contrato impedía la aplicación del primero. No obstante, expresamente, reconoció que ese resultado podría ser perfectamente diferente en otros casos en los que esa vinculación exista, aunque aclaró que eso no ocurría en la disputa que juzgaba.⁹⁴

En *Salini c. Jordania*, en su laudo de 29 de noviembre de 2004, el tribunal contrastó las obligaciones adquiridas por el estado receptor de la inversión de conformidad con el BIT celebrado con Italia con las adquiridas por Filipinas con respecto a Suiza y que fueron discutidas en *SGS c. Filipinas* con resultado favorable para el inversionista. Finalmente, el tribunal determinó que el lenguaje del BIT en cuestión no implicaba la existencia de una cláusula paraguas, como pretendían las compañías demandantes.⁹⁵

En una decisión más reciente, en el *El Paso c. Argentina* (laudo de abril 27, 2006), un tribunal del CIADI trató nuevamente el tema y en esta oportunidad lo resolvió en contra de los intereses del inversionista. Después de referirse expresamente al caso *SGS c. Pakistán*, el laudo sostuvo que “una cláusula paraguas no puede transformar toda acción contractual, puesto que este resultado implicaría necesariamente que cualquier compromiso adquirido por el estado respecto de una inversión, incluso el más intrascendente, se convertiría en una acción amparada por el tratado internacional”.⁹⁶

En *Pan American Energy LLC and BP Argentina Exploration Company c. Argentina*,⁹⁷ otro tribunal CIADI dos de cuyos tres árbitros fueron parte del tribunal en *El Paso c. Argentina*, se alineó con el criterio establecido en ese caso. El laudo determinó que una alegada cláusula de protección general en el TBI existente entre los Estados Unidos y Argentina no transformaba una acción de naturaleza contractual en una violación del derecho internacional.

Una postura menos restringida en relación con la interpretación de las cláusulas paraguas se presentó en *CMS Gas Transmission Company c. Argentina*. En este caso, el tribunal arbitral, en aplicación del mismo BIT Estados Unidos-Argentina, determinó que un incumplimiento contractual puede generar la responsabilidad internacional del estado en virtud de la cláusula paraguas del tratado, pero únicamente en aquellos contratos en los que el estado interviene en ejercicio de su potestad soberana. El tribunal estableció que “los aspectos meramente comerciales de un contrato podrían no estar protegidos por el tratado bajo ciertas circunstancias, pero la protección estará disponible en aquellos casos en que los estados o las instituciones públicas interfieran de forma significativa con los derechos del inversionista”.⁹⁸

En *Sempra Energy International c. Argentina*⁹⁹ el tribunal arbitral adoptó una posición favorable a la interpretación amplia de las cláusulas paraguas. El tribunal determinó la existencia de una cláusula paraguas en el artículo II(2)(c) del BIT celebrado por Argentina con los Estados Unidos. Añadió que en el caso particular “la violación de compromisos contractuales con las licenciatarias que se alegan, expresados en la licencia y otros actos, re-

percute en los derechos que el inversionista argumenta tener a la luz de las disposiciones del Tratado y de las garantías con que realizó la inversión protegida.” Por estas razones, concluyó que “[e]l fundamento de la reclamación se relaciona, por consiguiente, tanto con el contrato como con el Tratado, independientemente del hecho de que materias puramente contractuales que no repercuten en las disposiciones del Tratado puedan ser objeto de las acciones que se encuentren disponibles en el derecho interno de la República Argentina”. El tribunal aclaró, sin embargo, que “la naturaleza específica de cada reclamo sólo podrá apreciarse si se examina el fondo de la controversia”.

Un interesante análisis sobre el alcance de las cláusulas paraguas fue efectuado por el tribunal arbitral en *Eureko B. V. c. Polonia*.¹⁰⁰ El tribunal determinó que en aplicación del artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, el significado ordinario de la frase “[e]ach Contracting Party shall observe any obligations it may have entered into with regard to investments of investors of the other Contracting Party”¹⁰¹ es clara e imperativa e impone que la obligación de respeto no se limita a una clase determinada de inversiones, sino que abarca todas ellas. Con un voto disidente, el tribunal resolvió que las relaciones contractuales entre Polonia y la compañía holandesa Eureko estaban cubiertas por la cláusula paraguas y, por tanto, sometidas a su competencia. En este sentido, el tribunal estableció que en cuanto el Gobierno de Polonia adquirió obligaciones *vis-a-vis* con Eureko y se verificó, que las incumplió el demandado había actuado en violación de la cláusula paraguas transcrita.¹⁰² Finalmente, es importante destacar que al recalcar la aplicación del derecho internacional público en la controversia, el tribunal entendió que el objeto y propósito de BIT exigía que la cláusula paraguas debía concebirse autónomamente, con un significado propio e independiente y no sobrepuesta o equiparada a otras obligaciones derivadas del tratado como las de trato de nación más favorecida, trato nacional, no discriminación y trato justo y equitativo.¹⁰³

CONCLUSIÓN

La investigación presentada en este documento evidencia la confusión e incertidumbre creadas por la jurisprudencia referente al alcance de las cláusulas paraguas de los TBIs. La tensión en la jurisprudencia arbitral es aún evidente, y el hecho de que no haya una doctrina estricta de precedentes en el arbitraje internacional fomenta la inseguridad entre los potenciales litigantes.

Hay que reconocer que una parte de la inconsistencia presente en la casuística del arbitraje se debe a la diversidad del lenguaje que se puede encontrar en los tratados bilaterales de inversión. Pero otras razones, como la ausencia de órganos de supervisión y apelación, dificultan una solución inmediata. Es evidente que la inseguridad jurídica que se crea no solamente afecta la consolidación del arbitraje internacional como mecanismo de resolución de conflictos relativos a inversión, sino que podría

aumentar el escepticismo que ya varios gobiernos, sobre todo de países en desarrollo, han mostrado frente al balance final del costo-beneficio que obtienen de los TBIs.

En algunos años, seguramente, podrá verificarse la magnitud del impacto que la inconsistencia de la jurisprudencia arbitral en la materia tendrá sobre la apertura de los estados a negociar nuevos tratados de inversión y a incluir terminología equivalente a la de las cláusulas de protección general en los textos sujetos a ratificación.

Por otra parte, esa misma incertidumbre podría generar efectos negativos en el ambiente de inversiones de un estado. El tema de si una cláusula de protección general cubre las obligaciones contractuales aún no se ha resuelto de forma definitiva y esta situación no satisface tampoco a los inversionistas. Las estrategias legales son difíciles de estructurar en este contexto y enfrentar una controversia en materia de inversiones presenta un panorama particularmente incierto.

Por el momento, la alternativa que brinda seguridad a los inversionistas es procurar una remisión expresa a la protección del tratado y al arbitraje internacional en el

contrato de inversión. De otra parte, ciertos estados intentarán excluir estipulaciones semejantes con el afán de que sean sus cortes las que resuelvan las disputas que se deriven de los contratos de inversión.

Es posible que una interacción más dinámica entre el derecho internacional sobre inversión extranjera y el derecho internacional general proporcione herramientas útiles para la interpretación uniforme de los tratados y contribuya, a la vez, a evitar algunas de las consecuencias negativas derivadas de la fragmentación del derecho internacional.

De su parte, la clarificación de temas controvertidos y la uniformidad de la jurisprudencia en el ámbito de las cláusulas paraguas y, en general, de todos los aspectos de jurisdicción podrían desincentivar la presentación de acciones abiertamente infundadas por parte de los inversionistas y la alegación de motivos de incompetencia improcedentes por parte de los estados y, de esta forma, contribuir a reducir la duración del arbitraje que, en muchos casos, ha aumentado notablemente debido a la necesidad de resolver excepciones de jurisdicción.

Notas

- 1 DANIEL D. BRADLOW & ALFRED ESCHER (Eds.), *LEGAL ASPECTS OF FOREIGN INVESTMENT* 3 (1999).
- 2 MUTHUCUMARASWAMY SORNARAJAH, *THE INTERNATIONAL LAW ON FOREIGN INVESTMENT* 7 (2004). Por su parte, la Secretaría de la Organización Mundial de Comercio (OMC) define la inversión extranjera directa como aquella que tiene lugar "cuando un inversionista con sede en un país (el país inversor) adquiere un activo en otro país (el país receptor) con la intención de administrar ese activo. La dimensión de la administración es lo que distingue la inversión extranjera directa de la inversión de cartera en acciones, bonos y otros instrumentos financieros extranjeros". Secretaría de la Organización Mundial de Comercio, Comercio e Inversión Extranjera Directa, PRESS/57, pág. 6 (octubre 9, 1996), disponible en: http://www.wto.org/spanish/news_s/pres96_s/pr057_s.htm (última visita abril 23, 2007).
- 3 ROBERT PRITCHARD (Ed.), *ECONOMIC DEVELOPMENT, FOREIGN INVESTMENT AND THE LAW* 3 (1996).
- 4 *Id.*
- 5 A su vez, la IED ha sido dividida en *acciones y otras participaciones de capital, utilidades reinvertidas y otros capitales* que incluyen los préstamos de fondos a corto y largo plazo entre las compañías multinacionales y sus filiales. Véase Secretaría de la Organización Mundial de Comercio, Comercio e Inversión Extranjera Directa, PRESS/57, *supra* nota 2.
- 6 Bradlow & Escher (eds.), *supra* nota 1, pág. 87. La inversión de cartera tiene lugar "cuando el inversionista no busca necesariamente ejercer control sobre los activos extranjeros". Por el contrario, la IED consiste en la inversión de capital, por parte de una persona no residente, en una empresa o en un activo tangible o intangible, mientras el inversionista mantiene una influencia potencial o real sobre las políticas y el destino de la empresa o el activo. Avi Nov, *The "Bidding War" to attract Foreign Direct Investment: The Need for a Global Solution*, 25 VA. TAX REV. 838 n.9 (2006).
- 7 Pritchard, *supra* nota 3, pág. 3 n. 8.
- 8 Sornarajah, *supra* nota 2, pág. 9.
- 9 Tai-Heng Cheng, *Power, Authority and International Investment Law*, 20 AM. U. INT'L L. REV. 466 (2005).
- 10 Zakia Afrin, *Foreign Direct Investments and Sustainable Development in the Least-Developed Countries*, 10 ANN. SURV. INT'L & COMP. L. 217 (2004) (la autora sostiene que "en la segunda mitad del siglo XX, aparte del Derecho Internacional sobre el Uso de la Fuerza, ningún área del derecho internacional ha generado tanta controversia como el relativo a la inversión extranjera".) Véase también Sornarajah, *supra* nota 2, pág. 1 (el autor analiza el deseo de los países desarrollados por continuar en control del escenario económico y las "fuerzas de nacionalismo" creadas por un orden mundial que concedió a los

Notas

- estados recientemente independizados un mayor campo de acción para el ordenamiento de sus propias economías y el acceso a los mercados mundiales.).
- 11 Sornarajah, *supra* nota 2, pág. 18 (el actor recuerda que en ese período no existía necesidad alguna de normas de protección en este campo, pues los sistemas legales de los países colonizadores, que regían en las colonias, otorgaban amplias salvaguardias a las inversiones efectuadas por sus ciudadanos.).
 - 12 Sol Picciotto, *Rights, Responsibilities and Regulation of International Business*, 42 COLUM. J. TRANSNAT'L L. 135 (2003).
 - 13 Manuel A. Abdala & Pablo T. Spiller, *Damage Valuation of Indirect Expropriation in International Arbitration Cases*, 14 AM. REV. INT'L ARB. 447 (2003) (los autores argumentan que "este deseo fue manifestado de manera evidente en la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados de 1974. El Artículo 2(a) de la Carta consagra la primacía de la jurisdicción nacional y niega la existencia de la obligación de otorgar trato preferencial a la inversión extranjera. La Carta [aprobada sin el respaldo de los países desarrollados] reconoció el derecho formal de los estados de ejercer facultades reguladoras absolutas sobre toda actividad económica que se realice en sus territorios, incluso mediante la adquisición o limitación del derecho de propiedad"). Véase también, Sol Picciotto, *supra* nota 6, pág. 135, y las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas: 523 (VI) de enero 12 1952, disponible en: <http://daccessdds.un.org/doc/RESOLUTION-GEN/NR0/067/78/IMG/NR006778.pdf?OpenElement> (última visita mayo 9, 2007), 626 (VII) de diciembre 21, 1952, disponible en: <http://daccessdds.un.org/doc/RESOLUTION-GEN/NR0/079/69/IMG/NR007969.pdf?OpenElement> (última visita mayo 9, 2007) y 1803 (XVII) de diciembre 14, 1962 (http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/c_natres.htm (última visita mayo 9, 2007).
 - 14 Jeswald W. Salacuse & Nicholas P. Sullivan, *Do BITs Really Work?, An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and Their Grand Bargain*, 46 HARV. INT'L L.J. 68 (2005) (los autores sostienen que en el derecho internacional de la época presentaba los siguientes inconvenientes: "En primer lugar, el derecho internacional aplicable no tomaba en cuenta las prácticas contemporáneas de inversión ni trataba temas importantes y de interés para los inversionistas extranjeros... En segundo lugar, muchos de los principios que existían eran vagos y estaban sujetos a diversas interpretaciones. Por lo tanto, aunque había clara evidencia de que el derecho internacional consuetudinario exigía el pago de una compensación por la nacionalización de los bienes de un inversionista, no se había cristalizado ningún principio sobre la manera en que se debía calcular esa compensación").
 - 15 *Id.*, pág. 73.
 - 16 KENNETH J. VANDEVELDE, UNITED STATES INVESTMENT TREATIES: POLICY AND PRACTICE 29, 30 (1992).
 - 17 Kenneth J. Vandevelde, *U.S. Bilateral Investment Treaties: The Second Wave* 14 MICH. J. INT'L L. 627 (1993) (el autor recuerda que entre 1982 hasta 1986 se llevó a cabo la primera ronda de negociaciones de TBIs, que concluyó con la suscripción de diez tratados y su presentación al Senado para obtener consentimiento para su ratificación").
 - 18 Véase el Programa de Tratados Bilaterales de Inversión de los Estados Unidos, hoja de datos, disponible en: <http://www.state.gov/e/eeb/rls/fs/2006/22422.htm>. Un interesante análisis del período inicial del programa se encuentra en Patricia Mckinstry Robin, *The Bit Won't Bite: The American Bilateral Investment Treaty Program*, 33 AM. U.L. REV. 945-955 (1984).
 - 19 Andreas F. Lowenfeld, *Investment Agreements and International Law*, 42 COLUM. J. TRANSNAT'L L. 125 (2003). Un análisis de los elementos básicos comunes encontrados en los TBIs se encuentra en Jose Luis Siqueiros, *Bilateral Treaties on the Reciprocal Protection of Foreign Investment*, 24 CAL. W. INT'L L. J 256-267 (1994).
 - 20 Jeffrey Lang, *The International Regulation Of Foreign Direct Investment: Obstacles and Evolution*, 31 CORNELL INT'L L.J. 457 (1998).
 - 21 Sornarajah, *supra* nota 2, pág. 204.
 - 22 Jose E. Alvarez, *The Regulation Of Foreign Direct Investment: Introduction*, 42 COLUM. J. TRANSNAT'L L. 2 (2003). El presente artículo se concentra en el análisis del arbitraje internacional bajo las estipulaciones tradicionales de un TBI. Una lista de los instrumentos internacionales obligatorios y no obligatorios relativos a la protección de la inversión extranjera directa está disponible en Bradlow & Escher (eds.), *supra* nota 1, pág. 123-125.
 - 23 Un listado, actualizado al 1 de junio de 2006, de Tratados Bilaterales de Inversión referentes a 177 estados se puede encontrar en UNCTAD, Country-specific Lists of BITs, disponible en <http://www.unctad.org/Templates/Page.asp?intItemID=2344&lang=1> (última visita abril 26, 2007). Véase también Glen Kelley, *Multilateral Investment Treaties: A Balanced Approach to Multinational Corporations*, 39 COLUM. J. TRANSNAT'L L. 488 (2001) (quien recuerda que "[d]esde 1990, ha habido una explosión de TBIs y para fines

Notas

- de 1999, con la participación de no menos de 174 estados, se habían concluido aproximadamente 1.850, comparados con los 309 existentes en 1988. En lo que constituye un importante avance político, una cantidad cada vez mayor de países en desarrollo está incrementando la negociación de TBIs. El 30% de los TBIs suscritos en 1998 involucraron a dos países en desarrollo y esos TBIs constituyen actualmente una cuarta parte del total”).
- 24 Bradlow & Escher (eds.), *supra* nota 1, pág. 109.
 - 25 Susan Franck, *The Nature and Enforcement of Investor Rights Under Investment Treaties: Do Investment Treaties have a Bright Future*, 12 U.C. DAVIS J. INT'L L. & POL'Y 53 (2005).
 - 26 Ver Sornarajah, *supra* nota 2, pág. 220-258.
 - 27 JULIAN LEW y otros, COMPARATIVE INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION 763 (2003).
 - 28 Convención sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, disponible en www.worldbank.org/icsid/basicdoc-spa/partA.htm (en adelante, la Convención del CIADI).
 - 29 Lew y otros, *supra* nota 27, pág. 774.
 - 30 La UNCITRAL tiene el mandato de la Asamblea General de “promover la armonización y unificación progresiva del derecho mercantil internacional. La Comisión se ha convertido desde [su creación] en el órgano legal básico del sistema de las Naciones Unidas en el campo del derecho mercantil internacional.” UNCITRAL, *Origin, Mandate and Composition* (2006), disponible en <http://www.uncitral.org/uncitral/en/about/origin.html> (última visita mayo 5, 2007). Debido a los propósitos de este estudio, el análisis de los procedimientos de la UNCITRAL está fuera de su ámbito.
 - 31 Sornarajah describe a esta clase de disputas como aquellas que “surgen cuando se incumple un contrato de inversión extranjera a través de la intervención estatal”. M. SORNARAJAH, *THE SETTLEMENT OF FOREIGN INVESTMENT DISPUTES* 4 (2000). Ver, en todo caso, la nota 40 y texto principal correspondiente.
 - 32 Dana Freyer y otros, *Investment Arbitration and Mediation in INTERNATIONAL ARBITRATION AND ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION* 281 (Thomas Carbonneau y Jeanette Jaeggi Eds. 2006).
 - 33 Convención del CIADI, art. 25.2.
 - 34 Sornarajah, *supra* nota 31, pág. 165.
 - 35 Convención del CIADI, art. 25.1.
 - 36 MAURO RUBINO-SAMARTANO, *INTERNATIONAL ARBITRATION* 84 (2001).
 - 37 Convención del CIADI, art. 25.3 y 25.4.
 - 38 Lew, *supra* nota 27, pág. 777 (quien recuerda que el inversionista puede aceptar una oferta hecha por un estado para someter una disputa a arbitraje internacional en cualquier momento, incluso con posterioridad a que haya surgido la diferencia). Véase adicionalmente el Informe de los Directores Ejecutivos del Banco Mundial acerca de la Convención, disponible en <http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc-spa/partB-section05.htm#02>. El informe añade, en su párrafo 24, que “aunque el consentimiento de las partes constituye un requisito previo esencial para dar jurisdicción al Centro, el mero consentimiento no es suficiente para someter una diferencia a su jurisdicción. En concordancia con la finalidad del convenio, la jurisdicción del Centro resulta además limitada por la naturaleza de la diferencia y de las partes.” Para un estudio detallado sobre el proceso de “aceptación”, véase Jan Paulsson, *Arbitration Without Privity*, 10 ICSID REV.-FOREIGN INVESTMENT L.J. 232 (1995).
 - 39 *Lanco Int'l Inc. c. Argentina*, Decisión Preliminar sobre Jurisdicción, 40 I.L.M.457, 463 (2001).
 - 40 El artículo 64 de la Convención dispone que la competencia para resolver sobre diferencias entre Estados Contratantes sobre la interpretación o aplicación del tratado, que no se hubieren resuelto mediante negociación, corresponde a la Corte Internacional de Justicia.
 - 41 Artículo 36 de la Convención del CIADI. Véase también Franck, *supra* nota 25, pág. 53, 54.
 - 42 Susan D. Franck, *Judicial Independence and Legal Infrastructure: Essential Partners for Economic Development: Foreign Direct Investment, Investment Treaty Arbitration, and the Rule of Law*, 19 PAC. MCGEORGE GLOBAL BUS. & DEV. L.J. 344 (2007) (quien recuerda que en el pasado, “cuando la inobservancia del derecho internacional por parte de un estado afectaba negativamente una inversión, los recursos disponibles para el inversionista eran restringidos. Los recursos de los inversionistas generalmente se limitaban a: (1) negociar con el estado receptor de la inversión; (2) demandar al estado receptor ante las cortes nacionales, caso en el que éste tenía la posibilidad de proponer una excepción de inmunidad soberana; (3) solicitar al gobierno de su estado de origen que negocie a su representación por la vía diplomática; o (4) hacer gestiones ante el gobierno de su estado

Notas

- de origen para que patrocine una demanda en su representación ante la Corte Internacional de Justicia”).
- 43 Franck, *supra* nota 25, pág. 54. Compárese con *Occidental Exploration & Production Company c. República del Ecuador*, [2005] EWCA Civ. 1116, PP 23-48, disponible en <http://ita.law.uvic.ca/documents/Ecuador-FinalCAJudgment.doc> (en esta resolución se sostiene que los derechos derivados del tratado de inversión son de titularidad de los inversionistas, quienes actúan en defensa sus propios derechos y no en nombre público).
- 44 Eric Gottwald, *Leveling the Playing Field: Is it Time for a Legal Assistance Center for Developing Nations in Investment Treaty Arbitration?* 22 *Am. U. Int'l L. Rev.* 247 2007.
- 45 Un resumen de los asuntos procesales más comunes que surgen en los procedimientos de arbitraje sometidos a la Convención del CIADI, se encuentra en UNCTAD, *International Center for the Settlement of Investment Disputes, Procedural Issues*, disponible en: http://www.unctad.org/en/docs/edmmisc232add6_en.pdf (última visita mayo 7, 2007). Un análisis de los beneficios y limitaciones del arbitraje del CIADI está disponible en David R. Sedlak, *ICSID's Resurgence in International Investment Arbitration: Can the Momentum Hold?*, 23 *Penn St. Int'l L. Rev.* 147 (2004).
- 46 Véase Susan D. Franck, *The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law through Inconsistent Decisions*, 73 *FORDHAM L. REV.* 1540 (2005).
- 47 Véase *supra* nota 30.
- 48 Gottwald, *supra* nota 44, pág. 248.
- 49 Franck, *supra* nota 25, pág. 55.
- 50 Luke Peterson & Kevin Grey, *International Human Rights in Bilateral Investment Treaties and in Investment Treaty Arbitration*, 34 (2003), disponible en http://www.iisd.org/pdf/2003/investment_int_human_rights_bits.pdf (última visita mayo 7, 2007).
- 51 Gottwald, *supra* nota 44, pág. 248 (quien observa que al inicio del arbitraje, las partes y el presidente del tribunal usualmente se reúnen con el fin de determinar la forma del procedimiento, incluidos el cronograma y el número de alegatos, y si se prescindirá de las audiencias orales.). El autor ejemplifica su afirmación remitiéndose al procedimiento del CIADI. Convención del CIADI, Reglamento y Normas, R. 20, CIADI Doc. CIADI/15 (abril 2006) disponible en <http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc/partF.htm>. (última visita mayo 7, 2007).
- 52 Franck, *supra* nota 25, pág. 55.
- 53 El artículo 41 de la Convención establece que: “El Tribunal resolverá sobre su propia competencia”. Véase además Rubino-Samartano, *supra* nota 36, pág. 87 y William Park, *Kompetenz-Kompetenz: The Arbitrability Dicta in First Options in ARBITRATION OF INTERNATIONAL BUSINESS DISPUTES* (William Park, 2006).
- 54 Convención del CIADI, art. 47, p. ej. *Agip c. Gobierno de la República Popular del Congo*, Laudo de noviembre 30, 1979, 1 *Informes CIADI*, 306. (en ese caso, el tribunal emitió una recomendación respecto de la preservación y presentación de documentos).
- 55 Sornarajah, *supra* nota 31, pág. 166. El artículo 52 de la Convención dispone que: “(1) Cualquiera de las partes podrá solicitar la anulación del laudo mediante escrito dirigido al Secretario General fundado en una o más de las siguientes causas: (a) que el Tribunal se hubiere constituido incorrectamente; (b) que el Tribunal se hubiere extralimitado manifiestamente en sus facultades; (c) que hubiere habido corrupción de algún miembro del Tribunal; (d) que hubiere quebrantamiento grave de una norma de procedimiento; o (e) que no se hubieren expresado en el laudo los motivos en que se funde...”. Según una investigación conducida por la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (O.C.D.E) ocho solicitudes de anulación de laudos arbitrales se registraron en el CIADI hasta el año 2004. Las solicitudes se refirieron a los siguientes casos: *Klöckner c. Camerún* (en 2 oportunidades), *Amco c. Indonesia* (en dos oportunidades), *MINE c. Guinea*, *SPP c. Egipto*, *Wena Hotels c. Egipto* y *Vivendi c. Argentina*. Entre los años 2004 y 2005, 8 nuevos pedidos de anulación fueron registrados, en relación con los siguientes casos: *Patrick Mitchell c. República Democrática de Congo* (Caso No. ARB/99/7), *Consortium R.F.C.C. c. Reino de Marruecos* (Caso No. ARB/00/6), *MTD Equity Sdn. Bhd. y MTD Chile S.A. c. Chile* (Caso No. ARB/01/7), *Repsol YPF Ecuador S.A. c. Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)* (Caso No. ARB/01/10), *Hussein Nuaman Soufraki c. Emiratos Árabes Unidos* (Caso No. ARB/02/7), *CDC Group plc c. República de Seychelles* (Caso No. ARB/02/14), *Joy Mining Machinery Limited c. Egipto* (Caso No. ARB/03/11) y *CMS Gas Transmission Company c. Argentina* (Caso No. ARB/01/8). O.C.D.E, *Working Papers on International Investment, Improving the System of Investor-State Dispute Settlement: An Overview*, 5 (2006).
- 56 Franck, *supra* nota 25, pág. 56. Una propuesta sobre el tratamiento que deberían recibir decisiones inconsistentes en arbitrajes internacional es presentada por Franck, *supra* nota 46.

Notas

- 57 Convención del CIADI, art. 27.
- 58 *Id.*, art. 42. Véase también Somarajah, *supra* nota 31, pág. 165 (quien observa que los tribunales desempeñan un papel importante en la formulación del contenido de las normas de derecho internacional que podrían aplicarse a disputas relativas a inversión extranjera).
- 59 Richard Kreindler, "Arbitral Forum Shopping": *Observations on Recent Developments in International Commercial and Investment Arbitration*, 16 AM. REV. INT'L ARB. 158 (2005).
- 60 NORBERT HORN, ARBITRATING FOREIGN INVESTMENT DISPUTES 327 (2004).
- 61 Kreindler, *supra* nota 59, pág. 159. Bajo ciertas condiciones, es posible incluso que un mismo inversionista pueda beneficiarse de la protección de más de un TBI. Por ejemplo, en los casos de *CME/Lauder c República Checa* [*CME (Holanda) c. República Checa y Lauder (Estados Unidos) c. República Checa*] el estado receptor de la inversión estuvo sometido a dos procedimientos arbitrales distintos, sustanciados bajo las reglas de la UNCITRAL en relación con los mismos actos que perjudicaron al inversionista, una compañía licenciataria de una frecuencia de televisión. El estado receptor resultó favorecido en el arbitraje, bajo el TBI entre Estados Unidos y la República Checa, seguido por el estadounidense *Ronald Lauder*, ulterior controlador de las acciones de CME. Sin embargo, el laudo dictado en el arbitraje seguido por la compañía holandesa CME Holanda, accionista de CME, al amparo del BIT Holanda-República Checa, ordenó al estado indemnizar al inversionista.
- 62 Yuval Shany, *Contract Claims vs. Treaty Claims: Mapping Conflicts between ICSID Decisions on Multisourced Investment Claims*, 99 A.J.I.L. 838 (2005).
- 63 Horn, *supra* nota 60, pág. 327 (quien sostiene que es posible, al menos en teoría, que un tratado internacional genere derechos contractuales en sistemas monistas si el contrato estipula que las estipulaciones del tratado deben ser consideradas parte integrante del contrato).
- 64 *Id.*, pág. 328.
- 65 Kreindler, *supra* nota 57. En el caso de la Convención del CIADI, el artículo 42.1 establece que: "El Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables".
- 66 Horn, *supra* nota 60, pág. 330.
- 67 David Foster, *Internationalization – Contractual Claims in BIT Arbitration*, INTERNATIONAL JOURNAL OF PUBLIC AND PRIVATE ARBITRATION, disponible en http://www.globalarbitrationreview.com/ear/05_state_v_commercial.cfm (última visita mayo 9, 2007).
- 68 Guillermo Aguilar Alvarez & William W. Park, *The New Face of Investment Arbitration: NAFTA Chapter 11*, 28 YALE J. INT'L L. 365 (2003).
- 69 *Id.* ROBERT JENNINGS y otros, OPPENHEIMER'S INTERNATIONAL LAW 927 (1992) (el autor argumenta que "existen dudas con respecto a si un incumplimiento contractual por parte de un estado constituye *per se* un incumplimiento de una obligación internacional").
- 70 PAUL COMEAUX & STEPHAN KINSELLA, PROTECTING FOREIGN INVESTMENT UNDER INTERNATIONAL LAW 28, 29 (1996) (quien recuerda que la internacionalización también se logra mediante la inclusión de una "cláusula de estabilización" según la cual la legislación del estado receptor se entiende integrada al contrato y no puede ser modificada unilateralmente por el estado.).
- 71 Jarrod Wong, *Umbrella Clauses in Bilateral Investment Treaties: Of Breaches of Contract, Treaty Violations, and the Divide between Developing and Developed Countries in Foreign Investment Disputes*, 14 Geo. Mason L. Rev. 169 (2006)..
- 72 A.C. Sinclair, *The Origins of the Umbrella Clause in the International Law of Investment Protection*, *Arbitration International*, Vol. 20, No 4, 411-434 (2004), citado en O.C.D.E., Working Papers on International Investment, Improving the System of Investor-State Dispute Settlement: An Overview, 32 (2006).
- 73 Thomas Wälde, *The Umbrella Clause in Investment Arbitration – A Comment on Original Intentions and Recent Cases*, *The Journal of World Investment and Trade*, Vol. 6 No 2, (2005), citado por O.C.D.E., Working Papers on International Investment, Interpretation of the Umbrella Clause in Investment Agreements, 3 (2006). Wälde, por su parte, señala que la cuestión de si un tribunal arbitral internacional tiene competencia sobre acciones contractuales nunca fue totalmente examinada, así como tampoco la doctrina resolvió si las cláusulas de competencia en los contratos de inversión debían ser anteriores a la competencia de los tribunales creados mediante tratados internacionales. El estudio de la O.C.D.E. presenta un análisis del desarrollo histórico de las cláusulas paraguas en el de-

Notas

- recho internacional sobre inversión extranjera.
- 74 O.C.D.E., Working Papers on International Investment, Interpretation of the Umbrella Clause in Investment Agreements, 8 (2006). El estudio cita a Prosper Weil, F.A. Mann, Rudolf Dolzer, Margaret Stevens, Emmanuel Gaillard y Christoph Schreuer como defensores de una interpretación amplia de las cláusulas paraguas.
- 75 Véase O.C.D.E., *supra* nota 73, pag. 8.
- 76 Compañía de Aguas de Aconguija S.A. y Vivendi c. República Argentina, CIADI caso No. ARB/97/3, Decisión sobre Anulación de julio 3, 2002, 41 ILM 1135, párr. 95, 96 (2002), disponible en http://www.worldbank.org/icsid/cases/vivendi_annul-sp.pdf (última visita mayo 9, 2007) (la controversia tenía relación con las condiciones de un contrato de concesión celebrado en 1995 entre la provincia argentina de Tucumán y la compañía argentina denominada Compañía de Aguas de Aconguija S.A., controlada en el momento de la disputa por una compañía francesa, *Compagnie Generale des Eaux* y posteriormente por Vivendi Universal).
- 77 Acuerdo entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno de la República Francesa para la Promoción y la Protección Recíproca de Inversiones, Fr.-Arg., julio 3, 1991.
- 78 Compañía de Aguas de Aconguija S.A. y Vivendi Universal c. República Argentina, CIADI caso No. ARB/97/3, Laudo de noviembre 21, 2000, 40 ILM 426, párr. 79 (2001), disponible en http://www.worldbank.org/icsid/cases/ada_AwardoftheTribunal.pdf (última visita mayo 10, 2007).
- 79 *Id.*, párr. 80.
- 80 Wong, *supra* nota 71, pág. 136
- 81 Véase, p. ej. Horn, *supra* nota 60, pág. 336 (quien sostiene que “el tribunal no conoció ninguna acción sustentada en el contrato –solamente acciones derivadas del tratado que planteaban cuestiones que requerían la interpretación del contrato de concesión– de manera que el resultado de remitir la disputa a las cortes locales fue que las acciones surgidas del tratado permanecieron insolutas.).
- 82 *Compañía de Aguas de Aconguija S.A. y Vivendi Universal c. República Argentina*, CIADI caso No. ARB/97/3, Decisión de Anulación de julio 3, 2002, 41 ILM 1135, párr. 103 (2002).
- 83 *Societe General de Surveillance S. A. c. Pakistán*, Decisión del Tribunal sobre Objeciones a la Jurisdicción, CIADI (Banco Mundial) Caso No. ARB/01/13 (2003), disponible en <http://www.worldbank.org/icsid/cases/SGS-decision.pdf> (última visita mayo 10, 2007).
- 84 *Societe Generale de Surveillance S.A. c. República de Filipinas*, CIADI Caso No. ARB/02/6 (enero 29, 2004), disponible en <http://www.worldbank.org/icsid/cases/SGSvPhil-final.pdf> (última visita mayo 10, 2007).
- 85 Wong, *supra* nota 71, pág. 136, 137.
- 86 *SGS c. Pakistán*, 42 I.L.M. 1290, pág. 163-74.
- 87 Cheng, *supra* nota 9, pág. 473, 474.
- 88 Acuerdo entre la Confederación Suiza y la República de Filipinas para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, marzo 31, 1997. El texto en inglés dice: “Each Contracting Party shall observe any obligation it has assumed with regard to specific investments in its territory by investors of the other Contracting Party.”
- 89 Cheng, *supra* nota 9, pág. 473, 474.
- 90 Wong, *supra* nota 71, pág. 154.
- 91 *SGS versus Filipinas*, CIADI (Banco Mundial) Caso No. ARB/02, párr. 128. Un breve análisis del caso se encuentra en Shany, *supra* nota 62, pág. 842, 843.
- 92 *Joy Mining Machinery Limited c. Egipto*, Decisión de Jurisdicción, CIADI Caso No. ARB/03/11, Agosto 6, 2004.
- 93 *Salini Construttori S.p.A. y Italstrade S.p.A c. Jordania*, CIADI Caso No. ARB/02/13), Decisión sobre Jurisdicción, 29 de noviembre de 2004 disponible en <http://www.worldbank.org/icsid/cases/salini-decision.pdf>.
- 94 *Id.*, párr. 81.
- 95 *Id.*, 93, párr. 126.
- 96 *El Paso Energy International Company c. República Argentina*, Decisión sobre Jurisdicción, CIADI Caso No. ARB/03/15, abril 27, 2006, párr. 82, disponible en <http://ita.law.uvic.ca/documents/el-paso-jurisdiction27april2006.pdf> (última visita mayo 10, 2007).
- 97 *Pan American Energy LLC and BP Argentina Exploration Company c. Argentine Republic*, CIADI Caso No. ARB/03/13 y *BP America Production Co. y otros c. Argentine Republic*, CIADI Caso No. ARB/04/8; Decisión de Objeciones Preliminares, 27 de Julio de 2006.
- 98 *CMS c. Argentina*, CIADI Caso No. ARB/01/8, Decisión de 12 de Mayo de 2005, par. 299.
- 99 *Sempra Energy International c. Argentina*, CIADI Caso No ARB/02/16, Decisión sobre Excepciones a la Jurisdicción, mayo 11 de 2005, disponible en <http://www.worldbank.org/icsid/cases/sempra-sp.pdf> (última visita mayo 12 de 2007).

Notas

100 *Eureko B.V. c. Polonia*, Decisión de agosto 19 de 2005, disponible en <http://www.investmentclaims.com/decisions/Eureko-Poland-LiabilityAward.pdf> (última visita agosto 12 de 2007).

101 Agreement between the Kingdom of the Netherlands and the Republic of Poland on encouragement and reciprocal protection of investments, Art. 3.5, disponible en <http://www.unctadxi.org/templates/DocSearch.aspx?id=779> (última visita agosto 12 de 2007).

102 *Supra* nota 100, par. 244.

103 *Id.*, pars. 247-250.
